

VOLUME 2 - NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2016

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.2 / N.1



REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do
Distrito Federal – UDF

ISSN 2446-8908

Volume II,
Número 1
Janeiro/Junho 2016

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF

Conselho Editorial

Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)
Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
Prof.^{sa} Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)
Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)
Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (PUC Minas)
Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)
Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)
Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)
Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)
Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UFPE)
Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)
Prof.^a Dr.^a Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)
Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)
Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)
Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Equipe Editorial

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Co-Editor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Editor Adjunto: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Editores Assistentes: Dr^a Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Editor Assistente: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

mfsantiago@udf.edu.br

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. II, n. 1
(Jan./Jun. 2016). Brasília, DF, 2016 [on-line].

Semestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

APRESENTAÇÃO

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* – periódico científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu *Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* -, divulga seu terceiro número, relativo ao primeiro semestre de 2016 (janeiro-junho), contando, igualmente, com nove artigos jurídicos e científicos.

Lançada no primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, N. 1), com periodicidade semestral, a Revista divulga neste instante o N. 1 de seu Vol. II, ostentando, no conjunto, aproximadamente 27 artigos publicados, sendo cerca de 20 textos de autoria de importantes professores e pesquisadores de renomadas Universidades da Europa e de outros países da América Latina.

O presente número tem a peculiaridade de se tratar do primeiro lançado já com a plena estruturação e funcionamento do *Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. O novo Mestrado do UDF foi aprovado pela CAPES em dezembro de 2015, tendo iniciado sua primeira turma de mestrandos exatamente neste primeiro semestre de 2016.

A instalação e o franco desenvolvimento do Mestrado em Direito, com a pujança notável já alcançada por sua revista acadêmica e jurídica, confirmam as palavras da Magnífica Reitora do Centro Universitário do Distrito Federal, Profa. Dra. *Beatriz Maria Eckert-Hoff*, inscritas no número inicial do periódico científico:

“O lançamento da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* – periódico científico do Curso de Direito do UDF – representa mais um passo nessa trajetória rumo ao incremento e à disseminação da pesquisa acadêmica de elevada qualidade que já vem sendo realizada na Instituição. Desponta ademais como passo decisivo rumo à franca e sólida internacionalização de sua atuação e inserção acadêmicas. O periódico afirma-se ainda, e já desde seu nascimento, como um espaço para divulgação e debate acerca do que há de mais relevante e atual no pensamento jurídico nacional e estrangeiro, o que reforça e consolida o compromisso social do UDF”

Publicada em meio digital e com acesso livre, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* apresenta-se como um periódico de referência no meio jurídico, contemplando

estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas áreas do “*Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo*” e “*Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho*”.

Tal qual nos números precedentes, também há nesta edição da Revista significativa presença de publicações de autores estrangeiros, que trazem reflexões notavelmente densas sobre os debates mais atuais realizados na Europa sobre o campo jurídico trabalhista, de seguridade social e de Direito Constitucional, além de textos analíticos referenciados na realidade jurídica da América Latina.

Destaca-se também este número da Revista pela participação de importantes autores brasileiros, Professores Doutores do próprio UDF e integrantes do *Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*.

Inaugura-se nesta terceira edição da Revista Acadêmica uma *sessão temática específica*, composta por alguns artigos convergentes. Trata-se do tema “**Sindicalismo**”, que abrangerá assuntos como liberdade e autonomia sindicais na Europa e na América Latina, sindicatos e negociação coletiva trabalhista e direito de greve. Nesta edição a sessão temática está integrada por quatro artigos.

Integram a sessão temática específica (“**Sindicalismo**”) os seguintes estudos: 1) “Por Causa del Ejercicio del Derecho Fundamental de Libertad Sindical Nadie Tiene que Sufrir Daños o Represalias que Atenten contra el Derecho Fundamental. La Garantía de Indemnidad en Clave Sindical en la Doctrina Del Tribunal Constitucional Español (1981-2016)”, dos pesquisadores e docentes espanhóis, José Ignacio GARCIA NINET; Fernando BARBANCHO TOVILLAS e Jesús BARCELÓ FERNÁNDEZ; 2) “La Promoción de la Libertad Desde la Administración del Trabajo: un análisis comparado”, do autor, pesquisador e docente do Uruguai, Hugo BARRETTO GHIONE; 3) “Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos”, da autora, pesquisadora e docente do *Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do UDF, Rúbia ZANOTELLI DE ALVARENGA; 4) “Alguns Aspectos Sobre a Greve no Brasil”, do autor, pesquisador e docente do *Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do UDF, Raimundo SIMÃO DE MELO.

Em seguida à sessão temática específica (dedicada, nesta edição, a tema do Direito Coletivo do Trabalho), seguem estudos sobre outros assuntos justralhistas, mormente em sua perspectiva de Direito Individual do Trabalho. Tratam-se dos seguintes artigos: 5) “Poder Empregatício e Democracia”, do autor, pesquisador e docente da França, EMMANUEL DOCKÈS; 6) “La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su

incidência jurídico-laboral” - segunda parte de texto que teve sua publicação iniciada no Vol I, N. 2, da presente Revista, sendo estudo da lavra do autor, pesquisador e docente da Espanha, José Luis MONEREO PÉREZ; 7) "El Nuevo Fraude Empresarial: el *out sourcing*", do autor, pesquisador e docente do México, Néstor DE BUEN.

Há também estudo sobre tema processual, de interesse inegável para o Direito Constitucional e Processual do Trabalho Brasileiro, em vista de abordar certo tipo de ação de natureza constitucional no plano comparado do Direito. Trata-se do artigo "El Recurso de Amparo en el Sistema Constitucional Español", dos autores, pesquisadores e docentes da Espanha Fernando VALDÉS DAL-RÉ e Koldo SANTIAGO REDONDO.

Por fim, há importante texto sobre Direito da Seguridade Social, a partir da experiência jurídica europeia, especificamente da Itália. Trata-se do seguinte artigo: 9) "Relação entre Indenizações e Benefícios Acidentários na Itália", do autor, pesquisador e docente italiano GIUSEPPE LUDOVICO.

Conforme se percebe, os artigos que compõem este primeiro número do segundo volume da Revista (Vol. II, N. 1), abrangendo o semestre de janeiro a junho de 2016, constituem expressão clara e consistente da linha editorial desta *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, que evidencia a preocupação com o estado atual das relações sociais e trabalhistas e a necessidade de se prosseguir e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Brasília, junho de 2016.

Equipe Editorial

SUMÁRIO

ARTIGOS

SESSÃO ESPECIAL: SINDICALISMO E GREVE

Por causa del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical nadie tiene que sufrir daños o represalias que atenten contra este derecho fundamental. La garantía de indemnidad en clave sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional Español (1981-2016)

Nobody has to suffer any reprisals or damage when exercising the fundamental right of freedom of association. Indemnity warranty on key trade union in the doctrine of the Spanish Constitutional Court (1981-2016)

**José Ignacio García Ninet; Fernando Barbancho Tovillas; Jesús Barceló Fernández ...
..... p. 9**

La Promoción de la Libertad Sindical desde la Administración del Trabajo: Un análisis comparado

Promoting Trade Union Freedom by Department of Labour: A comparative study

Hugo Barretto Ghione p. 48

Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos

Labor Unions and Collective Bargaining: powers and legal limits

Rúbia Zanotelli de Alvarenga p. 78

Alguns Aspectos sobre a Greve no Brasil

Some Aspects of the Strike in Brazil

Raimundo Simão de Melo p. 94

DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**Poder Empregatício e Democracia****Power of Employer and Democracy****Emmanuel Dockès p. 120****La Subcontratación como Instrumento de Descentralización Productiva y su Incidencia Jurídico-Laboral (Parte 2)****Outsourcing as an Instrument of Decentralization Productive Labour and its Legal Implications (2nd Part)****José Luiz Monereo Pérez p. 136****El Nuevo Fraude Empresarial: El out sourcing****Outsourcing: The new Employer's Fraud****Néstor de Buen p. 170****El Recurso de Amparo en el Sistema Constitucional Español****Writ of Amparo in Spanish Constitutional System****Fernando Valdés Dal-Ré; Koldo Santiago Redondo p. 179*****SEGURIDADE SOCIAL*****Relação entre Indenizações e Benefícios Acidentários na Itália****The Relationship between Compensation and Social Security Benefits in Italy****Giuseppe Ludovico; Marcelo Fernando Bórsio p. 224**

POR CAUSA DEL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL NADIE TIENE QUE SUFRIR DAÑOS O REPRESALIAS QUE ATENTEN CONTRA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CLAVE SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1981-2016)

NOBODY HAS TO SUFFER ANY REPRISALS OR DAMAGE WHEN EXERCISING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM OF ASSOCIATION. INDEMNITY WARRANTY ON KEY TRADE UNION IN THE DOCTRINE OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT (1981-2016)

José Ignacio García Ninet¹

Fernando Barbancho Tovillas²

Jesús Barceló Fernández³

RESUMEN: Cuando hablamos de la garantía de indemnidad estamos hablando de que por causa del ejercicio del derecho fundamental de la libertad sindical nadie tiene por qué sufrir ningún tipo de represalias que atenten contra este derecho fundamental por el hecho de su disfrute o intento de disfrute, ni tampoco por el hecho de que, en defensa del derecho de libertad sindical, pudiera presentar, las más de las veces en interés colectivo, quejas, reclamaciones, denuncias, demandas o recursos, de modo muy especial cuando frente al legítimo ejercicio de este derecho se deriva por parte el temor, incluso, a la máxima sanción que no es otra que la del despido⁴.

Artigo recebido em 29 março de 2016

1 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

2 Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

3 Investigador y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

4 Sin ningún tipo de ánimo exhaustivo, como es evidente, recomendamos la lectura de estos dos manuales: 1º) A. OJEDA AVILES, Compendio de Derecho Sindical, Madrid (Editorial Tecnos), 3ª ed. 2014 y de la obra colectiva de J.I. GARCIA NINET (Director) y J.GARCIA VIÑA (Coordinador), Manual de Derecho Sindical, Barcelona (Ed. Atelier), 3ª ed. 2011.

PALABRAS CLAVE: Constitución Española, Tribunal Constitucional, Derechos fundamentales, Libertad Sindical, Principio de indemnidad, Carga de la prueba, Indicios probatorio. Discriminaciones. Tutela judicial efectiva.

ABSTRAT: When we talk about the guarantee Indemnity we are talking about that because the exercise of the fundamental right of trade union freedom nobody has to suffer any reprisals that violate this fundamental right because of their enjoyment or attempted enjoyment, nor by the fact that, in defence of trade union freedom, I could present, in the collective interest, complaints, claims, complaints, demands or resources very special way when facing the legitimate exercise of this right is derived fear even the maximum sanction that is none other than dismissal.

KEYWORDS: Spanish Constitution, Constitutional Court, Fundamental Rights, Freedom of Association, Principle of Indemnity, Burden of Proof, evidentiary signs. Discriminations. Effective judicial protection.

1. PRECEDENTES NORMATIVOS

A lo largo de estos años el Tribunal Constitucional del Reino de España (TC en lo sucesivo), realizando la labor que le corresponde, ha tenido que enfrentarse a bastantes casos de conductas empresariales tendentes a entorpecer (objetiva o subjetivamente) el normal ejercicio del derecho a la libertad sindical, y es ello lo que justifica estas páginas, pues existe una doctrina muy consolidada en defensa de la Libertad Sindical que, de vez en cuando, conviene recordar por el bien de las relaciones laborales y del diálogo social.

A nivel interno español cabe señalar que el art. 4.1 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET)⁵ dispone que los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:

⁵ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO [en lo sucesivo BOE] del 24).

- b) Libre sindicación⁶.
- c) Negociación colectiva⁷.
- d) Adopción de medidas de conflicto colectivo⁸.
- e) Huelga⁹.

De otro lado, el art. 4.2., también del ET, señala que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen, entre otros, el derecho:

- g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.¹⁰

Como afirma con reiteración el TC (SSTC 88/1985 y 104/1987, entre otras muchas), la celebración del contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación al trabajador de los derechos que la Constitución Española (en lo sucesivo CE) le reconoce como ciudadano, de suerte que, cuando se produce violación de algún derecho fundamental -como el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)- no basta la simple declaración de improcedencia del despido, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria.

2. LAS GARANTÍAS DE INDEMNIDAD EN ALGUNOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT

6 En desarrollo del art. 28.1 de la CE de 27 de diciembre de 1978 (BOE del 29). Vid. en este sentido, igualmente, los arts. 7, 103.3 y 127 también de la CE. Este derecho fue desarrollado mediante la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (BOE del 8), de Libertad Sindical.

7 Vid. arts. 82-92 del ET.

8 Vid. art. 37.2 CE y Título II del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE del 9), sobre Relaciones de Trabajo.

9 Vid. art. 28.2 CE y Título I del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE del 9), sobre Relaciones de Trabajo y muy especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (BOE del 25), de la que fue Ponente el Muy insigne Magistrado y Catedrático de Derecho Civil Dr. Luíís Díez Picazo y Ponce de León.

10 Vid. Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social. Y entre otras, aparte de aquellas a las que haremos mención, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 38/2005, de 28 de febrero (BOE del 5 de abril); STC 144/2005, de 6 de junio (BOE del 8 de julio); STC 171/2005, de 20 de junio (BOE del 21 de julio); STC 16/2006, de 19 de enero (BOE del 15 de febrero); STC 120/2006, de 24 de abril (BOE del 26 de mayo); STC 138/2006, de 8 de mayo (BOE del 8 de junio); STC 125/2008, de 20 de octubre (BOE del 21 de noviembre), etc.

Hay que resaltar los siguientes convenios de la OIT, a los cuales, como veremos posteriormente, se refieren las sentencias del TC una y otra vez.

El Convenio número 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado en Ginebra el 9 de julio de 1948, cuyo art. 11 dispone: *“Todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor el presente convenio se obliga adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”*.

El Convenio número 98, sobre La aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en Ginebra el 1 de julio de 1949, cuyo art. 1º dispone:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
 - a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;
 - b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El Convenio núm. 135, Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa¹¹, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1971, cuyo art. 1 dispone:

Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representante de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

La Recomendación núm. 143, Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), cuya Disposición III, que trata de la Protección de los Representantes de los Trabajadores, aparte de repetir en su num. 5 la garantía recogida en el art. 1 del Convenio num. 135, en su num. 6, apartado e) señala que se debería:

(...) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado.

¹¹ Aprobado en 1971 y ratificado por España el 8 de noviembre de 1972 (BOE de 4 de julio de 1974).

El Convenio número 151, Sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1978 , cuyo art. 4º dispone:

1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
 - a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella.
 - b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.

El Convenio núm. 158: Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982¹², cuyo art. 5 dispone:

- Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:
- c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

3. LA ELABORACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

3.1. Punto de partida de la garantía de indemnidad. ¿En qué consiste la garantía de indemnidad? ¿Cuándo se inicia? ¿Frente a qué opera esta garantía?¹³ La nulidad de los despidos en represalia por la acción de demanda de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales ante acciones discriminatorias del empresario. El inicio de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional Español.

12 Aprobado en 1982 y ratificado por España mediante Instrumento del 16 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985). *Vid.* asimismo las Recomendaciones num. 119 (1963) sobre la terminación de la relación de trabajo y la num. 166 (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

13 En este mismo sentido se manifiesta la STC 54/1995 (Sala Primera), de 24 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas. Tal garantía se traduce en la interdicción de medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de Jueces y Tribunales, en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido [repárese en este punto, pues el hecho de que se crea tener derecho no quiere decir que siempre se reconozca por los tribunales, total o parcialmente], debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4, núm. 2, apartado g), del ET], mientras que el Convenio núm. 158 OIT en su art. 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente.

En este mismo sentido se manifiesta el Auto del TC num. 219/2001 (Sala Segunda), de 18 de julio.

3.1.1. STC 14/1993

Cabe mencionar en primer lugar el caso de la Redactora de la Revista Comunidad Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia de España, a la que se refiere la STC 14/1993, Sala Primera, de 18 enero¹⁴. Con esta STC se inauguró la serie de sentencias que a lo largo de estos años han ido perfilando esta garantía de indemnidad en favor de los trabajadores/as, representantes de los trabajadores.

En este primer supuesto se trataba de resolver un Recurso de amparo formulado contra la Sentencia de la Sala Segunda de Tribunal Central de Trabajo (ya extinto), de 16-5-1989 en autos sobre despido, y relativa a posible vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales (tal y como señala el art. 24.1 CE), viniendo a significar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se satisface sólo mediante la actuación de Jueces y Tribunales,

(...) sino también a través de la garantía de la indemnidad, esto es, que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, como la reclamación administrativa previa, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas (lo que denominaríamos medidas de retorsión del empresario ante el ejercicio legítimo por parte del trabajador de sus derechos e intereses, como en clave colectiva sucede con el cierre patronal de retorsión frente al legítimo ejercicio del derecho de huelga).

La garantía de la indemnidad se traduce en la imposibilidad (desde el punto de vista legal) de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. No es que el empresario defienda legítimamente sus intereses; es que emplea de modo espurio su poder, su posición dominante en el contrato de trabajo.

En este caso se consideró discriminatorio el vincular o considerar como un supuesto de trasgresión de la buena fe contractual el hecho de haber reclamado el carácter indefinido de su relación laboral mediante el legítimo derecho al ejercicio de reclamaciones y acciones judiciales, por lo que el TC acaba declarando la nulidad radical de tal medida. Cabe apuntar que en no pocas ocasiones el TC se ha tenido que enfrentar a casos similares, o sea a supuestos en los que se está reclamando el reconocimiento del carácter laboral de la relación y no la

14 BOE del 12 de enero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Fernando García-Mon y González Regueral.

consideración de mera relación civil o mercantil; en otros casos, lo que se reclama es el carácter indefinido de la relación y no la permanencia a perpetuidad de su temporalidad, etc.

O lo que es lo mismo, no cabe despedir imputando mala fe contractual al trabajador por el hecho de haber entablado alguna acción administrativa o judicial para que se le reconozca su derecho al carácter indefinido de su relación laboral. Acciones, pues, judiciales o administrativas. Y ello al margen de que al término del proceso judicial o extrajudicial no se le acabe dando al reclamante toda la razón, ni parte de la razón, sin perjuicio de los efectos que pudieran derivarse si se comprobara que se trata de acciones manifiestamente improcedentes llevadas a cabo a conciencia de su inadecuación y con mala fe.

Por ello, según el TC, la decisión judicial de decretar el despido solamente como improcedente, en la medida en que-pese a lo incorrecto de su acción- otorga a la empresa la facultad de optar entre la readmisión y la indemnización, después de haber actuado contra ley (o sea, despido libre aunque indemnizado, lo cual no deja de ser una represalia de parte empresarial ante el ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de la tutela judicial efectiva, aunque pudiera no reconocérsele el derecho finalmente), imposibilita la eficacia de la resolución judicial que hubiera debido recaer en el ejercicio de la acción declarativa, y, en definitiva, permite que deriven consecuencias negativas del ejercicio de la acción judicial.

En suma, se considera que el extinto Tribunal Central de Trabajo (del periodo franquista, posteriormente sustituido por los Tribunales Superiores de Justicia de las 17 Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional) no amparó, a juicio de la demandante de amparo plenamente –diríamos- pues, al situarla ante la declaración de simple improcedencia, la dejaba en manos del empresario para que pudiera optar en prescindir de ella, pagando una indemnización. Muchas veces hemos oído decir que después de haberse enfrentado el trabajador con el empresario (sobre todo en la pequeña y mediana empresa, en donde las relaciones humanas, o sea los roces personales, resultan más próximos y diarios), siquiera sea en clave administrativa o extrajudicialmente, las relaciones laborales ya no pueden funcionar como antes (a juicio normalmente del empresario) y lo mejor es resolver el contrato; posiblemente, haya que acabar con este tabú de pensar que tras un litigio no cabe volver las aguas a su cauce, pues esta tesis, que interesa en gran manera al empresario (pues se atemoriza así al trabajador), conduce a que nadie se atreva a pleitear por sus legítimos intereses; por lo que su derecho a la tutela judicial queda seriamente menoscabado por no haber considerado

nulo radical el despido decidido como represalia por haber interpuesto la reclamación administrativa previa a la vía judicial.

3.1.2. STC 55/2004

En esta línea se inscribiría posteriormente la STC 55/2004, de la Sala Primera, de 19 abril¹⁵, la cual, al tratar del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, se refiere no sólo a su contenido, sino también a la garantía de indemnidad, en un supuesto de despido de trabajador a causa de las cartas dirigidas por su Abogado a su empresa con reclamaciones sobre una patente por invención en una reclamación extrajudicial tendente a la evitación de un proceso a la que se acaba extendiendo la protección de la garantía de indemnidad. Esta nueva STC nos recuerda, precisamente, la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE, señalando que «en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, este Tribunal ya declaró en la STC 7/1993, de 18 de enero, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 OIT, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por

15 BOE de 18 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Javier Delgado Barrio

supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”.¹⁶

3.1.3. STC 16/2006

En la STC 16/2006, de 19 de enero, del Pleno del TC¹⁷, se significa que:

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la CE, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes.

Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero, F. 2:

(...) a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho.¹⁸

3.2. La protección frente a las represalias directas o indirectas de parte del empresario.

La carga de la prueba: distribución de la misma. La finalidad de la prueba indiciaria en el ámbito de la libertad sindical. El descubrimiento de las conductas lesivas de derechos fundamentales. Las sinuosidades de las reacciones antisindicales ¿Pruebas diabólicas? No todo es siempre discriminatorio: al filo de la legalidad. Razonabilidad y proporcionalidad de las medidas empresariales. La vara de medir. No existe la inmunidad total de los representantes sindicales.

16 Estas mismas tesis se sostendrán, por ej. y entre otras muchas más, en la STC 87/2004, de la Sala Primera, de 10 mayo, de la que fue Ponente la Magistrada D. María Emilia Casas Baamonde; en la STC 144/2005, de la Sala Primera, de 6 junio, de la que fue Ponente el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps, siguiendo la STC 38/2005, de 28 de febrero (F. 3), en la STC 120/2006, de la Sala Primera, de 24 abril, de la que fue Ponente: el Magistrado D. Javier Delgado Barrio, etc.

17 BOE del 15 de febrero, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

18 En este sentido, cabe citar también la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97) (TJCE 1998, 207), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

3.2.1. Debe traerse a colación en primer lugar la doctrina sentada por el TC desde su temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales, regla consagrada expresamente en el art. 179.2 de la (derogada) Ley de Procedimiento Laboral¹⁹ como consecuencia, precisamente, de dicha doctrina..²⁰

3.2.2. En el ámbito de la libertad sindical, la STC. 214/2001, de la Sala Segunda, de 29 octubre²¹, aclara que “...Es preciso tener presente, como viene poniendo de manifiesto este Tribunal desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba, para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles decisiones empresariales, que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales...y... «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales».

En consecuencia, se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente

¹⁹ Ley derogada en la actualidad por la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo. CAPÍTULO XI, del Libro II, trata de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177).

²⁰ Como recuerda la STC 74/1998, de 31 de marzo, F. 5 En este mismo sentido es de reseñar el caso del liberado sindical y de su derecho a mantener sus retribuciones anteriores a causa de la supresión de un complemento de puesto de trabajo, recogido en la STC. 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

²¹ BOE de 30 de noviembre, siendo Ponente el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas.

de una discriminación por razones sindicales». No obstante, no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales²², y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo.²³

3.2.3. A los anteriores efectos resulta ilustrativo el supuesto del policía liberado (del Cuerpo Nacional de Policía) de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales, al que se le deniega en su momento la adjudicación de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad (Secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía), contemplado en la STC 144/2006, Sala Segunda, de 8 mayo²⁴. En ella se nos dice que...“según criterio reiterado de este TC, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad, en este caso en su proyección al acceso a la función pública, quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE. Circunstancia esta última que no concurre en este supuesto, al fundarse la discriminación alegada en último término en la condición de liberado sindical del demandante de amparo.

El examen de la queja del recurrente en amparo-sigue diciendo el TC-requiere traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, recogida ya en la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, acerca de la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que pudieran constituir una discriminación por motivos sindicales. Por lo que considera:

a) Hemos venido subrayando desde la citada Sentencia cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan

22 Del Auto del Tribunal Constitucional 103/1991, de 8 de abril, F. 4.

23 En el caso de los despidos de los delegados de personal de CC.OO en la Mancomunidad das Terras do Navea Bibei, la STC 17/2005 (Sala Primera), de 1 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, resalta que ésta vedada cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores y, al tratar de la carga de la prueba, resalta el doble elemento de la prueba indiciaria: necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y, en segundo lugar, la necesidad del empresario de justificar objetiva, razonable y proporcionalmente las causas de su decisión.

24 BOE del 8 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad.

b) Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir por razón de su afiliación o actividad sindical menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad, por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical.

c) La protección contra el perjuicio de todo orden que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la OIT, en vigor para España, con la virtualidad hermenéutica que ex art. 10.2 CE dicho Convenio tiene, cuyo art. 1 establece que aquellos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, por razón de su condición de representantes [y] de sus actividades como tales».

d) La prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que el TC ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba.

e) La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, finalidad en orden a la cual se articula un doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Por ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental.

f) Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de

aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

g) Y, dado que la presente demanda de amparo se refiere a una supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical acaecida en el ámbito de la prestación de servicios de un funcionario público, y no en el ámbito de una relación laboral, no es ocioso recordar que también la Administración pública, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE), debe acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental.

h) A modo de conclusión: En este sentido hemos declarado que el margen de discrecionalidad característicos de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. No es bastante para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales. Al estar involucrado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), es exigible que la Administración exprese los motivos de su decisión, siendo al respecto manifiestamente insuficiente la apodíctica afirmación de que «no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar», a la que se circunscribe la razón esgrimida por la Administración, que nada argumenta respecto de las vacantes existentes, ni aduce ningún criterio objetivo con base en el cual pudiera considerarse la adecuación o no del recurrente a algunas de dichas vacantes, ni, en fin, expone circunstancias de tipo objetivo, referidas a las necesidades de servicio u organizativas, que impidiesen la adjudicación al demandante de amparo de un puesto de trabajo en segunda actividad.

3.2.4. Decía la STC 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 7²⁵, ocupándose de la finalidad de la prueba indiciaria y del doble plano probatorio en el que se articula, que «el indicio razonable de que se ha producido la lesión del derecho fundamental no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente tuvo lugar el ejercicio del derecho –en este caso que se participó en una huelga o en que se formuló una reclamación judicial– sino que es preciso justificar –indiciariamente– la existencia de una relación de causalidad entre tal ejercicio y la decisión o acto calificado de lesivo del derecho. El que en un momento pasado se haya ejercitado un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria »²⁶.

3.2.5. Tema interesante también a estos efectos es el del litigante represaliado, una y otra vez, demostrativo de una situación de marcada litigiosidad entre el demandante de amparo y la empresa para la que prestaba servicios, concretada en la interposición de diversas demandas judiciales en el período inmediatamente anterior a la decisión de despido, que fue, además, precedida de una sucesión de decisiones disciplinarias sancionadoras menos graves, pero de intensidad creciente, recurridas todas ellas, a su vez, por el trabajador ante el Juzgado de lo Social, y que concluyeron con el despido del trabajador (Iberia Líneas Aéreas S.A).²⁷

En la STC que resuelve este caso se indica que “...tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, hemos subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Para precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria si están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, es oportuno remitirse a lo señalado en la STC 87/2004, de 10 de mayo, de la Sala Primera (F. 2)²⁸.

25 BOE del 7 de octubre, siendo Ponente el Presidente del TC Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

26 Del Fundamento Jurídico 3º de la STC 203/2015, de la Sala Segunda, de 5 de octubre (BOE del 13 de noviembre), resolviendo Recurso de amparo 4337/2013, siendo Ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, que cita las SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6. Por ello, la queja que reprocha la vulneración de la libertad sindical en conexión con la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE debe ser desestimada en este caso concreto.

27 Supuesto que se recoge en la STC 138/2006 (Sala Primera), de 8 mayo, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. María Emilia Casas Baamonde.

28 BOE del 28 de mayo, siendo Ponente la Magistrado Doña María Emilia Casas Baamonde.

3.3. Los derechos de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad en materia de retribuciones, como si se prestara efectivamente trabajo. El alcance de la libertad sindical. Discriminaciones por razón sindical o el coste personal por el ejercicio de un derecho fundamental. ¿Quién gana con la discriminación?

3.3.1. STC 30/2000

La STC 30/2000, de la Sala Segunda, de 31 enero²⁹, señala, igualmente, que la garantía de indemnidad proscribiera cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo), pues lo contrario supone un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho fundamental. Según el TC, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), las hipotéticas vulneraciones del art. 14 CE quedan subsumidas en el derecho reconocido en el art. 28.1 CE, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las circunstancias proscritas en el art. 14 CE.

Como dice el TC “...hemos de recordar, tal como hicimos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, de la Sala Primera³⁰, con cita de las anteriores SSTC 74/1998, de 31 de marzo, y 87/1998, que «este Tribunal, desde la STC 38/1981, ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo, del ejercicio de esa libertad» (F. 4). Asimismo, trae a colación la STC 95/1996, que indica que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (STC 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos».

29 BOE de 4 de marzo, de la que fue Ponente el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez,

30 BOE de 30 de octubre, de la que fue Ponente el Magistrado Don Álvaro Rodríguez Bereijo.

En consecuencia, concluye la STC 87/1998, de 21 de abril, de la Sala Primera³¹, citando la STC 74/1998, que «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa». Se trata de una «garantía de indemnidad», que veda «cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores» (STC 74/1998, de 31 de marzo, de la Sala Primera³²).

En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda «perjudicado» por el «desempeño legítimo de la actividad sindical»³³. Estando en juego un derecho fundamental sustantivo, el derecho de libertad sindical: art. 28.1 CE, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas.

3.3.2. STC 173/2001

En esta misma línea resulta ilustrativo el caso de la discriminación retributiva de un liberado sindical de CC.OO (Comisiones Obreras), o sea la falta de abono de un plus compensatorio de jornada partida, que perciben el resto de trabajadores (liberado de RENFE), y en tal sentido la STC 173/2001, de la Sala Primera, de 26 julio³⁴, reitera que... «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa»; se trata pues, de una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores. En todo caso, como viene sosteniéndose por el TC ... “se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de

31 BOE de 20 de mayo, de la que fue Ponente el Magistrado Don Pedro Cruz Villalón.

32 BOE de 6 de mayo, de la que fue Ponente el Magistrado Don Enrique Ruiz Vadillo.

33 STC 17/1996, de 7 de febrero, de la Sala Segunda BOE de 2 de marzo, de la que fue Ponente el Magistrado Don José Gabaldon López

34 De la que fue Ponente: el Magistrado D. Fernando Garrido Falla, y en el mismo sentido la STC 214/2001 (Sala Segunda), de 29 octubre, de la que fue Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales».

No obstante, no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales, y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo. En el art. 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros.

3.3.3. A esta serie de sentencias cabe agregar el caso de los despidos de los delegados de personal de CC.OO en la Mancomunidad das Terras do Navea Bibeí,³⁵ así como el caso del liberado sindical y de su derecho a mantener sus retribuciones anteriores ante la conducta empresarial consistente en la supresión de un complemento de puesto de trabajo³⁶, el cual recoge el principio de indemnidad retributiva en el ámbito de la tutela de la libertad sindical, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la filiación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores, y ello referido a un funcionario público liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales al que se le reconoce el derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo.³⁷

35 De los que trata la STC 17/2005, de la Sala Primera, de 1 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes;

36 A que se refiere la STC 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

37 Como nos dirá esta última STC: “La «garantía de indemnidad retributiva» veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (por todas, SSTC 17/1996, de 7 de febrero, F. 4; 74/1998, de 31 de marzo, F. 3; 214/2001, de 29 de octubre, F. 4; 111/2003, de 16 de junio, F. 5; 188/2004, de 2 de noviembre, F. 4; y 17/2005, de 1 de febrero, F. 2), debiendo recordar que... “el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 30/2000, de 31 de enero, F. 2; 111/2003, de 16 de junio, F. 5; 79/2004, de 5 de mayo, F. 3; y 92/2005, de 18 de abril, F. 3). Y...”la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE. Pues bien, el citado Convenio establece en su art. 1 que dichos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales». Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa -que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STC 38/1981, de 23 de noviembre)- establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función «sin pérdida de salario» (IV, 10.1 y 11.2; STC 92/2005, de 18 de abril, F. 3).

Otro supuesto de interés el caso de la decisión del INEM de no prorrogar la comisión de servicios otorgada a delegado sindical (de UGT) basada en el cese de las condiciones urgentes e inaplazables que en su día motivaron su concesión, y tratada en la STC 336/2005, de la Sala Primera, de 20 diciembre,

3.4. Liberado sindical y crédito de horas sindicales³⁸. Que el hecho de no prestar los servicios profesionales, o sea de no trabajar efectivamente, no suponga una merma salarial. La actividad sindical no debe volverse contra los intereses del trabajador.

La figura del denominado “liberado sindical” ha sido analizada por el TC en numerosas ocasiones, que ha reconocido y amparado el llamado crédito de horas sindicales, esto es, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, que constituye una facultad del representante necesaria para el desarrollo de tales funciones, cuya finalidad es, en palabras de la STC 40/1985, de 13 de marzo, de la Sala Segunda³⁹ (F.J. 2º), otorgarles «una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios»; la acumulación de los créditos horarios de los representantes con la posibilidad de poder dejar a alguno o algunos de ellos relevados o exentos de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, ya se encuentre prevista legal o convencionalmente, constituye, su utilización, una decisión interna de cada sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical en la empresa y fuera de ella. De ello se deduce, como se dijo en la STC 70/2000, de 13 de marzo...«que la privación empresarial de la facultad de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE al estar afectado el derecho de autoorganización sindical y el de actividad sindical del representante sindical».

Como reiterará el TC “...admitida, pues, la dimensión constitucional del derecho del delegado sindical, a disfrutar de un crédito de horas acumulado con liberación o exención de la prestación de servicios profesionales y sin perjuicio de su retribución, así como a no ser

de la que fue Ponente el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, la cual reitera la doctrina recogida en la STC 92/2005, de 18 de abril y de sus anteriores a partir de la STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. 5).

38 De conformidad con el art. 68 d) del ET, los miembros del Comité de empresa y los delegados de personal, como representantes de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, entre otras, la siguiente garantía: Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con una escala...(pero) Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración. Téngase en cuenta, además, que la trasgresión por parte empresarial del crédito horario es calificada como infracción grave por el art 7º.8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8).

39 BOE de 19 de abril, siendo Ponente el Magistrado Don Francisco Pera Verdaguer.

discriminado, económica ni profesionalmente, por el ejercicio exclusivo de funciones sindicales, conviene recordar que este Tribunal ha reaccionado no ya sólo frente a decisiones de las Administraciones adoptadas en perjuicio de la situación profesional de los representantes sindicales y fundadas en la adquisición por éstos de la condición de liberado sindical, no dudando en tacharlas de lesivas del derecho de libertad sindical⁴⁰, sino que también ha otorgado amparo constitucional a representantes de los trabajadores, liberados sindicales, en supuestos en los que, al margen de cualquier motivación antisindical, concurrían perjuicios en sus condiciones económicas derivados concretamente de la falta de prestación de servicios profesionales que era consustancial a su condición de representante de los trabajadores en situación de liberados por razón sindical⁴¹

3.5. El efecto disuasorio de las discriminaciones en aras a ejercer o no derechos legítimos. El temor a las pérdidas salariales o incluso del mismo puesto de trabajo si se ejercen responsabilidades sindicales. ¿Quién querrá ser liberado sindical? Efectos indirectos sobre la misma libertad sindical colectivamente considerada. Una cosa es no estimular la libertad sindical y otra muy distinta es ponerle encima recargos o sanciones encubiertas. Dualidad de afectados: los representantes y los representados.

3.5.1. Como estima la STC 30/2000, de 31 de enero, siguiendo la STC 191/1998, «un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de

40STC 202/1997, de 25 de noviembre, de la Sala Primera. BOE de 30 de diciembre, siendo Ponente el Magistrado Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

41 Vid.SSTC 95/1996, de 29 de mayo, y 191/1998, de 29 de septiembre.

los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos⁴².

3.5.2. Posteriormente, la STC 55/2004 (Sala Primera), de 19 abril⁴³, recuerda cómo el temor a las represalias puede disuadir a los trabajadores de exigir sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial.

3.5.3. En el año siguiente, la STC 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre⁴⁴ volverá, una vez más, sobre el efecto disuasorio de las discriminaciones salariales y reiterará que “...un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Asimismo nos dirá que “...En las Sentencias a las que se acaba de hacer referencia hemos concretado el alcance de la garantía de indemnidad económica de los liberados sindicales, otorgando el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien veía negado un complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado.⁴⁵ Así, pues, conforme reiterada doctrina del TC, estando en juego un derecho

42 Como el TC viene diciendo desde las SSTC 70/1982 y 37/1983. Esta idea se recoge tal cual en la posterior STC 173/2001, de la Sala Primera, de 26 de julio, BOE de 14 de agosto, siendo Ponente el Magistrado Don Fernando Garrido Falla.

43 BOE de 18 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Javier Delgado Barrio.

44 De la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

45 *Vid.* por ej., la STC 173/2001, de 26 de julio, que otorgó el amparo en un caso en el que Renfe se negaba a abonar al trabajador liberado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia; también la STC 30/2000, de 31 de enero, que estimó igualmente el recurso de amparo en un supuesto en el que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a un policía en el momento en que fue liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales; y, finalmente, la STC 191/1998, de 29 de septiembre, que estimó también el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional desarrollada por él” agregando a todo lo anterior que “...Siendo cierto, como señalaba en un caso similar la STC 191/1998, de 29 de septiembre, F. 5, que no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de trabajo reclamado ante los órganos judiciales, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), no lo es menos que sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la

fundamental sustantivo, como aquí ocurre, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que debemos analizar la cuestión a la luz del derecho fundamental de libertad sindical para determinar si el hecho de privar al trabajador del complemento reclamado constituye o no una lesión de su derecho”, debiendo tener en cuenta que *“...la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo o a la indagación de factores psicológicos y subjetivos, siendo este elemento intencional irrelevante si se constata la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo para el bien o derecho objeto de tutela”*

De modo contundente, pues, concluye el TC recordando, una vez más que... *“el derecho de libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos”*.

3.5.4. Cabe traer a colación el caso de la denegación a un liberado sindical de la percepción del complemento de productividad en base a que el funcionario se dedicaba íntegramente a la actividad sindical⁴⁶ la cual nos recuerda que se ha *“...declarado reiteradamente que «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa”*. Se trata de una "garantía de indemnidad", que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si

razón o el argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas niegan al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento.

46 De la que se hace eco la STC 151/2006, de la Sala Primera, de 22 mayo y de la que fue Ponente el Magistrado D. Javier Delgado Barrio. En el mismo sentido la STC, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio) 2005, de la Sala Segunda, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical».

Con esta perspectiva de la garantía de indemnidad retributiva y de la evitación del efecto disuasorio o efecto desaliento debe analizarse la denegación al recurrente del complemento de productividad. No puede aceptarse, sin embargo, que el criterio determinante en nuestra doctrina⁴⁷ haya sido el de que el complemento retributivo estuviera vinculado al puesto de trabajo que el funcionario venía desempeñando antes de pasar a la situación de liberado sindical. La verdadera *ratio decidendi* de la doctrina del TC en este ámbito es la de evitar el menoscabo patrimonial del liberado sindical y el efecto disuasorio que ese perjuicio retributivo podría provocar en el ejercicio de la libertad sindical.

En conclusión: *“Es claro que tal imposibilidad puede provocar un efecto disuasorio de la dedicación al desarrollo de tareas sindicales dado que esta actuación determinará la imposibilidad de cumplir los requisitos a los que las normas reguladoras del complemento de productividad vinculan la obtención de este concepto retributivo. El funcionario que en el ámbito de sus decisiones vitales y, en concreto, profesionales otorgara un valor determinante a la percepción de ese complemento como medio de obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia, optaría por no dedicarse a la actividad sindical como liberado. Así pues, aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que «percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias» (STC 173/2001, de 26 de julio , F. 6), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica «un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo» (STC 92/2005, de 18 de abril , F. 5); garantía de indemnidad que ha sido vulnerada, primero,*

47 Se refiere a las SSTC 173/2001, de 26 de julio; 92/2005, de 18 de abril; y 326/2005, de 12 de diciembre. Vid., en el mismo sentido la STC, Sala Segunda, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio), resolviendo recurso de amparo 1883-2012, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho., donde leemos que “aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que 'percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias' (STC 173/2001, de 26 de julio, FJ 6), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica 'un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo’”.

por las resoluciones administrativas que denegaron el complemento controvertido y, después, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada”.

3.5.5. De modo más claro todavía es el supuesto de manifiesta persecución sindical por parte del empresario, a la que se refiere la STC 2/2009, de la Sala Segunda, de 12 de enero⁴⁸, la cual acaba considerando que la STSJ de Andalucía, de 28 de abril de 2005, que estimó parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por la empresa, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que había declarado nulo el despido del demandante de amparo por apreciar indicios suficientes de la persecución sindical denunciada, había vulnerado el derecho a la libertad sindical del recurrente (art. 28.1 CE) en relación con el art. 24.1 CE. Y ello en atención a la garantía de indemnidad, que integra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; pues este menoscabo se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza ⁴⁹

Pero, como hemos visto ya en anteriores ocasiones o supuestos, para determinar si la medida acordada por la empresa de despedir al trabajador (tras una serie de sanciones escalonadas) responde o no a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es necesario aplicar, una vez más, la doctrina sentada por reiterada doctrina del mismo TC acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que

48 BOE de 13 de febrero de 2009, resolviendo Recurso de amparo 4319/2005, siendo Ponente el Magistrado Don Eugeni Gay Montalvo. Quedó probado que, en un corto periodo de tiempo, e inmediatamente después de su nombramiento como delegado de personal, el demandante de amparo fue objeto de sucesivas sanciones (que, posteriormente, fueron conciliadas judicialmente por improcedentes), así como de una imposición arbitraria de vacaciones (que fue impugnada por el recurrente en ejercicio de sus funciones sindicales obteniendo una Sentencia favorable). Asimismo, y como consecuencia de la subrogación de la plantilla de Hondy Motors, S.A., en la empresa Ksell Motors, S.L., fue aislado del resto de sus compañeros de trabajo, revocándose posteriormente su cargo de representante en una asamblea, que no presidió, convocada únicamente por los cuatro trabajadores que quedaban en la plantilla de Hondy Motors, S.A (tres de ellos vinculados a la dirección de la empresa). Finalmente fue despedido por pretendidas razones de reducción de plantilla, así como por falta de puntualidad y asistencia. Se da el caso de que la empresa reconoció en todo momento la improcedencia, no sólo de las sanciones que impuso en su momento, sino también la del despido cuestionado en el proceso a quo (lo que supone la inexistencia de causa real del mismo) conforman, de forma evidente, la existencia de un panorama indiciario suficiente como para que opere la inversión de la carga de la prueba.

Vid. en este mismo sentido la citada STC, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio), de la Sala Segunda, resolviendo Recurso de amparo 1883-2012, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

49 Vid. entre otras muchas, las SSTC 137/2008, de 27 de octubre, FJ 2; 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2.

puedan lesionarlo. En efecto-sigue aclarando esta STC-, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.⁵⁰

Por esta razón se ha señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, o sea, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria. La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental.⁵¹

Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios⁵² La mera negación de la motivación antisindical de las medidas no basta para desvirtuar los hechos probados, sobre todo teniendo en cuenta que las demandadas no intentaron en ningún momento probar la realidad de la existencia de causas objetivas que fundamentaran el despido, o su derivación de la propia naturaleza del trabajo o la concurrencia de un interés empresarial

50 Por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4, y 168/2006, de 5 de junio, FJ 4.

51 Por todas, STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4.

52 En tal sentido vid. SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 10 de noviembre, FJ 4; 17/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3.

concreto. En tales condiciones la falta de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental invocado.

3.6. La garantía de indemnidad y respeto a la libertad sindical en el ámbito de la Administración Pública. Ciertas modalizaciones. Ponderación de los intereses en juego. Una vez más sobre el efecto desalentador de las medidas discriminatorias o persecutorias contra los representantes sindicales. Sindicatos amigos y sindicatos no amigos. Cuando la ideología enturbia las relaciones sindicales en el ámbito de la Administración Pública y de las Empresas Públicas: una modalidad de injerencia.

3.6.1. La STC 265/2000, de la Sala Segunda, de 13 noviembre, ⁵³ trata del caso de la no asignación de plaza en una URE de la Seguridad Social (TGSS) a un liberado sindical y la confrontación de derechos constitucionales (art. 28.1 versus 103.1 CE⁵⁴) de un representante sindical de UGT, reiterando que se proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio de una actividad sindical, aunque no es una garantía ilimitada en la medida en que otros bienes o derechos constitucionales concurrentes pueden justificar ciertos sacrificios no desproporcionados: así, no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE, resultando en esta ocasión la preterición del solicitante desproporcionada por no resultar imprescindible para asegurar el fin perseguido de la eficacia.

Señala el Alto Tribunal que...”*La garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración pública proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical. Ahora bien, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal desde sus primeros años, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE es ilimitada. Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden, de esta forma, justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de indemnidad del representante sindical.*

53 De la que fue Ponente: el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez,

54 El art. 103. 1 CE señala: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Debemos tomar en consideración, en este sentido, la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración pública (art. 103.1 CE), concurrencia que lleva a la aceptación de ciertos sacrificios o límites en la garantía de indemnidad sindical”.

Por de pronto, y de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la garantía de indemnidad del representante sindical no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE. Pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados⁵⁵, esto es, adecuados, indispensables y ponderados. Lo determinante es, como señal la STC 70/2000, en su F.J. 6, el efecto objetivamente desalentador que lleva aparejada una resolución desfavorable fundada en la condición de liberado sindical del empleado público. Y ese efecto desalentador es indudable que concurre en quien, obteniendo la máxima puntuación en un procedimiento selectivo, no resulta designado para ocupar la plaza deseada, precisamente por su condición de «representante sindical liberado». En última instancia, la eficacia de la Unidad de Recaudación Ejecutiva no depende de la adjudicación del puesto controvertido a un funcionario con obligación de presencia; pues el mismo nivel de eficacia se puede alcanzar, aun adjudicando la plaza a un «liberado sindical», mediante la atribución temporal de funciones a otro funcionario o mediante la adscripción de otro puesto de trabajo a la Unidad de Recaudación Ejecutiva.

3.6.2. Cabe aludir también aquí al caso de la eliminación de tareas del Técnico de Protección Civil por mor de sus responsabilidades sindicales a que hace referencia el Auto del Tribunal Constitucional 178/2003 (Sala Segunda , Sección 3ª), de 2 junio, y que señala que se proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio de una actividad sindical, aunque no es una garantía ilimitada en la medida en que otros bienes o derechos constitucionales concurrentes pueden justificar ciertos sacrificios no desproporcionados: así, no

⁵⁵ STC 70/2000, de 13 de marzo, F. 7.

excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE⁵⁶.

3.6.3. Otro caso llamativo en el ámbito de la Administración Pública es el caso de la decisión del INEM (en la actualidad Servicio Público de Empleo Estatal) de no prorrogar la comisión de servicios otorgada a un delegado sindical (de UGT) basada en el cese de las condiciones urgentes e inaplazables que en su día motivaron su concesión, y que se analiza en la STC 336/2005, de la Sala Primera, de 20 diciembre⁵⁷, la cual parte de que...”La circunstancia de que en el presente caso sea empleadora la Administración pública no merma el derecho a la libertad sindical del personal a su servicio. Así, en la STC 265/2000, de 13 de noviembre, ya recordábamos que «al igual que ocurre con los demás trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración pública proscribire todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical. Si bien también advertíamos en la citada Sentencia que, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal desde sus primeros años, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE, es ilimitada.

Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden, de esta forma, justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de indemnidad del representante sindical. Por ello en los casos en los que las Administraciones públicas ocupan la posición de empleadoras, la concurrencia del derecho fundamental a la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración (art. 103.1 CE), debe tener como primera cuestión de análisis, la ponderación de los intereses en juego. De

⁵⁶ Se sostiene en la demanda que la decisión de dejar sin efecto la asignación al recurrente en amparo de las tareas de técnico de protección civil fue motivada por su actuación como representante sindical, señalándose que...”Es reiterada doctrina constitucional que al igual que ocurre con los demás trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración Pública proscribire todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, F. 4; 191/1998, de 29 de septiembre, F. 4). Ahora bien, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE es ilimitada. Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden de esta forma justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de la indemnidad del representante sindical. En este sentido, ha de tomarse en consideración la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 CE), concurrencia que lleva a la aceptación de ciertos sacrificios o límites en la garantía de la indemnidad sindical, pues ésta no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE (SSTC 70/2000, de 13 de marzo, F. 7; 265/2000, de 13 de noviembre.

⁵⁷ BOE de 20 de enero de 2016, de la que fue Ponente el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE. Pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y ponderados, según hemos dicho para otros derechos fundamentales. En este caso el TC acaba señalando *“inferimos con seguridad del propio tenor literal de los documentos que obran en autos que, sin perjuicio de otras motivaciones, la causa última de la decisión de no prorrogar la comisión de servicios fue precisamente la condición de liberado sindical del actor, dado que la propia Administración estaba dispuesta a continuar con la situación si el empleado renunciaba a su condición de liberado, deduciéndose de este ofrecimiento, como ha manifestado certeramente el Ministerio Fiscal, que, en realidad las circunstancias de urgente necesidad que había motivado en su momento la concesión de la comisión de servicios continuaban, al menos de forma suficiente para prorrogar dicha comisión, ya que de otra forma no podría acordarse su prórroga”*⁵⁸.

4. UN SUPUESTO PARADIGMATICO. EL DERECHO A LA INDEMNIDAD ECONÓMICA Y PROFESIONAL: DEL LIBERADO SINDICAL Y A LA PROMOCIÓN LABORAL. CONSIDERACIONES AL HILO DE LA STC 90/2008, DE LA SALA PRIMERA, DE 21 DE JULIO⁵⁹

Como ha reiterado el TC en infinidad de sentencias que no hace falta citar ahora... *“Si un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico de presente (o de futuro, cual es el caso comentado, al no permitirle un ascenso) cuando percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el*

⁵⁸ Guarda cierta analogía-advierte el TC- con el presente caso la doctrina de la STC 70/2000, de 13 de marzo, y también con la de la STC 241/2005, de 10 de octubre.

⁵⁹ BOE de 19 de agosto, de la que fue Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio. Vid. en el mismo sentido las SSTC 137/2008, de 27 de octubre (BOE de 21 de noviembre), resolviendo Recurso de amparo 1633/2007, siendo Ponente el Magistrado Don Eugeni Gay Montalvo , la 178/2008, de 22 de diciembre (BOE de 24 de enero de 2009), resolviendo Recurso de amparo 9111-2005, siendo Ponente la Magistrada Doña Elisa Pérez Vera y la 179/2008, de 22 de diciembre (BOE de 24 de enero de 2009), resolviendo Recurso de amparo 3142/2006, siendo Ponente la Magistrada Doña Elisa Pérez Vera

menoscabo económico, sino que puede proyectarse, asimismo, sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos”.

4.1. CUESTIONES PREVIAS

La presente STC resuelve el recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2006, que desestimó un recurso de apelación , interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida de 19 de septiembre de 2005, recaída en procedimiento seguido contra la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura de fecha 5 de octubre de 2004, por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraban el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

4. 2. HECHOS ANTECEDENTES:

El recurrente en amparo era funcionario de la Junta de Extremadura desde el 1 de mayo de 1985, para la que había prestado sus servicios en distintas Consejerías, en aquel momento, en la de Educación, Ciencia y Tecnología, con la categoría de jefe de negociado. También había desempeñado cargos sindicales como liberado sindical a tiempo completo por cuenta de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de la Unión Regional de Comisiones Obreras de Extremadura, desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 15 de julio de 1995, y desde el 20 de septiembre de 1996 hasta el 15 de abril de 2002.

Mediante Orden de 14 de junio de 2004, de la Consejería de Presidencia de la citada Junta (DOE de 17 de junio), se convocó provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario de la Junta de Extremadura por el procedimiento de concurso⁶⁰.

⁶⁰ En la base cuarta, apartado B-2, se establecía que la experiencia se valoraría con 0,60 puntos por año completo o fracción superior a seis meses, hasta un máximo de 4 puntos, y en la base quinta, se indicaba que el mérito de experiencia profesional debía ser acreditado por el interesado mediante certificación expedida por el Secretario General de la Consejería correspondiente.

A petición del recurrente fue expedido, con fecha de 5 de agosto de 2004, por la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia, certificado de experiencias y méritos, en el que no se computó el tiempo de liberación sindical.

Mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2004, el recurrente solicitó la emisión de nuevo certificado con el objeto de que tal periodo de tiempo le fuese acreditado como mérito de experiencia profesional.

Por Resolución de 5 de octubre de 2004 se desestimó por la Secretaría General su petición al considerar que el tiempo durante el cual permaneció como liberado sindical no podía ser valorado como experiencia, ya que esta última equivale a ejercicio efectivo de funciones y realización de los actos propios de la profesión.

El recurrente formuló Recurso Contencioso-Administrativo al considerarla contraria a derecho, alegando la vulneración del derecho a la igualdad y del principio de indemnidad económica y profesional que conlleva el ejercicio de la libertad sindical ex art. 28.1 CE.

El anterior recurso fue desestimado por Sentencia de 19 de septiembre de 2005, que confirmó lo decidido por la Administración demandada, al entender que la experiencia equivalía al ejercicio efectivo de funciones y que no podía considerarse como tal el periodo en el que el trabajador se encontraba en situación de liberado sindical a tiempo completo, sin perjuicio de que se tuviese en cuenta a los efectos de antigüedad y otros derechos inherentes a la permanencia en el servicio activo.

Contra la anterior resolución judicial interpuso Recurso de Apelación, igualmente desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2006, que confirmó lo decidido en la instancia.

El recurrente en amparo alega vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), por entender que la falta de cómputo a efectos de experiencia profesional del tiempo que ha permanecido como liberado sindical afecta a su derecho de indemnidad económica y profesional y considera que en el caso de autos se ha realizado una rigurosa interpretación sobre la prestación efectiva de servicios, que no se corresponde con la mantenida por la Administración en casos similares, como los permisos de maternidad, vacaciones o incapacidad laboral, en los que los respectivos periodos de tiempo sin prestación efectiva de servicios se certifican como experiencia profesional. Recuerda, conforme reiterada doctrina constitucional, que los representantes tienen reconocida la garantía a no ser discriminados en su promoción profesional y económica, y entiende que en este caso el

sacrificio que se le impone al funcionario por haber estado un tiempo de su prestación de servicios en situación de liberado sindical, no guarda relación alguna con la eficacia administrativa y, por lo tanto, no es proporcional, ponderado, indispensable o idóneo.

Por todo ello, considera que las resoluciones judiciales impugnadas son manifiestamente contrarias al derecho a la libertad sindical y al derecho a no ser discriminados sin justificación.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado por lesión del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), recordando reiterada doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad.⁶¹ Concluye diciendo que no cabe duda que denegarle al recurrente el cómputo del periodo que estuvo liberado a efectos de valorarle la experiencia es claramente una limitación de su derecho profesional a la promoción en el trabajo, que debe ser protegido junto a los derechos económicos para que la garantía de indemnidad sea plenamente efectiva.

4. 3. FUNDAMENTACIONES JURIDICAS DE LA STC 90/2008.

4.3.1. ACTIVIDAD SINDICAL COMO LIBERADO A FAVOR DE SUS COMPAÑEROS VERSUS TRABAJO EFECTIVO EN FAVOR DE SU EMPRESA: O UNA U OTRA. PROTECCION FRENTE AL MENOSCABO PROFESIONAL Y ECONOMICO

1ª) *Las resoluciones impugnadas rechazaron su pretensión sobre la base de que la falta de trabajo efectivo durante su liberación sindical resultaba incompatible con la adquisición de la experiencia que se valoraba en la convocatoria.*

El recurrente considera que tales resoluciones judiciales vulneran su derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE), suponiendo un perjuicio económico y profesional incompatible con la garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la actividad sindical.

61 Cita en su apoyo las SSTC 191/1998 y 200/2007. También destaca que no es la primera vez que ante el TC se somete a consideración un razonamiento similar supeditando el reconocimiento de algún derecho de los liberados sindicales a la efectiva prestación del servicio, y que la solución dada ha sido la de entender que no procede limitación alguna al derecho de los que temporalmente están ejerciendo funciones sindicales y están liberados del desempeño habitual de su trabajo, considerando que cualquier limitación que se adopte que tenga su razón de ser exclusivamente en su condición, conllevará la merma del derecho fundamental a la libertad sindical

El Ministerio Fiscal aprecia que asiste la razón al recurrente en su queja e interesa el otorgamiento del amparo por lesión del derecho a la libertad sindical.

Está claro que el recurrente tiene derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el trabajo por razón de la actividad sindical que viene desarrollando, estando vedado cualquier menoscabo económico o profesional que tenga por causa el ejercicio legítimo de sus funciones representativas sindicales.

2ª) *Las necesarias garantías para la libertad sindical en sentido individual y colectivo.*

Conviene recordar que el TC ha venido reiterando, desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Y entre ellas figura la de la indemnidad, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores ⁶²

El derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, lo que no sólo repercute en el representante que soporta dicho menoscabo, sino que, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, se proyecta contra la organización correspondiente, afectando a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos ⁶³

62 Por todas, SSTC 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2.

63 De la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5. Como señala la STC 100/2014, de 23 de junio, de la Sala Segunda, (BOE del 22 de julio), de la que es Ponente el Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho “ el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, es que no se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. Como señalamos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5, una vez que se esgrime para la no concesión del complemento de productividad su condición de liberado sindical, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia se detiene en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical”. Vid. asimismo la STC 148/2015, de la Sala Primera, de 6 de julio de 2015 (BOE del 14 de agosto), resolviendo Recurso de amparo 5098-2012, de la que es Ponente el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos.

3^a) *La cuestión de la eficacia de la Administración Pública y los posibles sacrificios justificados y proporcionales que puede llegar a sufrir el Representante de los trabajadores.*

Como sucede con los demás derechos fundamentales, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la Administración Pública. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE, pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados⁶⁴.

4^a) *Crédito sindical y experiencia laboral a efectos de ascenso mediante concurso. Puntos a considerar. ¿el tiempo de liberado sindical se puede asimilar al trabajo efectivo y experiencia profesional a efectos de ascenso? Se trata de compensar al liberado sindical con la asimilación de su tiempo al tiempo efectivo de trabajo, pues de otro modo al terminar su acción sindical se quedaría claramente retrasado en sus derechos profesionales y económicos y demás expectativas de futuro*

Corresponde determinar al TC si la decisión impugnada vulneró el art. 28.1 CE al no haberse tenido en cuenta como mérito de experiencia profesional para participar en una provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario mediante concurso, el tiempo en el que el recurrente ejerció sus funciones sindicales como liberado sindical a tiempo completo. Como quedó expuesto, las resoluciones judiciales impugnadas, confirmando lo decidido por la Administración demandada, justifican la denegación al recurrente de su solicitud, por la falta de trabajo efectivo durante el tiempo que duró la liberación sindical, lo que, a juicio de aquéllas, es óbice para computar ese periodo como experiencia profesional. Sin embargo, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia del TC, no puede aceptarse el criterio mantenido por suponer la vulneración de la garantía de indemnidad sindical, del derecho a no sufrir por razón de la actividad sindical, menoscabo en su situación profesional o económica en la empresa.

64 Vid. SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 5; 336/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; y 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2.

5ª) Otorgamiento de amparo constitucional al liberado sindical frente a lesiones a la libertad sindical al perjudicar al liberado en sus derechos laborales. La falta de prestación efectiva de trabajo es consustancial a la actividad de liberado sindical. Cambio del trabajo efectivo productivo por el propio de la actividad sindical a favor de los trabajadores de la empresa. Aunque suponga una carga para la empresa (cuestión distinta es el modo de mantener al día al liberado sindical en las técnicas propias de su categoría a través de curso de reciclaje o puesta al día).

El TC ha tenido ya la oportunidad de reaccionar frente a decisiones de las Administraciones adoptadas en perjuicio de la situación profesional de los representantes sindicales y fundadas en la adquisición por éstos de la condición de liberado sindical, no dudando en tacharlas de lesivas del derecho de libertad sindical ⁶⁵, y también ha otorgado amparo constitucional a representantes de los trabajadores, liberados sindicales, en supuestos en los que, al margen de cualquier motivación antisindical, concurrían perjuicios en sus condiciones económicas derivados concretamente de la falta de prestación de servicios profesionales que era consustancial a su condición de representante de los trabajadores en situación de liberado por razón sindical ⁶⁶

En otras palabras: o el recurrente se dedica a la actividad sindical o se dedica a la prestación de sus servicios, siendo otros o nadie quienes se dediquen a defender los intereses de la clase trabajadora (precisamente en España es muy bajo el nivel de afiliación sindical y existen muchísimas empresas de escasas dimensiones carentes de representantes de los trabajadores, de lo cual es una prueba más que palmaria la dicción del art.41. 4⁶⁷ del ET en materia de quien ha de representar a los trabajadores carentes de representación en los supuestos de consultas previas a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Los menoscabos profesionales no pueden volverse contra el representante sindical que actúa tanto el interés colectivo como el individual de la tutela de la libertad sindical.

65 Vid. SSTC 202/1997, de 25 de noviembre; 241/2005, de 10 de octubre; 336/2005, de 20 de diciembre; 144/2006, de 8 de mayo; y 257/2007, de 17 de diciembre.

66 Vid. SSTC 191/1998, de 29 de septiembre; 30/2000, de 31 de enero; 92/2005, de 18 de abril; y 151/2006, de 22 de mayo.

67 A este mismo precepto se remiten los siguientes preceptos del mismo ET: art. 40.2, en materia de Movilidad geográfica; el art. 47.1, en materia de Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor; el art. 51.2, en materia de Despido colectivo y el art. art. 82.3 (Concepto y eficacia de los convenios colectivos), en los casos de tramitación de inaplicación parcial de un Convenio Colectivo en una Empresa concreta, por razones o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A la misma conclusión ha de llegarse en este caso, ya que el recurrente, debido a que ha estado relevado del servicio como liberado sindical para realizar funciones sindicales, ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional, al no poder alegar como mérito para su valoración en el concurso el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas. Con ello, indirectamente, se le obliga a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical, colocándolo en el trance de sacrificar ésta y reincorporarse a su puesto de trabajo para que se le puede aplicar, del mismo modo que al resto de los trabajadores, las bases de la convocatoria del concurso que evalúan los méritos a efectos de promoción interna.

6ª) La decisión de la Administración Pública ataca frontalmente el derecho a la libertad sindical, pues coarta a los trabajadores para desarrollar las funciones sindicales si ello les ha de repercutir negativamente en su carrera profesional. La labor del liberado sindical no ataca la eficacia de la Administración como tal.

La postura mantenida por la Administración (avalada judicialmente), que no encuentra en este caso justificación en la preservación de la eficacia administrativa, constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho a la libertad sindical. De un lado, por su potencial efecto disuasorio para el trabajador que realiza la actividad sindical, que ve limitada sus posibilidades de promoción profesional y movilidad; y, de otro lado, por la proyección que tiene sobre la organización sindical correspondiente, afectando a la labor de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE le encomienda en su art. 7 y que lleva a cabo en gran medida a través de sus representantes sindicales.

4.4. CONCLUSION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se concluye, pues, que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) desde la perspectiva de la garantía de indemnidad al haberse provocado al recurrente un menoscabo profesional por razón de su actividad sindical, deparándole un diferente trato injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. O como leemos en las citadas SSTC 178 y 179/2008...”el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, y avalado judicialmente por las Sentencias impugnadas en amparo, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente (art. 28.1 CE), puesto que, por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e

injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. Sacrificio que, contra lo sostenido por la Administración y los órganos judiciales, no encuentra justificación en la preservación de la eficacia administrativa, puesto que no aparece como una medida idónea, necesaria y, en definitiva, proporcionada para alcanzar el fin previsto”. Por ello se otorga el amparo solicitado por el trabajador, reconociendo el derecho fundamental del recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

5. BREVE EPILOGO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIDAD SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Aunque son múltiples los casos que han llegado hasta el Tribunal Constitucional desde 1981 hasta la fecha, solamente dejamos breve constancia de algunas de sus tesis que tienen relación con los casos expuestos.

1. Los derechos de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad en materia de retribuciones, como si se hubiera producido una efectiva prestación de trabajo durante todo el tiempo en que el representante de los trabajadores hubiera estado liberado de trabajo. Alcance de la libertad sindical. Discriminaciones por razón sindical o el coste personal por el ejercicio de un derecho fundamental. ¿Quién gana con la discriminación?

1.1. Nos recuerda la STC 191/1998 que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende, principalmente, el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (siguiendo la estela de la STC 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos».

1.2. En los planos constitucional e internacional y tal y como señala la STC 144/2006, de la Sala Segunda, de 8 de mayo, “la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. La protección contra el perjuicio de todo orden que pueda recaer sobre

el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa.

1.3. ¿Deben los representantes de los trabajadores soportar consecuencias negativas por el hecho de cumplir con sus derechos/deberes de representación del interés colectivo? En tal sentido el TC reitera, una y otra vez, que el derecho individual y colectivo a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda «perjudicado» por el «desempeño legítimo de la actividad sindical» (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, entre otras)

1.4. No a la discriminación o trato peyorativo, por lo que la STC núm. 30/2000 (Sala Segunda), de 31 enero, señala, que la garantía de indemnidad proscribiera cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo), pues lo contrario supone o supondría un obstáculo objetivamente constatable y difícilmente salvable para la efectividad del derecho fundamental.

1.5. No obstante lo anterior, todo puede tener sus límites, y así la citada STC núm. 214/2001 (Sala Segunda), de 29 octubre precisa que, en todo caso. “no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales, y tampoco confiere a los representantes sindicales, como ya hemos dicho, el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo”.

1.6. La cuestión es también predicable en el ámbito del sector público, y así la STC. 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, recoge este principio de indemnidad retributiva en el ámbito de la tutela de la libertad sindical, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la filiación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores, y ello referido a un funcionario público liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales al que se le reconoce el derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo, pues lo contrario supone un obstáculo objetivo constatable para la efectividad del derecho fundamental.

2. Liberado sindical y crédito de horas sindicales. Que el hecho de no prestar los servicios profesionales, o sea de no trabajar efectivamente, no suponga una merma salarial. La actividad sindical no debe volverse en contra de los intereses salariales del trabajador.

La figura del denominado “liberado sindical” ha sido analizada reiteradamente por el TC, que ha reconocido y amparado el llamado crédito de horas sindicales, esto es, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, que constituye una facultad del representante necesaria para el desarrollo de tales funciones, cuya finalidad es, en palabras de la STC 40/1985, de 13 de marzo (F. 2), otorgarles «una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios»; la acumulación de los créditos horarios de los representantes con la posibilidad de poder dejar a alguno o algunos de ellos relevados o exentos de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, ya se encuentre prevista legal o convencionalmente, constituye, su utilización, una decisión interna de cada sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical en la empresa y fuera de ella. De ello se deduce, como se dijo en la STC 70/2000, de 13 de marzo... «que la privación empresarial de la facultad de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE al estar afectado el derecho de autoorganización sindical y el de actividad sindical del representante sindical».

3. El efecto disuasorio de las discriminaciones en aras a ejercer o no derechos legítimos. El temor a las pérdidas salariales o del mismo puesto de trabajo si se ejercen responsabilidades sindicales. ¿Quién querrá ser liberado sindical? Efectos indirectos sobre la misma libertad sindical colectivamente considerada. La garantía de indemnidad y respeto a la libertad sindical en el ámbito de la Administración Pública. Ciertas modalizaciones. Ponderación de los intereses en juego. Una vez más sobre el efecto desalentador de las medidas discriminatorias o persecutorias contra los representantes sindicales.

Una cosa es no estimular la libertad sindical y otra muy distinta es ponerle encima recargos o sanciones encubiertas. Un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que

cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos⁶⁸.

68 Vid. en tal sentido: STC 30/2000, de 31 de enero (siguiendo la STC 191/1998); STC 173/2001, de 26 de julio; STC 92/2005, de 18 de abril F. 5) STC 326/2005, de 12 diciembre y. STC 151/2006, de 22 mayo.

LA PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL DESDE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARADO

PROMOTING TRADE UNION FREEDOM BY DEPARTMENT OF LABOUR: A COMPARATIVE STUDY

Hugo Barretto Ghione [□]

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es estudiar la promoción de la libertad sindical desde la Administración del Trabajo en el Derecho Comparado. En primer lugar son presentados los límites y complejidades del análisis comparado, y se hacen reflexiones sobre la significación de la libertad sindical y la actuación de la Administración del Trabajo en esa materia. Después, son analizadas las medidas de promoción de la libertad sindical en el Derecho comparado, como la facilitación del reconocimiento sindical y de los procedimientos de negociación. Finalmente, se concluye que no es suficiente solamente una modificación legislativa promotora de la libertad sindical, pero también que tales normas sean de hecho activadas por los operadores jurídicos. Además es necesario distinguir entre el intervencionismo estatal que resulta obstructor de la libertad sindical y el intervencionismo necesario para proteger a los trabajadores y garantizar condiciones de equilibrio real entre los que negocian.

PALABRAS-CLAVE: Libertad sindical. Promoción. Administración del trabajo. Derecho comparado.

Artigo recebido em 29 de março de 2016

[□] Profesor Titular (Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor de Posgrado en “Teoría General del Derecho del Trabajo”. Director del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro de la Secretaría de Redacción de la revista Derecho Laboral (fundada en 1948 por los prof. Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata)

ABSTRACT: This article aims to study the issue of promoting trade union freedom by Department of Labour in comparative law. Firstly we present this comparative study's limits and complexities. We also reflect on trade union freedom and Department of Labour's actions on this matter. After that we discuss measures to promote trade union freedom in comparative law such as facilitating trade union's recognition and collective bargaining's procedures. Finally we conclude that a legislative modification that promotes trade union freedom isn't enough because it's also necessary that these rules are really applied by law professionals. Furthermore it's necessary to distinguish state intervention that disturbs trade union freedom from state intervention that is necessary to protect workers and to guarantee conditions of real balance between collective bargaining's parties.

KEYWORDS: Trade union freedom. Promotion. Department of Labour. Comparative law.

1. Límites y complejidades de un estudio comparado sobre Libertad Sindical

El objetivo del presente trabajo es identificar algunas formas de promoción de la libertad sindical existentes en la experiencia internacional.

Los estudios de derecho comparado han estado siempre presididos por el doble objetivo de generar conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros y nacionales y de generar asimismo recursos o soluciones que puedan ser aplicadas a la realidad propia del investigador. Por ello se ha dicho que, entre sus resultados más relevantes, la metodología comparada no sólo obtiene un “acopio y divulgación de información referente al derecho extranjero” sino también “la utilización de la experiencia adquirida en otros sistemas jurídicos a los fines de la reforma legislativa nacional”¹.

Ante esa meta tan abarcadora, cabe advertir que el objeto de estudio propuesto no es fácilmente reconducible a una extensión necesariamente acotada como la presente.

Además de esa limitante, de tipo espacial, la libertad sindical es en sí misma de compleja aprehensión por su *naturaleza cultural, contextual e histórica*, lo que adiciona mayores desafíos

1 Gutteridge. “An Introduction to the Comparative Method of Legal Studies and Research”, citado por Osvaldo Mantero in Derecho del Trabajo de los Países del Mercosur. Un estudio de Derecho Comparado. FCU, 1996, p. 18.

a la investigación. Ocurre que, como señala Schregle², los fenómenos que se producen en las relaciones laborales “son expresión muy fiel de la sociedad en que operan, de sus características y de las relaciones de poder entre los diferentes grupos de intereses. Es imposible comprender las relaciones de trabajo si no se entiende la forma como se establecen y cumplen las reglas y se adoptan las decisiones en la sociedad de que se trata (...) la comparación internacional permite destacar la importancia de las actitudes, valores, emociones, ideologías, sentimientos e incluso religiones”. Estos valores y principios integran la esencia misma del ordenamiento jurídico y no constituyen meros contextos de carácter explicativo³.

Es posible también afirmar con Kahn Freund que aún en el caso que se obtengan resultados satisfactorios desde el punto de vista de la generación de conocimientos acerca de un determinado instituto jurídico, la adaptación de la experiencia internacional a los contextos nacionales es dificultosa en lo relacionado con el derecho colectivo del trabajo, dado que *ese sector del ordenamiento se encuentra estrechamente vinculado a las relaciones de poder entre las fuerzas políticas, sociales y económicas* en contextos ideológicos, culturales e históricos muchas veces muy dispares, por lo cual es frecuente que surjan intensas resistencias a modificar una situación y su expresión legal, pese a que se trate de experiencias muy exitosas en sus respectivos espacios nacionales⁴.

A resguardo de toda opinión escéptica, conviene decir también que, pese a las dificultades de trasladar soluciones de manera automática, el derecho laboral chileno integra una cierta tradición o “familia” tipológica, de tipo continental, común a todos, del cual los derechos latinoamericanos forman parte⁵, presentando como características fundamentales la de estar escritos y legislados, la mayoría de las veces de manera profusa y dual de manera que la entronización de la ley juega un papel protector y disciplinador a la vez.

Sin embargo, este mero señalamiento de la pertenencia a un derecho codificado, heredero de la tradición romanista, puede resultar insuficiente para adscribir y dar alguna explicación acerca de los ordenamientos nacionales latinoamericanos en la materia laboral. Sería decir poco al respecto.

2 Schregle, Johannes. “Relaciones de trabajo comparadas: escollos y posibilidades”. Rev. Internacional del Trabajo, vol. 100, núm. 1, 1981

3 Mantero, Osvaldo, ob cit. p. 30

4 Kahn – Freund. Otto. “On uses and misuses of comparative law” en The Modern Law Review, Londres, vol. 37, enero 1974, N°1, citado por Von Potobsky en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Dir. Julio Simon, T. I La Ley, 2012, p.153

5 Supiot. Alain. Critica del Derecho del Trabajo. MTAS. España, 1996

Por ello algunos autores adoptan unos patrones de aproximación más pertinentes al objeto de estudio, distinguiendo tres modelos de derecho del trabajo: *negociado*, *legislado* y *mixto*.

El modelo legislado, en el que se inscribe claramente el caso de Chile, puede delinearse como aquel que “tiene como característica la dirección del Estado en las relaciones de trabajo, amplitud de la ley, constitucional e infra constitucional y la retracción de la negociación colectiva, inhibida entre un enorme volumen de leyes que regulan el contrato individual de trabajo, leyes que interfieren el procedimiento de la negociación colectiva y que restringen de la autonomía de la negociación buena parte del contenido de los contratos colectivos. Ese modelo parte del supuesto de que el Estado es capaz de solucionar la cuestión social, de que la intervención del Estado en los sectores económico y social es el medio suficiente para alcanzar ese objetivo y de que la ley y la actuación del Poder Ejecutivo son las mejores maneras de regular las relaciones de trabajo”. Entre las desventajas de estos sistemas, el autor que viene siguiéndose no incluye la falta de autonomía de los actores sociales que provoca la red normativa existente⁶.

Circunscribir un derecho nacional a un determinado modelo – en el caso, el modelo de legislación - genera un campo de mayor cercanía con las soluciones que presta cada ordenamiento a las instituciones laborales concretas, lo que puede facilitar la integración de esas soluciones al derecho nacional sin extrapolaciones forzadas ni alienantes.

Pero hay otras consideraciones que todavía deben hacerse antes de ensayar cualquier proposición.

La comparación a realizar deberá tener en cuenta básicamente la normativa de origen legal, por lo cual es de orden anunciar que los materiales normativos autónomos no serán tomados en cuenta, por la obvia razón que el estudio busca mostrar algunas soluciones que pudieran resultar pertinentes para incorporar a las prácticas o para desatar procesos de reforma legislativa.

En lo fundamental, y siguiendo una cierta metodología tradicional en los estudios de derecho comparado, se apelará a la comparación con un “*tercer derecho*”, o sea, se dará curso no solamente a los derechos nacionales seleccionados, sino que se recurrirá a un cuerpo normativo externo como es el de la Organización Internacional del Trabajo, por considerar que se trata de un campo óptimo para servir como referencia por su carácter universal y flexible y

⁶ Mascaró Nascimento. Amauri. Teoría General del Derecho del Trabajo. LTr, 1999, p. 40 - 42

por componer un conjunto de normas, principios y pronunciamientos de los órganos de contralor de inevitable consideración en nuestro ámbito de estudios.

Tratándose del estudio, en definitiva, de una parte esencial de las relaciones colectivas de trabajo, conviene advertir el doble carácter que revisten, dado que no solo son objeto de regulación – y esa vertiente constituye de por sí un núcleo temático significativo – sino que “constituyen básicamente un aparato que las produce” con lo cual “no pone en juego solo una serie de estatus regulatorios cristalizados, sino también la garantía de goce y vigencia de un conjunto de libertades que son esenciales a la hora de definir los perfiles éticos (...) de las sociedades”⁷

La libertad sindical es así un “blanco móvil” para el investigador, puesto que en un enfoque sincrónico componen uno de los vértices del derecho colectivo del trabajo, y en un enfoque diacrónico es un instrumento de producción normativa.

Estas consideraciones no son ajenas a la dimensión del objeto de estudio.

Estamos ante un fenómeno situado en una especie de “medio camino” entre las “macro comparaciones” (estudio de los ordenamientos jurídicos en sus perfiles singulares) y las “micro comparaciones” (estudio de las normas o los institutos en particular). En efecto, la libertad sindical si bien constituye un derecho del que son titulares los individuos y los colectivos, tiene un potencial expansivo que la hace de sustantiva relevancia en todo el ordenamiento jurídico laboral, sin que pueda reducirse su significación a un espacio jurídico en particular.

Es tal la importancia de la libertad sindical, que el peso de su incidencia no queda recluso a un aspecto del derecho colectivo, sino que tiñe todo el ordenamiento jurídico de manera definitiva, aportando un idiosincrático modo de ser de la normativa, la doctrina y las prácticas de los operadores jurídicos.

Por eso los procesos de cambio deben despertar sinergias entre los distintos componentes del cambio, a saber, la legislación, la política laboral y la práctica de los actores sociales.

Así, una reforma laboral no podría limitarse a una simple modificación de los textos legales, desentendiéndose de los complejos avatares de la interpretación y aplicación de las normas, tareas a cargo de la Administración y de los operadores, sujetos que requerirán de estudios de diagnóstico, capacitación e información suficiente como medidas de promoción.

⁷ Goldín, Adrián, Feldman, Silvio. “Relaciones colectivas de trabajo en el Mercosur (sobre una hipótesis de convergencia)”. Rev. Relasur, N° 7, p. 47

2. Algunas notas sobre la significación de la Libertad Sindical

El derecho a la libertad sindical presenta en principio similitudes con la categoría de los llamados derechos civiles y políticos, en tanto puede ser apreciado como una cierta especificidad del derecho de asociación.

Sin embargo, las semejanzas terminan pronto ni bien se advierte, con una mirada más detenida, que su aparición y justificación tiene que ver con desarrollos históricos singulares, como han sido la extensión de la economía de mercado y el modo capitalista de producción⁸, procesos que generaron determinadas condiciones económicas que vieron surgir el trabajo dependiente o por cuenta ajena. Así, la libertad sindical es un derecho cuyos titulares se encuentran sometidos a una clase de sujeción: trabajan de manera subordinada.

En todo caso debe reconocerse que se trata de un derecho de quienes mantienen relaciones jurídicas fuertemente asimétricas de manera cotidiana y como modo de sustento en lo personal y familiar⁹, sujetos que Cesarino Junior denominaba “hiposuficientes”. Dice Supiot¹⁰, amalgamando los extremos, que “ha sido la invención de lo colectivo, y de sus consecuencias – los derechos colectivos, las libertades colectivas, la negociación y los convenios colectivos – lo que ha permitido salir de los impasses de la sumisión voluntaria, y definir un derecho en que pueden convivir la subordinación y la libertad”.

Hay por tanto un elemento diferencial en la libertad sindical frente a la libertad de asociación: se trata de un derecho singular de quienes ostentan una posición social y económica dependiente; la libertad de asociación no da cuenta de esa diferencia ni del conflicto que encierra.

Oscar Ermida Uriarte, en una obra de su producción temprana, estudia el concepto de libertad sindical en el marco de su consideración en el contexto de los derechos humanos fundamentales, poniendo el foco en su interdependencia, concepto que retorna desde la idea más reciente de la integración de los derechos en el llamado bloque de constitucionalidad¹¹. No es concebible la libertad sindical sin la vigencia y efectividad del derecho de asociación, de reunión, de libertad de expresión, etc. Tampoco es posible, y esto frecuentemente se soslaya, entender que rigen los derechos civiles y políticos sin el derecho a la libertad sindical.

8 Braudel. Fernand. La dinámica del capitalismo. FCE, Chile, 1994

9 El art. 3º del Convenio Internacional del Trabajo núm. 131 prescribe entre los elementos a tener en cuenta para el establecimiento del salario mínimo a la suficiencia para responder a las necesidades del trabajador y su familia.

10 Supiot, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Cit. p. 148

11 Barbagelata. Héctor-Hugo. “El bloque de Constitucionalidad de los Derechos Laborales”. En rev. Der. Lab. N° 214

Según la Organización Internacional del Trabajo “La propia Comisión de Expertos, la Comisión de Aplicación de normas de la Conferencia y el Comité de Libertad Sindical han señalado repetidas veces la dependencia recíproca que existe entre las libertades públicas y los derechos sindicales, recalcando así su convicción de que un movimiento sindical verdaderamente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un clima en el que se respeten los derechos humanos fundamentales. El ejercicio de las libertades públicas en materia sindical debe evaluarse en base a las reglas que figuran en el Art. 3 del Convenio N° 87. Es en conexión con esta norma que el respeto de ciertos derechos humanos fundamentales cobra toda su importancia para la vida sindical”¹²

La libertad sindical comporta un derecho que debe garantizarse en su ejercicio. Con ello no parece decirse nada nuevo, pero lo peculiar de su configuración radica en que los Estados permanecen obligados a promoverla como parte de sus compromisos con la Organización Internacional del Trabajo, que dispone para ese fin de una serie de contralores específicos y graduales. Estas “obligaciones positivas”, pueden sintetizarse diciendo que el Estado debe desarrollar condiciones para el efectivo ejercicio del derecho y debe poner a disposición de los actores diversas herramientas jurídicas para su concreción. Los empleadores son también sujetos pasivos de esa obligación.

La locución “garantizar su ejercicio” también quiere decir que el derecho a la libertad sindical es cardinalmente un derecho a tener actividad sindical, y en esa connotación diacrónica está la clave de la esencia del derecho. Volveremos sobre este asunto.

Las acciones vinculadas a la promoción de la libertad sindical se materializan de múltiples maneras, tanto mediante el aseguramiento de la autonomía de las organizaciones de trabajadores como proveyendo de efectos a las relaciones jurídicas que entablan con los empleadores o garantizando el derecho de huelga, etc. En realidad, el derecho a la libertad sindical comprende un haz de derechos, o es un derecho que se despliega en otros derechos¹³. La libertad sindical “interactúa” con otros derechos colectivos.

Es, por otra parte, un derecho generador de otros derechos, cualidad que lo eleva a la categoría de estructurador del ordenamiento jurídico, pues constituye un ámbito de creación de normas jurídicas aplicables a las relaciones individuales y a las propias relaciones colectivas de trabajo.

12 Oficina Internacional del Trabajo, Libertad sindical y Negociación Colectiva, 1994, Párr.26, pág. 14.

13 Romagnoli, Umberto. *La libertad sindical, hoy*. Revista Derecho Social, núm. 14, 2001

Esta característica de comportar una especie de sostén jurídico de una fuente de derecho como es la autonomía colectiva, es de vital importancia desde el punto de vista del desarrollo democrático y del funcionamiento del Estado de Derecho, puesto que con la libertad sindical estamos ante un poder normativo tal como si se tratara de cualquier otra fuente de derecho, aunque no siempre se lo reconozca de esa manera y se persista en considerar prejuiciosamente a la autonomía colectiva como un ámbito “clase B” cuando hablamos de producción de normas de derecho.

La profunda imbricación de la libertad sindical con otros derechos ha motivado que se la considere como parte de la tríada central del derecho colectivo del trabajo, junto al derecho de huelga y el de negociación colectiva. Se trata de una estrecha, indisociable e interdependiente interacción sobre la que tanto contribuyó Mario de la Cueva.

Se trata de un derecho complejo. Es vital para la comprensión de la función que el derecho a la libertad sindical tiene como instrumento del pluralismo social y de la igualdad en sentido material de las personas que trabajan, detenerse en el perfil teórico de esta formulación, que presenta evidentes consecuencias en el plano de la práctica jurídica.

Nos referimos a la diferenciación existente en el derecho y la norma (reglamentación) que lo reconoce, o sea, la relación entre el derecho y la institucionalización del mismo.

Los derechos humanos, como es el derecho a la libertad sindical, no son totalmente aprehensibles por la norma jurídica, y no debe confundirse el derecho y la norma que lo reconoce. En principio, una norma, como enunciado lingüístico, no puede atrapar ni enervar la riqueza conceptual del derecho, que se resiste a toda confinación cristalizadora, por lo cual mucho menos puede detener una norma la evolución de la cultura jurídica referida a los derechos fundamentales.

Una posición contraria a esta elemental apertura a la libertad y al progreso de “hominización” constituiría una mutilación que haría primar la institución por sobre el derecho, la forma sobre los contenidos. El Derecho no queda recluido en su formulación lingüística, sino que debe ser capaz de evolucionar a la par de la cultura y de las transformaciones de las formas de trabajar. Definir el derecho desde la exclusiva institucionalidad es desvincularlo del sujeto titular de esos derechos.

Es por estas razones que los derechos fundamentales son tales en la medida que se sitúan de manera independiente de las formas de recepción en el mundo jurídico. De algún modo, el *derecho* es una “exterioridad” respecto de la *norma* que pretende contenerlo: los derechos no

formulan instituciones, sino exigencias frente a las instituciones¹⁴. Esto no obra en desmedro de la norma ni de la institucionalidad democrática, sino que pone de relieve que, si bien la reglamentación es inevitable como mediación entre el derecho y su efectiva concreción, la misma no colma ni despliega la totalidad de los contenidos posibles, y a menudo puede llegar a constreñir el ejercicio efectivo del derecho (como ocurre con la libertad sindical en muchos países latinoamericanos, según se verá).

Algo similar anotaba en los albores del derecho laboral León Duguit, en unas conferencias dictadas en Buenos Aires a principios del siglo XX. En un pasaje que devino un clásico del derecho social: “soy de aquellos que piensan que el Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba”¹⁵

El derecho a la libertad sindical se radica siempre y en todo caso por encima de la reglamentación, y por ende no se encuentra sometido a plasmación definitiva; es por definición un derecho en movimiento, un derecho de la actividad colectiva y organizada, difícilmente apresable, de extraordinaria “riqueza semántica” como decía Romagnoli o de permanente “exceso de sentido”, cuyos titulares son quienes desempeñan un papel dependiente en el mundo productivo, pero con su conducta “activan” espacios de autonomía a través de la libertad sindical.

Esa naturaleza diacrónica ha quedado plasmada en el art. 3º del CIT N° 87 cuando hace referencia al derecho a la *actividad sindical*, locución amplia que incluye un conjunto de realizaciones imposibles de inventariar.

La libertad sindical engendra y despliega otros derechos, o sea, que pasa a ser de “derecho a” hacia un “derecho para” y por ello es consustancial a su conceptualización la autonomía de los sujetos colectivos, y su capacidad reguladora, puesto que sin una real independencia de las organizaciones de trabajadores respecto de los poderes económicos y políticos es ilusoria toda expectativa y se banaliza la potencialidad reivindicativa.

14 Hinkelammert, Franz J. El Sujeto y la Ley. El retorno del sujeto reprimido. Fundación editorial el perro y la rana, 2006, p. 463

15 Duguit, León. Las Transformaciones Generales del Derecho público y privado. Heliasta, 1975, p. 171

El Convenio Internacional del Trabajo núm. 87 reconoce que los trabajadores y trabajadoras tienen la potestad de constituir en forma autónoma e independiente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, sin requerir autorización previa; se les reconoce asimismo la facultad de afiliarse a las organizaciones sindicales existentes, establecer su forma de organización, administración, participación, elección de sus representantes y toma de decisiones. La autonomía y la independencia de las organizaciones se encuentran recogidas en los arts. 2º y 3º.

El conjunto de derechos a constituir organizaciones, a afiliarse, elegir libremente las autoridades, ejercer la administración y dictar estatutos no es otra cosa que una enumeración no taxativa de las variables fundamentales que integran el concepto de autonomía sindical; una especie de descomposición (para mejor comprenderlo) de un concepto único y central, como es la autonomía sindical.

La construcción de un sujeto con esas características hace posible el reconocimiento a la “otredad” del colectivo laboral respecto del resto de los actores del mundo del trabajo, a saber, del Estado y del sujeto empleador. Toda afectación permanente a la autonomía sindical comporta la negación de “lo otro”, y por tanto, redundante en el cercenamiento o la desaparición de la representación del interés de los hiposuficientes, significando una renuncia al ejercicio democrático en el plano social.

3. El actuar de la Administración entre la teoría jurídica y la política laboral

La “exuberancia semántica” y la relevancia de la libertad sindical en el sistema de fuentes de derecho no termina de ensamblar adecuadamente con la intervención del Estado en las relaciones laborales: *El sesgo del obrar administrativo en la materia parece dirigido a una actuación de tipo revisionista y controladora de esas relaciones.*

Veamos para verificar este aserto algunas construcciones doctrinarias que resultarán harto elocuentes de esta falta de acople entre la libertad sindical y el intervencionismo estatal.

En una obra reciente, entre los elementos característicos del derecho colectivo del trabajo se distinguen tres instancias:

- a) Ámbitos de participación de los trabajadores y empleadores, y sus entidades representativas, sindicatos y asociaciones empresarias;
- b) Ámbitos de control, desplegados por la autoridad administrativa de trabajo, en cumplimiento de la normativa vigente;

c) Ámbitos de revisión, a cargo de la autoridad judicial competente, de lo actuado por parte de las instancias precedentes¹⁶.

De la precedente clasificación deduce el autor que “todo ello se vincula con un aspecto esencial de la materia en análisis, que es la autolimitación que se impone el Estado al reconocer un marco de actuación propio a los sujetos colectivos, al amparo de tales garantías de libertad sindical y autonomía colectiva. Ello deriva en la paradoja de constituirse un sistema que si bien potencia el desequilibrio normativo a favor de los mencionados sujetos (mecanismo que no resulta ajeno al derecho del trabajo) también debe asegurar la presencia de etapas que procedan a restaurar ese desnivel en caso de producirse excesos u omisiones en el despliegue de esos comportamientos sociales”¹⁷

Nótese que la clasificación no destaca en el ámbito de las funciones de la Administración, el “fomento” sino que repara solo en el “control”.

Más adelante se dice que la relación jurídico administrativa ha distinguidos tres modalidades fundamentales en las que se despliega la intervención: policía, servicio público y fomento, señalando, paradójicamente, que a los efectos laborales “lo que aquí importa es analizar la forma y los alcances en que se ejercita y controla el poder de policía en el derecho colectivo del trabajo”¹⁸ y citando a Javillier reconoce que “la Administración puede intervenir en las relaciones de trabajo de doble manera (...) El propósito es incitar a los interesados a hallar las modalidades más adecuadas para tratar los asuntos que les conciernen. De algún modo se trata de controlar tanto las fuerzas sociales como la perspectiva de incitar a que estas últimas establezcan instrumentos que escapen parcialmente a la Administración. Para quien desea simplificar al extremo se trata tanto del camino heterónomo como del autónomo. Estas dos finalidades de intervención de la Administración, en el terreno normativo, no son incompatibles, contrariamente a lo que algunos creen o fingen creer. Estas pueden muy bien coexistir, y estarán sin duda, cada vez más orientadas a interactuar”¹⁹.

Para mayor explicación, teóricamente las funciones de la Administración del Trabajo pueden clasificarse en generales, particulares y cuasi jurisdiccionales.

16 Ambesi, Leonardo. “*El Estado: las instancias administrativas y judiciales en el derecho colectivo del trabajo*”. En el vol. Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo cit, p. 797

17 Ambesi, ob cit. p. 799

18 Ambesi, ob cit. p. 805

19 Javillier, Jean Claude.”*Ministerio de Trabajo y Legislación Social*” en Administración Laboral y Ministerio de Trabajo en el siglo XXI. V. Tokman y D. Martínez comp. OIT, Lima, 1997, p. 66 cit por Ambesi, p. 807

Las funciones generales refieren a las prescriptas en el CIT 150 sobre Administración del Trabajo (1978) definida como “las actividades de la administración pública en materia de política nacional de trabajo 8art. 1º, a); las instituciones “responsables o encargadas de la Administración del Trabajo conforman el “sistema de Administración del Trabajo” (art. 1º, b).

Las particulares hacen mención a aquellas que atribuye la legislación nacional y tiene que ver con aspectos propios de la gestión ordinaria, tales como registros de sindicatos y de convenios colectivos, tareas de contralor de la aplicación de las normas laborales, mediación en conflictos individuales y colectivos, etc.

Las funciones cuasi jurisdiccionales son seguramente las más controvertidas, puesto que convierte a la Administración en un ámbito de dilucidación de conflictos entre privados, rozando así la actividad jurisdiccional propiamente dicha. Trátase en estos casos de la determinación del sindicato más representativo, el encuadramiento sindical, el contralor y la resolución de impugnaciones de elecciones sindicales, etc.

Las clasificaciones y desarrollos precedentes adolecen de una significativa ausencia de funciones de tipo promocional o de fomento, pese a que la normativa internacional es conteste en determinar la pertinencia de identificar obligaciones de los Estados de ese carácter (art. 4º del CIT 98, etc).

¿Por qué entonces que la mirada administrativista en clave de policía laboral? A responder la pregunta se encaminan los siguientes desarrollos.

En el plano jurídico la intervención del Estado fue vista como una manifestación del derecho administrativo para regular un tipo particular de relaciones que presentaban un alto componente de interés publico. La mirada generalista no reparó en las peculiaridades del mundo del trabajo, y si lo hizo, fue con el afán evidente de disciplinar.

En el caso, la tensión entre la intervención y el control que impuso la Administración a las relaciones colectivas de trabajo por un lado, y los espacios de autonomía sindical por otro, se reflejó inevitablemente en el campo de la ciencia jurídica, en tanto estas funciones referidas al ámbito de las relaciones colectivas de trabajo fueron enmarcadas, en algunos casos, en el derecho administrativo, y en otros, se desgajaron hacia el derecho del trabajo.

El enfoque en uno y otro caso iba a ser disímil en cuanto a los grados de admisibilidad de un ordenamiento jurídico autónomo con sus propias reglas, que solo muy mediatamente puede ser tomado – nunca absorbido – por el ordenamiento heterónimo, situándose así los distintos sistemas en el eje del reconocimiento más o menos amplio de márgenes de autonomía sectorial.

Admitida la autonomía colectiva como un espacio de actuación de los sujetos colectivos, parte del debate teórico se desplazó entonces hacia la cuestión de si esa autonomía era de tipo originaria o derivada, caso en el que, al menos, la Administración se reserva el recinto último de las normas de orden público laboral²⁰.

Ese intervencionismo en equilibrio inestable con la autonomía no tiene la misma significación si consideramos las distintas dimensiones del derecho del trabajo.

Es posible distinguir:

- a) Si se trata de relaciones individuales de trabajo, el intervencionismo se traduce en actos legislativos, o sea, el dictado de normas protectoras de los trabajadores de carácter irrenunciable;
- b) Si se trata de relaciones colectivas, “el Estado deberá reconocer la libertad sindical y el derecho de huelga y admitir la negociación colectiva como un instrumento para conseguir el equilibrio entre los factores de producción, obviamente sin inmiscuirse en las relaciones entre las partes salvo en lo que puedan afectar al orden público”;
- c) En el derecho procesal, “el Estado debe, en principio, reconocer la desigualdad de las partes y procurar aminorarla. La medida de ello puede ser muy variable”²¹.

Conviene entonces reformular la clasificación sosteniendo que las funciones de la Administración del trabajo consisten en (a) la protección del trabajo; (b) la paz social; y (c) *la promoción de la autonomía y la libertad sindical*.

Las funciones de la Administración tienen por tanto que dar lugar a la promoción de la autonomía de los actores por comportar una dimensión democratizadora de la esfera económica y social, dejando atrás una intencionalidad puramente controladora de los procedimientos, productos y conductas de los actores.

Coincidentemente, un estudio de la OIT indica que las transformaciones en curso – globalización, liberalización, democratización – provocan ciertos cambios que motivan la introducción de innovaciones en la Administración del Trabajo, una de las cuales es la que tiene

20 Mantero Alvarez, Ricardo. “*El ordenamiento intersindical y las fuentes del derecho del trabajo*” en el vol. 36 Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. FCU.

21 De Buen Lozano, Néstor. “*Modalidades y Alternativas*” en el vol. La Negociación Colectiva en América Latina, Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte. Ed. Trotta, 1993, p. 119

que ver con auspiciar una mayor autonomía de los actores sociales para autorregular las relaciones de trabajo a través, principalmente, de la negociación colectiva²².

Hay razones históricas que no pueden soslayarse en una explicación del fenómeno de la intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo.

El Estado ha tenido una evolución sinuosa a este respecto, y en ese tránsito incompleto, la ruptura de la inercia “neutral” del juez y gendarme lo hizo configurarse como un actor poderoso e intervencionista en materia económica y social, comportando la llamada “función conformadora” de la Administración que forjó cambios en distintos niveles de la gestión pública, entre ellas, el reconocimiento de los sujetos colectivos, los efectos de la negociación colectiva y el tratamiento de los conflictos colectivos.

Debe reconocerse que el proceso de incorporación del conflicto social dentro del universo de la ciencia jurídica y el consiguiente intervencionismo legislativo no se dio sin resistencias y perplejidades producto del arraigo de las concepciones liberales, absolutamente hegemónicas en el correr del siglo XIX.

El intervencionismo del Estado agrupó en general a diversas corrientes ideológicas y políticas que tuvieron como fundamento común la crítica y oposición al liberalismo económico de la Escuela de Manchester, aunque es posible encontrar otras coincidencias. Barbagelata señala como puntos de acuerdo de esas tendencias la “confianza en el progreso permanente de la sociedad humana”, la importancia reconocida a la solidaridad, la confianza en el Estado y la “convicción en que la ley es el instrumento de elección para el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo”, amén del trasfondo ético de todas estas concepciones²³.

El establecimiento de un marco jurídico proclive a la promoción de la libertad impone un delicado equilibrio: así, el exceso normativo, tan común en el continente, no es sinónimo de exceso de protección, sino todo lo contrario. El marco jurídico, del que se esperaba un instrumento de protección, se trasmuta en instrumento de control y dominación por el aparato estatal.

22 Tokman. Víctor. Martínez. Daniel. “*Los nuevos contenidos de la Administración del Trabajo y la modernización de los Ministerios de Trabajo en América Latina*”, en el vol. Administración Laboral y Ministerio de Trabajo en el siglo XXI, OIT, 1997, p. 15 – 17.

23 Agrega el autor que “algunas diferencias que pueden advertirse entre ellas tienen mucho que ver con las características culturales de los países en los cuales se desarrollaron”. Ver Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista. FCU. 2009, p. 100 y ss.

En concreto, la espesa trama normativa en derecho colectivo es frecuentemente limitativa y empobrecedora de la acción sindical²⁴, cuando no directamente disciplinadora.

Esta presencia reverencial a la *ley* como parte de la cultura jurídica latinoamericana, cuya función ha sido mayormente constituirse en mecanismo de reglamentación de las relaciones sociales que se producen en el ámbito del trabajo viene de lejos y tiene razones profundas.

Dice un autor que “La palabra escrita viviría en America Latina como la única valedera, en oposición a la palabra hablada que pertenecía al reino de lo inseguro y lo precario (...) En territorios americanos, la escritura se constituiría en una suerte de religión secundaria, por tanto pertrechada para ocupar el lugar de las religiones cuando éstas comenzaron su declinación en el siglo XIX (...) Ese exclusivismo fijó las bases de una reverencia por la escritura que concluyó sacralizándola. La letra fue siempre acatada, aunque en realidad no se la cumpliera, tanto durante la colonia con las reales cédulas, como durante la República respecto a los textos constitucionales”²⁵.

Esa tradición latina por la escritura, más la pretensión sistematizadora que pretendía atrapar la realidad en una profusa red normativa contenida en el código civil, se terminó consolidando con la creación de los estados nacionales en el siglo XIX, trasladando luego de forma inevitable esa lógica a la regulación de las relaciones de trabajo con el agregado y la parcería de un muy claro designio político como lo era (lo es) el disciplinamiento del conflicto social.

La cristalización de esas relaciones en una normativa vertida en códigos, leyes generales o consolidaciones de leyes del trabajo configuró un modo de ser de esas relaciones sociales y de la regulación de los intercambios que ocurren en el seno del mundo del trabajo, generando unas tradiciones y una cultura que permitió su pervivencia histórica en “modelos” nacionales, la mayoría de los cuales surgieron de gobiernos nacionalistas o en los procesos más o menos contemporáneos de las políticas de sustitución de importaciones. Si bien lo común ha sido que las relaciones individuales de trabajo se regularan bajo el signo de la protección y los principios, en el nivel colectivo la reglamentación²⁶ del sujeto sindical y de puntuales aspectos de la negociación colectiva ha tenido un designio contrario a la protección, determinando, en el

24 Dice Oscar Ermida Uriarte que “en América Latina todavía predomina una legislación limitativa y controladora de la acción sindical”. Ver del autor “*Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa*” Revista Derecho Social Latinoamericana, núm. 1 2006.

25 Rama, Ángel. La Ciudad Letrada. Bs. As. Fundación Internacional Angel Rama, 1984, p. 17 y 41

26 Si bien estrictamente no lo son, a los efectos de esta contribución los vocablos “regulación” y “reglamentación” se emplean como sinónimos

devenir, la identidad y el “fenotipo” mismo de las organizaciones sindicales, que terminaron adaptándose al modelo.

Así por ejemplo, la exigencia de mínimos de afiliados para la constitución de sindicatos o la imposición de determinado nivel en la determinación del ámbito de la negociación colectiva modularon estrechamente la estructura sindical, limitando su acción al radio fijado por la norma o circunscribiendo la organización al nivel de la empresa.

Como rápidos ejemplos de lo expuesto, hemos de recordar que algunos códigos exigen para la constitución de una organización un número mínimo de afiliados (art. 359 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 475 del Código de Trabajo de Honduras, etc), y en otros casos se deja al albur del acuerdo de partes la determinación del nivel de la negociación, como hace el art. 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú, reclusando indirectamente las relaciones de trabajo en la empresa lo cual es funcional y refuerza el contexto de debilitamiento y fragmentación sindical existente en ese país. Por otra parte, los actuales procesos de descentralización empresarial o tercerización contribuyen a consolidar la práctica de la negociación por empresa, en tanto aún las grandes unidades se des/estructuran progresivamente.

Si el marco jurídico general intervencionista es limitativo del radio de acción sindical merced a condicionamientos tales como a) la imposición del encuadramiento sindical; b) la obstaculización de la huelga; o c) la excesiva procedimentalización de la negociación colectiva, parece inevitable que ese mismo sujeto sindical, tan fuertemente mediatizado por la estructura jurídica, sea más proclive o permeable a aceptar otras imposiciones y sumisiones al poder político.

Este intervencionismo de tipo inmovilizador que estamos someramente describiendo presenta dos modalidades:

- a) de tipo “*originario*”, sincrónico, es decir, actuante al momento de diseñar el marco jurídico, que se traduce en general en la fijación de un espacio y de unas reglas para la acción de los sujetos colectivos, caso en que el **intervencionismo se denota en el texto legal**;
- b) de tipo “*dinámico*”, diacrónico, o sea actuante en el desarrollo de las relaciones entre los sujetos, y que opera a través de la interpretación y aplicación del marco legal y del arbitrio de soluciones a los problemas que se planteen, caso en que el **intervencionismo se denota en la actividad de la autoridad laboral**.

En el caso chileno, “la orientación normativa que el derecho sindical asumió en cuanto formulación del marco social que el legislador impone a los sectores sociales, se caracterizó por la asignación a la ley de un rol prioritario en el gobierno de las relaciones colectivas de trabajo, lo que afectó el desarrollo de los interlocutores sociales, y configuró un cierto modelo de relaciones colectivas de trabajo”²⁷.

Pese a esa evidencia de enfoques limitativos y excesivamente reglamentaristas, muy imbuidos de las concepciones administrativistas en clave de control de la actividad de los sujetos colectivos, hay posiciones en el laboralismo que sostienen la pertinencia de los controles.

En una versión “suave” de estas visiones, la intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo es apreciada como una especie de actuación “en subsidio” de la Administración para el caso que los mecanismos autónomos de garantía de los derechos colectivos – las múltiples afectaciones que puede sufrir la libertad sindical - no sean eficaces o suficientes o el sujeto no se encuentre en condiciones de ejercer medidas de acción sindical para la tutela de su interés.

La Administración entraría en escena tras la demostración de la insuficiencia de los medios autónomos de solución de controversias, ya sea en caso de conflictos intrasindicales (discusión sobre representatividad, por ejemplo) o en caso de conflictos laborales propiamente dichos, ya sea de derecho o de interés.

Mas en general, otras posiciones llegan más lejos. Haciendo un relato de esas posiciones, sin que el autor se comprometa con las mismas, se ha dicho que la libertad sindical “no es incompatible con cierto control estatal dirigido a asegurar que los sindicatos cumplan con sus finalidades propias y que su miembros no sean perjudicados con el manejo indebido de los mismos. Las asociaciones profesionales, se dice, son parte importantísima para el funcionamiento de la sociedad civil pluralista y el estado garante de las instituciones democráticas, no puede ser indiferente ante aquellas ni tampoco darles un tratamiento semejante al que otorga a las sociedades civiles o mercantiles de orden privado, cuya constitución y funcionamiento responden a intereses particulares y no a intereses públicos de toda la colectividad. Regular los requisitos de constitución de los sindicatos, establecer una inscripción obligatoria, aún cuando se conceda a la autoridad competente potestad absoluta para negar la

27 Tapia, Francisco. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo en Chile”. En el vol. Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo. Oscar Ermida Uriarte, coord. FCU, 1993, p. 102

inscripción, regular las finalidades lícitas de los sindicatos, vigilar el manejo de sus fondos exigir el cumplimiento de ciertos requisitos tendientes a la preservación de la democracia interna en materia de asambleas, lecciones, presentación de informes a la autoridad laboral y a los asociados y, en fin, normar las causas de extinción de los sindicatos, sin conferir potestades absolutas en este sentido a la administración pública, no comporta, conforme a esta posición un ejercicio contrario a la libertad sindical, sino una garantía para el verdadero ejercicio de la misma, que debe proteger a las asociaciones profesionales y a sus miembros contra cualquier tipo de abuso”²⁸.

Las posturas críticas del intervencionismo lo señalan como el responsable de la postración de la libertad sindical en América Latina, provocada por una intencionalidad política de menguar el potencial que tiene la acción sindical. Se constata que la atención por parte del Estado de los fenómenos que se originan en el área de las relaciones colectivas de trabajo “no ha fructificado aún en medida suficiente en el sentido de reemplazar el signo de la interferencia estatal por el de la actividad de promoción de las relaciones colectivas autónomas”²⁹.

Intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones colectivas de trabajo sería sinónimo de restricciones a la libertad sindical.

En una posición más matizada, se ha dicho que la legislación intervencionista ha reposado en la intención de “modernizar y actualizar” el país, pero en nuestro continente “ha impuesto una prótesis que, al tiempo de ayudar, ha viciado la praxis de no pocos países de la región”³⁰.

Más llanamente y con ejemplar poder de síntesis, de Buen ha subrayado que “derecho social que se reglamenta, derecho social que se pierde” y que “hay, de manera general, en los sistemas laborales de América Latina, una cierta tendencia a formular declaraciones que no son compatibles con la reglamentación que les sigue”, por lo cual nuestros países presentan “un sindicalismo dependiente, subordinado a decisiones políticas”³¹.

Para Oscar Ermida Uriarte el intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo latinoamericanas no es homogéneo o uniforme, sino dual, ambiguo o aparentemente

28 Hernández Alvarez. Oscar. “*La Libertad Sindical como Derecho Humano Fundamental*”. En Estudios de Derecho del Trabajo. Dos Maestros. Dos Homenajes (Oscar Hernández Alvarez y Napoleón Goizueta Herrera), Iván Mirabal Rendón (comp.) Consejo Académico Barquisimeto, Venezuela, 2010, p. 222

29 Goldín. Adrián. “*El Papel del Estado*”. En el vol. El Derecho Sindical en América Latina, Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte (coord.). FCU. 1995, p. 35

30 Ojeda Avilés. Antonio. “*El Procedimiento de la Negociación Colectiva*” en el vol cit. El Derecho Sindical en América Latina, p. 143

31 De Buen Lozano. Néstor. “*Organización y funcionamiento de sindicatos*”, en el vol cit. El Derecho Sindical en América Latina. p. 65 - 66

contradictorio. En concreto, los códigos o leyes generales del trabajo protegen al trabajador individual, pero “los capítulos de esas mismas leyes o códigos dedicados a las relaciones colectivas de trabajo, reflejan una clara finalidad limitativa o controladora de la acción sindical. La legislación sindical latinoamericana se caracteriza muchos más por el reglamentarismo y la limitación, que por la promoción, soporte o apoyo de la acción colectiva y sus manifestaciones, como la huelga, la negociación colectiva o la participación”³².

Con todo, Godinho advierte que si bien Brasil presenta una “fuerte tradición heterónoma”, que constituye el núcleo central del ordenamiento, la producción autónoma de los destinatarios principales de las reglas producidas no puede ser contradictoria sino “armónicamente ajustada” con los principios laboristas y los criterios en vigor en la rama jurídica especializada³³, advirtiendo así de los riesgos de una autonomía negocial que pudiera desconocer los principios propios del derecho del trabajo.

Superada la etapa de la pertenencia de la Administración del Trabajo a una rama jurídica ajena al Derecho del Trabajo, y superada la etapa de la llana asimilación del intervencionismo a una exclusiva preocupación por el control y disciplinamiento, resulta evidente que la función promotora de la libertad sindical no solo es un imperativo de las políticas laborales del siglo XXI en clave de autonomía, sino que es una demanda democrática de participación del ciudadano en el plano económico y social.

4. Medidas de promoción de la libertad sindical: la facilitación del reconocimiento sindical y de los procedimientos de negociación. Un ejercicio comparatista

4.1. Las “dificultades” o restricciones en la aplicación de la libertad sindical como contracara de la promoción

Los Estudios Generales y los informes de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo configuran una *hoja de ruta de utilidad para encontrar los puntos clave que ameritan políticas laborales o intervenciones legislativas para despejar el camino y hacer lugar al efectivo ejercicio de la libertad sindical y la autonomía colectiva*.

32 Ermida Uriarte. Oscar. “*Caracteres y Tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa*”. En Revista Derecho Social Latinoamericana. N°1 Bomarzo, p. 7

33 Godinho Delgado. Mauricio. Curso de Direito do Trabalho, 13° ed. 2014, p. 140

En concreto, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha dicho que “en la gran mayoría de los países, se reconoce, en la legislación o en la práctica, el derecho de los trabajadores a establecer sus condiciones de empleo mediante la negociación colectiva. No obstante, el grado con que las legislaciones nacionales fomentan el recurso a este mecanismo varía según los países; en la práctica, las principales dificultades que surgen a este respecto atañen al reconocimiento de los sindicatos a los fines de la negociación colectiva, así como al establecimiento de procedimientos y organismos destinados a facilitar la negociación”³⁴.

Si trazáramos un mapa de cuales son efectivamente esas “dificultades” que encuentra la CEACR en los ordenamientos nacionales, bien podríamos erigir, como contracara, una *serie de medidas de índole legislativa y de política que mejoraran la práctica de las relaciones colectivas de trabajo*.

Esas dificultades (antes bien, son “restricciones”) son las dos que se señalan en la cita transcrita, y se despliegan en ciertos mecanismos que a continuación se indican:

4.1.1 Reconocimiento de las organizaciones sindicales a los fines de la negociación colectiva.

Las restricciones se traducen en la imposición de requisitos de inscripción excesivos a los efectos de acceder a la negociación colectiva, como por ejemplo, la exigencia de un porcentaje muy elevado de trabajadores afiliados para registrar un sindicato, o la aprobación de estatutos, o la morosidad y burocratismo para obtener el reconocimiento.

La determinación de la representatividad para el caso de existir más de una organización sindical es parte también del problema, ya que si bien se entiende pertinente efectuar distinciones, *el riesgo aparece cuando se acuerdan mayores privilegios que la prioridad en materia de negociación colectiva*, debiéndose otorgar, a la organización que no alcanzó el estatus de “más representativa”, la posibilidad y viabilidad de solicitar una nueva votación, evitando así que se consoliden estructuras sindicales impropias.

Un rango de contar, por ejemplo, con el 50% de los miembros de una unidad de negociación parece, para la CEACR excesivo, puesto que puede dejar sin el derecho a negociar a sindicatos mayoritarios que no alcancen ese porcentaje.

34 Estudio General de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo 81ª reunión, 1994, núm. 237

4.1.2. Procedimientos y organismos destinados a facilitar la negociación.

Entre las medidas de facilitación y promoción de la negociación colectiva, el CEACR ha señalado “los procedimientos, obligatorios o voluntarios, de mediación y conciliación, la prohibición de ciertas prácticas que, como las prácticas desleales de trabajo, pudieran entorpecer el avance de las negociaciones, y las disposiciones que facilitan a las partes, y en particular a las organizaciones de trabajadores, el acceso a ciertas informaciones, especialmente sobre la situación económica de la unidad de negociación, de la empresa en que se desempeñan los trabajadores interesados o de las demás empresas del mismo sector”³⁵

En lo referente a la autonomía para negociar, los temas a tratar para una eventual política de fomento a la negociación colectiva deberían tomar en consideración las dificultades constatadas en cuanto a la “fijación unilateral del nivel de las negociaciones, la exclusión de determinadas materias del ámbito de la negociación, la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias, el respecto de criterios preestablecidos por ley, en particular en materia de salarios, y la imposición unilateral de las condiciones de empleo”³⁶.

Los niveles de negociación deben fijarse autónomamente por las partes, pudiendo adoptar, dice la CEACR, “un sistema mixto de acuerdos-marco, complementados por convenios en el ámbito local o acuerdos de empresa”³⁷.

En cuanto a los contenidos, “las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el convenio; como método particularmente adecuado para remedir a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva”³⁸.

4.2. Modelos de promoción de la libertad sindical

35 Informe cit. núm. 246

36 Informe cit. núm. 248

37 Informe cit. núm. 249

38 Informe cit. núm. 250

Resta ahora iniciar la búsqueda de *patrones comunes y lineamientos de análisis de las medidas de promoción de la libertad sindical tomando como referencia el derecho de un conjunto de países latinoamericanos y europeos y las soluciones que ofrecen a las cuestiones del reconocimiento de las organizaciones sindicales y los procedimientos de la negociación colectiva*. En todos los casos se intentará sistematizar esas experiencias normativas para asumir conclusiones que sean de interés para el tema en estudio.

4.2.1. Desactivar toda restricción al reconocimiento de los sindicatos

Los sindicatos deben gozar de un amplio margen de reconocimiento en el plano de las relaciones colectivas de trabajo, por lo cual deberían removerse todos los obstáculos que limiten la creación de organizaciones, tales como los porcentajes excesivos de afiliados en el seno de la empresa, aún teniendo en cuenta que por lo general se argumenta que es un modo de fortalecer al movimiento sindical para evitar la generación de organizaciones “anémicas”.

En el extremo de la mayor autonomía encontramos al caso uruguayo, que no reglamenta la actividad sindical y permite la creación de sindicatos con la sola decisión autónoma de los trabajadores, reunidos aun espontáneamente en asamblea. No son exigidos requisitos de ningún tipo en lo referente a porcentaje mínimo de afiliados, ni registro obligatorio alguno. Siendo la negociación colectiva en ese país básicamente por rama o sector de actividad, la existencia de sindicatos de empresa a veces sin suficiente peso se amortigua con una organización federativa importante.

La determinación del sindicato más representativo a los efectos de la negociación colectiva aparece como un problema cuya solución se conjuga a través del empleo de criterios diversos, entre los cuales naturalmente se encuentran el de la antigüedad, independencia, número de afiliados, etc.

El número de afiliados o “audiencia electoral” es relevante en países como Francia y España.

En el primero de los países, los criterios acumulativos para establecer la representatividad sindical fijados en la ley de 20 de agosto de 2008 son: el respeto por la legalidad republicana; la independencia frente al empleador; la transparencia financiera; la antigüedad; la audiencia electoral (dependencia del hecho electoral en los organismos representativos del personal y de la concurrencia entre las fuerzas sindicales reconocidas sobre la base del pluralismo); la influencia del sindicato; y el número de afiliados y cotizantes. En

España igualmente se recurre a los resultados alcanzados por las distintas corrientes sindicales en las elecciones a representantes unitarios en la empresa (comités de empresa).

En Brasil, heredero de una tradición secular, la representatividad está vinculada a un sistema de unicidad de representación sindical de un grupo económico y social con base territorial a nivel municipal.

Sin embargo, es posible encontrar casos en que no existen previsiones para que la negociación colectiva sea efectuada por la organización más representativa, como en Colombia, Chile y Perú.

En algunos países la negociación queda circunscripta a las organizaciones sindicales, como en Argentina, Brasil, Nicaragua, Dominicana, Venezuela y Uruguay; en otros, es posible pactar acuerdos sin participación sindical, como los pactos colectivos en Colombia y los arreglos directos en Costa Rica, fuertemente criticados por constituir elementos discriminatorios en materia sindical. Fenómenos similares se dan en México a través de los llamados sindicatos de protección patronal.

4.2.2. Modelos y niveles de negociación

La negociación colectiva se encuentra prevista en todos los ordenamientos, pero algunos tienen previsiones sobre ámbitos tripartitos, a menudo para fijar salarios mínimos, como el caso del Consejo del Salario Mínimo, Vital y Móvil de Argentina y los Consejos de Salarios del Uruguay o de manera más general, los Consejos Tripartitos Regionales de Usuarios en Chile.

En cuanto a la determinación de los niveles, es posible distinguir tres modalidades:

- a) Casos en que el nivel de negociación queda sujeto a los acuerdos que alcancen las partes. En Argentina, Brasil y Uruguay ello implica una negociación por rama de actividad, aunque pueden anotarse matices en cada país, dado que en el último de los nombrados el ámbito en lo vinculado a la fijación de los salarios mínimos está prescripto legalmente. La libre determinación recluye la negociación por empresa en Panamá y Nicaragua, y en el caso de República Dominicana, si bien se prefiere la negociación por rama, los requisitos que se colocan son de tal entidad³⁹ que termina generalizándose la negociación descentralizada;
- b) Casos en que el nivel de negociación queda igualmente sujeto a los acuerdos, pero se prescribe que en caso de no alcanzar acuerdo la negociación ha de realizarse a nivel de empresa, como el caso de Perú. En Paraguay y Venezuela la negociación a nivel de rama requiere

³⁹ El sindicato debe representar a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito referido.

mayorías calificadas de trabajadores, y de no alcanzarse el mínimo, se negocia a nivel de la empresa;

c) Por último, en países como Colombia se establece que la negociación debe efectuarse por empresa.

La coexistencia de niveles diversos de negociación demanda la necesidad de contar con criterios de articulación. En España se organiza a través de acuerdos interprofesionales a nivel nacional, que recomiendan a los niveles inferiores una determinada estructuración de la negociación que va del nivel de empresa al de convenio estatal de rama de actividad.

En algunos casos, la solución adoptada es criticada por inconstitucional, como ha ocurrido en Italia con los llamados “acuerdos de proximidad” (negociación colectiva por empresa y nivel territorial infranacional), que permiten inaplicar disposiciones de los convenios colectivos nacionales de sector y aún la legislación laboral.

Es posible encontrar también modelos de negociación colectiva “reglada” o “no reglada”.

En Italia, el art. 39.pár. 4 de la Constitución prevé un registro público de los sindicatos para obtener la personería jurídica y concomitantemente representar “unitariamente en proporción a sus afiliados” y “estipular convenios colectivos con eficacia vinculante” lo que quiere decir estipular el alcance erga omnes para los trabajadores del ámbito negocial. Esa estructura no resistió la diferenciación sindical de posguerra y generó un sistema “de hecho”, de sindicatos sin registración alguna que debieron pactar acuerdos sometidos al derecho común de los contratos con eficacia limitada a las partes que lo celebran y las personas representadas. Por razones también de hecho, las empresas terminan afiliándose a la organización empresarial que celebró el convenio y en el interior de las mismas aplican a todos los trabajadores por aplicación del principio antidiscriminatorio.

En España el fenómeno se denomina “pacto extraestatutario”, y designa al acordado al margen del procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores. La jurisprudencia le ha asignado efectos contractuales y aplicación limitada a los trabajadores y empresas afiliados a los sujetos pactantes.

4.2.3 Contenido de la negociación

El Estatuto de los Trabajadores de España en el art. 85.1 le otorga al convenio colectivo la capacidad de regular las condiciones de trabajo y “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y el ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Coherente con ese sentido amplio, la negociación comprende frecuentemente aspectos vinculados a la organización del trabajo y el empleo y los cambios en la organización de las empresas y las consiguientes relaciones con el sindicato.

En otros casos, la ley es más prescriptiva de los contenidos posibles de la negociación, hasta el punto que puede resultar restrictiva.

En algunos países latinoamericanos, la reproducción vía negociación colectiva de las prescripciones legales del contrato de trabajo se ha visto como un empobrecimiento de los contenidos de la negociación, aunque también es cierto que esa reiteración puede tener un efecto “pedagógico” o reforzar la exigibilidad de esos derechos pormenorizadamente materializados en la ley laboral.

En México se ha señalado que los contratos “de protección patronal” son registrados a los solos efectos de impedir el surgimiento de una negociación autónoma, por lo cual su contenido, totalmente ficcional, solo reproduce la legislación contenida en la LFT.

4.2.4 Procedimiento de la negociación colectiva

El establecimiento de procedimientos instituye el ejercicio de una potestad reglada de la Administración que puede resultar obstaculizadora de la negociación colectiva, por lo cual para aconsejable ir a una simplificación de los actos constitutivos del íter negocial para prestar mayor apertura a la autonomía colectiva.

Si bien es difícilmente generalizable, puede decirse que existe cierta tendencia a establecer plazos y fijar los derechos y obligaciones de las partes en cada estancia procesal, el incumplimiento de los cuales determina, a veces, el apartamiento del modo legal de concluir un convenio y su deriva a modos “extraestatutario”.

El caso más paradigmático de libertad del proceso negociador se encuentra en Uruguay, donde solo la negociación los salarios mínimos está relativamente reglada mediante la convocatoria de los Consejos de Salarios a través de una decisión administrativa. En la negociación colectiva bipartita no existe sujeción a plazos ni procedimientos predeterminados, pudiendo las partes recurrir, de manera voluntaria, a mediadores o conciliadores del Ministerio

de Trabajo y Seguridad Social para el caso de dificultades o conflictos derivados del proceso de negociación.

La ley de negociación colectiva de 2009 es una “norma mínima”, siguiendo una tradición de abstencionismo del Estado en la intervención en las relaciones colectivas de trabajo, y por tanto, solamente establece los lineamientos generales para la conclusión de un convenio colectivo, sin pronunciarse sobre los procesos internos de intercambios entre las partes.

En concreto, la norma determina:

- a) Quienes son los sujetos pactantes (organizaciones de trabajadores y de empleadores);
- b) Tres niveles de negociación: a) de cúpula (gobernanza de las relaciones laborales a cargo del Consejo Superior Tripartito); b) de rama o sector de actividad (tripartito para la fijación de salarios mínimos en Consejos de Salarios o bilateral para la celebración de convenios colectivos); y c) de empresa, establecimiento o sección;
- c) Articulación con base en la primacía del nivel superior y el principio de la norma más favorable y contenidos muy amplios;
- d) Vigencia ultractiva;
- e) Efectos erga omnes una vez que se publique y registre por el Poder Ejecutivo.

Esta módica reglamentación ha completado algunos vacíos que presentaba el sistema al momento de su sanción, en tanto, como es sabido, el caso uruguayo otorga un amplio espacio a la autonomía colectiva y la libertad sindical, pese a algunos cuestionamientos que han surgido a esta normativa desde el lado empresarial.

4.2.5 Efectos personales y temporales

El efecto típico del convenio o convención colectiva de trabajo es el normativo, o sea, de eficacia general o erga omnes, derivado en el caso español de la noción de representación general o mayoritaria, según se vio supra, vinculada del sistema de negociación en doble vía.

Sin embargo, es posible apreciar sistemas en que el efecto sigue un modelo contractual, limitando la extensión del acuerdo solo a los trabajadores y empleadores afiliados a las organizaciones pactantes.

En América Latina corresponde distinguir dos situaciones:

- a) El alcance erga omnes se encuentra previsto en países como Argentina y Uruguay, con negociación prevalente a nivel de rama o sector de actividad, y es también vigente en otros países como Perú, Venezuela, Panamá, etc, aunque tratándose en casi todos los casos de negociaciones de empresa, la extensión del principio resulta acotada a ese pequeño ámbito. Los efectos temporales más allá de la vigencia del convenio (ultractividad) está prevista en Perú, Venezuela, Panamá, Nicaragua, Argentina y Uruguay);
- b) El alcance solo para trabajadores afiliados al sindicato rige en Colombia y en parte en Chile, donde se permite la adhesión al acuerdo de los no sindicalizados. En este país, además, una vez vencido el plazo del convenio pierde vigencia.

En España el principio de ultractividad ha sufrido los embates de los procesos de flexibilidad laboral, situándose después de la ley 3/2012 en un año el plazo de mantenimiento de las condiciones pactadas, transcurrido el cual se aplica el convenio de ámbito superior “si lo hubiere”, según reza la normativa.

4.2.6 Modelos de la huelga y procedimientos para declarar servicios esenciales

El reconocimiento de la huelga como derecho subjetivo de los trabajadores es también (casi) común a todos los ordenamientos latinoamericanos en el nivel constitucional, pero su reglamentación dista de ser uniforme y a menudo es fuertemente limitativa del derecho que tan diáfananamente consagran las normas superiores.

Las diversas respuestas que dan los ordenamientos y las concepciones que expresan de la función que se le atribuye a la huelga ha dado lugar a que la doctrina laboralista identifique un doble modelo normativo:

- a) Modelo contractual, en el que la huelga se encuentra adscripta a los procesos de negociación colectiva, siendo un mero instrumento del convenio; la persecución de otros intereses que no sean los que están directamente relacionados con el convenio colectivo hacen que la medida de acción gremial pueda ser declarada ilegal, con las consecuencias jurídicas que ello desencadena (posibilidad de rescisión de las relaciones de trabajo, etc);
- b) Modelo laboral, en el que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los aspectos de la relación de trabajo y en todos los ámbitos de la vida social y económica, admitiéndose por tanto las huelgas de solidaridad o por motivos políticos en tanto compongan la defensa del interés de los trabajadores.

España responde al segundo de los modelos normativos, y Uruguay tiene también un régimen muy liberal en la materia, ya que toda previsión normativa se reduce a la fórmula constitucional que “declara” que la huelga es un derecho gremial y que sobre esa base se reglamentará su “ejercicio y efectividad”.

Las limitaciones al derecho de huelga admitidas son aquellas que provienen de la afectación de los “servicios mínimos”, según fórmula que han divulgado los organismos de control de la OIT.

El debate en torno a las limitaciones al derecho de huelga debería girar exclusivamente en este entorno y no extralimitar lo que son estos precisos cauces.

Al respecto, parece adecuado reproducir el art. 24 de la ley argentina N° 25877 que efectúa una interesante reglamentación de los servicios esenciales, muy apegada a los criterios de la OIT:

Quando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del proceso de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) cuando por duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El ejemplo transcrito armoniza la “doctrina internacional” de la OIT y la autonomía colectiva, presentando además la ventaja de expandir la incidencia de los pronunciamientos del organismo especializado a toda el régimen de la huelga, según ha dicho la dogmática laboralista argentina.

Consideraciones Finales

La transformación de cualquier institución del derecho colectivo del trabajo moviliza una serie de instrumentos que no consisten solamente en delinear una complicada ingeniería jurídica, sino que implica modificar concepciones, tradiciones y prácticas consuetudinarias.

La promoción de la libertad sindical desde la Administración es solo un aspecto de un proceso más complejo.

En ese proceso, la Administración del Trabajo cumple un papel muy relevante, puesto que tiene a su cargo nada menos que la herramienta del cambio legislativo, así como la interpretación - como el caso de la Dirección del Trabajo de Chile – y la aplicación, como en su potestad inspectiva.

Pero como trató de demostrarse, un cuidado diseño legislativo, con objetivos claros y con intencionalidad de ir hacia un sistema más autonómico, no basta: muchas veces se desliza cierto prejuicio en pensar que es suficiente con la letra de la ley. Pero la mejor ley necesita de operadores jurídicos (funcionarios, jueces, asesores, inspectores, etc y desde luego sindicalistas y empresarios) informados, capacitados y convencidos de la necesidad de procesar cambios en concepciones muy arraigadas, con competencias adecuadas para generar diagnósticos, iniciativas y propuestas. En este punto, parece claro que no se trata de “inventar” una fórmula en el gabinete, sino de intentar acuerdos básicos a partir del tripartismo y el diálogo social.

La tarea no acaba con la aprobación de una modificación legislativa que se pretenda promotora de la libertad sindical; antes bien, parecería que en ese caso recién empieza la hora de los operadores jurídicos, que son quienes “activan” las normas. Por eso la promoción de la libertad sindical desde la Administración del Trabajo implicará necesariamente modificaciones legislativas, pero demandará también enfoques nuevos, para ir desmontando una cultura muy dependiente del intervencionismo estatal.

Ahora bien, habrá que tener claridad para identificar cual es el intervencionismo que resulta obstructor de la libertad sindical, y cual es el intervencionismo necesario para proteger a la persona que trabaja: hay una labor de discernimiento no siempre sencilla.

Morgado alertaba hace algunos años acerca de la entidad de ciertos discursos pro autonómicos, que “corren el riesgo de ser confundidos y confundirse con las tendencias privatizadoras imperantes”, ya que advierte muy certeramente que el ejercicio de la autonomía debe darse en “condiciones de equilibrio real entre los que negocian”. La autonomía debe convivir con la promoción de la actividad sindical, porque como dice el autor, “en ciertos países y circunstancias la intervención del Estado puede ayudar a la vigorización de la negociación colectiva. El Estado podrá – por ejemplo – colaborar en el mejoramiento de la capacidad de las partes para negociar; ofrecerles asesoramiento técnico; perfeccionar y tecnificar sus servicios y

funciones de prevención y solución de los conflictos; mejorar sus informaciones y análisis estadísticos; emprender estudios y divulgarlos afortunadamente”⁴⁰.

⁴⁰ Morgado. Emilio. “*Objetivos de la Intervención y Fines del Estado*”. En el vol. cit. *Negociación Colectiva en América Latina*, p. 132.

ALGUNS ASPECTOS SOBRE A GREVE NO BRASIL

SOME ASPECTS OF THE STRIKE IN BRAZIL

Raimundo Simão de Melo¹

RESUMO: objetivamos e fizemos no presente artigo uma breve análise de alguns aspectos envolvendo o direito de greve no Brasil. Analisamos o seu enquadramento legal ao longo do tempo (como delito, como ato antissocial contrário aos interesses do capital e do trabalho e como direito fundamental dos trabalhadores assegurado na Constituição Federal de 1988). A partir de então abordamos sobre os interesses que podem ser defendidos com a greve, se podem ou não os trabalhadores fazer greve política e de solidariedade, se, diante da falta de regulamentação legal, podem os servidores públicos exercer o direito de greve assegurado na Constituição Federal, tratamos da situação dos militares, que foram proibidos de fazer greve, do complexo tema da greve nos serviços essenciais, dos limites do direito de greve, dos requisitos para o seu exercício regular, dos direitos e deveres dos grevistas, da greve ambiental e dos seus pressupostos específicos e, finalmente, das responsabilidades legais advindas do exercício do direito de greve.

PALAVRAS CHAVE: Estado Democrático de Direito. Direito fundamental. Liberdade sindical. Greve. Greve ambiental. Exercício regular do direito.

Artigo recebido em 20 de maio de 2016

¹ Doutor e Mestre em Direito das relações sociais pela PUC/SP. Professor do curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e Relações do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Consultor Jurídico e Advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado.

ABSTRACT: We aim and did in this article a brief analysis of some aspects concerning the right to strike in Brazil. We have analyze its legal framework over time (as a crime; as antisocial act contrary to the interests of capital and labor; and as a fundamental right of workers guaranteed in the Federal Constitution of 1988). We have advanced to approach the interests that can be defended in a strike, if the workers may or may not engage in a political and/or solidarity strike, and if given the lack of legal regulation if public servants can exercise the right to strike guaranteed in the Federal Constitution. We have also approach the situation of the military, who were forbidden to strike in Brazil. Finally, we study the complex issue of strike in essential services, the requirements of a regular strike exercise, the rights and duties of strikers, the environmental strike and its specific prerequisites and the legal responsibilities arising from the exercise of the right to strike.

KEY WORDS: Democratic state based on the rule of law; Fundamental right; Freedom of strike; Strike; Environmental strike; Regular exercise of a right.

1. Introdução

A greve, independentemente do regime jurídico e político de cada país é, acima de tudo, um fato social, porque decorre da manifestação de vontade dos trabalhadores interessados em dela fazer uso.

Foi isso que observei e constatei ainda recém-formado, quando, como advogado de um sindicato, que de repente fui chamado para acompanhar uma negociação coletiva em razão da paralisação dos trabalhadores de uma determinada fábrica metalúrgica. Chegando na empresa observei com interesse os trabalhadores de braços cruzados, os quais afirmavam categoricamente que só voltariam ao trabalho quando o patrão atendesse às reivindicações salariais resistidas até então. Em seguida sentamos à mesa de negociação com o presidente da empresa (um senhor de origem alemã), extremamente aborrecido e nervoso, porque dizia ele que desde que começou a atuar no Brasil a empresa não havia enfrentado nenhuma greve, porque pagava os melhores salários aos seus empregados e lhes dava outros direitos.

Na época, na ditadura militar, não era comum o diálogo negocial entre patrões e empregados e ninguém tinha prática de negociação coletiva, porém, a necessidade fez com que

negociássemos diretamente, um dia inteiro, até que ao entardecer o patrão concedeu boa parte das reivindicações dos operários, que em seguida aprovaram em assembleia o fim da greve.

A greve era regida pela Lei n. 4.330/64, que na prática negava o exercício de manifestação pelos trabalhadores, mas, mesmo sabendo dos riscos que corriam, que o movimento seria considerado ilegal pela Justiça do Trabalho, afirmaram os trabalhadores que independentemente de qualquer coisa somente encerrariam a paralisação se atendidas as reivindicações formuladas. Então, compreendi, na prática, que independentemente de ser um direito, uma liberdade ou um delito, de ser proibida ou regada pelo ordenamento jurídico “a greve é um fato social”.

Ao longo da carreira como advogado e membro do Ministério Público atuei num grande número de greves, ora negociando soluções para os conflitos diretamente entre as partes, ora perante os tribunais do trabalho e passei a compreender que a greve é um instrumento de defesa dos trabalhadores e um meio de causar prejuízos ao capital, exatamente para cumprir o seu papel de forçar o lado patronal a negociar as reivindicações dos trabalhadores e assegurar algum equilíbrio entre capital e trabalho, o que necessário num Estado Democrático de Direito.

Assim, o objetivo deste breve trabalho é analisar alguns aspectos pertinentes à greve no Brasil antes e depois de 1988, e, em especial, em face do que prevê a atual Constituição Federal, que a consagrou como um direito amplo de manifestação dos trabalhadores, portanto, um direito fundamental de índole democrática.

2. A greve na lei brasileira

A história evolutiva da greve no Brasil está relacionada com o modelo de liberdade e autonomia sindicais reinantes no nosso país ao longo do tempo, sendo que a primeira lei a tratar do assunto foi o Código Penal de 1890, que considerava crime o seu exercício, punindo o autor com pena de 1 a 3 meses de detenção. A Constituição Federal de 1937 foi a primeira Lei Maior a cuidar do tema, estabelecendo no art. 139 que “a greve e o *lockout* são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. A Constituição de 1946 dizia (art. 158), que “é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a Lei regulará” e a Carta de 1967, elaborada durante o regime de ditadura militar trilhou o mesmo caminho, não permitindo a greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

O Código Penal de 1940 puniu a greve seguida de perturbação da ordem pública ou contrária ao interesse coletivo no art. 201, estabelecendo que:

Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Várias foram as Leis e Decretos-Leis que trataram sobre a greve no Brasil até 1988, sendo exemplos a Lei n. 35/35, que considerou a greve como delito e a CLT, na redação original, que também a considerou como delito nos arts. 723 e 724.

A Lei n. 4.330/64 da época da ditadura militar permitiu a greve nas atividades normais com tantas restrições, que na prática tornava-se impossível o seu exercício ser considerado legal. A greve política e de solidariedade eram proibidas expressamente na referida lei. Quando existiam greve, regra geral havia ocupações e intervenções nos sindicatos, cassações e punições de dirigentes sindicais e ativistas, como represálias aos movimentos trabalhistas. Nesse mesmo contexto ditatorial foram expedidos pelo governo militar o Decreto-Lei n. 1.632/78 e a Lei n. 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional), que proibiram a greve nos serviços públicos e essenciais.

O Decreto-Lei n. 1.632/78 dizia no seu art. 3º que:

Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o empregado que participar de greve em serviço público ou atividade essencial referida no art. 1º incorrerá em falta grave, sujeitando-se às seguintes penalidades, aplicáveis individual ou coletivamente, dentro do prazo de 30 (trinta) dias do reconhecimento do fato, independentemente de inquérito: I — advertência; II — suspensão de até 30 (trinta) dias; III — rescisão do contrato de trabalho, com demissão, por justa causa" e no art. 5º que "Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.

Havia, como se vê, um grande arrocho contra o exercício do direito de greve no Brasil até então, cujo objetivo era abafar os conflitos sociais, que, quando existiam, eram logo resolvidos por uma decisão da Justiça do Trabalho, a qual, regra geral, declarava a greve ilegal e estabelecia os direitos que os empregadores deveriam conceder aos trabalhadores.

O golpe militar de 1964 significou a mais intensa e profunda repressão política que a classe trabalhadora enfrentou na história do país nos últimos tempos, cuja estratégia era reprimir os movimentos operário e populares, que eram as principais forças políticas sociais capazes de se oporem e resistirem aos golpistas. Por isso, as ocupações militares e as intervenções atingiram

cerca de 2.000 entidades sindicais em todo o País, cujas direções foram cassadas, presas e exiladas, e o regime militar passou a nomear pessoas de sua confiança para substituírem as lideranças legítimas eleitas pelos trabalhadores.

Com isso, os trabalhadores perderam força e organização, não conseguindo mais fazer greves para defender os interesses das respectivas categorias, quando em meados dos anos 1970 o País começou a viver os primeiros sinais da crise econômica, levando o regime militar a perder base social de apoio, enquanto a sociedade civil se levantou e começou a reestruturar-se e a manifestar-se politicamente pela redemocratização do País. Foi nessa época que começou a articulação em São Bernardo do Campo/SP de uma nova proposta sindical, com o reingresso da classe trabalhadora no cenário político, quando em 12/05/1978 os trabalhadores da Saab-Scania entraram em greve, adentraram na fábrica, vestiram os macacões, bateram os cartões de ponto e cruzaram os braços diante das máquinas num movimento de certa forma espontâneo e inesperado para os patrões e militares. Esse movimento de massas marcou o ressurgimento da ação reivindicatória grevista no Brasil, depois de uma década de resistência operária².

Em 1979, mais bem preparados, os metalúrgicos do ABC entraram em greve geral no dia 13 de abril, primeiro grande movimento de massas da classe operária depois de 1964, na forma de uma greve fora da fábrica, com piquetes, por tempo indeterminado e com a realização de grandes assembleias³, cujo movimento espalhou-se por todo o ABC, sendo que a Justiça do Trabalho a julgou ilegal e o Ministério do Trabalho decretou a intervenção nos Sindicatos de metalúrgicos de São Bernardo, Santo André e São Caetano do Sul e afastou dos cargos os dirigentes sindicais.

Em 1980, de forma bem mais organizada, os metalúrgicos do ABC paulista novamente entram em greve no dia 1º de abril, para ser mantida até onde os trabalhadores desejassem, independentemente da repressão policial, ocupação dos locais das assembleias, intervenção no Sindicato, prisão dos dirigentes sindicais etc., a qual foi mantida por 41 dias, apesar da intervenção nos Sindicato, prisões de diretores e ativistas e fortíssima repressão policial e militar sobre os trabalhadores⁴.

² ANTUNES, Ricardo. A rebeldia do trabalho – o confronto operário no ABC paulista: as greves de 1978/80. Campinas: Ensaio, 1988, p. 26.

³ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. Imagens da luta: 1905-1985, p. 162.

⁴ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. Op. cit., p. 180.

Já cansados, os trabalhadores resolveram terminar com essa greve numa assembleia geral realizada no dia 11 de maio, na Igreja Matriz de São Bernardo do Campo, com a seguinte mensagem:

"A GUERRA CONTINUA... Amanhã, 12 de maio, celebramos uma data histórica para os metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema. Fundado em 12 de maio de 1959, nosso sindicato completa 21 anos de existência, atingindo a plenitude de sua maioridade política. Foi também no dia 12 de maio de 1978 que, depois de catorze anos de silêncio, estourou o primeiro grito de revolta da classe trabalhadora, com a greve da Scania. Pois bem, em pleno vigor de uma greve que já dura 40 dias, mais organizados do que nunca, fortes e conscientes, amanhã voltaremos às fábricas. Que os patrões e o governo saibam: atrás de cada máquina, eles terão um trabalhador em guerra; voltamos apenas para evitar a repressão da polícia do governo face a face e desarmados; a guerra continua porque em nossos corações e em nossa alma carregamos a ira dos justos e uma eterna sede de justiça⁵.

A propósito, foi feita a seguinte observação pelo então prefeito de São Bernardo do Campo, Antônio Tito Costa, sobre as greves do ABC:

Os operários estavam fazendo um movimento reivindicatório justo, e eles não admitiam nenhuma interferência para a baderna no movimento. Eu penso que esse episódio está contribuindo de maneira muito séria, e talvez decisiva, para a abertura. O começo da abertura é de baixo para cima e não de cima para baixo. Não como uma dádiva, mas como uma conquista... eu vejo isso como uma expectativa mais otimista possível, porque a gente sente que um segmento muito importante da nossa comunidade - não apenas a classe médica, os intelectuais, mas os trabalhadores - está sabendo que a partir desse fato e desse comportamento é que nós temos que ver com muito otimismo o amadurecimento do Brasil ..."⁶.

A conclusão a que se chega é que as greves ocorridas no ABC paulista em pleno regime de exceção, na década de 1970, e depois espalhadas por diversas categorias e regiões do País, não tiveram apenas papel reivindicatório trabalhista, porquanto buscavam os trabalhadores, além disso, enfrentar e romper com o regime de ditadura militar e criar ambiente político propício para a redemocratização do País e o implemento de alguma liberdade sindical, que veio com a Constituição de 1988 nos arts. 8º e incisos e art. 9º, embora parcial.

É oportuno lembrar que essa greve motivou a condenação criminal de líderes do movimento operário da época pela 2ª Auditoria Militar (Processo n. 9/80), com base na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620/78, art. 36, inc. II), o que demonstra que a greve era vista não como um simples movimento social, mas, como delito.

⁵ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. *Imagens da luta: 1905-1985*, p. 202.

⁶ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. *Op. cit.*, p. 202.

Com a Constituição Federal de 1988, que teve motivação na parte trabalhista-sindical nas greves acima referidas, um novo modelo de relações de trabalho foi implementado no Brasil, estabelecendo-se (art. 8º, inc. I) que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

Pelo art. 9º da Constituição Federal passou a greve a ser admitida de forma ampla, como direito dos trabalhadores em geral, a qual é proibida apenas em relação aos militares. Passou-se a admiti-la também no serviço público, mediante lei, e nos serviços e atividades essenciais, com restrições consistentes no atendimento das necessidades inadiáveis da população.

Com efeito, estabelece o art. 9º da Constituição Federal que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”

No § 1º deste artigo constou que “A Lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e no § 2º que “Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

O art. 37 da Lei Maior garante ao servidor público o direito à livre associação sindical (inc, VI) e o direito de greve, o qual será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (inc. VII).

Somente para o militar, e isso de forma explícita, o art. 142 da Constituição (inc. IV) proibiu a sindicalização e o direito de greve.

É com base nesses dispositivos constitucionais que farei a seguir uma rápida e sucinta abordagem de alguns aspectos do direito de greve no Brasil, considerando, ainda, a Lei n. 7.783/89, que regulamentou o seu exercício nas atividades privadas e essenciais.

Vê-se que enquanto o sistema jurídico brasileiro anterior a 1988 discriminou a greve e a considerou como delito e recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional, a Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira revolução com relação ao direito de manifestação operária, considerando a greve como um direito fundamental dos trabalhadores, eliminando a discussão sobre a sua natureza jurídica, se um fato social, uma liberdade ou direito, porque hoje é realmente um direito incluído na categoria dos direitos fundamentais.

Nesse contexto cabe observar que o Brasil viveu até pouco tempo (1988) um regime de antiliberdade sindical, a qual somente veio, embora relativamente, com a Constituição Cidadã (art. 8º e incisos), que, como passo importante, vedou a intervenção e interferência do Estado na organização sindical e concedeu aos trabalhadores, como decorrência lógica, o direito de greve (art. 9º). Esta, que até então era praticamente proibida (de acordo com a Lei n. 4.330/64), além de ser considerada como prática antissocial e como delito, passou a ser considerada como um direito fundamental do cidadão trabalhador.

A liberdade de organização sindical tem como importante corolário o direito de greve, como forma de manifestação dos trabalhadores, algo indispensável nos regimes democráticos (Estado Democrático de Direito), como instrumento de equilíbrio indispensável entre o capital e o trabalho e fomentador da negociação coletiva.

Por isso, consagra José Afonso da Silva que:

a greve não é um simples direito fundamental dos trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de garantia constitucional, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores, não como bem aferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses”⁷.

3. Interesses que os trabalhadores podem defender com a greve

O Comitê de Liberdade Sindical e a Comissão de Peritos da OIT têm rejeitado a tese de que o direito de greve deva limitar-se aos conflitos de trabalho suscetíveis de finalizar uma convenção coletiva de trabalho. Para esses órgãos as reivindicações a se defender com a greve podem ser de três categorias, a saber:

- a) as de natureza trabalhista, que buscam garantir ou melhorar as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores;
- b) as de natureza sindical, que buscam garantir e desenvolver os direitos das organizações sindicais e de seus dirigentes;
- c) as de natureza política, que têm por fim, embora indiretamente, a defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores.

⁷ Curso de direito constitucional positivo, p. 269.

Quanto às duas primeiras categorias não há problemas especiais, porquanto não se põe em dúvida a legitimidade do instrumento da greve para tal fim. Com relação à última categoria, de fato, existem divergências, que devem ser resolvidas pelo bom-senso.

Embora a Constituição Federal brasileira tenha reconhecido o direito de greve como um direito amplo e fundamental dos trabalhadores, parte da doutrina trabalhista e da jurisprudência tem procurado restringir o seu uso a partir da definição que lhe deu o art. 2º da Lei n. 7.783/89, que a direciona ao empregado e ao empregador na relação estrita trabalhista.

É que, enquanto o art. 9º da Constituição Federal diz que a greve é um direito do trabalhador e a ele compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre o direito a ser tutelado, a referida lei regulamentadora restringe o seu exercício à tutela de direitos apenas trabalhistas, quando se refere à paralisação de serviço de empregador (art. 1º). Observe-se, nesse sentido, a seguinte manifestação doutrinária:

A locução ‘interesses’, não acompanhada da qualificação desses interesses, é ambígua. Pode-se pensar, com razão, que tais interesses são os que podem ter o cidadão comum, enquanto membro da comunidade social. Mas esses interesses não podem ser outros senão os do trabalhador enquanto sujeito de um contrato de trabalho, membro do pessoal de uma empresa. Há de se distinguir entre trabalhador enquanto cidadão e cidadão enquanto trabalhador. Interpretação contrária poderia chegar até à afirmação de que a greve defende interesses de todo tipo, sejam trabalhistas, sejam políticos. Se recorrermos à interpretação sistemática, o apoio à conclusão que circunscreve a greve à defesa de interesses profissionais apresenta-se mais consistente⁸.

Mas, *data venia*, uma lei ordinária não pode mudar a essência de um direito assegurado pela Lei Maior, que depois de muitos anos em que o instituto da greve foi negado aos trabalhadores, numa verdadeira aclamação do desejo da sociedade reprimida, fez a nova Carta incluir no seu texto esse direito fundamental.

Não se trata a greve, ressalva-se, de um direito absoluto, porque não existe direito absoluto num Estado Democrático de Direito, em que os direitos do cidadão devem conviver harmoniosamente, sendo que a greve representa um dos aspectos mais importantes da liberdade sindical reconhecida pelo art. 8º da Constituição Federal, como prega a melhor doutrina.

A respeito ensina José Afonso da Silva, em posição contrária àquela que restringe o direito de greve aos aspectos estritamente trabalhistas que:

A Constituição assegura o direito de greve, por si própria (art. 9º). Não o subordina a eventual previsão em lei. É certo que isso não impede que a Lei defina os procedimentos do seu exercício, como exigência de assembleia sindical que a declare, de *quórum* para

⁸ BARROS, Cássio Mesquita de. Responsabilidade civil do sindicato na greve, p. 34.

decidi-la e para definir abusos e respectivas penas. Mas a Lei não pode restringir o direito mesmo, nem quanto à oportunidade de exercê-lo nem sobre os interesses que, por meio dele, devam ser defendidos. Tais decisões competem aos trabalhadores, e só a eles. Diz-se que a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir deverá ser de proteção do direito de greve, não deve ir no sentido de sua limitação, mas de sua garantia e proteção. Quer dizer, os trabalhadores podem declarar greves reivindicatórias, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves de solidariedade, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou greves políticas, com o fim de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou greves de protestos” (grifamos)⁹.

4. Greve política e de solidariedade

É interessante a indagação, diante do texto do art. 9º da Constituição, se os trabalhadores podem fazer greve política e de solidariedade, especialmente porque a Lei n. 4.330/64 (art. 22) proibia expressamente a greve política e de solidariedade ou de apoio.

Embora a Constituição de 1988 não trata expressamente do tema, diz ela que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º, *caput*). Nessa mesma linha é a Lei n. 7.783/89 (art. 1º), que apenas proíbe o *lockout* (art. 17).

O tema é complexo e seu entendimento deve decorrer da interpretação e alcance do art. 9º acima transcrito.

A respeito da questão Amauri Mascaro Nascimento assim se manifestou:

A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, não tem um dispositivo expresso, autorizante ou proibitivo, da greve de solidariedade e, ao declarar que compete aos trabalhadores decidir sobre os interesses a defender através da greve, não impede que a paralisação tenha por finalidade o apoio à reivindicação de outros trabalhadores, com os quais o interesse dos grevistas se mostrar vinculado de algum modo que beneficie os seus respectivos contratos de trabalho, portanto quando afetar diretamente o interesse profissional daqueles que a promovam ou mantenham. Não poderia a Lei n. 7.783 vedar a greve de solidariedade sem atritar-se com a Constituição Federal (art. 9º), que preserva a decisão dos trabalhadores sobre o tipo de motivação que desejam defender pela greve (...). Não há uma literal vedação da Lei n. 7.783, de 1989, à greve política, e sob esse ângulo da análise explícita de textos, a Lei n. 4.330, de 1964, a proibiu; a Constituição Federal de 1988 é silente e a mesma orientação é seguida pela Lei ordinária que a regulamenta, com o que há, em tese, duas ordens de interpretações que podem ser feitas, uma restritiva e outra não (...). Embora aparentemente simplista a solução do problema quanto à admissibilidade ou não da greve política, permanecem todas as dificuldades próprias da questão. A greve exclusivamente política é vedada pela lei, como a greve contra as instituições da República, sendo diferente a greve político-trabalhista, de conteúdo profissional, hipótese em que, se a pretensão pode ser exercitável perante empregador e, com este, objeto de negociação, não há proibição legal. O problema não está, portanto, centralizado na polaridade entre greve

⁹ Op. cit., p. 268.

política, de um lado, e greve trabalhista, de outro, mas na caracterização de cada greve, se eminentemente política ou se também trabalhista¹⁰.

Portanto, como a lei não proíbe, são admitidas as greves políticas e de solidariedade ou protesto, desde que voltadas para a defesa de interesses trabalhista-profissionais, mesmo que *lato sensu*. É o caso de uma greve-protesto dos trabalhadores contra a política econômica empreendida pelo governo, com claros e graves prejuízos para os trabalhadores, com diminuição do ritmo de crescimento econômico e consequente desemprego em massa.

Como hipótese de greve de solidariedade podemos citar uma paralisação de trabalho empreendida por trabalhadores de uma filial em apoio a uma greve dos trabalhadores da matriz, cujas reivindicações, sequencialmente, serão encampadas pelos empregados das filiais, quando estes terão legitimidade para paralisar suas atividades em solidariedade aos companheiros de trabalho daquela.

Quanto à greve puramente política a OIT entende que esta não está abrangida pelos princípios da liberdade sindical (Convenção n. 87, art. 10). Todavia, “o Comitê concluiu que os interesses profissionais e econômicos que os trabalhadores defendem com o direito de greve abrangem não só a conquista de melhores condições de trabalho ou as reivindicações coletivas de ordem profissional, mas ‘englobam também a busca de soluções para as questões de política econômica e social’ (*ibidem*, § 479).

Na mesma ordem de ideias o Comitê de liberdade sindical tem observado que os trabalhadores e suas organizações deveriam poder manifestar seu descontentamento com questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses dos trabalhadores, num âmbito mais amplo que os dos conflitos de trabalho susceptíveis de resultar numa determinada convenção coletiva (*ibidem*, § 484). A ação dos trabalhadores deve, portanto, limitar-se a expressar um protesto e não ter por objetivo perturbar a tranquilidade pública” (OIT, 1979, § 450).

No tocante à greve de solidariedade, em estudo geral de 1983, a Comissão de Peritos da OIT definiu que a greve que se insere em outra empreendida por outros trabalhadores e estimou que uma proibição geral pode ser abusiva, razão pela qual os trabalhadores devem poder recorrer a tais ações, desde que legal a greve inicial que apoiam (OIT, 1983b, § 217), posição essa assumida também pelo Comitê de Liberdade Sindical (OIT, 1987, §§ 417 e 418).

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Comentários à Lei de Greve. São Paulo: LTr, 1989.

5. Greve no serviço público

Antes da Constituição Federal de 1988 os servidores públicos não podiam fazer greve no Brasil nem se organizarem em sindicatos.

Foi a Carta de 1988 que lhes assegurou tais direitos, dizendo, no art. 37, incisos VI e VII, que é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical e que o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica.

Essas disposições aplicam-se somente aos servidores públicos civis, porque com relação aos militares o constituinte deu outro tratamento, proibindo-lhes a organização sindical e o direito de greve.

A partir dessas dicções constitucionais, duas correntes procuram explicar sobre o direito de greve dos servidores públicos. A primeira sustenta que se trata de um direito de eficácia limitada, que, por isso, somente poderá ser exercido mediante lei que estabeleça os seus contornos, pois a norma constitucional não é autoaplicável, como chegou a entender o STF (MI-20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996, Tribunal Pleno, p. 45.69).

A segunda corrente, à qual me filio, sustenta que os preceitos constitucionais sobre a greve do servidor público civil são de eficácia contida, com incidência imediata, devendo este exercer tal direito, enquanto não aprovada a lei específica, aplicando, por analogia, a Lei de Greve n. 7.783/89. Essa lei, não obstante trate da greve na atividade privada, contém regulamentação específica sobre as greves em atividades essenciais, o que guarda certa compatibilidade com os serviços públicos de natureza essencial. Essa aplicação analógica tem respaldo no art. 8º da CLT, que autoriza o Juiz do Trabalho a julgar por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes e o direito comparado.

Assim, enquanto não for promulgada a lei específica a que se refere o art. 37, inciso VII, da Constituição, o servidor público civil poderá exercer o direito de greve, aplicando-se, por analogia, a referida Lei n. 7.783/89 para não se lhe negar esse direito fundamental assegurado pela Lei Maior.

6. A mudança de posição do STF sobre a greve de servidores públicos

Estabelece a Constituição Federal no inciso LXXI do art. 5º, que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional garantidora dos direitos, prerrogativas e liberdades criados pela Constituição Federal de 1988. Esse remédio constitucional representou uma das mais importantes inovações voltadas para a tutela jurisdicional no tocante aos direitos e garantias fundamentais, que, não obstante isso, nos primeiros anos da Constituição Maior o STF não o implementou no tocante à greve de servidores públicos.

Todavia, mudando o entendimento anterior a nossa Corte Suprema decidiu os Mandados de Injunção ns. 670 e 712, apreciando a questão do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, concluindo, após muitos debates, por maioria, que dispositivos da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que rege o exercício da greve dos trabalhadores da iniciativa privada, também se aplicam, por analogia, às greves no serviço público, desde que com adaptações (supressões, acréscimos e alterações), levando-se em conta certas peculiaridades do serviço público.

O Supremo Tribunal Federal, então, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783/89, no que couber, mudando, assim, o entendimento até então restritivo, por meio da qual a Corte Suprema reconheceu a mora do Congresso Nacional e estabeleceu a necessária normatização para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

Entre os principais e importantes pontos debatidos na decisão dos Mandados de Injunção ns. 712 e 670 citamos o reconhecimento da legitimidade dos sindicatos para impetrarem Mandado de Injunção, a eficácia imediata do direito fundamental de greve dos servidores públicos, a continuidade do serviço público durante a greve diante, da sua essencialidade para a população, a finalidade do Mandado de Injunção, que é a remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. Assim, quer por meio de Mandado de Injunção ou de outra medida judicial, está o juiz ou outro aplicador do direito autorizado a dar efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis, mesmo sem a regulamentação legal de que fala a Carta Maior.

Outro importante ponto diz respeito ao alcance da normatização emitida pelo STF, que de maneira didática esclareceu que ela abrange não apenas o caso concreto submetido ao tribunal, mas a totalidade dos casos semelhantes, embora entre sujeitos diferentes, posto que a atividade

normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional.

Assim, a normatização estabelecida pelo STF nos MIs acima citados aplica-se a todos os servidores públicos civis, até que o Congresso Nacional faça a lei própria. Quanto à normatização específica feita pelo STF sobre a greve de servidores públicos civis remeto o leitor aos comentários que fiz no meu livro "A greve no direito brasileiro" (LTR Editora, 2012).

7. Greve de militares

De modo geral, os Estados estrangeiros reconhecem o direito de greve como instrumento de pressão dos trabalhadores na busca de melhorias de vida e de trabalho. Mas há exceções, com importantes restrições para algumas espécies de trabalhadores (funcionários públicos que exercem função de autoridade em nome do Estado e trabalhadores nos serviços essenciais, no sentido estrito) e até proibições para outros, como é o caso dos membros das Forças Armadas e da polícia.

É comum, no Direito Internacional, quando da proibição do direito de greve para determinadas categorias de trabalhadores, estabelecer-se na legislação garantias a eles apropriadas, como forma compensatória da privação do referido direito. Essas garantias consistem em procedimentos de conciliação e de arbitragens adequados, imparciais e rápidos, com a participação dos interessados em todas as suas etapas. O objetivo é, ante a privação de um meio essencial de defesa dos interesses socioeconômicos e profissionais dos trabalhadores, assegurar uma forma eficaz de solução do conflito.

O Brasil optou pela proibição do direito de greve para os militares, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (art. 142, inciso IV), dizendo que "Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve".

Contudo, não obstante essa proibição, não há no Brasil mecanismos eficazes de solução dos conflitos de trabalho envolvendo os militares, como também para qualquer outro tipo de servidor público. Não se reconhece o direito de negociação coletiva (assinatura de convenção coletiva de trabalho), arbitragem pública ou privada, nem a atuação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho para solução dos conflitos de trabalho envolvendo essa categoria profissional, ante o princípio da reserva legal. Na verdade, o maior prejudicado é o povo, que na prática fica sem o

trabalho desses servidores, os quais diante das dúvidas e omissões da lei, de fato, exercem o direito de greve, às vezes, até de forma excessiva, sem seguir qualquer regulamentação legal.

O fato concreto é que os policiais militares fazem greve, às vezes prolongadas, reivindicando aumentos salariais e outras melhorias de trabalho e o Estado nem os atende e também não existem meios de solução do conflito, que se alongam no tempo.

É certo que os militares exercem atividades consideradas essenciais e, neste caso, estão proibidos de fazer greve, mas, por outro lado, muitas vezes recebem salários baixos e incompatíveis com a função de alto risco que exercem e a população é quem sofre.

8. Greve nos serviços e atividades essenciais

Como já afirmado neste trabalho, antes da Carta de 1988 a greve nos serviços essenciais era proibida com rigor (Lei n. 4.330/64, Decreto-Lei n. 1.632/78 e Lei n. 6.620/78).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 passou a assegurar o direito de greve também nesses serviços e atividades, dizendo apenas que "a lei definirá tais atividades e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da população" (art. 9º, § 1º), de maneira que os direitos do cidadão, constitucionalmente assegurados, também sejam respeitados.

A Lei n. 7.783/89 define serviços e atividades essenciais, regulamentando o exercício da greve nos seguintes termos:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I — tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II — assistência médica e hospitalar;
- III — distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV — funerários;
- V — transporte coletivo;
- VI — captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII — telecomunicações;
- VIII — guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX — processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X — controle de tráfego aéreo;

XI — compensação bancária.

O art. 11 dessa lei diz que:

Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" e que (Parágrafo único) "São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

Sobre o assunto, em trabalho de maior profundidade, assim já me manifestei:

Tais fatos, com efeito, foram de capital importância para influenciar o legislador constituinte a estabelecer como postulado democrático o direito de greve, inclusive nas atividades essenciais e para os servidores públicos, proibindo-a, apenas, com relação ao militar (CF, arts. 9º, 37, VII e 42, § 5º). Esse direito, entretanto, foi consagrado sob o pálio da responsabilidade pelos abusos cometidos (§ 2º, do art. 9º), mediante restrições especiais, sobretudo nos serviços e atividades essenciais (§ 1º do aludido art. 9º e Lei n. 7.783/89). E andou bem o constituinte, a nosso ver, porquanto os países estrangeiros, em boa parte, ao admitirem a greve nas atividades essenciais, estabelecem certas restrições como resguardo dos direitos constitucionais dos cidadãos, cujo exemplo marcante e recente é da Itália, que através da Lei n. 146/90 regulamentou o exercício desse importante direito, com restrições, garantindo a manutenção dos direitos mínimos do cidadão. É importante ressaltar que a referida lei, num país de liberdade sindical, como a Itália, decorreu da iniciativa e vontade das próprias organizações sindicais, em razão dos abusos que vinham sendo cometidos, sobretudo quanto àqueles direitos mínimos da comunidade, que em dado momento, voltou-se irritada contra os movimentos grevistas descontrolados e até desmoralizantes do regime democrático, em certos casos. É que, como primado da liberdade e autonomia sindical, embora de relevante importância e contribuição à democratização das relações de trabalho, a greve é um importante direito, mas não absoluto, porque encontra restrições nos demais direitos assegurados à sociedade, devendo ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, como remédio extremo, depois de esgotada totalmente a via do diálogo, principalmente quando em atividade essencial ao asseguramento da sobrevivência, da saúde e segurança da comunidade¹¹.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define serviço essencial como aquele cuja interrupção possa colocar em risco a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou em parte da população. Mas alerta:

O que se deve entender por serviços essenciais, no sentido estrito do termo, depende em grande parte das condições próprias de cada país. Além disso, não há dúvida de que um serviço não essencial pode tornar-se essencial, quando a duração de uma greve ultrapassar certo período ou alcance e colocar, assim, em risco a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população (OIT, 1996, § 541).

¹¹ Raimundo Simão de Melo. O Ministério Público do Trabalho e as greves em atividades essenciais, p. 356 e ss.

Com efeito, o legislador brasileiro assegurou o direito de greve mesmo nas atividades essenciais, mediante restrições, sendo uma delas o atendimento das atividades mínimas da população. Trata-se de um direito sob condição, pelo que, a deflagração da greve em atividades essenciais se reveste em direito sob condição, ou seja, a promoção, durante o movimento paredista, das atividades indispensáveis ao atendimento das necessidades mínimas da população, na forma do art. 11 da Lei n. 7.783/89.

Certamente que não é fácil convencer as partes a cumprirem, de comum acordo, essas atividades, como manda a lei, pois se de um lado resistem ao atendimento das pretensões recíprocas, é difícil e, em algumas hipóteses, impossível exigir-se dos litigantes em momento de crucial delicadeza a celebração de ajuste para a promoção dos serviços mínimos. Mas a lei existe e tem de ser cumprida, pois em paralelo ao direito de greve está o direito também fundamental do cidadão à sobrevivência, à saúde e à segurança. É preciso que haja harmonia entre esses direitos fundamentais, de um lado, os direitos dos trabalhadores e, de outro, os direitos fundamentais do cidadão.

O tema é complexo e tem propiciado decisões da Justiça do Trabalho, especialmente a pedido do Ministério Público do Trabalho, muitas vezes sufocando o direito de greve, quer com a imposição de pesadas multas aos sindicatos, quer com a determinação de percentuais de trabalhadores que devem continuar trabalhando durante a greve, que chegam a 90%. É preciso haver ponderação, porque muitas vezes se se depara com dois direitos fundamentais sendo confrontados: o de greve, certas vezes para defender a vida (greve ambiental) e o direito da população ao transporte coletivo. A solução não é fácil, mas não se pode anular nem um dos direitos, mas, compatibilizá-los no caso concreto.

9. Limites ao direito de greve

Num Estado Democrático de Direitos não existem direitos absolutos, pelo que, mesmo sendo a greve um direito social fundamental dos trabalhadores, o seu exercício deve respeitar os direitos do cidadão constitucionalmente tutelados: vida, saúde, liberdade, segurança etc. Deve, assim, haver uma harmonização entre o direito de greve e os demais direitos fundamentais da pessoa humana, colocando-se aquele exatamente a serviço destes, como é a hipótese da proteção e defesa do meio ambiente e da saúde do trabalhador, entre outros de semelhante envergadura.

Desta forma, os limites ao direito de greve, que existem, estão assim elencados:

- a) nos serviços ou atividades essenciais;
- b) no atendimento das necessidades inadiáveis da população;
- c) na punição aos abusos cometidos por conta do exercício da greve;
- d) na limitação à greve do servidor público, a qual, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, inciso VII), compete à lei específica a ser votada pelo Congresso Nacional;
- e) na proibição da greve para o servidor público militar (art. 142, inciso IV).

Essas restrições, bem como aquelas de natureza formal, inscritas na Lei n. 7.783/89 não desnaturam a essência do direito fundamental de greve, mas apenas o colocam como instrumento de defesa dos trabalhadores em harmonia com os demais direitos e liberdades constitucionais dos demais cidadãos, o que é normal num regime democrático, em que os direitos e liberdades devem completar-se mutuamente.

Mas também não se pode, por questões preconceituosas, criar empecilhos intransponíveis ao exercício do direito fundamental de greve, não se podendo admitir, também, abusos em face do exercício irregular desse direito. É que, conquanto em paralisação os trabalhadores estão sujeitos ao conjunto de normas jurídicas garantidoras da estabilidade social e da ordem pública, o desrespeito às leis penais e civis sujeita individualmente o infrator às penas cominadas pelo seu comportamento indevido.

Desse modo, o direito de greve como direito fundamental e importante não deve ser banalizado, porque ele existe para ser utilizado pelos trabalhadores sempre que necessário, mas como última forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Antes, o diálogo deve ser procurado por empregados e empregadores, porque a greve é um instrumento que existe para causar prejuízo a estes, podendo também prejudicar o trabalhador, quando dela se utilizar de forma irresponsável e, nas atividades essenciais, o prejudicado é a população.

É certo que existem hipóteses em que a greve, por exceção, é utilizada como primeiro remédio, quando, por exemplo, o empregador se recusa a abrir canal de negociação ou diante de situações de grave e iminente risco para a saúde e vida dos trabalhadores, quando o valor maior a ser preservado é a vida (greve ambiental).

10. Requisitos para o exercício regular do direito de greve

Regra geral, as legislações nacionais estabelecem condições ou requisitos para a licitude da greve. A orientação da OIT, por meio do Comitê de Liberdade Sindical, é no sentido de que esses requisitos devam ser razoáveis, de modo que não constituam importantes limitações às possibilidades de ação das organizações sindicais (OIT, 1996, § 498).

Assim, considera a OIT como aceitáveis os seguintes requisitos para o exercício regular da greve:

1. Obrigação de dar aviso prévio (comunicação) sobre o início da greve;
2. Obrigação de recorrer a procedimentos de conciliação, mediação e arbitragem voluntária, como condição prévia à declaração da greve (desde que adequados, imparciais e rápidos e as partes possam participar de cada etapa);
3. Obrigação de respeitar um determinado *quorum* e de obter o acordo de uma maioria;
4. Celebração de escrutínio secreto para decidir a greve;
5. Adoção de medidas para a observância das normas de segurança e prevenção de acidentes;
6. Manutenção de serviço mínimo em determinados casos;
7. Garantia da liberdade de trabalho dos não grevistas.

A greve, como tenho ressaltado, é um direito fundamental de manifestação dos trabalhadores e, como qualquer outro direito, não é absoluto. Assim, para ter o seu exercício considerado regular, requer, de acordo com a lei brasileira (Lei n. 7.783/89), o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam:

- a) Convocação/realização de assembleia geral da categoria;
- b) Cumprimento de *quorum* mínimo para deliberação;
- c) Exaurimento da negociação coletiva sobre o conflito instaurado;
- d) Comunicação prévia aos empresários e à comunidade (nas greves em serviços essenciais);
- e) Manutenção em funcionamento de maquinário e equipamentos, cuja paralisação resulte prejuízo irreparável;
- f) Atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (nas greves em serviços essenciais);
- g) Comportamento pacífico;

- h) Garantia de liberdade de trabalho dos não grevistas;
- i) Não continuidade da paralisação após solução do conflito por acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva ou sentença normativa.

11. Direitos e deveres dos grevistas

A greve é um direito fundamental dos trabalhadores como instrumento para forçar os empregadores a atenderem às reivindicações formuladas por aqueles. Como tal, deve esse direito ser protegido contra ataques que o inviabilizem. Por outro lado, não se trata de um direito absoluto, pois, para ser considerado regular, deve ser exercido mediante o respeito aos demais direitos do cidadão constitucionalmente assegurados. Desse modo, estabelece a Lei n. 7.783/89 sobre os direitos dos grevistas, nos seguintes termos:

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I — o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II — a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Um dos meios pacíficos durante a greve é o piquete, que consiste na busca de adesão dos demais membros da categoria ao movimento, uma vez que os benefícios conquistados, ante o efeito *erga omnes* dos instrumentos normativos brasileiros são estendidos a todos indistintamente (CLT, art. 611).

Também a lei assegura aos grevistas a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento para se passar informações do movimento, pedindo a colaboração daqueles que ainda não aderiram à greve. Esses meios, como se vê, estão previstos em lei e não podem ser inviabilizados, como na prática tem acontecido em muitos casos, com a concessão por Juízes do trabalho dos chamados interditos proibitórios. Há situações que, em flagrante desrespeito aos

ditames legais e constitucionais se proíbe os trabalhadores de fazerem manifestações na porta das fábricas, determinando-se que fiquem a 500 metros ou um quilômetro de distância da porta da empresa.

É tão grave esse desrespeito, a não ser que de fato exista violência física ou verbal contra pessoas, que a OIT está apurando denúncia contra o Estado brasileiro, que, por meio de juízes do trabalho, não somente determinam essas medidas, como também arbitram pesadas multas contra os sindicatos, para forçar o retorno dos grevistas ao trabalho.

É certo que não podem os meios de persuasão desvirtuar a sua finalidade, impedindo o ingresso em serviço de quem quer trabalhar, a livre circulação de pessoas e coisas, tampouco praticando agressão a trabalhadores, empregadores etc., com palavras de baixo calão e fisicamente, pois, desse modo, se estará partindo para o exercício irregular do direito. O que podem fazer os trabalhadores são manifestações pacíficas para convencer outros companheiros a aderirem e colaborarem com o movimento, o que não pode ser impedido por decisão judicial.

Como afirma Amauri Mascaro Nascimento:

A livre manifestação de pensamento é outro direito fundamental (CF, art. 5º, IV), de modo que não é dado ao empregador impedir, na porta da fábrica, a liberdade dos grevistas de dizer aos demais colegas o seu ponto de vista sobre os problemas trabalhistas existentes com o patrão, a livre divulgação de manifestos ou folhetos críticos sobre as suas condições de trabalho e o uso do megafone para transmitir as suas convicções¹².

12. Responsabilidades pelo exercício do direito de greve

Diz a Constituição Federal (art. 9º, § 2º) que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

A Lei n. 7.783/89 (art. 15) estabelece que “a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal” e que “deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito” (parágrafo único).

Observa-se do exposto que a greve, como direito fundamental que é, não configura, por si só, ato ilícito, salvo quando o seu exercício irregular acarretar a prática de atos que configurem

¹² Comentários à Lei de Greve, p. 79.

ilícitos trabalhistas, civis ou penais, quando serão passíveis os seus atores de responsabilidades apuradas de conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

As responsabilidades são trabalhistas, civis, penais e administrativas. A responsabilidade pode ser das pessoas físicas dos trabalhadores e empregadores e das pessoas jurídicas. Os sindicatos que patrocinam o movimento de paralisação e as demais pessoas que adotarem medidas contrárias ao exercício do direito de greve, como as empresas e sindicatos patronais podem responder, por exemplo, por prejuízos anormais causados à coletividade no caso de uma greve em atividades essenciais.

Objetiva-se com a responsabilização pelo direito de greve não inviabilizá-la, mas, harmonizar o princípio da liberdade do seu exercício com a ampliação do direito com o princípio da responsabilidade, pelo qual procura-se estabelecer o necessário controle para que a greve não extravase os seus limites e enverede pelo caminho da violência e da indisciplina.

Assim, no âmbito trabalhista a responsabilização pela prática de atos ilícitos pode acarretar punições aos trabalhadores, consistentes em advertências, suspensões disciplinares ou dispensa por justa causa.

De forma compatível com o comando constitucional do art. 9º da Constituição Federal a jurisprudência trabalhista e do Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido de que “A simples adesão à greve não constitui falta grave” (Súmula n. 316/STF), carecendo-se, para punição dos grevistas, da prática comprovada de ato individual do trabalhador, como ofensas físicas ou à honra do empregador ou de terceiros, danos dolosos causados ao empregador, danificação injustificada de equipamentos e maquinários, mau procedimento ou comportamento não pacífico e recusa do trabalhador em atender à convocação do sindicato (Lei n. 7.783/89, arts. 9º e 11).

Sendo o trabalhador dirigente sindical a dispensa somente poderá ocorrer mediante instauração de Inquérito Judicial para apuração de falta grave (CLT, art. 853) perante a Justiça do Trabalho, a quem compete dizer se ele cometeu ou não falta a grave alegada.

Também podem caracterizar abuso do direito de greve, passíveis de reparação civil, atos praticados pelas entidades sindicais e pelos trabalhadores ou outras pessoas no curso do movimento com meios não pacíficos e violentos destinados a aliciar trabalhadores para aderirem à greve ou constrangimento de pessoas, manifestações e atos que objetivem impedir o acesso ao trabalho de outros trabalhadores que não queiram aderir ao movimento, além das ameaças ou danos à propriedade alheia ou às pessoas.

Segundo o art. 186 do Código Civil brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, havendo obrigação de indenizar as vítimas dos prejuízos decorrentes do ato ilícito, por exemplo, empresas, os próprios trabalhadores e a comunidade, esta no caso das greves em serviços e atividades essenciais.

Os prejuízos indenizáveis não são os normais decorrentes do exercício regular da greve, uma vez que esta, como instrumento democrático de pressão dos trabalhadores para fazerem valer as suas reivindicações, tem como finalidade exatamente causar prejuízos, pois, ao contrário, não serviria para nada. O prejuízo indenizável no caso da greve é o anormal, porque não se pune quem exerce regularmente um direito, por exemplo, a falta de acordo por intransigência dos trabalhadores e do respectivo sindicato para a formação de equipes de manutenção de equipamentos e maquinários que não podem, pela natureza da atividade, sofrer solução de continuidade quanto ao funcionamento, a danificação de má-fé de equipamentos e do patrimônio da empresa e, para a comunidade a falta de atendimento das necessidades inadiáveis previstas na Lei n. 7.783/89 (art. 11 e § único).

Conforme o caso, são os sindicatos que respondem por eventual reparação civil por conta das greves, não se podendo impor esse ônus ao trabalhador individualmente.

No aspecto penal cabe afirmar que o uso da greve em si não caracteriza qualquer responsabilidade criminal para quem quer que seja. Essa responsabilidade somente ocorre quando, como qualquer pessoa, os titulares do direito de greve praticarem ilícitos previstos na legislação penal, como agressões físicas e verbais com ofensa à honra, à imagem e à intimidade das pessoas, incitação à violência, lesão corporal e crime de dano, sendo pessoal a responsabilização.

Finalmente, pode responder administrativamente o servidor público que, a pretexto de exercer o direito de greve, dele fizer uso abusivo na forma da normatização estabelecida pelo SFT no Mandado de Injunção n. 712.

13. Greve ambiental

Como afirmado neste trabalho, a greve é um instrumento constitucional de autodefesa conferido aos trabalhadores para que possam reclamar direitos e melhores condições de trabalho,

sendo uma das mais importantes reivindicações a salubridade do meio ambiente do trabalho, que visa garantir o direito à saúde e à vida dos trabalhadores.

Trata-se da greve ambiental, cuja preferência pela denominação tem importância no momento de afirmação teórica sobre referido instrumento de defesa do meio ambiente laboral, o qual, em nosso país, tem sido responsável por tantos acidentes e doenças ocupacionais que prejudicam os trabalhadores, as empresas e a sociedade.

A finalidade da greve ambiental é implementar adequadas e seguras condições de trabalho e propiciar um ambiente de trabalho sadio e equilibrado, como bem de uso comum do povo (CF, art. 225).

O que diferencia a greve ambiental de uma greve comum são os requisitos de validade daquela, pelo que, devemos considerar dois tipos de situação: a de riscos comuns e a de riscos incomuns, excepcionais.

Na primeira situação incluem-se os riscos em que os trabalhadores reivindicam melhores e adequadas condições gerais de trabalho, como a implantação do PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, a criação e instalação da CIPA, a eliminação ou diminuição de agentes físicos, químicos ou biológicos causadores de doenças do trabalho pela longa exposição.

Na segunda situação são incluídos os riscos graves e iminentes, em que o perigo para a saúde, integridade física e vida do trabalhador é provável e não apenas possível. É o risco incontroverso causador de acidentes sem possibilidade de serem evitados, a não ser que haja sua imediata eliminação para afastar o risco grave de vida.

Na primeira situação são exigidos os requisitos da lei de greve, enquanto que na segunda, de risco grave e iminente, não se pode exigir o cumprimento dos requisitos formais da lei de greve, cuja razão é simples e lógica: não há tempo para atendimento de tais requisitos, porque os trabalhadores estão sofrendo risco iminente de vida e podem morrer a qualquer momento diante da gravidade da situação e, portanto, não devem depender, para a defesa do mais importante bem humano, a vida, do cumprimento de pressupostos formais.

Assegurando que a greve ambiental pode ser invocada sem o preenchimento dos requisitos previstos na Lei 7.783/89, visto que se trata de direito fundamental do trabalhador, já se manifestou o C. TST no Processo nº RO-0010178-77.2015.5.03.0000, isto porque o direito à interrupção imediata dos serviços no caso de risco grave e iminente para a saúde e a vida do trabalhador, inclusive com a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou

equipamento está assegurado fartamente no art. 161 da CLT, no art. 229 da Constituição do Estado de São Paulo (também em outras Constituições estaduais), no item 3.5 da NR 3 da Portaria n. 3.214/77 e a na Convenção 155 da OIT, esta, que é um tratado de direitos humanos, assinado pelo Brasil.

Bibliografia

AIRES, Mariella Carvalho de Freitas. *Direito de greve ambiental*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia do trabalho — o confronto operário no ABC paulista: as greves de 1978/80*. Campinas: Ensaio, 1988.

BARROS, Cássio Mesquita de. Responsabilidade civil do sindicato na greve. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 98, p. 14 e ss., 1997.

BONCIANI, Mário *et al.* *Saúde, ambiente e contrato coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

COELHO, Elaine D'avila. *Embargos, interdição e greve em face do meio ambiente do trabalho*. Monografia de conclusão do módulo Direito Ambiental II, do curso de mestrado — PUC/SP. São Paulo: PUC, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Liberdade sindical e direito de greve no direito comparado*. São Paulo: LTr, 1992.

FREDIANI, Yone. *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *A greve no direito brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. O Ministério Público do Trabalho e as greves em atividades essenciais. *Revista LTr*, São Paulo, ano 59, n. 3, p. 356 e ss., mar. 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários à Lei de Greve*. São Paulo: LTr, 1989.

OLIVA, Aloizio Mercadante; RAINHA, Luis Flávio *et al.* (coords.). *Imagens da luta: 1905-1985*. São Bernardo do Campo: Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

ALGUNS ASPECTOS SOBRE A GREVE NO BRASIL

SOME ASPECTS OF THE STRIKE IN BRAZIL

Raimundo Simão de Melo¹

RESUMO: objetivamos e fizemos no presente artigo uma breve análise de alguns aspectos envolvendo o direito de greve no Brasil. Analisamos o seu enquadramento legal ao longo do tempo (como delito, como ato antissocial contrário aos interesses do capital e do trabalho e como direito fundamental dos trabalhadores assegurado na Constituição Federal de 1988). A partir de então abordamos sobre os interesses que podem ser defendidos com a greve, se podem ou não os trabalhadores fazer greve política e de solidariedade, se, diante da falta de regulamentação legal, podem os servidores públicos exercer o direito de greve assegurado na Constituição Federal, tratamos da situação dos militares, que foram proibidos de fazer greve, do complexo tema da greve nos serviços essenciais, dos limites do direito de greve, dos requisitos para o seu exercício regular, dos direitos e deveres dos grevistas, da greve ambiental e dos seus pressupostos específicos e, finalmente, das responsabilidades legais advindas do exercício do direito de greve.

PALAVRAS CHAVE: Estado Democrático de Direito. Direito fundamental. Liberdade sindical. Greve. Greve ambiental. Exercício regular do direito.

Artigo recebido em 20 de maio de 2016

¹ Doutor e Mestre em Direito das relações sociais pela PUC/SP. Professor do curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e Relações do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Consultor Jurídico e Advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado.

ABSTRACT: We aim and did in this article a brief analysis of some aspects concerning the right to strike in Brazil. We have analyze its legal framework over time (as a crime; as antisocial act contrary to the interests of capital and labor; and as a fundamental right of workers guaranteed in the Federal Constitution of 1988). We have advanced to approach the interests that can be defended in a strike, if the workers may or may not engage in a political and/or solidarity strike, and if given the lack of legal regulation if public servants can exercise the right to strike guaranteed in the Federal Constitution. We have also approach the situation of the military, who were forbidden to strike in Brazil. Finally, we study the complex issue of strike in essential services, the requirements of a regular strike exercise, the rights and duties of strikers, the environmental strike and its specific prerequisites and the legal responsibilities arising from the exercise of the right to strike.

KEY WORDS: Democratic state based on the rule of law; Fundamental right; Freedom of strike; Strike; Environmental strike; Regular exercise of a right.

1. Introdução

A greve, independentemente do regime jurídico e político de cada país é, acima de tudo, um fato social, porque decorre da manifestação de vontade dos trabalhadores interessados em dela fazer uso.

Foi isso que observei e constatei ainda recém-formado, quando, como advogado de um sindicato, que de repente fui chamado para acompanhar uma negociação coletiva em razão da paralisação dos trabalhadores de uma determinada fábrica metalúrgica. Chegando na empresa observei com interesse os trabalhadores de braços cruzados, os quais afirmavam categoricamente que só voltariam ao trabalho quando o patrão atendesse às reivindicações salariais resistidas até então. Em seguida sentamos à mesa de negociação com o presidente da empresa (um senhor de origem alemã), extremamente aborrecido e nervoso, porque dizia ele que desde que começou a atuar no Brasil a empresa não havia enfrentado nenhuma greve, porque pagava os melhores salários aos seus empregados e lhes dava outros direitos.

Na época, na ditadura militar, não era comum o diálogo negocial entre patrões e empregados e ninguém tinha prática de negociação coletiva, porém, a necessidade fez com que

negociássemos diretamente, um dia inteiro, até que ao entardecer o patrão concedeu boa parte das reivindicações dos operários, que em seguida aprovaram em assembleia o fim da greve.

A greve era regida pela Lei n. 4.330/64, que na prática negava o exercício de manifestação pelos trabalhadores, mas, mesmo sabendo dos riscos que corriam, que o movimento seria considerado ilegal pela Justiça do Trabalho, afirmaram os trabalhadores que independentemente de qualquer coisa somente encerrariam a paralisação se atendidas as reivindicações formuladas. Então, compreendi, na prática, que independentemente de ser um direito, uma liberdade ou um delito, de ser proibida ou regada pelo ordenamento jurídico “a greve é um fato social”.

Ao longo da carreira como advogado e membro do Ministério Público atuei num grande número de greves, ora negociando soluções para os conflitos diretamente entre as partes, ora perante os tribunais do trabalho e passei a compreender que a greve é um instrumento de defesa dos trabalhadores e um meio de causar prejuízos ao capital, exatamente para cumprir o seu papel de forçar o lado patronal a negociar as reivindicações dos trabalhadores e assegurar algum equilíbrio entre capital e trabalho, o que necessário num Estado Democrático de Direito.

Assim, o objetivo deste breve trabalho é analisar alguns aspectos pertinentes à greve no Brasil antes e depois de 1988, e, em especial, em face do que prevê a atual Constituição Federal, que a consagrou como um direito amplo de manifestação dos trabalhadores, portanto, um direito fundamental de índole democrática.

2. A greve na lei brasileira

A história evolutiva da greve no Brasil está relacionada com o modelo de liberdade e autonomia sindicais reinantes no nosso país ao longo do tempo, sendo que a primeira lei a tratar do assunto foi o Código Penal de 1890, que considerava crime o seu exercício, punindo o autor com pena de 1 a 3 meses de detenção. A Constituição Federal de 1937 foi a primeira Lei Maior a cuidar do tema, estabelecendo no art. 139 que “a greve e o *lockout* são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. A Constituição de 1946 dizia (art. 158), que “é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a Lei regulará” e a Carta de 1967, elaborada durante o regime de ditadura militar trilhou o mesmo caminho, não permitindo a greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

O Código Penal de 1940 puniu a greve seguida de perturbação da ordem pública ou contrária ao interesse coletivo no art. 201, estabelecendo que:

Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Várias foram as Leis e Decretos-Leis que trataram sobre a greve no Brasil até 1988, sendo exemplos a Lei n. 35/35, que considerou a greve como delito e a CLT, na redação original, que também a considerou como delito nos arts. 723 e 724.

A Lei n. 4.330/64 da época da ditadura militar permitiu a greve nas atividades normais com tantas restrições, que na prática tornava-se impossível o seu exercício ser considerado legal. A greve política e de solidariedade eram proibidas expressamente na referida lei. Quando existiam greve, regra geral havia ocupações e intervenções nos sindicatos, cassações e punições de dirigentes sindicais e ativistas, como represálias aos movimentos trabalhistas. Nesse mesmo contexto ditatorial foram expedidos pelo governo militar o Decreto-Lei n. 1.632/78 e a Lei n. 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional), que proibiram a greve nos serviços públicos e essenciais.

O Decreto-Lei n. 1.632/78 dizia no seu art. 3º que:

Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o empregado que participar de greve em serviço público ou atividade essencial referida no art. 1º incorrerá em falta grave, sujeitando-se às seguintes penalidades, aplicáveis individual ou coletivamente, dentro do prazo de 30 (trinta) dias do reconhecimento do fato, independentemente de inquérito: I — advertência; II — suspensão de até 30 (trinta) dias; III — rescisão do contrato de trabalho, com demissão, por justa causa" e no art. 5º que "Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.

Havia, como se vê, um grande arrocho contra o exercício do direito de greve no Brasil até então, cujo objetivo era abafar os conflitos sociais, que, quando existiam, eram logo resolvidos por uma decisão da Justiça do Trabalho, a qual, regra geral, declarava a greve ilegal e estabelecia os direitos que os empregadores deveriam conceder aos trabalhadores.

O golpe militar de 1964 significou a mais intensa e profunda repressão política que a classe trabalhadora enfrentou na história do país nos últimos tempos, cuja estratégia era reprimir os movimentos operário e populares, que eram as principais forças políticas sociais capazes de se oporem e resistirem aos golpistas. Por isso, as ocupações militares e as intervenções atingiram

cerca de 2.000 entidades sindicais em todo o País, cujas direções foram cassadas, presas e exiladas, e o regime militar passou a nomear pessoas de sua confiança para substituírem as lideranças legítimas eleitas pelos trabalhadores.

Com isso, os trabalhadores perderam força e organização, não conseguindo mais fazer greves para defender os interesses das respectivas categorias, quando em meados dos anos 1970 o País começou a viver os primeiros sinais da crise econômica, levando o regime militar a perder base social de apoio, enquanto a sociedade civil se levantou e começou a reestruturar-se e a manifestar-se politicamente pela redemocratização do País. Foi nessa época que começou a articulação em São Bernardo do Campo/SP de uma nova proposta sindical, com o reingresso da classe trabalhadora no cenário político, quando em 12/05/1978 os trabalhadores da Saab-Scania entraram em greve, adentraram na fábrica, vestiram os macacões, bateram os cartões de ponto e cruzaram os braços diante das máquinas num movimento de certa forma espontâneo e inesperado para os patrões e militares. Esse movimento de massas marcou o ressurgimento da ação reivindicatória grevista no Brasil, depois de uma década de resistência operária².

Em 1979, mais bem preparados, os metalúrgicos do ABC entraram em greve geral no dia 13 de abril, primeiro grande movimento de massas da classe operária depois de 1964, na forma de uma greve fora da fábrica, com piquetes, por tempo indeterminado e com a realização de grandes assembleias³, cujo movimento espalhou-se por todo o ABC, sendo que a Justiça do Trabalho a julgou ilegal e o Ministério do Trabalho decretou a intervenção nos Sindicatos de metalúrgicos de São Bernardo, Santo André e São Caetano do Sul e afastou dos cargos os dirigentes sindicais.

Em 1980, de forma bem mais organizada, os metalúrgicos do ABC paulista novamente entram em greve no dia 1º de abril, para ser mantida até onde os trabalhadores desejassem, independentemente da repressão policial, ocupação dos locais das assembleias, intervenção no Sindicato, prisão dos dirigentes sindicais etc., a qual foi mantida por 41 dias, apesar da intervenção nos Sindicato, prisões de diretores e ativistas e fortíssima repressão policial e militar sobre os trabalhadores⁴.

² ANTUNES, Ricardo. A rebeldia do trabalho – o confronto operário no ABC paulista: as greves de 1978/80. Campinas: Ensaio, 1988, p. 26.

³ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. Imagens da luta: 1905-1985, p. 162.

⁴ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. Op. cit., p. 180.

Já cansados, os trabalhadores resolveram terminar com essa greve numa assembleia geral realizada no dia 11 de maio, na Igreja Matriz de São Bernardo do Campo, com a seguinte mensagem:

"A GUERRA CONTINUA... Amanhã, 12 de maio, celebramos uma data histórica para os metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema. Fundado em 12 de maio de 1959, nosso sindicato completa 21 anos de existência, atingindo a plenitude de sua maioridade política. Foi também no dia 12 de maio de 1978 que, depois de catorze anos de silêncio, estourou o primeiro grito de revolta da classe trabalhadora, com a greve da Scania. Pois bem, em pleno vigor de uma greve que já dura 40 dias, mais organizados do que nunca, fortes e conscientes, amanhã voltaremos às fábricas. Que os patrões e o governo saibam: atrás de cada máquina, eles terão um trabalhador em guerra; voltamos apenas para evitar a repressão da polícia do governo face a face e desarmados; a guerra continua porque em nossos corações e em nossa alma carregamos a ira dos justos e uma eterna sede de justiça⁵.

A propósito, foi feita a seguinte observação pelo então prefeito de São Bernardo do Campo, Antônio Tito Costa, sobre as greves do ABC:

Os operários estavam fazendo um movimento reivindicatório justo, e eles não admitiam nenhuma interferência para a baderna no movimento. Eu penso que esse episódio está contribuindo de maneira muito séria, e talvez decisiva, para a abertura. O começo da abertura é de baixo para cima e não de cima para baixo. Não como uma dádiva, mas como uma conquista... eu vejo isso como uma expectativa mais otimista possível, porque a gente sente que um segmento muito importante da nossa comunidade - não apenas a classe médica, os intelectuais, mas os trabalhadores - está sabendo que a partir desse fato e desse comportamento é que nós temos que ver com muito otimismo o amadurecimento do Brasil ..."⁶.

A conclusão a que se chega é que as greves ocorridas no ABC paulista em pleno regime de exceção, na década de 1970, e depois espalhadas por diversas categorias e regiões do País, não tiveram apenas papel reivindicatório trabalhista, porquanto buscavam os trabalhadores, além disso, enfrentar e romper com o regime de ditadura militar e criar ambiente político propício para a redemocratização do País e o implemento de alguma liberdade sindical, que veio com a Constituição de 1988 nos arts. 8º e incisos e art. 9º, embora parcial.

É oportuno lembrar que essa greve motivou a condenação criminal de líderes do movimento operário da época pela 2ª Auditoria Militar (Processo n. 9/80), com base na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620/78, art. 36, inc. II), o que demonstra que a greve era vista não como um simples movimento social, mas, como delito.

⁵ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. *Imagens da luta: 1905-1985*, p. 202.

⁶ OLIVA, Aloízio Mercadante et al. *Op. cit.*, p. 202.

Com a Constituição Federal de 1988, que teve motivação na parte trabalhista-sindical nas greves acima referidas, um novo modelo de relações de trabalho foi implementado no Brasil, estabelecendo-se (art. 8º, inc. I) que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

Pelo art. 9º da Constituição Federal passou a greve a ser admitida de forma ampla, como direito dos trabalhadores em geral, a qual é proibida apenas em relação aos militares. Passou-se a admiti-la também no serviço público, mediante lei, e nos serviços e atividades essenciais, com restrições consistentes no atendimento das necessidades inadiáveis da população.

Com efeito, estabelece o art. 9º da Constituição Federal que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”

No § 1º deste artigo constou que “A Lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e no § 2º que “Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

O art. 37 da Lei Maior garante ao servidor público o direito à livre associação sindical (inc, VI) e o direito de greve, o qual será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (inc. VII).

Somente para o militar, e isso de forma explícita, o art. 142 da Constituição (inc. IV) proibiu a sindicalização e o direito de greve.

É com base nesses dispositivos constitucionais que farei a seguir uma rápida e sucinta abordagem de alguns aspectos do direito de greve no Brasil, considerando, ainda, a Lei n. 7.783/89, que regulamentou o seu exercício nas atividades privadas e essenciais.

Vê-se que enquanto o sistema jurídico brasileiro anterior a 1988 discriminou a greve e a considerou como delito e recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional, a Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira revolução com relação ao direito de manifestação operária, considerando a greve como um direito fundamental dos trabalhadores, eliminando a discussão sobre a sua natureza jurídica, se um fato social, uma liberdade ou direito, porque hoje é realmente um direito incluído na categoria dos direitos fundamentais.

Nesse contexto cabe observar que o Brasil viveu até pouco tempo (1988) um regime de antiliberdade sindical, a qual somente veio, embora relativamente, com a Constituição Cidadã (art. 8º e incisos), que, como passo importante, vedou a intervenção e interferência do Estado na organização sindical e concedeu aos trabalhadores, como decorrência lógica, o direito de greve (art. 9º). Esta, que até então era praticamente proibida (de acordo com a Lei n. 4.330/64), além de ser considerada como prática antissocial e como delito, passou a ser considerada como um direito fundamental do cidadão trabalhador.

A liberdade de organização sindical tem como importante corolário o direito de greve, como forma de manifestação dos trabalhadores, algo indispensável nos regimes democráticos (Estado Democrático de Direito), como instrumento de equilíbrio indispensável entre o capital e o trabalho e fomentador da negociação coletiva.

Por isso, consagra José Afonso da Silva que:

a greve não é um simples direito fundamental dos trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de garantia constitucional, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores, não como bem aferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses”⁷.

3. Interesses que os trabalhadores podem defender com a greve

O Comitê de Liberdade Sindical e a Comissão de Peritos da OIT têm rejeitado a tese de que o direito de greve deva limitar-se aos conflitos de trabalho suscetíveis de finalizar uma convenção coletiva de trabalho. Para esses órgãos as reivindicações a se defender com a greve podem ser de três categorias, a saber:

- a) as de natureza trabalhista, que buscam garantir ou melhorar as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores;
- b) as de natureza sindical, que buscam garantir e desenvolver os direitos das organizações sindicais e de seus dirigentes;
- c) as de natureza política, que têm por fim, embora indiretamente, a defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores.

⁷ Curso de direito constitucional positivo, p. 269.

Quanto às duas primeiras categorias não há problemas especiais, porquanto não se põe em dúvida a legitimidade do instrumento da greve para tal fim. Com relação à última categoria, de fato, existem divergências, que devem ser resolvidas pelo bom-senso.

Embora a Constituição Federal brasileira tenha reconhecido o direito de greve como um direito amplo e fundamental dos trabalhadores, parte da doutrina trabalhista e da jurisprudência tem procurado restringir o seu uso a partir da definição que lhe deu o art. 2º da Lei n. 7.783/89, que a direciona ao empregado e ao empregador na relação estrita trabalhista.

É que, enquanto o art. 9º da Constituição Federal diz que a greve é um direito do trabalhador e a ele compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre o direito a ser tutelado, a referida lei regulamentadora restringe o seu exercício à tutela de direitos apenas trabalhistas, quando se refere à paralisação de serviço de empregador (art. 1º). Observe-se, nesse sentido, a seguinte manifestação doutrinária:

A locução ‘interesses’, não acompanhada da qualificação desses interesses, é ambígua. Pode-se pensar, com razão, que tais interesses são os que podem ter o cidadão comum, enquanto membro da comunidade social. Mas esses interesses não podem ser outros senão os do trabalhador enquanto sujeito de um contrato de trabalho, membro do pessoal de uma empresa. Há de se distinguir entre trabalhador enquanto cidadão e cidadão enquanto trabalhador. Interpretação contrária poderia chegar até à afirmação de que a greve defende interesses de todo tipo, sejam trabalhistas, sejam políticos. Se recorrermos à interpretação sistemática, o apoio à conclusão que circunscreve a greve à defesa de interesses profissionais apresenta-se mais consistente⁸.

Mas, *data venia*, uma lei ordinária não pode mudar a essência de um direito assegurado pela Lei Maior, que depois de muitos anos em que o instituto da greve foi negado aos trabalhadores, numa verdadeira aclamação do desejo da sociedade reprimida, fez a nova Carta incluir no seu texto esse direito fundamental.

Não se trata a greve, ressalva-se, de um direito absoluto, porque não existe direito absoluto num Estado Democrático de Direito, em que os direitos do cidadão devem conviver harmoniosamente, sendo que a greve representa um dos aspectos mais importantes da liberdade sindical reconhecida pelo art. 8º da Constituição Federal, como prega a melhor doutrina.

A respeito ensina José Afonso da Silva, em posição contrária àquela que restringe o direito de greve aos aspectos estritamente trabalhistas que:

A Constituição assegura o direito de greve, por si própria (art. 9º). Não o subordina a eventual previsão em lei. É certo que isso não impede que a Lei defina os procedimentos do seu exercício, como exigência de assembleia sindical que a declare, de *quórum* para

⁸ BARROS, Cássio Mesquita de. Responsabilidade civil do sindicato na greve, p. 34.

decidi-la e para definir abusos e respectivas penas. Mas a Lei não pode restringir o direito mesmo, nem quanto à oportunidade de exercê-lo nem sobre os interesses que, por meio dele, devam ser defendidos. Tais decisões competem aos trabalhadores, e só a eles. Diz-se que a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir deverá ser de proteção do direito de greve, não deve ir no sentido de sua limitação, mas de sua garantia e proteção. Quer dizer, os trabalhadores podem declarar greves reivindicatórias, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves de solidariedade, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou greves políticas, com o fim de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou greves de protestos” (grifamos)⁹.

4. Greve política e de solidariedade

É interessante a indagação, diante do texto do art. 9º da Constituição, se os trabalhadores podem fazer greve política e de solidariedade, especialmente porque a Lei n. 4.330/64 (art. 22) proibia expressamente a greve política e de solidariedade ou de apoio.

Embora a Constituição de 1988 não trata expressamente do tema, diz ela que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º, *caput*). Nessa mesma linha é a Lei n. 7.783/89 (art. 1º), que apenas proíbe o *lockout* (art. 17).

O tema é complexo e seu entendimento deve decorrer da interpretação e alcance do art. 9º acima transcrito.

A respeito da questão Amauri Mascaro Nascimento assim se manifestou:

A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, não tem um dispositivo expresso, autorizante ou proibitivo, da greve de solidariedade e, ao declarar que compete aos trabalhadores decidir sobre os interesses a defender através da greve, não impede que a paralisação tenha por finalidade o apoio à reivindicação de outros trabalhadores, com os quais o interesse dos grevistas se mostrar vinculado de algum modo que beneficie os seus respectivos contratos de trabalho, portanto quando afetar diretamente o interesse profissional daqueles que a promovam ou mantenham. Não poderia a Lei n. 7.783 vedar a greve de solidariedade sem atritar-se com a Constituição Federal (art. 9º), que preserva a decisão dos trabalhadores sobre o tipo de motivação que desejam defender pela greve (...). Não há uma literal vedação da Lei n. 7.783, de 1989, à greve política, e sob esse ângulo da análise explícita de textos, a Lei n. 4.330, de 1964, a proibiu; a Constituição Federal de 1988 é silente e a mesma orientação é seguida pela Lei ordinária que a regulamenta, com o que há, em tese, duas ordens de interpretações que podem ser feitas, uma restritiva e outra não (...). Embora aparentemente simplista a solução do problema quanto à admissibilidade ou não da greve política, permanecem todas as dificuldades próprias da questão. A greve exclusivamente política é vedada pela lei, como a greve contra as instituições da República, sendo diferente a greve político-trabalhista, de conteúdo profissional, hipótese em que, se a pretensão pode ser exercitável perante empregador e, com este, objeto de negociação, não há proibição legal. O problema não está, portanto, centralizado na polaridade entre greve

⁹ Op. cit., p. 268.

política, de um lado, e greve trabalhista, de outro, mas na caracterização de cada greve, se eminentemente política ou se também trabalhista¹⁰.

Portanto, como a lei não proíbe, são admitidas as greves políticas e de solidariedade ou protesto, desde que voltadas para a defesa de interesses trabalhista-profissionais, mesmo que *lato sensu*. É o caso de uma greve-protesto dos trabalhadores contra a política econômica empreendida pelo governo, com claros e graves prejuízos para os trabalhadores, com diminuição do ritmo de crescimento econômico e consequente desemprego em massa.

Como hipótese de greve de solidariedade podemos citar uma paralisação de trabalho empreendida por trabalhadores de uma filial em apoio a uma greve dos trabalhadores da matriz, cujas reivindicações, sequencialmente, serão encampadas pelos empregados das filiais, quando estes terão legitimidade para paralisar suas atividades em solidariedade aos companheiros de trabalho daquela.

Quanto à greve puramente política a OIT entende que esta não está abrangida pelos princípios da liberdade sindical (Convenção n. 87, art. 10). Todavia, “o Comitê concluiu que os interesses profissionais e econômicos que os trabalhadores defendem com o direito de greve abrangem não só a conquista de melhores condições de trabalho ou as reivindicações coletivas de ordem profissional, mas ‘englobam também a busca de soluções para as questões de política econômica e social’ (*ibidem*, § 479).

Na mesma ordem de ideias o Comitê de liberdade sindical tem observado que os trabalhadores e suas organizações deveriam poder manifestar seu descontentamento com questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses dos trabalhadores, num âmbito mais amplo que os dos conflitos de trabalho susceptíveis de resultar numa determinada convenção coletiva (*ibidem*, § 484). A ação dos trabalhadores deve, portanto, limitar-se a expressar um protesto e não ter por objetivo perturbar a tranquilidade pública” (OIT, 1979, § 450).

No tocante à greve de solidariedade, em estudo geral de 1983, a Comissão de Peritos da OIT definiu que a greve que se insere em outra empreendida por outros trabalhadores e estimou que uma proibição geral pode ser abusiva, razão pela qual os trabalhadores devem poder recorrer a tais ações, desde que legal a greve inicial que apoiam (OIT, 1983b, § 217), posição essa assumida também pelo Comitê de Liberdade Sindical (OIT, 1987, §§ 417 e 418).

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Comentários à Lei de Greve. São Paulo: LTr, 1989.

5. Greve no serviço público

Antes da Constituição Federal de 1988 os servidores públicos não podiam fazer greve no Brasil nem se organizarem em sindicatos.

Foi a Carta de 1988 que lhes assegurou tais direitos, dizendo, no art. 37, incisos VI e VII, que é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical e que o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica.

Essas disposições aplicam-se somente aos servidores públicos civis, porque com relação aos militares o constituinte deu outro tratamento, proibindo-lhes a organização sindical e o direito de greve.

A partir dessas dicções constitucionais, duas correntes procuram explicar sobre o direito de greve dos servidores públicos. A primeira sustenta que se trata de um direito de eficácia limitada, que, por isso, somente poderá ser exercido mediante lei que estabeleça os seus contornos, pois a norma constitucional não é autoaplicável, como chegou a entender o STF (MI-20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996, Tribunal Pleno, p. 45.69).

A segunda corrente, à qual me filio, sustenta que os preceitos constitucionais sobre a greve do servidor público civil são de eficácia contida, com incidência imediata, devendo este exercer tal direito, enquanto não aprovada a lei específica, aplicando, por analogia, a Lei de Greve n. 7.783/89. Essa lei, não obstante trate da greve na atividade privada, contém regulamentação específica sobre as greves em atividades essenciais, o que guarda certa compatibilidade com os serviços públicos de natureza essencial. Essa aplicação analógica tem respaldo no art. 8º da CLT, que autoriza o Juiz do Trabalho a julgar por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes e o direito comparado.

Assim, enquanto não for promulgada a lei específica a que se refere o art. 37, inciso VII, da Constituição, o servidor público civil poderá exercer o direito de greve, aplicando-se, por analogia, a referida Lei n. 7.783/89 para não se lhe negar esse direito fundamental assegurado pela Lei Maior.

6. A mudança de posição do STF sobre a greve de servidores públicos

Estabelece a Constituição Federal no inciso LXXI do art. 5º, que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional garantidora dos direitos, prerrogativas e liberdades criados pela Constituição Federal de 1988. Esse remédio constitucional representou uma das mais importantes inovações voltadas para a tutela jurisdicional no tocante aos direitos e garantias fundamentais, que, não obstante isso, nos primeiros anos da Constituição Maior o STF não o implementou no tocante à greve de servidores públicos.

Todavia, mudando o entendimento anterior a nossa Corte Suprema decidiu os Mandados de Injunção ns. 670 e 712, apreciando a questão do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, concluindo, após muitos debates, por maioria, que dispositivos da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que rege o exercício da greve dos trabalhadores da iniciativa privada, também se aplicam, por analogia, às greves no serviço público, desde que com adaptações (supressões, acréscimos e alterações), levando-se em conta certas peculiaridades do serviço público.

O Supremo Tribunal Federal, então, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783/89, no que couber, mudando, assim, o entendimento até então restritivo, por meio da qual a Corte Suprema reconheceu a mora do Congresso Nacional e estabeleceu a necessária normatização para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

Entre os principais e importantes pontos debatidos na decisão dos Mandados de Injunção ns. 712 e 670 citamos o reconhecimento da legitimidade dos sindicatos para impetrarem Mandado de Injunção, a eficácia imediata do direito fundamental de greve dos servidores públicos, a continuidade do serviço público durante a greve diante, da sua essencialidade para a população, a finalidade do Mandado de Injunção, que é a remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. Assim, quer por meio de Mandado de Injunção ou de outra medida judicial, está o juiz ou outro aplicador do direito autorizado a dar efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis, mesmo sem a regulamentação legal de que fala a Carta Maior.

Outro importante ponto diz respeito ao alcance da normatização emitida pelo STF, que de maneira didática esclareceu que ela abrange não apenas o caso concreto submetido ao tribunal, mas a totalidade dos casos semelhantes, embora entre sujeitos diferentes, posto que a atividade

normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional.

Assim, a normatização estabelecida pelo STF nos MIs acima citados aplica-se a todos os servidores públicos civis, até que o Congresso Nacional faça a lei própria. Quanto à normatização específica feita pelo STF sobre a greve de servidores públicos civis remeto o leitor aos comentários que fiz no meu livro "A greve no direito brasileiro" (LTR Editora, 2012).

7. Greve de militares

De modo geral, os Estados estrangeiros reconhecem o direito de greve como instrumento de pressão dos trabalhadores na busca de melhorias de vida e de trabalho. Mas há exceções, com importantes restrições para algumas espécies de trabalhadores (funcionários públicos que exercem função de autoridade em nome do Estado e trabalhadores nos serviços essenciais, no sentido estrito) e até proibições para outros, como é o caso dos membros das Forças Armadas e da polícia.

É comum, no Direito Internacional, quando da proibição do direito de greve para determinadas categorias de trabalhadores, estabelecer-se na legislação garantias a eles apropriadas, como forma compensatória da privação do referido direito. Essas garantias consistem em procedimentos de conciliação e de arbitragens adequados, imparciais e rápidos, com a participação dos interessados em todas as suas etapas. O objetivo é, ante a privação de um meio essencial de defesa dos interesses socioeconômicos e profissionais dos trabalhadores, assegurar uma forma eficaz de solução do conflito.

O Brasil optou pela proibição do direito de greve para os militares, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (art. 142, inciso IV), dizendo que "Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve".

Contudo, não obstante essa proibição, não há no Brasil mecanismos eficazes de solução dos conflitos de trabalho envolvendo os militares, como também para qualquer outro tipo de servidor público. Não se reconhece o direito de negociação coletiva (assinatura de convenção coletiva de trabalho), arbitragem pública ou privada, nem a atuação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho para solução dos conflitos de trabalho envolvendo essa categoria profissional, ante o princípio da reserva legal. Na verdade, o maior prejudicado é o povo, que na prática fica sem o

trabalho desses servidores, os quais diante das dúvidas e omissões da lei, de fato, exercem o direito de greve, às vezes, até de forma excessiva, sem seguir qualquer regulamentação legal.

O fato concreto é que os policiais militares fazem greve, às vezes prolongadas, reivindicando aumentos salariais e outras melhorias de trabalho e o Estado nem os atende e também não existem meios de solução do conflito, que se alongam no tempo.

É certo que os militares exercem atividades consideradas essenciais e, neste caso, estão proibidos de fazer greve, mas, por outro lado, muitas vezes recebem salários baixos e incompatíveis com a função de alto risco que exercem e a população é quem sofre.

8. Greve nos serviços e atividades essenciais

Como já afirmado neste trabalho, antes da Carta de 1988 a greve nos serviços essenciais era proibida com rigor (Lei n. 4.330/64, Decreto-Lei n. 1.632/78 e Lei n. 6.620/78).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 passou a assegurar o direito de greve também nesses serviços e atividades, dizendo apenas que "a lei definirá tais atividades e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da população" (art. 9º, § 1º), de maneira que os direitos do cidadão, constitucionalmente assegurados, também sejam respeitados.

A Lei n. 7.783/89 define serviços e atividades essenciais, regulamentando o exercício da greve nos seguintes termos:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I — tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II — assistência médica e hospitalar;
- III — distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV — funerários;
- V — transporte coletivo;
- VI — captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII — telecomunicações;
- VIII — guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX — processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X — controle de tráfego aéreo;

XI — compensação bancária.

O art. 11 dessa lei diz que:

Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" e que (Parágrafo único) "São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

Sobre o assunto, em trabalho de maior profundidade, assim já me manifestei:

Tais fatos, com efeito, foram de capital importância para influenciar o legislador constituinte a estabelecer como postulado democrático o direito de greve, inclusive nas atividades essenciais e para os servidores públicos, proibindo-a, apenas, com relação ao militar (CF, arts. 9º, 37, VII e 42, § 5º). Esse direito, entretanto, foi consagrado sob o pálio da responsabilidade pelos abusos cometidos (§ 2º, do art. 9º), mediante restrições especiais, sobretudo nos serviços e atividades essenciais (§ 1º do aludido art. 9º e Lei n. 7.783/89). E andou bem o constituinte, a nosso ver, porquanto os países estrangeiros, em boa parte, ao admitirem a greve nas atividades essenciais, estabelecem certas restrições como resguardo dos direitos constitucionais dos cidadãos, cujo exemplo marcante e recente é da Itália, que através da Lei n. 146/90 regulamentou o exercício desse importante direito, com restrições, garantindo a manutenção dos direitos mínimos do cidadão. É importante ressaltar que a referida lei, num país de liberdade sindical, como a Itália, decorreu da iniciativa e vontade das próprias organizações sindicais, em razão dos abusos que vinham sendo cometidos, sobretudo quanto àqueles direitos mínimos da comunidade, que em dado momento, voltou-se irritada contra os movimentos grevistas descontrolados e até desmoralizantes do regime democrático, em certos casos. É que, como primado da liberdade e autonomia sindical, embora de relevante importância e contribuição à democratização das relações de trabalho, a greve é um importante direito, mas não absoluto, porque encontra restrições nos demais direitos assegurados à sociedade, devendo ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, como remédio extremo, depois de esgotada totalmente a via do diálogo, principalmente quando em atividade essencial ao asseguramento da sobrevivência, da saúde e segurança da comunidade¹¹.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define serviço essencial como aquele cuja interrupção possa colocar em risco a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou em parte da população. Mas alerta:

O que se deve entender por serviços essenciais, no sentido estrito do termo, depende em grande parte das condições próprias de cada país. Além disso, não há dúvida de que um serviço não essencial pode tornar-se essencial, quando a duração de uma greve ultrapassar certo período ou alcance e colocar, assim, em risco a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população (OIT, 1996, § 541).

¹¹ Raimundo Simão de Melo. O Ministério Público do Trabalho e as greves em atividades essenciais, p. 356 e ss.

Com efeito, o legislador brasileiro assegurou o direito de greve mesmo nas atividades essenciais, mediante restrições, sendo uma delas o atendimento das atividades mínimas da população. Trata-se de um direito sob condição, pelo que, a deflagração da greve em atividades essenciais se reveste em direito sob condição, ou seja, a promoção, durante o movimento paredista, das atividades indispensáveis ao atendimento das necessidades mínimas da população, na forma do art. 11 da Lei n. 7.783/89.

Certamente que não é fácil convencer as partes a cumprirem, de comum acordo, essas atividades, como manda a lei, pois se de um lado resistem ao atendimento das pretensões recíprocas, é difícil e, em algumas hipóteses, impossível exigir-se dos litigantes em momento de crucial delicadeza a celebração de ajuste para a promoção dos serviços mínimos. Mas a lei existe e tem de ser cumprida, pois em paralelo ao direito de greve está o direito também fundamental do cidadão à sobrevivência, à saúde e à segurança. É preciso que haja harmonia entre esses direitos fundamentais, de um lado, os direitos dos trabalhadores e, de outro, os direitos fundamentais do cidadão.

O tema é complexo e tem propiciado decisões da Justiça do Trabalho, especialmente a pedido do Ministério Público do Trabalho, muitas vezes sufocando o direito de greve, quer com a imposição de pesadas multas aos sindicatos, quer com a determinação de percentuais de trabalhadores que devem continuar trabalhando durante a greve, que chegam a 90%. É preciso haver ponderação, porque muitas vezes se se depara com dois direitos fundamentais sendo confrontados: o de greve, certas vezes para defender a vida (greve ambiental) e o direito da população ao transporte coletivo. A solução não é fácil, mas não se pode anular nem um dos direitos, mas, compatibilizá-los no caso concreto.

9. Limites ao direito de greve

Num Estado Democrático de Direitos não existem direitos absolutos, pelo que, mesmo sendo a greve um direito social fundamental dos trabalhadores, o seu exercício deve respeitar os direitos do cidadão constitucionalmente tutelados: vida, saúde, liberdade, segurança etc. Deve, assim, haver uma harmonização entre o direito de greve e os demais direitos fundamentais da pessoa humana, colocando-se aquele exatamente a serviço destes, como é a hipótese da proteção e defesa do meio ambiente e da saúde do trabalhador, entre outros de semelhante envergadura.

Desta forma, os limites ao direito de greve, que existem, estão assim elencados:

- a) nos serviços ou atividades essenciais;
- b) no atendimento das necessidades inadiáveis da população;
- c) na punição aos abusos cometidos por conta do exercício da greve;
- d) na limitação à greve do servidor público, a qual, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, inciso VII), compete à lei específica a ser votada pelo Congresso Nacional;
- e) na proibição da greve para o servidor público militar (art. 142, inciso IV).

Essas restrições, bem como aquelas de natureza formal, inscritas na Lei n. 7.783/89 não desnaturam a essência do direito fundamental de greve, mas apenas o colocam como instrumento de defesa dos trabalhadores em harmonia com os demais direitos e liberdades constitucionais dos demais cidadãos, o que é normal num regime democrático, em que os direitos e liberdades devem completar-se mutuamente.

Mas também não se pode, por questões preconceituosas, criar empecilhos intransponíveis ao exercício do direito fundamental de greve, não se podendo admitir, também, abusos em face do exercício irregular desse direito. É que, conquanto em paralisação os trabalhadores estão sujeitos ao conjunto de normas jurídicas garantidoras da estabilidade social e da ordem pública, o desrespeito às leis penais e civis sujeita individualmente o infrator às penas cominadas pelo seu comportamento indevido.

Desse modo, o direito de greve como direito fundamental e importante não deve ser banalizado, porque ele existe para ser utilizado pelos trabalhadores sempre que necessário, mas como última forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Antes, o diálogo deve ser procurado por empregados e empregadores, porque a greve é um instrumento que existe para causar prejuízo a estes, podendo também prejudicar o trabalhador, quando dela se utilizar de forma irresponsável e, nas atividades essenciais, o prejudicado é a população.

É certo que existem hipóteses em que a greve, por exceção, é utilizada como primeiro remédio, quando, por exemplo, o empregador se recusa a abrir canal de negociação ou diante de situações de grave e iminente risco para a saúde e vida dos trabalhadores, quando o valor maior a ser preservado é a vida (greve ambiental).

10. Requisitos para o exercício regular do direito de greve

Regra geral, as legislações nacionais estabelecem condições ou requisitos para a licitude da greve. A orientação da OIT, por meio do Comitê de Liberdade Sindical, é no sentido de que esses requisitos devam ser razoáveis, de modo que não constituam importantes limitações às possibilidades de ação das organizações sindicais (OIT, 1996, § 498).

Assim, considera a OIT como aceitáveis os seguintes requisitos para o exercício regular da greve:

1. Obrigação de dar aviso prévio (comunicação) sobre o início da greve;
2. Obrigação de recorrer a procedimentos de conciliação, mediação e arbitragem voluntária, como condição prévia à declaração da greve (desde que adequados, imparciais e rápidos e as partes possam participar de cada etapa);
3. Obrigação de respeitar um determinado *quorum* e de obter o acordo de uma maioria;
4. Celebração de escrutínio secreto para decidir a greve;
5. Adoção de medidas para a observância das normas de segurança e prevenção de acidentes;
6. Manutenção de serviço mínimo em determinados casos;
7. Garantia da liberdade de trabalho dos não grevistas.

A greve, como tenho ressaltado, é um direito fundamental de manifestação dos trabalhadores e, como qualquer outro direito, não é absoluto. Assim, para ter o seu exercício considerado regular, requer, de acordo com a lei brasileira (Lei n. 7.783/89), o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam:

- a) Convocação/realização de assembleia geral da categoria;
- b) Cumprimento de *quorum* mínimo para deliberação;
- c) Exaurimento da negociação coletiva sobre o conflito instaurado;
- d) Comunicação prévia aos empresários e à comunidade (nas greves em serviços essenciais);
- e) Manutenção em funcionamento de maquinário e equipamentos, cuja paralisação resulte prejuízo irreparável;
- f) Atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (nas greves em serviços essenciais);
- g) Comportamento pacífico;

- h) Garantia de liberdade de trabalho dos não grevistas;
- i) Não continuidade da paralisação após solução do conflito por acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva ou sentença normativa.

11. Direitos e deveres dos grevistas

A greve é um direito fundamental dos trabalhadores como instrumento para forçar os empregadores a atenderem às reivindicações formuladas por aqueles. Como tal, deve esse direito ser protegido contra ataques que o inviabilizem. Por outro lado, não se trata de um direito absoluto, pois, para ser considerado regular, deve ser exercido mediante o respeito aos demais direitos do cidadão constitucionalmente assegurados. Desse modo, estabelece a Lei n. 7.783/89 sobre os direitos dos grevistas, nos seguintes termos:

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I — o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II — a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Um dos meios pacíficos durante a greve é o piquete, que consiste na busca de adesão dos demais membros da categoria ao movimento, uma vez que os benefícios conquistados, ante o efeito *erga omnes* dos instrumentos normativos brasileiros são estendidos a todos indistintamente (CLT, art. 611).

Também a lei assegura aos grevistas a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento para se passar informações do movimento, pedindo a colaboração daqueles que ainda não aderiram à greve. Esses meios, como se vê, estão previstos em lei e não podem ser inviabilizados, como na prática tem acontecido em muitos casos, com a concessão por Juízes do trabalho dos chamados interditos proibitórios. Há situações que, em flagrante desrespeito aos

ditames legais e constitucionais se proíbe os trabalhadores de fazerem manifestações na porta das fábricas, determinando-se que fiquem a 500 metros ou um quilômetro de distância da porta da empresa.

É tão grave esse desrespeito, a não ser que de fato exista violência física ou verbal contra pessoas, que a OIT está apurando denúncia contra o Estado brasileiro, que, por meio de juízes do trabalho, não somente determinam essas medidas, como também arbitram pesadas multas contra os sindicatos, para forçar o retorno dos grevistas ao trabalho.

É certo que não podem os meios de persuasão desvirtuar a sua finalidade, impedindo o ingresso em serviço de quem quer trabalhar, a livre circulação de pessoas e coisas, tampouco praticando agressão a trabalhadores, empregadores etc., com palavras de baixo calão e fisicamente, pois, desse modo, se estará partindo para o exercício irregular do direito. O que podem fazer os trabalhadores são manifestações pacíficas para convencer outros companheiros a aderirem e colaborarem com o movimento, o que não pode ser impedido por decisão judicial.

Como afirma Amauri Mascaro Nascimento:

A livre manifestação de pensamento é outro direito fundamental (CF, art. 5º, IV), de modo que não é dado ao empregador impedir, na porta da fábrica, a liberdade dos grevistas de dizer aos demais colegas o seu ponto de vista sobre os problemas trabalhistas existentes com o patrão, a livre divulgação de manifestos ou folhetos críticos sobre as suas condições de trabalho e o uso do megafone para transmitir as suas convicções¹².

12. Responsabilidades pelo exercício do direito de greve

Diz a Constituição Federal (art. 9º, § 2º) que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

A Lei n. 7.783/89 (art. 15) estabelece que “a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal” e que “deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito” (parágrafo único).

Observa-se do exposto que a greve, como direito fundamental que é, não configura, por si só, ato ilícito, salvo quando o seu exercício irregular acarretar a prática de atos que configurem

¹² Comentários à Lei de Greve, p. 79.

ilícitos trabalhistas, civis ou penais, quando serão passíveis os seus atores de responsabilidades apuradas de conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

As responsabilidades são trabalhistas, civis, penais e administrativas. A responsabilidade pode ser das pessoas físicas dos trabalhadores e empregadores e das pessoas jurídicas. Os sindicatos que patrocinam o movimento de paralisação e as demais pessoas que adotarem medidas contrárias ao exercício do direito de greve, como as empresas e sindicatos patronais podem responder, por exemplo, por prejuízos anormais causados à coletividade no caso de uma greve em atividades essenciais.

Objetiva-se com a responsabilização pelo direito de greve não inviabilizá-la, mas, harmonizar o princípio da liberdade do seu exercício com a ampliação do direito com o princípio da responsabilidade, pelo qual procura-se estabelecer o necessário controle para que a greve não extravase os seus limites e enverede pelo caminho da violência e da indisciplina.

Assim, no âmbito trabalhista a responsabilização pela prática de atos ilícitos pode acarretar punições aos trabalhadores, consistentes em advertências, suspensões disciplinares ou dispensa por justa causa.

De forma compatível com o comando constitucional do art. 9º da Constituição Federal a jurisprudência trabalhista e do Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido de que “A simples adesão à greve não constitui falta grave” (Súmula n. 316/STF), carecendo-se, para punição dos grevistas, da prática comprovada de ato individual do trabalhador, como ofensas físicas ou à honra do empregador ou de terceiros, danos dolosos causados ao empregador, danificação injustificada de equipamentos e maquinários, mau procedimento ou comportamento não pacífico e recusa do trabalhador em atender à convocação do sindicato (Lei n. 7.783/89, arts. 9º e 11).

Sendo o trabalhador dirigente sindical a dispensa somente poderá ocorrer mediante instauração de Inquérito Judicial para apuração de falta grave (CLT, art. 853) perante a Justiça do Trabalho, a quem compete dizer se ele cometeu ou não falta a grave alegada.

Também podem caracterizar abuso do direito de greve, passíveis de reparação civil, atos praticados pelas entidades sindicais e pelos trabalhadores ou outras pessoas no curso do movimento com meios não pacíficos e violentos destinados a aliciar trabalhadores para aderirem à greve ou constrangimento de pessoas, manifestações e atos que objetivem impedir o acesso ao trabalho de outros trabalhadores que não queiram aderir ao movimento, além das ameaças ou danos à propriedade alheia ou às pessoas.

Segundo o art. 186 do Código Civil brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, havendo obrigação de indenizar as vítimas dos prejuízos decorrentes do ato ilícito, por exemplo, empresas, os próprios trabalhadores e a comunidade, esta no caso das greves em serviços e atividades essenciais.

Os prejuízos indenizáveis não são os normais decorrentes do exercício regular da greve, uma vez que esta, como instrumento democrático de pressão dos trabalhadores para fazerem valer as suas reivindicações, tem como finalidade exatamente causar prejuízos, pois, ao contrário, não serviria para nada. O prejuízo indenizável no caso da greve é o anormal, porque não se pune quem exerce regularmente um direito, por exemplo, a falta de acordo por intransigência dos trabalhadores e do respectivo sindicato para a formação de equipes de manutenção de equipamentos e maquinários que não podem, pela natureza da atividade, sofrer solução de continuidade quanto ao funcionamento, a danificação de má-fé de equipamentos e do patrimônio da empresa e, para a comunidade a falta de atendimento das necessidades inadiáveis previstas na Lei n. 7.783/89 (art. 11 e § único).

Conforme o caso, são os sindicatos que respondem por eventual reparação civil por conta das greves, não se podendo impor esse ônus ao trabalhador individualmente.

No aspecto penal cabe afirmar que o uso da greve em si não caracteriza qualquer responsabilidade criminal para quem quer que seja. Essa responsabilidade somente ocorre quando, como qualquer pessoa, os titulares do direito de greve praticarem ilícitos previstos na legislação penal, como agressões físicas e verbais com ofensa à honra, à imagem e à intimidade das pessoas, incitação à violência, lesão corporal e crime de dano, sendo pessoal a responsabilização.

Finalmente, pode responder administrativamente o servidor público que, a pretexto de exercer o direito de greve, dele fizer uso abusivo na forma da normatização estabelecida pelo SFT no Mandado de Injunção n. 712.

13. Greve ambiental

Como afirmado neste trabalho, a greve é um instrumento constitucional de autodefesa conferido aos trabalhadores para que possam reclamar direitos e melhores condições de trabalho,

sendo uma das mais importantes reivindicações a salubridade do meio ambiente do trabalho, que visa garantir o direito à saúde e à vida dos trabalhadores.

Trata-se da greve ambiental, cuja preferência pela denominação tem importância no momento de afirmação teórica sobre referido instrumento de defesa do meio ambiente laboral, o qual, em nosso país, tem sido responsável por tantos acidentes e doenças ocupacionais que prejudicam os trabalhadores, as empresas e a sociedade.

A finalidade da greve ambiental é implementar adequadas e seguras condições de trabalho e propiciar um ambiente de trabalho sadio e equilibrado, como bem de uso comum do povo (CF, art. 225).

O que diferencia a greve ambiental de uma greve comum são os requisitos de validade daquela, pelo que, devemos considerar dois tipos de situação: a de riscos comuns e a de riscos incomuns, excepcionais.

Na primeira situação incluem-se os riscos em que os trabalhadores reivindicam melhores e adequadas condições gerais de trabalho, como a implantação do PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, a criação e instalação da CIPA, a eliminação ou diminuição de agentes físicos, químicos ou biológicos causadores de doenças do trabalho pela longa exposição.

Na segunda situação são incluídos os riscos graves e iminentes, em que o perigo para a saúde, integridade física e vida do trabalhador é provável e não apenas possível. É o risco incontroverso causador de acidentes sem possibilidade de serem evitados, a não ser que haja sua imediata eliminação para afastar o risco grave de vida.

Na primeira situação são exigidos os requisitos da lei de greve, enquanto que na segunda, de risco grave e iminente, não se pode exigir o cumprimento dos requisitos formais da lei de greve, cuja razão é simples e lógica: não há tempo para atendimento de tais requisitos, porque os trabalhadores estão sofrendo risco iminente de vida e podem morrer a qualquer momento diante da gravidade da situação e, portanto, não devem depender, para a defesa do mais importante bem humano, a vida, do cumprimento de pressupostos formais.

Assegurando que a greve ambiental pode ser invocada sem o preenchimento dos requisitos previstos na Lei 7.783/89, visto que se trata de direito fundamental do trabalhador, já se manifestou o C. TST no Processo nº RO-0010178-77.2015.5.03.0000, isto porque o direito à interrupção imediata dos serviços no caso de risco grave e iminente para a saúde e a vida do trabalhador, inclusive com a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou

equipamento está assegurado fartamente no art. 161 da CLT, no art. 229 da Constituição do Estado de São Paulo (também em outras Constituições estaduais), no item 3.5 da NR 3 da Portaria n. 3.214/77 e a na Convenção 155 da OIT, esta, que é um tratado de direitos humanos, assinado pelo Brasil.

Bibliografia

AIRES, Mariella Carvalho de Freitas. *Direito de greve ambiental*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia do trabalho — o confronto operário no ABC paulista: as greves de 1978/80*. Campinas: Ensaio, 1988.

BARROS, Cássio Mesquita de. Responsabilidade civil do sindicato na greve. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 98, p. 14 e ss., 1997.

BONCIANI, Mário *et al.* *Saúde, ambiente e contrato coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

COELHO, Elaine D'avila. *Embargos, interdição e greve em face do meio ambiente do trabalho*. Monografia de conclusão do módulo Direito Ambiental II, do curso de mestrado — PUC/SP. São Paulo: PUC, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Liberdade sindical e direito de greve no direito comparado*. São Paulo: LTr, 1992.

FREDIANI, Yone. *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *A greve no direito brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. O Ministério Público do Trabalho e as greves em atividades essenciais. *Revista LTr*, São Paulo, ano 59, n. 3, p. 356 e ss., mar. 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários à Lei de Greve*. São Paulo: LTr, 1989.

OLIVA, Aloizio Mercadante; RAINHA, Luis Flávio *et al.* (coords.). *Imagens da luta: 1905-1985*. São Bernardo do Campo: Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

PODER EMPREGATÍCIO E DEMOCRACIA

POWER OF EMPLOYER AND DEMOCRACY

Emmanuel Dockès¹

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo da evolução histórica da ideia de democracia e de suas relações intrínsecas com o Direito do Trabalho. Evidencia-se a necessidade de limitação do poder empregatício, a imprescindibilidade da democratização de seu exercício, para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas. Do mesmo modo, demonstra-se a essencialidade do Direito do Trabalho para a concretização da democracia na sociedade capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Poder empregatício. Democracia. Direitos fundamentais. Relações de trabalho.

ABSTRACT: This article aims to study the development of democracy across history and its close connection with Labour Law. We aim to demonstrate that it's necessary to restrain the power of employer and to democratize its exercise in order to guarantee human rights in labour relationships. In the same way, we aim to show that Labour law is fundamental to ensure democracy in the capitalism.

KEYWORDS: Power of employer. Democracy. Human rights. Labour relationships.

Artigo recebido em 18 de maio de 2016

¹ Emmanuel Dockès é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Paris X - Nanterre. É autor do livro *Droit du Travail*, publicado pela Editora Dalloz, em sua 30ª edição neste ano, em co-autoria com o Prof. Gilles Auzero.

Texto traduzido do Francês para o Português pela Dr.^a Lorena Vasconcelos Porto, Professora Permanente do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF.

1. Introdução

Se eu digo que a limitação, o enquadramento dos poderes públicos, é uma questão de democracia; se eu digo que, reciprocamente, um poder público ilimitado, sem limites, sem direitos reconhecidos aos cidadãos, é contrário à ideia de democracia, trata-se de um fato notoriamente aceito e reconhecido.

Ao contrário, se eu afirmo que a limitação, o enquadramento do poder empregatício, é uma questão de democracia, se eu afirmo que, sem limites fixados para esse poder, sem direitos reconhecidos aos empregados, sem direito do trabalho, não há mais democracia, isso pode parecer estranho, quase incomum.

Poder empregatício² e poderes públicos parecem advir de duas esferas separadas, até mesmo opostas, submetidas a lógicas distintas.

A ideia de democracia não nasceu em Atenas, em um tempo no qual a escravidão proibia até mesmo a ideia de um direito do trabalho? A primeira República francesa, de 1792, vem logo após a proibição das coalisões pela Lei Le Chapelier, de 17 de junho de 1791, a qual vai condenar durante quase um século os sindicatos e o direito de greve. E, para tomar um exemplo mais recente, enquanto a Senhora Margaret Thatcher operou uma destruição suficientemente completa do direito do trabalho ao longo dos anos 1980, ela não trouxe ameaça ao caráter democrático do Reino Unido. A França, após as eleições presidenciais e legislativas de maio a junho de 2007, trouxe ao poder uma maioria que pode fazer com que se tema certos ataques contra o direito do trabalho. Não havia dúvida, todavia, que novas eleições presidenciais e legislativas ocorreriam em cinco anos, que elas seriam pluralistas e que, nesse sentido, a democracia não seria de modo algum questionada.

Essa separação entre democracia e direito do trabalho encontra certo eco no seio de textos fundamentais. O preâmbulo da Constituição da OIT, em 1919, enumera os valores que defendem a criação de um direito do trabalho mundial: a “paz universal e duradoura”, a luta

2 A expressão “poder patronal” (presente no título original do artigo: “Pouvoir patronal et démocratie”), não jurídica, é aqui adotada propositalmente, porque ela permite se referir de maneira indiferenciada tipos diferentes de poder aos quais o direito faz referência: poderes do empregador ou do chefe da empresa; poderes de direito ou de fato. Vide DOCKÈS, Emmanuel. *Valeurs de la démocratie*. Coll. Méthodes du droit. Paris: Dalloz, 2005. p. 83-106.

contra “a miséria e as privações”, a “harmonia universal”, o “sentimento de humanidade”. A democracia não está lá. A Declaração de Filadélfia, em 10 de maio de 1944, completa o preâmbulo de 1919. Na época dessa Declaração, o mínimo que se pode dizer é que as preocupações democráticas se encontram no espírito de todos. Essa Declaração reafirma os valores de 1919, desenvolve consideravelmente as suas consequências. Mas a democracia não é enfocada, senão de forma incidental, ao mencionar o caráter democrático do funcionamento da própria OIT (artigo 1, “d”), e não como valor que exige o estabelecimento de um direito do trabalho protetor. Em 1966, os direitos humanos são consagrados por dois Pactos, bem distintos. Um visa aos direitos civis e políticos, suposta base da democracia. O outro, os direitos econômicos, sociais e culturais, base do direito do trabalho.

Mas a separação feita por esses textos é muito frágil. É fácil explicar os textos fundadores da OIT pelo objetivo de uma aplicação mundial do direito do trabalho, para além das democracias políticas. Sobretudo, os Pactos de 1966 adotam, ambos, a “sociedade democrática” como referência central (artigos 14, 21 e 22 do primeiro Pacto; artigos 4 e 8 do segundo Pacto). Os direitos econômicos, sociais e culturais, eles próprios, não sofreriam outras restrições senão aquelas que são “necessárias em uma sociedade democrática”. Também é afirmado que restringir excessivamente os direitos fundamentais do trabalhador pode significar uma ameaça ao caráter democrático de uma sociedade.

Esse vínculo advindo de textos com vocação mundial pode aparecer como um primeiro indício: a separação entre direito do trabalho e a problemática da democracia não pode ser tão fechada como ela aparenta ser à primeira vista. Aqui e lá há pontes de interligação. Há cerca de duas décadas, no direito francês, sobretudo, as lógicas que presidem a democracia e o direito do trabalho tendem até mesmo a se fundirem. E essa evolução se mostra de tal modo mais sólida, que se enraíza em uma profunda mutação do contexto ideológico.

Essa aproximação se explica pela evolução recente da ideia de democracia e, de maneira mais geral, pela superação de determinadas ideologias. Compreender-se-á melhor, então, por que a história do direito do trabalho coincide tão frequentemente com aquela da democracia e como determinados princípios democráticos puderam se integrar ao direito do trabalho francês de maneira relativamente consensual, principalmente a partir dos anos 1980.

2. Evolução da noção de democracia

2.1. Aproximação do liberalismo e da democracia

O liberalismo e a democracia durante muito tempo foram duas ideologias distintas, até mesmo opostas. A democracia exprime uma exigência sobre o modo de exercício do poder e significa que cada um deve poder participar do poder. O liberalismo, por sua vez, exprime uma exigência sobre o domínio de competência do poder: este deve ter um domínio o mais reduzido possível, a fim de proteger a liberdade do indivíduo. O liberalismo exige, assim, direitos humanos protetores. A democracia exige, por sua vez, o direito de voto e, de modo mais geral, o direito de participar das decisões públicas. Essa diferença, à qual Benjamin Constant conferiu uma expressão famosa³, foi historicamente muito importante. Determinados liberais eram monarquistas, determinados democratas exprimiam tendências totalitárias.

A segunda metade do século XX trouxe uma progressiva aproximação entre essas duas ideologias. Tornou-se cada vez mais claro que não havia proteção eficaz dos indivíduos contra os poderes públicos sem a participação desses indivíduos no exercício do poder. Um sistema no qual não existe eleição dos dirigentes pelo povo terá sempre tendência à utilização indevida das prerrogativas individuais. Um poder monárquico ou despótico não permanecerá por muito tempo liberal.

Reciprocamente, não existe verdadeira participação dos indivíduos no poder sem respeito de seus direitos fundamentais. O sufrágio universal não é nada sem a liberdade de expressão, sem a liberdade de imprensa, sem a liberdade de associação, direitos que são garantias sem as quais o voto torna-se um exercício puramente formal. Sem direitos humanos protetores da liberdade individual, sem liberalismo, não há, portanto, democracia.

Liberalismo e democracia mostraram-se, assim, pouco a pouco, como complementares e, após, como indissociáveis⁴. Desde que mais ninguém ousa qualificar como democracia, seja ela “popular”, o regime que havia na União Soviética, essa fusão mostra-se irremediavelmente concluída. Ainda que a palavra “democracia” reste como objeto de todos os debates, parece que atualmente se possa constatar um consenso quase unânime para dizer que não há democracia sem respeito dos direitos fundamentais, nem sem pluralismo, nem sem sufrágio universal.

3 CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. Discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819 (1919).

4 Sobre essa evolução vide BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democrazia*. 4ª ed. Milão: Franco Angeli, 1991, trad. francesa N. Giovannini, Paris: Éditions du Cerf, 1996.

Desse modo, sem considerar algumas posições ideológicas doravante marginais, constata-se que o liberalismo e a democracia se fundiram para se tornarem um só.

2.2. Problemática da democracia

Consequentemente, o significado da palavra “democracia” na linguagem comum evoluiu. Não se trata aqui de se adentrar nas múltiplas discussões sobre a definição dessa palavra, nem de retomar a máxima elegante e irrealista de Abraham Lincoln, abraçado pelo artigo 2 da Constituição francesa de 1958 e que visa ao “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

É suficiente notar aqui que a democracia é uma qualificação comumente reservada aos sistemas jurídicos que compreendem certo número de regras, entre as quais o sufrágio universal, a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o princípio da separação dos poderes. As regras citadas são bastante diversas, mas todas têm como ponto comum permitir a limitação, o enquadramento jurídico dos poderes, ou a emergência de contra poderes.

Porque esse é o ponto de encontro essencial do liberalismo do século XVIII e da democracia antiga. Ambos esconjuram os déspotas. Para uns, é necessário bloqueá-los, permitindo a cada um de participar do exercício do poder (*ideia antiga de “democracia”*). Para outros, é necessário restringir o domínio de intervenção do poder (*ideia de liberalismo*). Mas se trata sempre de combater o poder.

Numerosas definições da democracia são possíveis, consoante se atribua à palavra um valor mais ou menos forte. Alguns se contentarão com pouco, com um sufrágio masculino e com certo pluralismo; outros exigirão uma alternância das tarefas, o sorteio, o referendo popular, o direito ao trabalho e diversas outras coisas, para constatar com desprezo que a democracia ainda não se concretizou em parte alguma. E toda espécie de posição intermediária poderá ser encontrada, mais ou menos traduzida por essa ou aquela qualificação, sendo a democracia então “*representativa*”, “*participativa*”, “*social*”, “*semidireta*”, “*direta*”, etc. Mas sempre a problemática é a mesma: trata-se de organizar, de controlar e de restringir o poder. Essa problemática tornou-se a própria essência da ideia de democracia⁵.

5 DOCKÈS, Emmanuel. *Valeurs de la démocratie*. p. 72-75.

Ora, as relações de trabalho são relações de poder. O direito do trabalho é, assim, um dos lugares onde a problemática da democracia deveria se aplicar facilmente.

Todavia, foi apenas recentemente que essa aplicação pôde parecer relativamente normal. A oposição entre direito do trabalho e democracia foi, com efeito, durante muito tempo sustentada por potentes ideologias. É na superação dessas ideologias que a aplicação da problemática da democracia às relações de trabalho se constrói.

3. Superação de determinadas ideologias

As ideias políticas são diversas, complexas. Jamais houve pensamento “*único*”, nem mesmo redução possível da esfera de ideias muito rica a determinadas grandes categorias de número restrito. Ocorre que o nascimento do direito do trabalho foi marcado pelo confronto de duas tendências ideológicas antagonistas: o liberalismo na sua versão que se pode denominar “*utópica*” e o comunismo, em especial nas suas variantes marxistas. Essas duas tendências não são as únicas que exerceram influência na época do nascimento do direito do trabalho. A doutrina social da Igreja Católica ou o anarquismo foram em determinados momentos essenciais. Seria necessário também distinguir o contexto deste ou daquele país. No século XIX, os contextos ideológicos da Alemanha e dos Estados Unidos da América, por exemplo, são bastante diferentes. Mas o confronto do liberalismo utópico e do comunismo de maneira duradoura marcou os espíritos e estruturou os debates. Ora, essas duas ideologias tinham como ponto em comum separar uma determinada ideia de democracia do direito do trabalho.

3.1. O liberalismo utópico

O liberalismo utópico encontra na limitação do poder o coração de seu ideal. O objetivo é limitar a invasão das prerrogativas dos indivíduos pelo poder, através de todos os meios, tais como a redução do âmbito de competência do poder, a divisão do poder, os direitos humanos e vários outros elementos atualmente percebidos como consubstanciais à ideia democrática. O poder é visto como um perigo e seu controle como uma necessidade. Todavia, essa corrente de pensamento não enxerga nenhum poder em atuação nos relações de trabalho.

Declarados livres e iguais em 1789, supõe-se que os homens o são verdadeiramente. O seu livre arbítrio é suficiente para fazer reinar a justiça entre as pessoas privadas. Daí a possível

qualificação de liberalismo “utópico”. As pessoas privadas são iguais. O poder empregatício é, assim, simplesmente negado. O salário e as condições de trabalho são fixados pelo mercado, resultam de um contrato, livremente negociado e consentido. O direito estatal e, em especial, o juiz, devem se abster de qualquer intromissão nessa troca acordada, equilibrada, justa. A célebre decisão dos tamancos demonstra a influência desse pensamento sobre os juízes⁶. No caso em questão, a trabalhadora Julliard tinha sido condenada a uma multa de 10 francos, o que representava quase a metade do seu salário mensal, por ter entrado de tamancos na oficina, em violação ao regulamento dessa última. Nessa época, os sapatos ainda eram, em certos meios, um luxo relativo. Hoje se veria nessa sanção um ato de poder disciplinar, sustentado por um ato de poder regulamentar. À época, a Corte não via nenhum poder. O regulamento da oficina é assimilado a um anexo do contrato de trabalho e a Corte se contentou de invocar a força obrigatória dos contratos. *Pacta sunt servanda*. Nega-se o poder empregatício para recusar o seu controle.

Em síntese, consoante a doutrina liberal utópica a limitação do poder é necessária. Mas as relações de trabalho não são relações de poder e, como tal, elas não entram na problemática da redução do poder, a qual é reservada aos poderes públicos.

3.2. A doutrina marxista

Para as doutrinas socialistas revolucionárias e, em especial, para as doutrinas comunistas, as relações de trabalho subordinado são francamente desiguais. Trata-se de relações de dominação, de exploração. Essa ideia se exprime com força na doutrina marxista, que compreende o regime do trabalho subordinado como uma venda da força de trabalho, com a transferência de propriedade e a dominação sobre o corpo que tal venda implica⁷.

Esse poder é considerado nefasto. Mas o objetivo não é limitá-lo ou enquadrá-lo. Ele deve ser destruído pela luta de classes. E essa destruição revolucionária nada tem de fortalecimento ou de alargamento dos princípios do liberalismo. Os direitos humanos ou o princípio da separação dos poderes são apenas discursos de legitimação, verdadeiros

6 Decisão da Corte de Cassação, Câmara Social, de 14 de fevereiro de 1866. *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*, n. 34.

7 MARX, Karl. *Das Kapital*. 1867. *Le Capital*. trad. Joseph Roy. Paris: Maurice La Châtre et Cie, 1872. Livro primeiro, capítulo 6.

simulacros⁸. Esses princípios, que hoje se encontram no coração da ideia de democracia, são vistos como máscaras jurídicas que permitem, na realidade, a perenização, e até mesmo o fortalecimento, do poder patronal. Não se cogita de estender a sua aplicação.

Assim, ainda que violentamente antagonistas, o comunismo e o liberalismo utópico escolheram um campo de batalha comum. Para ambos as regras que visam a reduzir ou enquadrar o poder nada têm a acrescentar à regulação das relações de trabalho. Para uns, o poder patronal e, assim, toda dificuldade, é negado. Para os outros, são os principais meios jurídicos de redução do poder que são desconsiderados, com o liberalismo que os inspira. A problemática da democracia em seu sentido atual é, assim, excluída das relações de trabalho tanto por uns, quanto pelos outros. Desse modo, enquanto essas ideologias foram dominantes, essa problemática pôde ter apenas uma influência marginal sobre o direito do trabalho.

3.3. Um contexto ideológico particular

Do mesmo modo, para que certos princípios democráticos sejam aplicados às relações de trabalho, um contexto ideológico particular se mostrou necessário. Foi preciso, por um lado, que as doutrinas liberais utópicas e comunistas tenham sido suficientemente rejeitadas. E que, por outro lado, os ideais democráticos sejam fortes.

Na história, essa conjunção foi relativamente rara, mas não inexistente. O caso alemão é um exemplo. Por razões diversas, o liberalismo utópico, que acreditava no indivíduo e na justiça dos contratos individuais teve muita dificuldade em se impor nesse país. A essa doutrina se opôs uma visão do mundo anti-individualista, na qual se sucederam e se misturaram diferentes formas de holismos (organicismo, institucionalismo, comunitarismo). Essa visão, que se opõe frontalmente ao liberalismo utópico, foi muito forte na Alemanha a partir do século XIX, sobretudo se comparado à França ou, ainda mais, aos países algo-saxões⁹. Assim, quando o ideal democrático prevaleceu na Alemanha, a aplicação dos princípios democráticos às empresas simultaneamente se impôs. A breve democratização de 1848 e a mais duradoura República de Weimar foram imediatamente colocadas sob o signo dos Conselhos de

8 MARX, Karl. *Zur Judenfrage*. 1843. *La question juive*. trad. Jean-Michel Palmier. Paris: 10/18 (Union générale d'Éditions), 1968.

9 Sobre esse tema, vide FREGE, C. The Discourse of Industrial Democracy: Germany and the US Revisited. *Economic and Industrial Democracy*. *Arbetslivinstitutet*, vol. 26 (1), p. 151-175, 2005. Disponível em <<http://eid.sagepub.com>>.

estabelecimento eleitos, dotados de poder de co-decisão, ao lado do poder empregatício (para mais detalhes, veja adiante). É então que a ideia de democracia aplicada às empresas conhece suas primeiras grandes vitórias¹⁰.

Todavia, essas doutrinas organicistas e institucionalistas, que se opõem ao liberalismo utópico, apoiam-se também em certa depreciação do indivíduo. Essa depreciação as tornou capazes de distorções terríveis. As doutrinas institucionalistas assim, inicialmente, acompanharam a crítica dos direitos humanos¹¹ e, após, serviram de suporte às doutrinas mais violentamente antidemocráticas. Elas foram, assim, facilmente integradas às doutrinas fascista, nazista, vichysta e franquista. Em outro registro, o anti-individualismo de tendência comunista teve, ele também, suas aplicações despóticas, notadamente na União Soviética e na Europa Oriental.

Esses regimes, que deixaram ao século XX a imagem de um tempo bárbaro, retiraram a credibilidade de maneira duradoura aos ataques formulados contra a primazia do indivíduo. Essa perda de credibilidade permitiu à concepção liberal, individualista da democracia de prevalecer sobre suas formas clássicas, antigas. As doutrinas organicistas, institucionalistas ou comunitaristas não mais aparecem como o possível suporte a uma doutrina realmente democrática, nem como possível suporte da democracia no direito do trabalho.

3.4. Um liberalismo mais realista

A perda de credibilidade das doutrinas de tendência holística não permitiu, no entanto, o retorno do liberalismo utópico. A ideia segundo a qual o mercado e o contrato individual são fonte de toda justiça está presente. Mas a sua influência é bem mais fraca do que se costuma dizer. Trata-se de um liberalismo mais realista, consciente da existência de desigualdades, de relações de força, de poderes privados, que tende atualmente a se impor.

É com base nesse liberalismo moderado, realista, que se construiu a renovação recente da ideia democrática aplicada às relações de trabalho.

Atualmente, ao menos na Europa continental, quase ninguém nega que existe um poder empregatício, exercido em um contexto de dominação econômica. As discussões se debruçam

10 Veja também o importante trabalho doutrinário e sindical que desenvolve, sob a República de Weimar, a ideia de democracia econômica, notadamente NAPHTALI, F. *Wirtschaftsdemokratie. Ihr Wesen. Weg und Ziel.* Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1928.

11 Veja em especial as obras de Joseph de Maistre.

sobre a natureza, a extensão, às fontes desse poder, sem que sua existência seja em nenhum instante questionada, de modo que ela hoje parece ser evidente¹². As ideias de parte forte e de parte fraca, de contrato de adesão, de contrato de dependência, doravante se irradiam largamente mesmo no conjunto do direito comum das obrigações, ao passo que tais ideias eram ainda marginais antes de 1945. Esse conjunto de ideias, sem contar o desenvolvimento das doutrinas de governança corporativa (*corporate governance*), cuja problemática se apoia na existência de poderes privados, cuja regulamentação, ou ao menos regulação, se impõe¹³.

Com exceção de um pequeno grupo de irredutíveis economistas neoclássicos, o liberalismo na sua versão utópica, enfraqueceu-se consideravelmente. Correlativamente, o comunismo revolucionário tornou-se uma ideológica relativamente marginal, ao menos depois da queda da União Soviética. E, embora tenham retornado algumas correntes de extrema direita na Europa, o ideal democrático mostra-se hoje em dia extremamente potente, na Europa e no mundo.

O campo ideológico abriu-se assim largamente a uma possível aplicação no direito do trabalho da problemática atual da democracia: a luta pelo direito do trabalho e a luta pela democracia política são lutas contra o poder, contra a dominação.

Compreende-se então facilmente que essas lutas tenham sido estreitamente unidas, historicamente, e há muito tempo.

4. Fusão da história do Direito do Trabalho com aquela da democracia

A democracia política se desenvolveu por vezes na ignorância de qualquer consideração relativa ao estatuto jurídico do trabalho, foram de qualquer consideração social. Mas, com frequência, esses dois aspectos da luta contra o poder foram conduzidos juntos. Não se objetiva aqui traçar um histórico completo, mas sim apontar alguns exemplos marcantes.

Mesmo no seio da Grécia antiga escravagista, a ideia de democracia não era totalmente desprovida de considerações sociais. Thucydide cita um discurso de Péricles cujo objeto era

12 Veja, em especial: PONTIGNANO. Séminaire international de Pontignano, n. XIV. Subordinazione, poteri dell'imprenditore e contratto. *Annuario di Diritto del Lavoro*, n. 31, p. 379-401, 1996; e PÉLISSIER, J. Le pouvoir du chef d'entreprise. *Actes des Journées Despax du 19 mai 2000*, Dalloz, 2002.

13 Veja, em especial, sobre o papel a ser atribuído aos empregados na qualidade de "protagonistas" (*stakeholders*), na participação no poder, OCDE. *Principes de gouvernement d'entreprise*, aprovados em 1999 pelos ministros da OCDE e modificados em 2004. (2004, p. 50). Disponível em <<http://www.oecd.org>>.

mostrar a especificidade da democracia ateniense: “nós obedecemos sempre aos magistrados e às leis, e, entre eles, sobretudo àqueles que asseguram a defesa dos oprimidos e, que, mesmo sem estar codificado, imprimem àquele que os viola um desprezo universal”. A defesa dos oprimidos (ou das vítimas de injustiças¹⁴) como coração da democracia, já...

Mais de vinte séculos mais tarde, um acontecimento que marca o advento da democracia é a Revolução Francesa. Esta por vezes foi qualificada, com certo tom marxista, de burguesa, e sua dimensão social foi ocultada. A realidade é bem diferente.

A revolução francesa foi também, por um lado importante, uma luta contra as dominações econômicas. Não é necessário chegar a invocar Babeuf e a conjuração dos iguais para lembrá-lo. Desde antes da revolução, um dos signos precursores foi a efêmera abolição das corporações pelo decreto de Turgot de 1776. E esta foi pensada e vivida inicialmente como uma proibição da subordinação devida pelos companheiros a seus mestres, como uma liberação¹⁵. O 14 de julho de 1789 é seguida pelo Grande medo, de 20 de julho a 6 de agosto, semanas durante as quais se desencadearam, na França em geral, revoltas contra as dominações sofridas no exercício da principal atividade econômica da época: os camponeses atacam aqueles que consideram como seus mestres, queimam alguns castelos e, com mais frequência, se contentam em queimar os registros nos quais estavam consignadas as suas correntes: os direitos feudais. A revolução foi ainda marcada pela luta contra os especuladores, aqueles mercadores acusados de acumular os grãos para aumentar os preços. Um poder econômico cuja detenção, verdadeira ou suposta, conduziu invariavelmente ao cadafalso. É necessário, enfim, lembrar que a Constituição de 1793 previa o direito do trabalho e o direito à assistência pública. Para aqueles que classificam os direitos humanos em gerações, é relevante ver a segunda geração aparecer apenas quatro anos após a primeira.

O aspecto social da revolução de 1848 é mais conhecido. Na França, a declaração do governo provisório de 25 de fevereiro de 1848 proclama: “O governo provisório da República francesa (...) compromete-se a garantir o trabalho a todos os cidadãos. Ele reconhece que os operários devem se associar entre eles para usufruir de seu trabalho”. Direito à assistência e direito ao trabalho são confirmados pela Constituição de 4 de novembro de 1848. E é preciso ainda acrescentar a proibição do *marchandage*, a criação das oficinas nacionais destinadas a

14 Veja THUCYDIDE. *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*. século 5^a a.C. trad. J. Voilquin, II, 37, Paris: Garnier, 1948. Disponível em <<http://www.remaele.org>>. A tradução feita por Voilquin do termo “adikouménon” como “oprimido” pode ser discutida. Literalmente trata-se daqueles que são “a-dikeon”, vítimas de injustiças.

15 Sobre o carnaval de Turgot, vide KAPLAN, S.L. *La fin des corporations*. Paris: Fayard, 2001. p. 429 e ss.

oferecer postos de trabalho aos desempregados, a redução da jornada de trabalho diária dos operários para 11 horas (10 horas em Paris).

Na Alemanha, a revolução de março de 1848 vai ainda mais longe. A relativa fraqueza do liberalismo utópico permite assim uma primeira tentativa de aplicação imediata das ideias democráticas às relações de trabalho. O *Frankfurter Paulskirche*, parlamento de Frankfurt eleito pelo sufrágio universal em seguida aos acontecimentos de 1848, autor da primeira constituição que tinha vocação de se aplicar a toda a Alemanha, é também o autor de uma primeira versão dos Conselhos de estabelecimentos alemães, já dotados de verdadeiros poderes de gestão.

O advento da III^a República francesa é um momento mais ambíguo. A fusão das lutas pela democracia e contra os excessos do poder empregatício tinha sido completa durante a comuna de Paris. E é sobre a derrubada desta que foi construída a Assembleia majoritariamente monarquista e, não obstante, fundadora da III^a República. Para que realmente a República se instale, a proclamação de 1875 não seria suficiente, era necessário ainda que fosse eleita uma assembleia republicana e que a resistência de Mac Mahon fosse vencida, em 1877¹⁶. Então somente poderia ser instaurada uma política verdadeiramente republicana progressivamente, logo acompanhada de uma parte social: lei de 21 de março de 1884 sobre os sindicatos, leis de 2 de novembro de 1892 que limitam a duração do trabalho das mulheres e das crianças e que organizam a instituição dos fiscais do trabalho ou, ainda, lei de 9 de abril de 1898 sobre os acidentes de trabalho...

Na história da democracia na Alemanha, o lugar da República de Weimar é evidentemente central. Sob essa República (1919-1933) foram adotadas as principais bases do modelo alemão de gestão.

No advento da democracia na França, é preciso ainda mencionar a queda do regime de Vichy e a adoção do sufrágio universal (isto é, masculino e feminino) em 1944¹⁷. A ligação com as considerações sociais mostra-se assim evidente (vide, notadamente, as ordenanças de 1945 sobre a comissão de empresa, a seguridade social, etc.).

Enfim, no período recente, a última grande virada a favor da democracia que a Europa conheceu foi a queda dos regimes comunistas do Leste no final dos anos 1980. Nesse

16 Sobre a crise de 16 de maio de 1877, veja COHENDET, M.-A. *Droit constitutionnel*. Montchestien, 2006. p. 212.

17 Adotado pelo governo provisório de 21 de abril de 1944, mas exercido pela primeira vez em 1945.

acontecimento, o exemplo polonês marcou os espíritos: desta vez foi pela luta sindical que a democracia se impôs. A primeira brecha no totalitarismo comunista foi a criação do sindicato livre *NSZZ Solidarność* (Solidariedade) em 1980. Dissolvido em dezembro de 1981, esse sindicato continuou a existir como movimento clandestino. Os poderes públicos negociariam com esse movimento de 6 de fevereiro a 5 de abril de 1989. A negociação toma a forma tradicional, em direito do trabalho, de uma negociação coletiva. Somente o objeto é atípico: trata-se de restaurar o pluralismo, as eleições livres, em resumo a democracia. Desta vez, a democracia política saiu das lutas conduzidas no direito do trabalho. A Polônia é, assim, o primeiro Estado da Europa Ocidental a se juntar ao campo das democracias liberais do Ocidente, sete meses antes da queda do muro de Berlim (em 9 de novembro de 1989).

As relações entre democracia e direito do trabalho mostram-se assim antigas, mas a integração da problemática democrática no direito do trabalho, ainda que progressiva, apenas teve toda a sua amplitude recentemente.

5. Integração dos princípios democráticos no Direito do Trabalho francês

Os delegados do pessoal em 1936, as comissões de empresa em 1945 e os delegados sindicais em 1968, são igualmente contrapesos face à potência do empregador. Esses avanços importantes podem ser reconduzidos no primeiro aspecto, clássico, à ideia democrática: essa participação no poder que exalta o preâmbulo da Constituição de 1946, ainda que as prerrogativas concedidas aos representantes dos empregados e dos sindicatos sejam, no essencial, limitadas à informação, à consulta e à negociação.

Uma nova etapa decisiva foi alcançada no início dos anos 1980, com o primeiro governo socialista da Vª República. O primeiro passo foi o relatório Auroux, de 1981, que declamou a ideia de um empregado “cidadão na empresa” e tentou dela extrair todo tipo de consequências¹⁸. Esse relatório reporta-se ao relatório coordenado por Alan Bullock, sobre a democracia industrial, publicado em 1977¹⁹, o qual fez grande barulho, mas teve pouco efeito, em parte devido à vitória de Margaret Thatcher em 1979. Ao contrário, o relatório Auroux de 1981 teve importantes consequências, através notadamente das quatro leis Auroux de 1982.

18 AUROUX, J. *Op. cit.*

19 BULLOCK, A. *Op. cit.*

Essas leis desenvolveram a comissão de empresa e a negociação coletiva, enquadraram o poder regulamentar e disciplinar do empregador. Foram sobretudo elas que organizaram as primeiras aplicações dos direitos humanos no direito do trabalho. Trata-se do segundo aspecto da ideia democrática, o aspecto liberal, que se afirma. Essa irrupção tardia, simbolizada pelo advento dos direitos humanos na empresa, tinha sido inaugurada pouco antes por uma decisão precursora do Conselho de Estado, a decisão pinturas Corona²⁰. A lei de 4 de agosto de 1982 a integra no seio do Código do Trabalho (artigo L 122-35). Esse primeiro passo será seguido, dez anos mais tarde, pela generalização da exigência de um respeito dos direitos humanos na empresa (Lei n. 92-1446, de 31 de dezembro de 1992, publicada no Diário oficial da República Francesa de 1º de janeiro de 1993; artigo L 120-2 do Código do Trabalho; lei precedida pelo relatório Gérard Lyon-Caen²¹, e firmemente apoiada em seguida pela doutrina²²).

Essas aplicações dos princípios democráticos às relações de trabalho podem parecer ainda muito limitadas²³. Elas não são muito sólidas. A problemática da democracia extrapola atualmente a organização dos poderes públicos. Ela visa a determinados poderes provados, entre os quais se destaca o poder empregatício. Ela se irradia sobre o direito do trabalho. Reciprocamente, a existência de um direito do trabalho que enquadra o poder empregatício mostra-se doravante como um dos elementos pelos quais se deve julgar a intensidade democrática de um sistema jurídico.

Desde as eleições presidenciais e legislativas de maio a junho de 2007, alguns se preocupam com a independência da justiça. Esse temor mostrar-se-á justificado ou como simples fantasia. Mas, desde Montesquieu e a teoria da separação dos poderes, há consenso em se reconhecer que a independência da justiça é um elemento da democracia.

Desde essas mesmas eleições, alguns se preocupam com a independência e com o pluralismo dos meios de comunicação. A existência dessa ameaça é controvertida. Existe aí uma questão de avaliação que tem ligação com as opiniões políticas de cada um. Mas, no essencial, todos estão de acordo: a independência e o pluralismo dos meios de comunicação são elementos da democracia.

20 Decisão do Conselho de Estado n. 06361, de 1º de fevereiro de 1980. *Droit social*, 1980. p. 410.

21 LYON-CAEN, G. (1991). Adendo, já, em LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. *Droit du travail, démocratie et crise*. Actes sud, 1986. *Les libertés publiques et l'emploi*. Paris: La documentation française, 1992.

22 Vide notadamente VERDIER, J.-M. Em guise de manifeste: le droit du travail, terre d'élection pour les droit de l'homme. *Mélanges J. Savatier. Les Orientations sociales du droit contemporain*. Paris: PUF, 1992. p. 427.

23 A. Lyon-Caen e A. Jeammaud falam em "democracia amadora". In LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. *Op. cit.* p. 45.

Alguns se preocupam, ainda, com o direito do trabalho. Sobre a existência dessa ameaça ou sobre a sua intensidade, também aqui as opiniões são muito diversas. Mas atualmente todos concordam que o direito do trabalho tem como função organizar, controlar e limitar o poder empregatício. E, se essas funções essenciais são atingidas ou simplesmente diminuídas, é necessário reconhecer que há uma erosão da ideia democrática.

Referências bibliográficas

AUROUX, J. *Les droits des travailleurs, rapport au Président de la République et au Premier ministre*. Paris: La documentation française, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democrazia*. 4ª ed. Milão: Franco Angeli, 1991, trad. francesa N. Giovannini, Paris: Éditions du Cerf, 1996.

BULLOCK, A. *Report of the Commission on Industrial Democracy*. Londres: HMSO, 1977.

COHENDET, M.-A. *Droit constitutionnel*. Montchestien, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. Discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819 (1919).

DOCKÈS, Emmanuel. *Valeurs de la démocratie*. Coll. Méthodes du droit. Paris: Dalloz, 2005.

FREGÉ, C. The Discourse of Industrial Democracy: Germany and the US Revisited. *Economic and Industrial Democracy*. *Arbetslivinstituttet*, vol. 26 (1), p. 151-175. Disponível em <<http://eid.sagepub.com>>.

KAPLAN, S.L. *La fin des corporations*. Paris: Fayard, 2001.

LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. *Droit du travail, démocratie et crise*. Actes sud, 1986. *Les libertés publiques et l'emploi*. Paris: La documentation française, 1992

MARX, Karl. *Das Kapital*. 1867. *Le Capital*. trad. Joseph Roy. Paris: Maurice La Châtre et Cie, 1872.

MARX, Karl. *Zur Judenfrage*. 1843. *La question juive*. trad. Jean-Michel Palmier. Paris: 10/18 (Union générale d'Éditions), 1968.

NAPHTALI, F. *Wirtschaftsdemokratie*. Ihr Wesen. Weg und Ziel. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1928.

OCDE. *Principes de gouvernement d'entreprise*. Aprovados em 1999 pelos ministros da OCDE e modificados em 2004. Disponível em <<http://www.oecd.org>>

PÉLISSIER, J. Le pouvoir du chef d'entreprise. *Actes des Journées Despax du 19 mai 2000*, Dalloz, 2002.

PONTIGNANO. Séminaire international de Pontignano, n. XIV. Subordinazione, poteri dell'imprenditore e contratto. *Annuario di Diritto del Lavoro*, n. 31, p. 379-401, 1996.

THUCYDIDE. *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*. século 5^a a.C. trad. J. Voilquin, II, 37, Paris: Garnier, 1948. Disponível em <<http://www.remaclle.org>>

VERDIER, J.-M. Em guise de manifeste: le droit du travail, terre d'élection pour les droit de l'homme. Mélanges J. Savatier. *Les Orientations sociales du droit contemporain*. Paris: PUF, 1992.

**LA SUBCONTRATACIÓN COMO INSTRUMENTO DE DESCENTRALIZACIÓN
PRODUCTIVA Y SU INCIDENCIA JURÍDICO-LABORAL
(PARTE 2)¹**

**OUTSOURCING AS AN INSTRUMENT OF DECENTRALIZATION PRODUCTIVE
LABOUR AND ITS LEGAL IMPLICATIONS
(2nd PART)**

José Luis Monereo Pérez²

.....

4. El sistema de garantías colectivas o sindicales

a) Derechos colectivos de información. Obligaciones de la empresa principal y contratista

Aparte de las responsabilidades previstas en el art. 42 del ET, así como en la LPRL, y en la LGT, el art. 42 también prevé una serie de obligaciones en el proceso de subcontratación referidas tanto a la empresa principal, como a la empresa contratista-subcontratista. Son, principalmente, obligaciones de información a los representantes legales de los trabajadores – o, en su caso, sindicales- y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Estos deberes de información se han reforzado en el Sector de la Construcción. El empresario principal cuando concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, tiene el deber genérico de informar a los representantes legales de los trabajadores, -y, en su caso, sindicales- de los supuestos de subcontratación (artículos 62.2 y 64.2.d) del ET y art. 10.3.1 LOLS). Deberá informar a los representantes legales de los trabajadores sobre el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la

Artigo recebido em 14 de setembro de 2015

¹ Primeira parte publicada no Volume 1, número 2, jul/dez 2015, p. 57-85.

² Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad de Granada, España.

empresa contratista o subcontratista; objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la contrata, en su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. La empresa principal, además tiene que disponer de un Libro Registro en el que se disponga de la información anterior, pero de todas las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo. Este Libro sirve además para poder utilizarlo los representantes legales de los trabajadores para los fines oportunos. La falta de este Libro Registro, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes de los trabajadores, implica falta administrativa grave (Art. 42.4, modificado por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, convalidado por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y art. 7.12 LISOS). Aparte de ello, los representantes legales de los trabajadores tienen un derecho activo de vigilancia y control directo de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las facultades previstas en este orden por el art. 19 del ET (sin perjuicio de las funciones específicas de los Delegados de Prevención de riesgos) y de los artículos 35 y siguientes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que incluyen facultades consultivas (en relación con los artículos 33 y 34 LPRL). Los representantes de los trabajadores pueden acordar la paralización de la actividad de los trabajadores para garantizar su seguridad y salud cuando estén afectados por un riesgo grave e inminente (art. 21.3 LPRL y 19.5 del ET).

Por otra parte, en el sector de la construcción se refuerza el deber de información: en primer lugar, tanto los representantes de los trabajadores de la empresa principal –en el sector de la construcción le llaman empresa contratista- como el resto de empresas que intervengan tienen el derecho a ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que hagan de la misma. Es decir, el empresario –en este caso el principal, pero también el resto de empresarios- tienen la obligación de informar a sus representantes de todas las contrataciones, pero también de todas y cada una de las subcontrataciones que se hubiesen realizado por las empresas que hubieran subcontratado con ella o con otras empresas subcontratistas de primer o ulterior grado.

En segundo lugar, además del Libro Registro, en toda obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 62/2003, la empresa principal tiene que disponer de un Libro de Subcontratación en el que se reflejen por orden cronológico todas y cada una de las subcontrataciones realizadas desde el comienzo del trabajo, en una determinada obra con

empresas subcontratistas y trabajadores autónomos. El incumplimiento de tal obligación bien por la inexistencia del libro o por su inadecuada gestión es sancionado por el nuevo apartado 28.a) del artículo 12 LISOS.

Además existe un contenido informativo que nace de la Empresa principal que tiene como destinatario en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social, pues el empresario principal deberá comprobar que la empresa contratista está al corriente en el pago de las cuotas, con lo que la Tesorería recibe información de la existencia de la empresa contratista y de la inminencia de la contrata.

El empresario contratista-subcontratista también tiene que informar a los representantes legales de los trabajadores de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento y antes del inicio de la prestación de servicios, incluyendo nombre o razón social del empresario principal, de su domicilio social y su número de identificación fiscal. Esta misma información se tiene que proporcionar a los trabajadores de forma individualizada así como a la Tesorería General de la Seguridad Social. Asimismo, a los representantes legales de los trabajadores también se les deberá informar sobre el objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la contrata, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la Prevención de Riesgos Laborales.

b) Insuficiencias en la garantía de efectividad de los derechos colectivos o sindicales de los trabajadores de la empresa contratista-subcontratista

La carencia significativa en la garantía y en el ejercicio efectivo de derechos colectivos y sindicales en el ámbito del trabajo a través de la subcontratación se debe principalmente a una falta de adaptación de la normativa a las nuevas formas de organización empresarial. Pero también en la indecisión de política del Derecho sobre el alcance de las garantías laborales en relación, a su vez, con los límites a predisponer al ejercicio de la libertad de subcontratación empresarial. Aunque alguna solución se aporta en el art. 42 del ET para el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados cuando prestan servicios en la empresa principal, éstas son insuficientes. Mientras no se cambie la regulación existente, parece que la

negociación colectiva puede servir de instrumento adecuado para mejorar la situación de los derechos colectivos de los trabajadores de las empresas contratistas-subcontratistas.

Adviértase que el ejercicio efectivo de los derechos colectivos/ sindicales en el ámbito de la subcontratación es realmente muy limitado. Ello se debe a una casi inexistencia del doble canal (unitario y sindical plural) de representación de los trabajadores en estas empresas, debido sobre todo al escaso tamaño de las empresas contratistas-subcontratistas. Esto significa que sin representación difícilmente se pueden ejercer derechos colectivos, como por ejemplo negociar un convenio colectivo o convocar una huelga o ejercer medidas de conflicto colectivo. El art. 42 del ET no ha tenido desde su redacción inicial la intención de adaptar la regulación de los derechos colectivos a esta nueva forma de organizar el trabajo. Tan sólo -como después se verá- en la reforma de tal precepto llevada a cabo por el RDL 5/2006 y sustituida por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, se han previsto algunas modificaciones del Derecho Colectivo para este ámbito con la intención de que se puedan ejercer determinados derechos colectivos de estos trabajadores pero únicamente cuando presten servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. Algunas referencias puntuales se han regulado expresamente para el sector de la construcción (LSC) y concretamente en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

Un análisis del ejercicio de los derechos colectivos/sindicales de los trabajadores de las empresas contratistas-subcontratistas, exige distinguir entre dos situaciones reales y que ocurren en la práctica, y que atienden principalmente a la ubicación del trabajador de la empresa contratista-subcontratista, dependiendo de si prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa principal o en las dependencias de su propia empresa (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

1^a) Las empresas contratistas en muchas ocasiones, debido a su escaso tamaño (en número de trabajadores) no pueden crear órganos de representación o simplemente deciden no crearlos. Tal y como está prevista la regulación actual de la representación unitaria de los trabajadores, son muchas las ocasiones que en la práctica plantea dificultades reales para tener representación. Sin perjuicio de plantear *lege ferenda* una modificación de la representación de los trabajadores para adaptarla a nuevas formas de organización empresarial, actualmente una opción posible es la de crear órganos de representación sindical en la empresa contratista-subcontratista. La creación de secciones sindicales en la empresa es un buen instrumento para permitir el ejercicio de derechos colectivos de estos trabajadores. Ahora bien, no deja de

plantear inconvenientes: en primer lugar, por la baja afiliación sindical en España, y, en segundo lugar, porque a pesar de que cualquier sindicato con representación en la empresa puede crear secciones sindicales, celebrar reuniones, recaudar cuotas y distribuir información sindical, no todas las secciones sindicales van a poder tener un tablón de anuncios, derecho a la negociación colectiva o a un local de reuniones, y ello porque son facultades reservadas (art. 8 LOLS) a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en el comité de empresa. Por otra parte tampoco van a tener derecho a delegado sindical pues como se sabe para que tengan las mismas garantías que los representantes unitarios dicho portavoz sindical tiene que tener representación en el comité de empresa (requisito que como se sabe es difícil cumplir en este tipo de empresas debido a la ausencia de representación unitaria) y 250 trabajadores (también difícil debido al escaso tamaño de muchas empresas contratistas-subcontratistas, aunque este umbral cuantitativo numérico puede ser objeto de mejora a través de la negociación colectiva).

En suma, ante la falta de una regulación que adapte los sistemas de representación a empresas contratistas-subcontratistas, la negociación colectiva puede crear autónomamente sistemas de representación más adecuados para poder crearse en pequeñas empresas que se corresponden con empresas contratistas-subcontratistas. Algo en este sentido ha previsto la LSC, en su artículo 9 indica que “por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio”.

2ª) En muchas ocasiones los trabajadores de la empresa contratista prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. En el ámbito de la descentralización productiva ha tenido objeto de regulación, primero para las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), y después (Ley 43/2006) para las contratistas y subcontratistas. Ahora bien, mientras que en la regulación de las ETT los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tienen atribuida la representación de los trabajadores en misión (art. 17 LETT) en la regulación de las contratistas lo que se indica es que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas tienen derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral (artículo 42.6 del ET). Esta nueva

regulación es positiva, pues crea un nuevo derecho para dichos trabajadores, pero no es suficiente debido a la escasa regulación de los derechos colectivos en general.

Con la finalidad de reforzar la acción sindical de los trabajadores de la empresa contratista-subcontratista en la empresa principal, se podría llevar a cabo –vía negociación colectiva- la posibilidad de que un trabajador que pertenezca a la contrata pueda constituir una sección sindical en la empresa principal, o bien crear secciones sindicales conjuntas de trabajadores pertenecientes tanto a la empresa principal como a la empresa contratista. También la Ley 43/2006 ha añadido un nuevo párrafo al art. 42 (42.7 del ET), esta vez en relación al derecho de reunión, indicando que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas pueden reunirse a efectos de coordinación entre ellos. Este precepto contiene una garantía legal de efectividad de la función representativa en los supuestos complejos de redes empresariales de subcontratación (Monereo Pérez, J.L., 2006, 1241). Pero aunque es positivo la inclusión de este derecho, entendemos que sin la inclusión de este precepto, es perfectamente posible, teniendo en cuenta la regulación del Derecho de Reunión regulado en el ET, los trabajadores subcontratados bien en solitario (siempre que la convoquen un número de trabajadores no inferior al 33%), o bien de forma conjunta con los trabajadores de la empresa principal pueden convocar una asamblea (Olmo Gascón, M., 2002, 302).

Dada la inexistencia de una regulación expresa con base en la regulación del Derecho de Huelga (RD 17/1977, de 4 de marzo), no hay inconveniente que los trabajadores subcontratados puedan secundar la huelga convocada en la empresa principal, siempre y cuando las medidas laborales que protestan también les afecten. Pero evidentemente también en los supuestos de huelga de solidaridad tanto los trabajadores de la empresa como los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en la cadena de subcontratación pueden secundar recíprocamente huelgas de solidaridad o de apoyo mutuo.

Interesa realzar que el Tribunal Constitucional ha afrontado el problema de la posible vulneración por la empresa principal del derecho de huelga de los trabajadores que forman parte de la plantilla de la empresa contratista, específicamente en el supuesto de resolución de la contrata mercantil que se aduce como elemento de justificación causal de los contratos de los trabajadores de la empresa contratista. Subyace aquí la protección del derecho fundamental de huelga (art.28.2 CE) frente a comportamientos empresariales de represalia por la realización de la huelga vulnerándose, así, tal derecho, que comprende, de modo inherente, la garantía de

indemnidad del derecho fundamental de huelga en su ejercicio regular. Este es un criterio de aplicación general y que como tal no es sólo aplicable, por supuesto, en los fenómenos de subcontratación empresarial (Véase el amplio número de Sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta controversia: SSTC 75 y 76 de 19, de octubre, así como 98 a 112, de 16 de noviembre, todas ellas del año 2010).

Por último, los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el art. 81 del ET.

c) La función de la Negociación Colectiva en los procesos de subcontratación empresarial

La falta de efectividad en el ejercicio de derechos colectivos en el ámbito de la subcontratación se refleja también en la Negociación Colectiva, ya que en la mayoría de las ocasiones el Convenio Colectivo aplicable a las empresas contratistas no es el mismo que el que se aplica a la empresa principal. Es una buena opción la creación de Convenios de Sector que amplíen el ámbito funcional y afecte también a las contratistas. Por otra parte, consideramos que son ilegales las cláusulas de algunos convenios colectivos que afectan a empresas principales que prohíben las posibilidades de subcontratación de obras o servicios. La solución no está en prohibir tal práctica, sino en regularla y una buena opción es mediante la Negociación Colectiva. Sería necesario reforzar la función de la negociación colectiva en las operaciones de subcontratación empresarial, revalorizando su doble condición de fuente de regulación y de control de tales fenómenos de colaboración interempresarial.

En todo caso en el sistema de garantías colectivas no se puede negar que se han introducido nuevas garantías importantes a través de sucesivas reformas e innovaciones legislativas (Ley 43/2006, de 29 de diciembre; RD.-Ley 7/2011, de 10 de junio; Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, desarrollada por el RD. 1109/2007, de 24 de agosto, entre otras). La negociación colectiva tiene más posibilidades regulativas, pero, pese a avances innegables, no se ha aprovechado suficientemente el marco legal disponible para la creación de nuevas garantías de origen pactado colectivamente. En la experiencia jurídica los convenios colectivos se han ocupado ante todo a plasmar declarativamente lo establecido en el sistema legal y, en la mayoría de las

ocasiones, a intensificar las garantías ya previstas en la regulación legal. Pero no se ha innovado en el sistema de garantías legales; ni se ha aprovechado el nuevo marco legal para una negociación colectiva que incluya a todo el complejo empresarial plural involucrado en la cadena de subcontratación, como permite el vigente Estatuto de los Trabajadores, a saber: La posibilidad legal de negociación convenios de eficacia normativa y personal generalizada que tengan como ámbito de aplicación a todas las empresas implicadas en una operación de subcontratación empresarial (El art. 87.2 del ET, hace referencia ., “a los convenios que afecten a una *pluralidad de empresas vinculadas* por razones organizativas o productiva y normativamente identificadas”. Asimismo, igualmente, art. 87.3.b) del mismo cuerpo legal). Ciertamente no resulta fácil poner en práctica este tipo de negociación y convenios colectivos de red de subcontratación, por así decir, pero, aparte de ello, se constata una evidente resistencia de la parte empresarial para alcanzar efectivamente acuerdos de esta índole y ámbito de aplicación.

Y que la Negociación Colectiva en las Empresas contratistas-subcontratistas también plantea numerosos problemas, pues en la actualidad no existen demasiados Convenios que sean aplicables al conjunto de contratistas y subcontratistas de un determinado sector. En la mayoría de las ocasiones no se le aplica a los trabajadores de la empresa principal y a las demás empresas contratistas-subcontratistas el mismo convenio, bien porque la empresa principal tiene uno de empresa, o bien porque la empresa contratista o subcontratista está fuera del ámbito funcional de aplicación del convenio colectivo que se le aplica a la empresa principal. Esto plantea un problema práctico en relación a la utilización de la Negociación Colectiva, pues en las empresas pequeñas (normalmente el tamaño de las Empresas contratistas-subcontratistas), es menos frecuente y es además menos formal. Y en los casos en que estas empresas negocian un convenio, el contenido tiene escaso relieve en los temas centrales que afectan a las empresas implicadas en el ciclo productivo de subcontratación (Rivero Lamas, J., 2003, 33), o bien se produce un empobrecimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores de las empresas contratistas comparados con los de los trabajadores de la principal, o incluso lo que se produce es la fijación unilateral de las condiciones de trabajo (Sanguineti Raymond, W., 2006). En suma, el tema está en determinar cómo las empresas contratistas o subcontratistas pueden estar dentro el ámbito de aplicación de convenios de la empresa principal, con el objetivo de que se beneficien de las mismas condiciones laborales.

Las soluciones, por resumir, para que la empresa contratista-subcontratista cuente con una adecuada Negociación Colectiva, pueden ser varias:

a) Crear nuevas formas de negociación interempresarial específicamente adaptadas al fenómeno de la descentralización productiva mediante la negociación de acuerdos entre la empresa principal y las empresas contratistas y subcontratistas que regulen las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por los procesos de subcontratación. De este modo, mediante estos acuerdos, los derechos de los trabajadores afectados por la subcontratación se equiparen a los derechos propios de la empresa cliente.

b) Crear Convenios sobre el Sector que amplíen el ámbito funcional y afecte también a las contratistas. Un ejemplo es el Convenio Colectivo de Contratistas Ferroviarias, y se aplaude esta idea, y deberían fomentarse Convenios Colectivos a nivel Estatal, o Convenios Marco en el que se establecieran condiciones de trabajo, así como derechos colectivos que se apliquen a todas las empresas contratistas-subcontratistas de ese sector, y se evitaría la situación actual en muchas empresas que afecta a las desiguales condiciones laborales con respecto a la empresa principal, o el no poder tener representación sindical o unitaria por no alcanzar los requisitos que se exigen *ex lege* para poder contar con ella. Como se ha señalado antes, esta posibilidad está admitida en general en el sistema del Estatuto de los Trabajadores (art. 87), que supone entre otras cosas, un deber legal de negociar (“ambas partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe”; apartado 2 del art. 89 del ET), aunque no un deber de alcanzar un acuerdo que cristalice en un convenio colectivo de eficacia normativa (cfr. art. 89 *in fine* del ET).

También sería adecuado que se incluyera en su ámbito personal a los trabajadores autónomos. Un ejemplo sería que se pudieran acoger a las fórmulas de representación de los trabajadores. También podrían ser un instrumento para ampliar el sistema de responsabilidades previsto en la ley, concretamente en el art. 42, pues con la actual legislación, la empresa originaria puede quedar exenta de responsabilidad frente a los trabajadores que prestan servicios en la nueva empresa, después de realizada la descentralización, bien porque el supuesto de hecho no se subsuma en el art. 42 del ET, o en el art. 44 del ET, cuando la descentralización se haya hecho por un supuesto de transmisión de empresa.

c) Crear Convenios Colectivos en la Empresa Red, es decir, que afecte a los trabajadores de la empresa principal y los demás subcontratistas. El problema es que las contratistas y subcontratistas van variando, no pasa así con la empresa comitente o principal. Se podrían crear

estos convenios, aunque no están previstos los requisitos de legitimación para negociar, y tampoco les alcanza el deber de negociación, pues con la normativa actual, tales unidades que se pueden crear, descansan exclusivamente en la libertad de las partes negociadoras. El problema reside en determinar exactamente cuáles son las contratistas-subcontratistas que pertenecen a la empresa Red, pues van variando.

d) Negociar un Convenio Colectivo de naturaleza extra estatutaria.

Se puede verificar empíricamente que no existen prácticamente experiencias de negociación colectiva que integren el conjunto de empresas involucradas en procesos de subcontratación. Sin embargo, nos encontramos con Convenios Colectivos, que a diferencia de “regular la subcontratación” y mejorar las condiciones laborales de estos trabajadores que pertenecen al mercado secundario de trabajo, prohíben la actividad de subcontratación, que está permitida por la ley, y amparada en el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE). Es decir, lo que hacen algunos convenios colectivos que afectan a empresas principales, es establecer cláusulas de “garantía de empleo”, para garantizar la ocupabilidad con trabajadores propios de la empresa, limitando las posibilidades de subcontratación de obras o servicios.

Con el objetivo de evitar este tipo de prácticas, la LSC ha intervenido en la materia, y ha indicado en el art. 5.1. LSC que “la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada salvo en las condiciones y supuestos previstos en la Ley”, lo que han querido claramente es limitar la práctica de la negociación colectiva en este sector que viene limitando los procesos de descentralización productiva. Por tanto, es más adecuado controlar los procesos de subcontratación que simplemente prohibirlos. En este sentido, se van a enumerar las cláusulas de la Negociación colectiva que podrían ser válidas, y aquellas que no tendrían cabida al vulnerar el principio de libertad de empresa reconocido en la CE y de las facultades organizativas y directivas del empresario.

Son cláusulas válidas aquellas que pretendan evitar que haya más trabajadores subcontratados que presten servicios para la empresa principal, que propios trabajadores de la empresa, indicando que los trabajos propios de la actividad productiva principal de la Empresa no se podrán rebasar unos determinados porcentajes máximos sobre el número de empleados en plantilla de la Empresa: Con estas cláusulas se pretende evitar supuestos de “cesión ilegal de trabajadores”. También Igualmente se aprecian en la negociación colectiva cláusulas válidas pero innecesarias, pues se limitan a repetir lo establecido por la ley, como es el caso en materia

de Prevención de Riesgos Laborales: obligación de velar por la seguridad y salud de los trabajadores afectados por los procesos de subcontratación, obligación de la empresa de vigilar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas, información sobre los riesgos inherentes al puesto de trabajo y sobre las medidas de seguridad establecidas, formación en materia de prevención a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que presten servicios en la empresa principal, y sobre todo, la obligación de coordinación de actividades empresariales entre la empresa principal y la contratista que establece el art. 24 LPRL.

Resultan válidas jurídicamente aquellas que limiten determinadas actividades de la empresa principal susceptibles de externalización o las relativas a la ampliación de derechos de información de los representantes de los trabajadores, las que determinen previsiones sobre la seguridad y salud de los trabajadores afectados por las empresas de subcontratación, las cláusulas de subrogación empresarial que amplíen los supuestos establecidos en el art. 44 del ET, o los compromisos de empleo de convertir trabajadores autónomos de la empresa en trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, consideramos que son ilegales aquellas cláusulas que prohíban de forma genérica las posibilidades de subcontratación.

5. La dimensión internacional en la subcontratación empresarial

Las empresas españolas –al igual que las empresas de otros países, y no sólo europeos– no se limitan a subcontratar con empresas españolas, sino que lo hacen con empresas situadas en países extranjeros y empresas de países comunitarios. Si hemos comprobado que es escaso el régimen jurídico de la subcontratación en España, se acentúa cuando interviene el elemento internacional. Así, a nivel internacional (señaladamente, OIT) no existe una regulación, y lo que se utiliza son instrumentos privados -Códigos de Conducta- que garantizan la vigencia de los derechos básicos de todas las empresas filiales o contratistas, independientemente en donde estén ubicadas. Pero a pesar de ello, el empresario principal con esta forma de organización elude la responsabilidad jurídica en materia de subcontratación establecida en los Derechos nacionales establecida en los Derechos nacionales. Del mismo modo, a nivel comunitario no existe tampoco regulación, por lo que es necesaria una Directiva que armonice el régimen

jurídico de la subcontratación en todos los Estados Miembros, de igual modo que se ha hecho para las ETT.

Reténgase que la globalización de la economía (con la consiguiente apertura de los mercados donde se mueven las empresas) ha determinado que el fenómeno de la descentralización productiva –y, en particular, su forma específica la subcontratación- se extienda más allá de nuestras fronteras. Es decir, cuando una empresa decide utilizar recursos externos y contratar otra empresa para que lleve a cabo algunas de sus actividades u operaciones, esta empresa puede estar situada en un país de la Unión Europea o en un país extracomunitario. En el momento en el que interviene un elemento internacional en los procesos de descentralización productiva, se lleva a cabo una externalización internacional, conocida por la OCDE bajo el término *Offshoring*. Por otra parte, se produce también descentralización productiva en la llamada deslocalización, entendida como proceso por el cual una empresa decide llevar parte de su producción fuera de su país, es decir, la misma empresa o grupo crea centros de trabajo o empresas en otros países.

Se ha podido comprobar hasta el momento que el régimen jurídico de la subcontratación realizada en España cuenta con numerosas deficiencias y falta ajustarse a la realidad social actual. Pero si analizamos la subcontratación en los que en la cadena de producción estén implicados distintos países, aquí sí que hay escasa regulación y control sobre la misma. Y aunque es muy necesario mejorar nuestro ordenamiento jurídico en relación a esta forma de producción, pues como hemos visto constituye ya un elemento estructural para la mayor parte de las empresas españolas, también hay que apuntar la mirada a la situación internacional, ya que los procesos de globalización, y la actuación de las multinacionales en diversos sectores, es ya más que una realidad.

Se debe conocer tanto el régimen de la subcontratación en nuestro ordenamiento jurídico como el régimen de la subcontratación a nivel internacional, y ello porque concretamente en España y en algunos sectores, como es el caso del sector electrónico se lleva a cabo el trabajo subcontratado en el extranjero, especialmente con el mercado subcontratista del sudeste asiático. El Derecho Internacional (señaladamente, OIT) no regula la subcontratación, a pesar de que se quiso adoptar un Convenio y una Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, pero en la reunión anual de 1998, los delegados que acudieron a la Conferencia Internacional del Trabajo no pudieron ponerse de acuerdo sobre su adopción, tema que figuraba en la orden del día. La explicación de las causas de no adoptar ninguna norma internacional

sobre trabajo en régimen de subcontratación está, en primer lugar, en las posturas tan antagónicas de los sindicatos (que pretendían limitar la posibilidad de recurrir a la subcontratación), y de los empresarios, que eran favorables a conservar la libertad de subcontratación. Y, en segundo lugar, tampoco hubo unanimidad en definir un concepto jurídico de trabajo en régimen de subcontratación que fuese lo suficientemente preciso para poder definir obligaciones susceptibles de aplicarse en todos los sistemas jurídicos de los Estados Miembros que componen la OIT. Y ello porque en un tema como éste en el que existen rasgos propios de carácter comercial y rasgos propios de las relaciones laborales es muy difícil llegar a un acuerdo intermedio entre ambas. Lo único que existe en esta materia es el “Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación” que la Conferencia de la OIT diseñó entre 1997 y 1998. Ante una falta de regulación a nivel internacional, lo que están haciendo algunas empresas es utilizar herramientas privadas que operan como un sustituto del legislador) para garantizar la vigencia de los derechos básicos de todas las empresas filiales o contratistas, independientemente de donde estén ubicadas. Estos instrumentos de autorregulación privados son los Códigos de Conducta y los Acuerdos Marco Internacionales. Los primeros son de carácter unilateral, mientras que los segundos tienen carácter bilateral y son más ricos y profundos en contenido. Pero a pesar de todo, dichos Acuerdos Marco no tienen mucha efectividad cuando se trata de aplicarlos a empresas contratistas y subcontratistas, pues están hechos más para las empresas filiales (Sanguineti Raymond, W., 2008, 450 ss.) El contenido de estos instrumentos se basa sobre todo en reiterar en gran medida los principios y derechos fundamentales en el trabajo reconocido por la OIT (libertad sindical y de negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil y no discriminación).

Sin embargo, pese a estos instrumentos “privados” son positivos, es obvio que el empresario principal con esta forma de organización de la producción elude su responsabilidad jurídica en materia de subcontratación. Es decir, los supuestos regulados de responsabilidad imputable al empresario principal se dan solamente en el caso en el que todo el proceso de subcontratación se realice en España. En el momento que intervengan empresas de otros países -y normalmente ubicadas en países donde los derechos laborales son escasos- el empresario principal, además de eludir los posibles supuestos de responsabilidad, también es más rentable el producto final debido a los escasos costes sociales existentes. Los Códigos de Conducta sirven como derechos mínimos que ya son superados en la mayoría de los países desarrollados (salario digno, eliminación del trabajo infantil...), pero están lejos de equiparar derechos

sociales con los trabajadores de la empresa principal, o establecer un adecuado sistema de Representación Sindical.

En la Unión Europea no se ha abordado mediante normativa de *hardlaw* (armonización o aproximación de la legislación de los Estados miembros) el fenómeno de la subcontratación. Ahora bien, de un informe de 17 de febrero de 2009 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sobre la responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de producción (2008/2249 (INI)) se puede comprobar que además de reconocer el beneficio de la subcontratación a pequeñas y grandes empresas y que ha fomentado el espíritu empresarial, se denuncian los desequilibrios económicos y sociales entre los trabajadores -ya que no se aplica el principio básico de igualdad de retribución por el mismo trabajo en el mismo lugar-, y ello podría estimular a la baja en las condiciones laborales. Por este motivo se llega a la conclusión de que se tendría que regular un sistema europeo de responsabilidad que trate de la misma forma a todos los interesados, pues así se pueden satisfacer las necesidades del mercado laboral europeo (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010). Igualmente, será necesario instaurar un sistema de garantías de efectividad en el ejercicio de los derechos colectivos o sindicales.

En consecuencia, al igual que lo hace dicho informe, para unificar responsabilidades del contratista, derechos y obligaciones de las contratas y subcontratas, es necesaria una regulación armonizadora a nivel comunitario, que por el momento es inexistente. La actividad de subcontratación, también a nivel comunitario, exige una regulación protectora, por lo que se plantea la necesidad de adoptar una Directiva sobre la Actividad de Subcontratación que hiciera compatible las necesidades de las empresas y también la protección de los trabajadores. En este sentido, y en el ámbito de la descentralización productiva, se ha regulado ya una Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal (Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal), que ha establecido un marco de protección para los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

6. Algunas reflexiones críticas sobre el paradigma legal de regulación de las consecuencias jurídico-laborales de la subcontratación

Es preciso anotar que la normativa actual sobre subcontratación es muy dispersa y todavía imprecisa e insuficiente en algunos aspectos fundamentales. Habrá que pensar

seriamente en la unificación de todos los aspectos laborales de subcontratación en una única normativa y el cubrir las insuficiencias del marco de regulación legal.

Además, teniendo en cuenta que en la Unión Europea existe un mercado de trabajo sin fronteras, sería necesario crear una legislación europea que regulara las garantías laborales en los supuestos de subcontratación empresarial. Ello es así, porque efectivamente no existe un paradigma/modelo normativo en el Derecho de la Unión Europea (Derecho Social Comunitario). En materia de subcontratación (más allá de la Directiva Marco 89/CE, sobre prevención de riesgos laborales, y del distinto supuesto de la descentralización productiva por la vía de transmisión parcial de empresa que se contempla en la Directiva 2001/23/UE) no se dispone una normativa europea que establezca un sistema de garantías jurídico-laborales individuales y colectivas en tales supuestos de organización empresarial (A diferencia, por ejemplo, de las ETT, los despidos colectivos, las transmisiones de empresas, las situaciones de insolvencia del empleador, etcétera). Pero, sin embargo, la Directiva-Marco europea de 1989, sobre prevención de riesgos laborales si toma en consideración la subcontratación empresarial como instrumento de descentralización productiva o funcional estableciendo algunas garantías laborales. Es evidente que este vacío en el Derecho Social de la Unión Europea debería de cubrirse a través de una Directiva que regularse los efectos laborales de la subcontratación de actividades o servicios empresariales, estableciendo, al respecto, un conjunto de garantías o tutelas laborales mínimas. Ello estaría en la dirección marcada por la normativa internacional y la acción estratégica de la OIT en favor de garantizar un *trabajo decente o digno de la persona que trabaja* (Monereo Pérez, J.L., 2011). Esta es la dirección de política del Derecho adoptada en el Pacto Mundial para el Empleo (PME), aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 19 de junio de 2009, con la participación de los representantes de los gobiernos, empresarios y trabajadores de todos los Estados miembros de la OIT. Dicho Pacto se enmarca en las iniciativas de la OIT, desde finales de esta última década, señaladamente a partir de la Recomendación OIT, núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo y la “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa” (2008). Estos textos se inclinan nítidamente por impulsar el trabajo “decente” y reafirmar los principios de protección de los trabajadores propios del Derecho del Trabajo garantista como elementos irrenunciables de la elaboración de las políticas públicas (señaladamente, de la política económica general y de las políticas sociales). Las políticas de trabajo garantizado cuentan con el apoyo expreso de la comunidad internacional a través del PME, confirmando sentido y

contenido esencial al genérico derecho al trabajo reconocido en el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es más, la orientación político-jurídica del Pacto ha sido después insertada en el texto de la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los “Pisos” nacionales de protección social, cuyo art. 9.2 insta a los Estados miembros a incluir “*garantías de empleo*” proporcionadas por regímenes públicos en los pisos nacionales de protección social. Cabe concluir, por tanto, que el trabajo garantizado no es sólo una propuesta económica provista de una relevante base ética y democrática, sino también un instrumento reconocido internacionalmente para combatir y erradicar eficazmente el desempleo y la precariedad laboral. Trabajo decente, que garantice la dignidad de todas las personas que trabajan (Véase Illueca Ballester, H., 2015).

El Derecho del Trabajo tiene que dar una respuesta de política del Derecho autorreflexiva, autónoma y garantista -coherente con la Constitución jurídica del Estado Social- a nuevo escenario de la organización de los sistemas productivos en constante transformación; aspecto que hoy no se cumple satisfactoriamente. Las “regulaciones” o pretendidas “desregulaciones” normativas liberalizadoras del fenómeno de la subcontratación son en sí mismas desequilibradas, pues favorecen unilateralmente los intereses y libertades de organización empresarial y contribuyen decisivamente a generalizar (desde una “racionalización económica” contrapuesta a la “racionalidad social”) la precarización y mercantilización de las relaciones de trabajo. La nueva organización productiva hace que se tenga que replantear el régimen jurídico laboral de la subcontratación, régimen insuficiente para hacer frente a las nuevas realidades de organización empresarial. Desde que la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores -año 1980- el art.42 del ET ha sido modificado en dos ocasiones en materia de subcontratación –concretamente por la Ley 12/2001 de 9 de julio, y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y en el sector de la construcción a través de la Ley 32/2006, de 18 de octubre. Esto significa que el legislador ha intentado ir modelando el régimen de subcontratación a las nuevas circunstancias. Pero, sin embargo, a través de estas reformas todavía no se ha conseguido alcanzar un equilibrio deseable entre el binomio eficiencia-protección, aunque sin duda constituye un avance importante sobre todo -aunque no sólo- por lo que se refiere a tres grandes ámbitos de problemas: las garantías de control colectivo, medidas sectoriales específicas en el sector de la construcción, y la delimitación legal más precisa de los supuestos lícitos de contrataciones y subcontratas respecto de los de cesión ilegal de trabajadores. Pero aún se echan en falta más

medidas de reforma de la muy deficiente e insuficiente regulación legal de carácter sustantivo (garantías sustantivas) si se quiere avanzar por el camino del fortalecimiento de la regulación garantista y no sólo flexible del trabajo en régimen de subcontratación empresarial. En este sentido el proceso discontinuo de reforma ha dejado por el camino opciones modificativas de mayor envergadura. Por otra parte, no es sólo el problema de la reforma del contenido de la regulación, sino también el técnico-jurídico representado por un marco legal que presenta gravísimas insuficiencias técnicas, como ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina científica y jurisprudencial (Monereo Pérez, J.L. 2006, 1205).

Por tanto, es necesario proceder a la revisión del supuesto de hecho normativo del art. 42 del ET, porque de no realizarse, podría producirse un vaciamiento de la norma, y por tanto, una desregulación. Por tanto, hay que inclinarse por un alcance más omnicompreensivo del supuesto de hecho normativo, de manera que comprenda en él tanto la subcontratación de actividades principales inherentes al ciclo productivo, como a las actividades complementarias o auxiliares. Es una forma de extender las garantías sociolaborales a todos los supuestos de contratación o subcontratación de actividades o servicios. El equilibrio que se pretende buscar en todas las instituciones jurídico-laborales -y concretamente en la subcontratación- entre el principio de protección al trabajador y el principio de rendimiento de la empresa, no se cumple en la actualidad, pues la balanza claramente beneficia –mediante la desregulación- al principio de rendimiento. Ante esta situación, el ordenamiento laboral no puede permanecer indiferente a estos cambios. Por un lado, la abstención reguladora en ciertos aspectos acaba por generar ineficiencia en el sistema regulador, y por otro, la desregulación o su déficit significativo – como es el caso- comporta un perjuicio irrazonable para los intereses de los trabajadores. En la lógica del “garantismo jurídico” que impone nuestra Constitución, se impone un modelo de regulación legal más completo y coherente (Monereo Pérez, J.L., 1994).

Es preciso también llevar a cabo una crítica a su ubicación sistemática en el Estatuto de los Trabajadores, pues se sitúa tradicionalmente en el art. 42 del ET, modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, y el legislador lo rotula como relativo a la “subcontratación de obras y servicios” dentro de una sección de la ley referida a “garantías por cambio de empresario” que a su vez pertenece al capítulo Tercero del Título Primero del ET, dedicado a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo. Nótese que en el supuesto del art. 42 del ET no hay en sentido técnico cambio de empresario, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda integrar el supuesto de hecho normativo del art. 44 del ET cuando la sucesión de contratista o

adjudicatario suponga efectivamente un cambio de titularidad en la organización de la actividad empresarial.

Se requiere una revisión legislativa que valore la oportunidad de plasmar una opción de política del derecho que vaya más lejos del actual marco normativo generalizando el tratamiento a todos los supuestos de subcontratación empresarial, pues actualmente no hay un grado de correspondencia de la ordenación normativa de la subcontratación con su realidad económica, que viene caracterizando en los últimos años a la paulatina implantación del modelo de empresa descentralizada y flexible. Esta ausencia de regulación provoca inseguridad jurídica a las empresas contratistas-subcontratistas, y ello porque la dificultad que conlleva actualmente la determinación del supuesto de hecho del art. 42 del ET hace que sus actuaciones dependan de pronunciamientos judiciales, que en muchos casos son contradictorios.

Interesa realzar que el art. 42 del ET contiene en materia de subcontratación un sistema de distribución de responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social (pues en materia de prevención de riesgos están previstas específicamente en la LPRL), así como los derechos de información a los representantes de los trabajadores en estos supuestos de subcontratación, pero no contiene -ni el art. 42 del ET ni ningún precepto o normativa de nuestro ordenamiento- una regulación completa de las contrataciones o subcontratas, como sí se hace con otro supuesto en el que se da de igual modo una relación triangular, y es el caso de las ETT. A esta falta de regulación se suma la falta de determinación de numerosos aspectos del art. 42 del ET que han quedado sin determinar debido a la ausencia del desarrollo reglamentario de este precepto. Por todo ello, es necesario llevar a cabo una regulación completa de esta institución, y no sólo en el que se traten aspectos muy concretos de ésta dirigidos sobre todo a determinar la responsabilidad de los empresarios implicados en el proceso de subcontratación. Al igual que se ha hecho con las ETT, sería necesario una ley específica que regulara todos los aspectos de la subcontratación económica, y que sólo actuara la normativa civil como derecho supletorio.

Ciertamente, nuestro sistema de regulación laboral de la subcontratación presente insuficiencias. Pero a pesar de haber de existir un desfase e inadecuación de la normativa actual sobre subcontratación empresarial en varios aspectos, hay que reconocer que España no es de los países desarrollados (a nivel mundial y Europeo) que cuenta con una menor regulación de este fenómeno, teniendo además en cuenta la ausencia de regulación a nivel internacional y a nivel comunitario en la que ni existe un Convenio de la OIT sobre la materia ni una Directiva

o instrumento normativamente vinculante que regule y armonice la legislación de todos los Estados Miembros.

En una propuesta constructiva -de orientación garantista- de *legeferenda*, sería preciso mejorar los instrumentos de control público necesarios para el cumplimiento de las normas de garantía sociolaboral. Ya se ha comprobado que la subcontratación empresarial es legítima, pero no puede seguir siendo utilizada como un cauce para eludir la responsabilidad social y jurídico-laboral de las empresas intervinientes en las operaciones de subcontratación. Ese principio de responsabilidad tiene que ser garantizado por el Derecho Social del Trabajo. No será suficiente sólo la modificación del sistema normativo, será preciso mejorar los instrumentos de control público necesarios para el cumplimiento de las normas de garantía social. Es conveniente llevar a cabo un control en determinados momentos de la actividad de subcontratación a los que se hace referencia a continuación:

Desde esa lógica de control público de la actividad de subcontratación, sería oportuno dar cumplimiento de determinados requisitos para iniciar la actividad de subcontratación empresarial. En muchas ocasiones se produce un exceso en el uso de la subcontratación, entrando en juego empresas que no cuentan ni con un nivel de especialización, ni con recursos técnicos ni humanos cualificados y tampoco carecen de estructura organizativa. Esto se solucionaría exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para iniciar la actividad de subcontratación. Así, salvo en el sector de la construcción, como ahora se indicará, no se exige legalmente una estructura organizativa para poder intervenir en el proceso de subcontratación. En otros casos donde existe también una relación triangular, aunque con importantes diferencias con la actividad de subcontratación, que es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, se exigen unos requisitos para iniciar tal actividad. Para esta materia no están contemplados por ley, pues ya dijimos en su momento que la normativa laboral tan sólo se refiere al régimen de responsabilidades así como los derechos de información sobre la actividad a los representantes de los trabajadores. Pero se ha podido comprobar de un estudio de la subcontratación industrial, concretamente en la Comunidad de Navarra, que el empresario principal suele exigir al contratista una serie de requisitos para trabajar con él, como es el cumplimiento de unos estándares mínimos de calidad, la disponibilidad de algún certificado ambiental, la adecuación de la formación de los efectivos o con algunos preceptos en seguridad laboral, además de las obligatorias. Pero son requisitos que cumplen una determinada finalidad; y es asegurarse de la calidad final del producto que han encargado realizar al contratista o subcontratista, y no se

exigen requisitos para asegurar las adecuadas condiciones laborales de los trabajadores. Dichas condiciones sólo están previstas para el sector de la construcción, a partir de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, desarrollada por el RD 1109/2007, de 24 de agosto, y que se aplica a las obras de la construcción que se hubieran iniciado con anterioridad al 19-4-2007. Tales requisitos para las empresas contratistas y subcontratistas son (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010):

-En primer lugar, se tiene que llevar a cabo un registro de empresas acreditadas, dependiente de la autoridad laboral competente de cada Comunidad Autónoma cuyo desarrollo y régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 1009/2007, de 24 de agosto, desarrollo reglamentario de la Ley). Este RD concreta el registro de empresas acreditadas, cuya puesta en marcha es competencia de las Comunidades Autónomas. En él deberán inscribirse todas las empresas que participen en procesos de subcontratación en obras de la construcción. Ello servirá para acreditar los requisitos de solvencia y calidad exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas. Dichos requisitos pasan por la obligación de disponer de la infraestructura necesaria para el desarrollo del negocio así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL así como por la exigencia de contar con unos recursos humanos debidamente formados en materia de seguridad y salud laboral. Sin embargo, se ha criticado por la doctrina el carácter meramente formal de la inscripción, es decir, simplemente informativa o documental, pues el “Trámite de la inscripción no es garante de ninguna condición específica de calidad ni solvencia, ni tampoco de seguridad jurídica” (Sánchez Arena, M.A., 2007; Mercader Uguina, J.R; Nieto Rojas, P., 2007, 88).

-Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.

-Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

-Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra.

-Disponer de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL.

En definitiva, cada vez que una empresa quiera contratar a otra, tiene que solicitar un certificado de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma en donde radique

la empresa subcontratado, con el objeto de quede acreditado fehacientemente que la empresa subcontratada cumple todos los requisitos que exige la Ley. Este certificado tendría que ser siempre gratuito. Tales garantías que se exigen para el sector de la construcción se deberían extender a todas las empresas contratistas y subcontratistas, por lo que se debería llevar a cabo una reforma legislativa que se establecieran como obligatorios tales requisitos. Una reforma de este tipo ayudaría a depurar el tráfico mercantil y a expulsar del mercado a las empresas contratistas y subcontratistas que lesionaran los derechos de los trabajadores, y desde el punto de vista económico generaran competencia desleal.

Por otra parte, un adecuado control público también se manifiesta en un óptimo sistema sancionador. Es necesario un cambio completo de la normativa de subcontratación en la LISOS, adaptada a una nueva normativa sustantiva en esta materia. Como se sabe, la responsabilidad administrativa prevista en la LISOS es una clara manifestación del *iuspuniendi* estatal y esencial para la supervivencia de la eficacia del Derecho del Trabajo. La normativa prevista en la LISOS tiene, por un lado, una finalidad preventiva para advertir las consecuencias desfavorables que tiene su incumplimiento así como una función represiva para aplicar tales sanciones en caso de que los sujetos implicados sean incumplidores. Para que se puedan cumplir tales funciones, es necesario que se revise la tipificación de los incumplimientos en materia de contratación y subcontratación. Incluso para llevar un adecuado control público se puede proponer también que se solicite que la Administración haga público el listado de empresas incumplidoras que hayan sido sancionadas por infracciones graves o muy graves en vía administrativa.

En la dimensión estrictamente normativa –y no sólo institucional- sería preciso pensar en la conveniencia de establecer una “nueva” ley reguladora de la subcontratación tendría que basarse y partir del art. 42 del ET: pero cambiando algunos aspectos e incluyendo otros nuevos. Al respecto, lo más prioritario, sería la modificación del supuesto de hecho del art. 42 del ET. Hemos podido comprobar que el ámbito de aplicación del art. 42 del ET es muy limitado, y a ello se le suma la falta de precisión al respecto, además de una doctrina judicial que invoca al casuismo como método más idóneo para aplicar el precepto. Del mismo modo no se indican con claridad los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, y tampoco hay una determinación legal expresa de qué se entiende por “obras o servicios correspondientes a la propia actividad”. Para ello es necesario para que haya mayor seguridad jurídica, suprimir el término contrata del art. del 42 para especificar el conjunto de negocios jurídicos contractuales que se regulan dentro del ámbito del art. 42 del ET. Se debería del mismo modo

eliminar el concepto indeterminado de propia actividad, y sólo determinar en la ley los supuestos excluidos de aplicar la regulación de la subcontratación, como es el caso de la contrata que se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, o cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

La supresión legal del requisito de “propia actividad” implicaría la extensión de la regulación de la subcontratación a todo tipo de contratas (públicas o privadas), con las exclusiones que expresamente se hagan por ley, que sin duda repercutiría positivamente en el adecuado funcionamiento de las contratas. También se tendría que incluir expresamente, que no es obligatorio para la aplicación de la normativa de subcontratación, que las contratas se ejecuten en los centros de trabajo de la empresa principal (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, 2010)³.

Se debe garantizar por vía legal el principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo para todos los trabajadores de las empresas involucradas en el proceso de subcontratación. En el Derecho vigente ha cristalizado una elección de política legislativa, que no sólo no fomenta la aproximación retributiva entre los trabajadores de la empresa principal y los afectados por procesos de subcontratación, sino que más aún es decididamente contraria a la equiparación del tratamiento salarial entre los trabajadores de la empresa auxiliar y el personal de la empresa comitente. Al no incluir nada, se hace más fácil en la práctica la utilización de la subcontratación con la finalidad de disponer de mano de obra en condiciones laborales más precarias, promoviendo así la segmentación entre el personal que forma parte del núcleo protegido del ciclo productivo (los de la empresa principal) y los trabajadores insertos en la periferia del mismo, pertenecientes a la empresa auxiliar, menos protegidos, y con harta frecuencia con empleo precario. Se tendría que regular expresamente por Ley, al igual que se ha hecho en nuestro ordenamiento para las Empresas de Trabajo Temporal o en otros ordenamientos como es el caso del italiano o el francés, la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa contratista/subcontratista.

³ Es significativo que el art. 26 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción haya dado un paso hacia adelante, al establecer en su art. 26 que el sistema de garantías dispuesta en el art. 42 del ET se extiende a todas “las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios”, de manera que se sustituye el concepto de “propia actividad” por el más amplio de “sector económico”, que, por lo demás, es objeto de delimitación funcional en el art. 3 de dicha norma pactada sectorial, comprendiendo las actividades de construcción y obras públicas; conservación y mantenimiento de infraestructuras; canteras, areneras, graveras y explotación de tierras industriales; embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; y, por último, comercio de la construcción mayoritario y exclusivista (Illuesca Ballester, H., 2015, 122).

Por otra parte, resulta excesiva la utilización de la contratación por obra o servicio determinado por las empresas contratistas-subcontratistas. Pero actualmente es una realidad jurídica, considerándose lícito por la jurisprudencia mantener que la duración de dicho contrato esté pendiente de la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios. Para limitar vía legal la excesiva contratación temporal, se podría tomar como ejemplo la solución dada en el sector de la construcción, que, mediante la regulación del contrato de obra, se ha introducido mayor flexibilidad a la empresa contratista, pero al mismo tiempo la empresa contratista está obligada a llevar a cabo un determinado porcentaje de contratos de duración indefinida.

En definitiva, es necesario diseñar un marco legal adecuado que establezca las garantías pertinentes. Hasta el momento ha habido una opción de política legislativa que no ha resuelto plenamente los problemas de incertidumbre, la confusión, los aspectos oscuros del sistema normativo y lo más grave es que el modelo de regulación legal actual de la subcontratación no ha contribuido decisivamente a superar la dualidad de estatutos jurídicos de trabajadores más protegidos en la principal, y trabajadores dotados de un estatuto protector de menores garantías o derechos laborales.

En esta senda de política del Derecho deberá proseguirse con una necesaria reforma legal (de Derecho Mercantil y de Derecho del Trabajo) que restrinja, en algunos casos, el poder de organización e instaure, ante todo, un sistema más eficiente para evitar que jurídicamente pueda producirse una precarización generalizada y una utilización de los mecanismos de subcontratación como estrategia defensiva y patológica de reducción de los costes laborales a través de dichas prácticas externalizadoras. El trabajo precario y temporal –fuertemente vinculado a la subcontratación generalizada- incide en un empleo inseguro, de baja calidad y bajos salarios. El Derecho Social del Trabajo deberá buscar un equilibrio más satisfactorio que el actual entre las exigencias de flexibilidad y las de protección de los trabajadores (en términos de estabilidad y de calidad del trabajo) dentro de la lógica transaccional que ha venido caracterizando al Derecho del Trabajo (al menos en el modelo garantista de constitución social del trabajo). Este objetivo debería situarse en el centro de las preocupaciones de todos los agentes –y actores- públicos y privados interesados en los procesos de subcontratación ante un mundo en cambio y profundamente marcado por la creciente inseguridad en el trabajo. En tal sentido, el ordenamiento laboral deberá establecer medidas de garantía efectivas tanto para los supuestos de subcontratación o “tercerización” lícita como ilícita, evitando así el abuso de poder de los empleadores y la tutela efectiva de los derechos sociales, individuales y colectivos, en el

marco de todas las operaciones de subcontración o “tercerización” empresarial sus diversas manifestaciones que ofrece la realidad económica.

Por último, se deberían de establecer *normas legales promocionales* de la negociación colectiva en la “red de subcontratación”, partiendo de los resortes legales actualmente disponibles, pero profundizando en ellos en el sentido de garantizar su eficacia. Entre estas normas de fomento deberían establecerse medidas legales encaminadas a reforzar el deber de negociar convenios colectivos de “red de subcontratación”. Pero la reforma cualitativa tiene que operar sobre la dualidad del sistema de fuentes del derecho social del trabajo. La negociación colectiva a través de la producción de normas paccionadas (pactadas) constituye un instrumento útil para complementar y adaptar (no desplazar o sustituir) la regulación legal general y también una fuente de regulación autónoma idónea para implantar mecanismos de control de los fenómenos de subcontratación empresarial.

Bibliografía

AGUILÓ CRESPI, P. *Subcontratación en el sector de la construcción: análisis del marco normativo laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ALFONSO MELLADO, C.L. “Despido objetivo por descentralización productiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, (2009).

BARBOSA GARCÍA, G.F. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª edición, Río de Janeiro: Editora Forense/Grupo Editorial Nacional, 2015.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. “Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000).

BAYLOS GRAU, A. “Representación y representatividad en la globalización”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 19 (2001).

BLASCO PELLICER, A. “Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social”, *AL*, núm. 7 (2005).

BURGOS GINER, M.A. y SANPEDRO VILLAMÓN, V. “La nueva regulación de las contratas y subcontratas”, *Revista de Trebal, economia y societats*, núm. 44, (2007).

BRIONES GONZÁLEZ, C. “El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la “locatio conducto operis” a la parasubordinación de la mano de un Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 1, (1998).

- BRONSTEIN, A. “La subcontratación laboral”, en www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf
- GALLEGO, F.J. “La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *TL*, núm. 87, (2006).
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coord.). *Transformaciones del Derecho del Trabajo en la mundialización*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- CARINCI, M^a.T.: *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino: Giappichelli Editore, 2008.
- CASTELLS, M. *La era de la información: economía, sociedad y cultura. Vol. I. La sociedad red*, 2^a ed., Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- CASINI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F. “La descentralización productiva y la realidad económica”, VV.AA.: *Descentralización productiva*, CGPJ, 2000.
- CASINI, F.; FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, M.A.; LUQUE, J.; RODRÍGUEZ, J.; SORIA, P. “El *Outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, (1998).
- CASAS BAAMONDE, M. E. “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, (1997).
- CASTRO ARGÜELLES, M^a.A. *Formas alternativas de contratación del trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Aranzadi, 2003.
- CIDONCHA, A. *La libertad de empresa*. Prólogo de Manuel Aragón, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- CORAZZA, L. “Appalti “interni” all’azienda: inadeguatezza del criterio topográfico alla luce delle tecniche di esternalizzazione del’impresa”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* (1998).
- CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo*, núm .13, (1994)
- DE SIMONE, G. *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di grupo, lavoro interinale*, Milano: Franco Angeli, 1995.
- DEL REY GUANTER, S.; GALA DURÁN, C. “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”, *Relaciones Laborales*, núms. 7-8 (2000).

- DESDENTADO DAROCA, E. *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2006.
- ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N. *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Montevideo: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- ERVITT ORQUÍN, E.: *Responsabilidad del promotor, contratista, subcontratista y otros*, Cizru Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. (Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Ed. Trotta, 2004.
- FERNÁNDEZ PROL, F. “Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y Europeo”, en *RDS*, núm. 69 (2015).
- FERNÁNDEZ ROMERO, F.J.; VIVAS TESÓN, I. “El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la Subcontratación y el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, (2007), www.giasa.com
- FORO PANEUROPEO DE LA SUBCONTRATACIÓN. “Informe del Foro Paneuropeo de la subcontratación, organizado por la Comisión de las CE, Comisión de la CE, Luxemburgo, 1993.
- GALLARDO MORA, R. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*, Madrid, Ibidem ediciones, 1998.
- GARCÍA BLASCO, J. (Dir.) y DE VAL, Á.L. (Coord.). *La Subcontratación en el Sector de la Construcción*, 2^a ed, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2009.
- GARCÍA MURCIA, J. “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 130, 1981.
- GARCÍA NINET, J.I. “La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector”, *Tribuna Social*, núm. 191, (2006).
- GARMENDIA ARIGÓN, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo: Facultad de Derecho/Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- GIL SUÁREZ, L. “La descentralización productiva y la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Descentralización productiva*, CGPJ, Madrid, 2000.
- GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A. (Dir. y Coord.). *La subcontratación en el Sector de la Construcción*, 2^a, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson-Aranzadi, 2009.

- GOERLICH PESET, J.M^a: “Empresas de Servicios, Empresas de Trabajo Temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm. 1, (2001).
- GONZÁLEZ SUÁREZ BUSTAMANTE, A. “La descentralización productiva desde la perspectiva de la empresa”, CGPJ.: *Descentralización productiva*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2000.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, 2007.
- HORTAL IBARRA, J.C. “Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social*, núm. 175, (2005).
- HOUSEMAN SUSAN, N. “Subcontratación y medición de la productividad en la industria estadounidense”, *Revista Internacional del Trabajo*, núms. 1-2, (2007).
- ILLUECA BALLESTER, H. *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- ILLUECA BALLESTER, H. “Reconocimiento internacional del trabajo garantizado”, 20 de junio de 2015. Disponible en Internet.
- JIMÉNEZ UREÑA, J.I. “La subcontratación industrial en España”, *Comparas y Existencias*, número 133, (2004).
- LAFUENTE PASTOR, V.P. “El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006”, en VV.AA.: (García Blasco, J. Dirección, De Val Tena, A.L. Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción*, Pamplona: Aranzadi, 2007.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas*, Madrid: La Ley, 1999.
- _____ “El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas”, *AL*, (2000-I).
- LÓPEZ ANIORTE, M.C. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia: Laborum, 2003.
- LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, E. “La función delimitadora del concepto de “propia actividad” en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA.: *El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Blasco Pellicer, A. (Coord.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- LUQUE PARRA, M. “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, (1999).

MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. “Descentralización productiva: *Outsourcing*”, CGPJ.: *Descentralización productiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

_____ “Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 38, (2002).

MARTÍNEZ LUCAS, J.A. “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, *REDT*, núm. 96 (1999).

MERCADER UGUINA, J.: NIETO ROJAS, P. “La ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *RL*, núm. 4, (2007).

MERCADO PACHECO, P. “Libertad de empresa (Artículo 16)”, en VV.AA. *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirección y coordinación), Granada: Ed. Comares, 2012.

MERINO SEGOVIA, A. “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: un marco normativo insuficiente y deficiente”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 45 (2009).

MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías*, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2002.

MENÉNDEZ CALVO, R.: *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Madrid: Consejo Económico y Social de España, 2009.

MIÑARRO YANINI, M. *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2002. (Gabinete PRL)

_____ “Contratas y subcontratas: la descentralización productiva”, *Documentación Laboral*, núm. 68, (2003-II).

_____ “Contratas y subcontratas de servicios: alcance de la responsabilidad solidaria para la Administración Pública”, *AL*, núm. 9, mayo de 2007.

MOLINA NAVARRETE, C.: “La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas”, en VV.AA. (Agustí Juliá, J.): *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid: Civitas, 1992.

_____ *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid: Civitas, 1994.

_____ “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social”, *RL*, (1992), Vol. II.

_____ *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas, 1992.

_____ “Grupos de empresas y subcontratación”, VV.AA (Baylos, A. Collado, L. (Eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid: Trotta, 1994.

_____ *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

_____ *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999.

_____ La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía. Estudio Preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada: Ed. Comares, 2001.

_____ “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, (2006).

_____ *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Granada: Comares, 2006.

_____ “El Derecho social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, en Capella Hernández, J.R. (Coord): *Transformaciones del Derecho del Trabajo en la mundialización*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

_____ “Análisis General. Significación jurídica del estatuto del trabajo autónomo”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. Director.; Fernández Avilés, J.A. Coord.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Granada: Comares, 2009.

_____ El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II), *Revista Aranzadi Social*, núm. 4 y 5 (2009).

_____ “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización” (I y II), en revista *Relaciones Laborales*, números 1-2 (2011).

MONEREO PÉREZ, J.L.; ÁLVAREZ MONTERO, A. “La Reforma del Artículo 42 del ET: ¿se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001”, *Temas Laborales*, núm. 61, (2001).

_____ *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación laboral*, Comares, Granada, 2002.

_____ “Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirección y coordinación), Granada: Ed. Comares, 2012.

_____ “Poder y subordinación en las relaciones laborales. Las relaciones de trabajo como relaciones de poder asimétrico”, en VV.AA. (Moisés Meilk. Dir.) *Estudios críticos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Legis Argentina/Asociación de Abogados Laboralistas, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B. del M. “Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 23.1 DUDH; art. 6, 6.1 PIDESC)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirección y coordinación), Granada: Ed. Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Comares: Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N. *El contenido de la Negociación Colectiva de Empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C. *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid: Ed. Fundación Alternativas, 2010.

MONTOYA MEDINA, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MORALES VALLEZ, E. “La externalización productiva como causa de despido objetivo”, *Tribuna Social*, núm. 179 (2005).

MORENO VIDA, M^a. N. *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal: estudio del ordenamiento interno y comunitario* Granada: Comares, 2006.

_____ “Derechos de los trabajadores en las Empresas de Trabajo Temporal”, en VV.AA. *Las Empresas de Trabajo Temporal: Estudio de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (Dirs.), Triguero Martínez, L.Á. (Coord.), Granada: Ed. Comares, 2014.

NAVARRO NIETO, F. “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AL*, núm. 18, (2005).

OIT. Trabajo en régimen de subcontratación, 1997.

OJEDA AVILÉS, A. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2010.

RECIO, A.: “Empresa red y relaciones laborales”, en A.Dubois, J.L, Millány J.Roca (coordinadores): *Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental*, Barcelona, Icaria, 2001.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en VV.AA.: *Crisis y externalización en el sector público: ¿Solución o problema?*, Ortega Álvarez, L. (Dir.), Madrid: INAP, 2011.

OLMO GASCÓN, A.M^a. *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Granada: Comares, 2002.

_____ *La Franquicia. Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “La “filialización” de la empresa”, *Actualidad Laboral*, 1999.

_____ *“Descentralización productiva y libertad de empresa”*, en Pérez de los Cobos Orihuel, F (Dir.). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

POVES PAREDES, J.; CASTRO ESTRADÉ, D. “Trabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma”, *RMTAS*, núm. 11 (1998).

RAMOS QUINTANA. *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete: Bomarzo, 2007.

RODRÍGUEZ CARDO, I. “Descentralización productiva y derecho del trabajador a permanecer en la empresa principal: a propósito de la STS de 23 de octubre de 2001”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 13, (2002).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales*, (2000-II).

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. “Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, (1996).

_____ *“El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”*, *Relaciones Laborales*, Tomo I, (2002).

RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, Ponencia general en AEDTSS.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid: MTAS, 2000.

RASO DELGUE, J. “Outsourcing”, en VV.AA.: *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L. (Dir. y Coords.). *Descentralización Productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

SALA FRANCO, T. “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios”, *AL*, núm. 9, (2005).

SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. “Análisis de la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Justicia Laboral*, núm. 29, (2007).

SANGUINETI RAYMOND, W. “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, (2004).

_____ “Descentralización productiva, subcontratación y calidad en el empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, (2006).

_____ “Globalización y regulación colectiva de las condiciones de trabajo: los derechos básicos de los trabajadores en los sectores deslocalizados”, en VV.AA.: (Escudero Rodríguez, R. Coord. Observatorio de Negociación Colectiva-CCOO): *La negociación Colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid: Cinca, 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva”, en *Aranzadi Social*, núm. 19/2006).

_____ “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción”, en VV.AA. (García Blasco, J. y De Val Tena, A.L. Dir.) *La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2007.

SORIANO CORTÉS, D.: *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla: Mergablum, 2007.

TOLOSA TRIBIÑO, C. “Encadenamiento de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Justicia Laboral*, núm. 14, mayo 2003.

TRIBAULT ARANDA, J. *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid: CES, 2000.

_____. *Liability in subcontracting processes in the European construction sector: Informe*, noviembre (2008).

UGT Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente: Regulación de los servicios de prevención y subcontratación, Madrid, 5 de octubre de 2005.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 20 (2001).

_____. “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”, RL, núm. 2 (2007).

_____. “El libro de registro de contratas y subcontratas”, RL, núm. 6 (2007).

_____. “La Reforma del régimen jurídico de las contratas y subcontratas: las otras novedades”, RL, núm. 10 (2007).

VEBLEN, Th. *Teoría de la empresa de negocios*, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada: Ed.Comares, 2009.

VV.AA. *Comentarios a la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Federación de Construcción, Madera y Afines de CCOO.

VV.AA. *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

VV.AA (Fernández López, M.F. Coord.). *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Trotta, 2004.

VV.AA (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M^a.N. Dirs.). *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada: Ed.Comares, 2004.

VVAA (Herrero de Egaña, J.M.). *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2008.

VV.AA. (Monereo Pérez, J.L; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M^a.N. Dirs.). *La Constitución Socio-Económica de España*, Granada: Comares, 2002.

CCNCC- VV.AA (Monereo Pérez, J.L. Director). *La Negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Madrid: MTAS, 2003.

VV.AA (Pérez de los Cobos Orihuel, Director). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2005.

VV.AA: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

VV.AA. (Rivero Lamas, J. (Director); De Val Tena A.L. (Coord.). *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Navarra: Aranzadi, 2003.

VV.AA.: (Sempere Navarro, A.V. Director.). *La Reforma Laboral de 2006*, Thomson-Aranzadi, 2006.

VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., Dirección y Coordinación). *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Granada: Ed. Comares, 2009.

VV.AA.: *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^a.N. Directores), Tomás Jiménez, N. (Coord.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

VV.AA.: *Las Empresas de Trabajo Temporal: Estudio de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dirs.), Triguero Martínez, L.Á. (Coord.), Granada: Ed. Comares, 2014.

EL NUEVO FRAUDE EMPRESARIAL: EL OUT SOURCING¹

OUTSOURCING: THE NEW EMPLOYER'S FRAUD

Néstor de Buen²

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es demostrar la utilización del out sourcing como forma de fraude al contrato de trabajo y de precarización de los derechos laborales. En primer lugar, son presentados el origen de la institución, sus aparentes aspectos positivos para el empleo en los países de menor desarrollo y las formas tradicionales de la intermediación. Después son demostrados los aspectos negativos del out sourcing para los países productores y su utilización como instrumento ilegal para eliminar responsabilidades laborales y disminuir la protección y los derechos laborales.

PALABRAS-CLAVE: Out sourcing. Fraude empresarial. Contrato de trabajo. Precarización.

ABSTRACT: This article aims to study how outsourcing has been used to defraud the employment relationship and to reduce labour rights. Firstly we present outsourcing's origin, its apparent advantages for jobs in emerging countries and traditional types of labour intermediation. After that we discuss outsourcing's disadvantages for developed countries and its illegal use to avoid labour liability and to reduce labour protection and rights.

KEYWORDS: Outsourcing. Employer's fraud. Employment relationship. Precarization.

Artigo recebido em 06 maio de 2016

1 Publicado originalmente em *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*. México: Editorial Porrúa, 2011.

2 Nascido em Sevilha. Mexicano por naturalização. Professor Titular do 1º Curso de Direito Civil por Concurso de Méritos da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da UNAM. Professor Emérito da UNAM. Prêmio Nacional de Jurisprudência do Colégio de Advogados do México. Autor de diversas obras de Direito do Trabalho e de Direito da Seguridade Social. Falecido em 25.04.2016, aos 90 anos de idade.

1. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN

Con motivo de mis viajes a los Estados Unidos en mi condición de miembro de la Comisión mexicana que discutiría con los Estados Unidos y con Canadá un Acuerdo de Cooperación Laboral que se anexaría al Tratado de Libre Comercio, en su caso, tuve oportunidad de conocer el libro The work of nations de Robert B. Reich entonces Secretario del Trabajo en el Gobierno de Bill Clinton. (Vintage Books, A Division of Random House, Inc. New York, 1992) Me resultó profundamente interesante porque trataba un tema que en México podría resultar provechoso para la creación de empleo y la consecuente mejoría de nuestra economía. En esencia era ya el resultado de la experiencia de empresas importantes de los Estados Unidos, particularmente armadoras de automóviles que para facilitar el ahorro en el costo de una parte de los salarios, habían decidido adquirir fuera de los Estados Unidos, desde el diseño mismo y las partes principales de países de economía más reducida. La provisión externa – que eso sería el out sourcing en una traducción por la libre - traería como consecuencia fundamental la rebaja en el costo de los vehículos que sólo incorporarían la mano de obra necesaria para el armado final. Vale la pena reproducir una frase algo larga del libro: “Los editores de libros contrataban no solamente a los autores sino además impresores, diseñadores gráficos, artistas, especialistas en mercadotecnia, y otras facetas de la producción. Inclusive los fabricantes de automóviles recurrían a la provisión externa más y más de lo que producían. (En 1990, Chrysler Corporation producía directamente solamente alrededor del 30 por ciento del valor de sus automóviles. Ford, alrededor del 50 por ciento. General Motors compraba la mitad de su ingeniería y servicios de diseño de 800 diferentes compañías”, (p. 94).

Es evidente que el ahorro salarial sería considerable pese a los costos fiscales de la exportación y en lo fundamental, aumentaría considerablemente la venta interna y la exterior gracias a la reducción del precio final.

Desde cualquier punto de vista el out sourcing constituía una inteligente decisión empresarial que ahorraría salarios a los productores; distribuiría recursos en países de economía reducida y aumentaría las ventas internas y al exterior. Confieso que en mi actitud de representante de uno de los países interesados en esas soluciones, la fórmula me pareció excelente.

Curiosamente, en gran medida el Acuerdo de Libre Comercio (ACLAN en lo que sigue) fue armado bajo la presión de los Estados Unidos a la vista de esas posibilidades. La expectativa de que México, de manera importante y en menor medida Canadá, se convirtieran en proveedores gracias a sus bajos salarios y los contratos colectivos de trabajo conocidos como “de protección”, que se celebran en México con un sindicato corporativo, sin conocimiento de los trabajadores pero formalmente depositados en una junta de conciliación y arbitraje (JCA en lo que sigue) facilitarían la competencia con empresas extranjeras. El contrato colectivo de trabajo (en lo que sigue CCT) así celebrado, implanta las mínimas condiciones de trabajo en lugar de uno de verdad que mejore la situación de los trabajadores, conservando, como ordena la fracción XVIII del art. 123 constitucional “...el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital...” Es un decir, por supuesto.

Práctica constante en el mundo laboral mexicano, que evidentemente se refleja en la disminución sensible de las condiciones de trabajo, amenazando a los trabajadores con cláusulas de exclusión para el caso de rebeldía, las posibilidades de conseguir una producción barata, allí mismo en la frontera, provocó que en el ACLAN se tomaran medidas para tratar de evitar esas estrategias. Que por cierto han resultado ineficaces ya que las posibilidades de denuncia en contra de los países violadores de las normas del ACLAN tropiezan con obstáculos insuperables independientemente de que las sanciones previstas, siempre económicas, se resuelven en multas que disminuyen las aportaciones que debe hacer cada país para el sostenimiento de la estructura administrativa del ACLAN. Finalmente, no les cuesta dinero.

2. SUS ASPECTOS POSITIVOS PARA EL EMPLEO EN PAÍSES DE MENOR DESARROLLO

No cabe duda de que el out sourcing ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo, en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas fundamentalmente armadoras. Las diferencias salariales justifican el sistema que permite a las armadoras – por denominarlas de una manera congruente con el sistema – disminuir los precios de venta y lograr mayor competitividad con los productores de otros países que mantienen el sistema anterior. En la industria automotriz se producen ejemplos notables independientemente de que también se exporten empresas en su totalidad de tal manera que tanto la fabricación como el montaje se lleven a cabo en países de menor desarrollo.

En México hay ejemplos de sobra en la industria automotriz pero también en el Sistema bancario por poner dos ejemplos notables. Pero por supuesto que no son los únicos y en todo caso los beneficios derivados de la baratura de los servicios de los trabajadores mexicanos representa una utilidad considerable para los accionistas extranjeros. Eso explica, entre otras cosas, que una de las manifestaciones lamentables de la economía mexicana consista en la privatización de las actividades que el Estado mexicano ha asumido desde que entendió que sus funciones no eran sólo las de gobernar sino también hacer negocios aprovechando que contamos con una numerosa y necesitada población que gustosamente, cuando le alcanzan sus escasos ingresos, consume los productos naturales o fabricados en el país.

El caso de la industria petrolera es notable. En sus orígenes la integraban empresas extranjeras, norteamericanas, holandesas e inglesas hasta que el Presidente Lázaro Cárdenas, el 18 de marzo de 1938 ordenó la expropiación y nacionalización del petróleo. Situación semejante ocurrió con la Industria eléctrica que también pasó por un fenómeno de nacionalización apoyado en la constitución de empresas paraestatales mexicanas, hoy en grave crisis por la inconstitucional decisión del Gobierno panista de liquidar sin mayores fundamentos constitucionales a la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, heredera directa de la Mexican Light and Power Company que por muchos años tuvo a su cargo la responsabilidad del manejo de la industria eléctrica hasta que no fue nacionalizada.

Hoy en día, la aspiración más o menos evidente del Gobierno panista, claramente de derechas, es que tanto el petróleo como la electricidad queden bajo el control de empresas extranjeras.

Volviendo al tema que nos ocupa, hay que destacar que la celebración del TLC provocó una expansión notable de las industrias ubicadas en la frontera con los Estados Unidos. El sistema que se seguía era exportar a México las partes de los productos para que fueran armadas en México y devueltas a los Estados Unidos, con mecanismos de importación y exportación que jugaban favorablemente a los empresarios en las cuestiones fiscales.

Hay que reconocer, sin embargo, que la práctica también tuvo sus aspectos negativos. No era difícil que una de esas empresas, cuando pasaba por una temporada negativa y el costo del trabajo mexicano le resultaba incómodo, hiciera desaparecer físicamente sus instalaciones en un noche adecuada para pasar la frontera, dejando a un grupo de mexicanos sin trabajo y sin posibilidades de exigir responsabilidades económicas, ya que la ubicación de las industria que huía a los Estados Unidos, hacía imposible la actuación de los tribunales de trabajo mexicanos.

Claro está que esos mecanismos, con aires de nocturnidad, contaban con la solidaridad interesada de los encargados de vigilar las exportaciones en las fronteras.

3. LAS FORMAS TRADICIONALES DE LA INTERMEDIACIÓN

La LFT de México regula con cuidado la situación de los intermediarios. En los arts. 13, 14 y 15 se describe su actividad y quedan a salvo sus responsabilidades solidarias con el beneficiario de los servicios cuando se trata de empresas establecidas que contratan trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones de trabajo.

En el caso de que se contrate trabajadores por conducto de intermediarios, estos prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán derechos iguales a los de las demás trabajadores.

Sin embargo, si la empresa intermediaria no tiene elementos propios suficientes, será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores y los que deriven de la intervención del intermediario, tendrán derecho a las mismas condiciones de trabajo que los demás. Esa responsabilidad solidaria no resulta muy efectiva la mayor parte de las veces.

Hay que reconocer, sin embargo, que la intermediación, fingiendo relaciones laborales reales entre el intermediario y los trabajadores que por su mediación se contraten, es una práctica frecuente en México. Por ejemplo, en la construcción, no es difícil que el patrón celebre con un maestro de obras, quien se ostenta como patrón, un contrato en el que el maestro aporta la mano de obra y se encarga de pagarles los salarios a los trabajadores que aporte y eventualmente las cuotas para el Seguro Social, claro está que recibiendo su importe y una diferencia interesante, del dueño de la obra. Inclusive se ha dado en la construcción la costumbre de colocar carteles en los que se invoca que los trabajadores pertenecen a un Sindicato, que por supuesto ni siquiera conocen de tal manera que no se hace evidente la relación laboral con el dueño de la obra. Y lo más probable es que ni siquiera exista el contrato colectivo de trabajo que se invoca en el cartel.

Con tales hábitos, se ha convertido en una práctica frecuente la aparición del out sourcing mexicano como un mecanismo para evitar responsabilidades laborales.

La fórmula es sencilla. Alguien, con imaginación y poca vergüenza constituye una empresa cuyo objeto social sea tan amplio que le permita llevar a cabo todo tipo de actividades de producción, comercio o servicios. Esa empresa, que normalmente se instala modestamente,

haciendo notable su insolvencia, inscribe a los trabajadores que se le presentan en el Seguro Social y asume las responsabilidades fiscales que puedan derivar de la relación de trabajo. Al mismo tiempo celebra con un sindicato a modo un CCT que reproduce las mínimas condiciones de trabajo establecidas en la ley.

Por supuesto que esa empresa no realiza trabajo alguno de producción, comercio o servicios. Sus objetivos son otros. Consisten en ofrecer a determinados patrones el alquiler de trabajadores que ostenta como propios, quedando a cargo del patrón el pago de una cantidad mensual que cubre los salarios y una diferencia sustancial que queda en favor del arrendador.

Los más avanzados y audaces de esos arrendadores suelen ofrecer fianzas para garantizar cualquier efecto económico que pueda resultarle al patrón – que no se ostenta como tal – de un despido, accidente de trabajo o de cualquiera otra responsabilidad de las que provienen del trabajo subordinado.

El contratista arrendador promete y cumple la sustitución de cualquier trabajador cuyos servicios no le sean cómodos al arrendatario, y se compromete a comparecer en cualquier juicio en que sea demandado el arrendatario invocando que el patrón es él. De la misma manera evita las consecuencias de las visitas de inspectores de trabajo, de la Seguridad Social o de las autoridades fiscales haciéndose cargo de las responsabilidades consiguientes.

Claro está que frente a ellas demuestra una insolvencia manifiesta que por la vía de la falta de recursos resuelve los conflictos que deriven de los trabajadores que, supuestamente, se presentan como propios.

Es notable la difusión que esta práctica ha tenido en México. Los empresarios recurren a ese sistema porque consideran que realmente los releva de responsabilidades. Y los proveedores de mano de obra se enriquecen aunque sus instalaciones no permitan presumirlo.

Por todo ello es más que evidente que el ejemplo norteamericano del out sourcing ha tenido un efecto absolutamente negativo en nuestro mundo laboral. Ha sido muy cómodo para las empresas acudir a las sociedades arrendadoras de servicios que, por cierto, no son tan eficaces como se pretende.

4. LOS ASPECTOS NEGATIVOS PARA LOS PAÍSES PRODUCTORES

Es evidente que el problema de la competencia internacional constituye una cuestión que los países productores no pueden dejar de tener en cuenta. Porque si bien es cierto que aprovechan la producción barata de las partes, al mismo tiempo invitan a la competencia que

puede ser local o de otro país productor. México es ejemplo de que en la Industria automotriz la competencia entre el Japón y los Estados Unidos es notable, sin olvidar las marcas europeas, particularmente italianas. Los Estados Unidos ya no tienen el monopolio del capital y hoy en día hay economías mundiales que generan competencias incómodas, desde luego la Unión Europea y el Japón y ahora, de manera inesperada, la República Popular China.

Y es que el out sourcing, que manejado a nivel nacional está funcionando con cierta eficacia, hoy en día, en los términos de la economía mundial está al alcance de cualquier país que quiera trabajar con mano de obra barata. En ese sentido, ya no es un elemento de competencia de valor universal.

Por otra parte el problema del desempleo ya no es privativo de los países subdesarrollados. En Europa y en los Estados Unidos las estadísticas del desempleo asumen una importancia especial particularmente en la política. La reciente derrota del Partido Demócrata en los Estados Unidos no es más que el reflejo de que los esfuerzos del gobierno del presidente Barak Obama para mejorar los niveles de empleo, han fracasado. En Europa, en general, el tema también es preocupante. Desde la crisis de Grecia, la política en contra de los gitanos que ha desarrollado en Francia el Presidente Sarkozy y en España la debilidad del Partido en el poder, el PSOE, al menos en las estadísticas preelectorales, a consecuencia de la falta de empleo y la presencia de una juventud que difícilmente encuentra un quehacer inmediato a la terminación de sus estudios o, simplemente, al llegar a la edad necesaria para trabajar sin poder conseguir el empleo, son notables.

En esa virtud hoy resulta poco probable que los países dominantes en la economía faciliten la salida de capitales para crear empleo en el exterior. Quien lea la prensa mexicana se encontrará todos los días con las lamentaciones por la falta de inversión extranjera acompañadas de las quejas por la evidente exportación de capitales. El notable incremento de la delincuencia, particularmente de la dedicada a la producción y distribución de drogas en alguna medida es el resultado de la falta de esperanzas de la juventud mexicana en conseguir una actividad remunerada lícita. En México se ha desarrollado por lo mismo una economía informal que no contribuye fiscalmente, ni aporta al Seguro Social y es un poco una de las causas por las que la Seguridad Social mexicana está en crisis, independientemente de las políticas equivocadas que condujeron a la imitación del modelo chileno de la Dictadura de Pinochet, con la creación de las Administradoras de Fondos de Retiro (AFORES), en rigor, un sistema de capitalización de las cuotas de la Seguridad Social en beneficio del Estado.

5. EL OUT SOURCING COMO INSTRUMENTO ILEGAL PARA ELIMINAR RESPONSABILIDADES LABORALES

Es más que evidente que el out sourcing juega con las formas pero no con el contenido. Si se atiende a la definición legal de relación de trabajo (en México, art. 20 LFT conforme al cual “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a otra persona, mediante el pago de un salario), resulta más que evidente que el arrendador de la mano de obra no recibe los servicios de los trabajadores y que estos laboran, en relación directa con un empresario, que tiene la facultad de mando contra su deber de obediencia. El art. 21 de la misma LFT es, inclusive, más enfático: “Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe”.

En la reforma a la LFT que se llevó a cabo en México en el año de 1970, una de las novedades más notables fue la afirmación de la naturaleza laboral de relaciones que habían sido consideradas, obviamente de manera formal, como producto de contratos civiles o mercantiles. Era el caso de supuestos servicios profesionales, incluyendo a los artistas, músicos y deportistas; de los toreros, de los profesionales al servicio permanente de las empresas, de los buques, tripulaciones aeronáuticas, tripulantes de ferrocarriles, agentes de comercio, autotransportistas, trabajadores de maniobras en zonas bajo jurisdicción federal, trabajadores del campo, trabajadores a domicilio y otros que hoy integran un capítulo especial de la LFT que no deja lugar a dudas sobre la naturaleza laboral de sus relaciones

Es curioso advertir que, no obstante ello, aún se presenta en la práctica la costumbre de algunos empresarios de celebrar con sus trabajadores todo tipo de contratos civiles o mercantiles. El afán de disimular las relaciones laborales puede más que la razón.

En el out sourcing obviamente se pretende esconder la verdadera relación laboral entre el empresario-arrendatario y el trabajador, objeto del arrendamiento, olvidando por supuesto lo previsto en el art. 2398 del Código civil en vigor en el Distrito Federal en el sentido de que “Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto”. Lo que significa que en el out sourcing se confunde a las personas con objetos.

Es curioso que en el Proyecto de reforma a la LFT preparado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social se considere la reglamentación del out sourcing. Claro está que es curioso pero no sorprendente.

Corresponderá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando conozca de algún asunto de esa índole, declarar su ilegalidad y reconocer que no puede disimular las verdaderas relaciones laborales.

6. LOS PROTAGONISTAS DEL FRAUDE

Evidentemente que buscando a los culpables de esta práctica, que por cierto no es solo mexicana, como se podrá ver en esta misma obra colectiva, no cabe la menor duda de que se integran con empresarios sin escrúpulos, abogados asesores de esos empresarios sin sentido de responsabilidad aunque si de oportunidad, autoridades que no reaccionan adecuadamente, como pueden ser las JCA, el IMSS y las fiscales, sin faltar por supuesto, por su papel preponderante, los sindicatos corporativos y su invento maléfico de los CCT de protección.

La solución tendrá que venir de arriba, como dijimos en un párrafo anterior o, inclusive, aunque esa posibilidad es remota, de un agregado a la LFT que al tratar el tema de los intermediarios, haga referencia expresa y negativa a la fórmula del out sourcing. Claro está que de todas maneras la cirugía fundamental debe ser procesal y tal vez las JCA no tengan en México el ánimo suficiente ya que su absoluta dependencia de los poderes ejecutivos y la alianza evidente de esos poderes con los grupos empresariales, hará difícil la resolución que tire a la basura ese instrumento de explotación y de corrupción sindical.

EL RECURSO DE AMPARO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

WRIT OF AMPARO IN SPANISH CONSTITUTIONAL SYSTEM

Fernando Valdés Dal-Ré¹

Koldo Santiago Redondo²

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es el estudio del recurso de amparo en el sistema constitucional español. En primer lugar es presentada la nueva configuración del recurso de amparo en el Derecho español. Después son analizados los requisitos de admisibilidad del recurso, inclusive la especial transcendencia constitucional y su respectiva justificación, pero también los requisitos clásicos del recurso de amparo. Finalmente son analizados los pronunciamientos posibles, la ejecución de las sentencias de amparo y el funcionamiento anormal en la tramitación del recurso.

PALABRAS-CLAVE: Recurso de amparo. Sistema constitucional. Requisitos de admisibilidad. Derecho español.

ABSTRACT: This article aims to study the writ of amparo in spanish constitutional system. Firstly we present the writ of amparo's new regulation in spanish law. After that we discuss writ of amparo's appealability requirements, such as special constitutional transcendence and its justification, but also the writ of amparo's classic requirements. Finally we discuss possible judgments, judgment's enforcement and abnormal operation of writ of amparo's process.

KEYWORDS: Writ of amparo. Constitutional system. Appealability requirements. Spanish law.

Artigo recebido em 15 abril de 2016

1 Fernando Valdés Dal-Ré é Professor Catedrático de Direito do Trabalho e de Seguridade Social na Universidade Complutense de Madrid e Ministro da Corte Constitucional da Espanha.

2 Koldo Santiago Redondo é Professor Titular de Direito do Trabalho e de Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade do País Basco (UPV/EUH).

1. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

Con la reforma de la LOTC por parte de la LO 6/2007, de 24 de mayo, las distintas fases que sucesivamente disciplinan el proceso constitucional de amparo (interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución de la demanda) sufrieron variaciones normativas que, lejos de resultar meramente formales, responden a (o vienen siendo interpretadas como) una nueva configuración de ese proceso dirigido a recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título 1º de la CE.

La “caracterización más distintiva” de esta regulación, según afirmó la STC 155/2009, de 25 de junio, del Pleno del Tribunal, es el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional”, que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. De ella nos ocuparemos más adelante con el debido detalle. Bastará decir ahora que, en opinión de la jurisprudencia constitucional, en dicho requisito se ha plasmado una opción del legislador sobre el modelo del amparo, en el ejercicio de la habilitación que le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, precepto éste que es el que consagra constitucionalmente dicho proceso.

Es ésta una nueva caracterización que, tras la citada reforma, supone, en su dimensión más cercana al ciudadano recurrente, que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para la admisión del recurso, resultando imprescindible, además, la concurrencia de aquella especial trascendencia constitucional. Un nuevo modelo, por tanto, que se enfrentaría o, al menos, que transformaría la configuración que ha presidido su anterior regulación, en la que no había controversia en torno a que el recurso quedaba orientado de modo primordial a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante.

Esta novedad exige someter a debate el diseño, planteando qué queda materialmente - más allá de las genéricas declaraciones de pervivencia de la protección singular - del recurso de amparo como instrumento de tutela subjetiva de los derechos fundamentales concretamente lesionados en un caso concreto, interrogándose también sobre si ese nuevo requisito, además de provocar una alteración del procedimiento y sus reglas, implica igualmente una transformación de su naturaleza.

No es un problema menor, como fácilmente cabe apreciar, pues al margen de lecturas formalistas (“en su caso”, dice el art. 53.2 CE cuando alude a la tutela a través de ese proceso de amparo), el mandato constitucional y la función tradicionalmente desempeñada por ese cauce de reacción frente a vulneraciones de tal entidad nos ubican, manifiestamente, ante un instrumento efectivo de tutela subjetiva, y no frente a un mecanismo en el que la reparación de la lesión sea derivada, circunstancial, accesoria o condicionada por otros fines preeminentes, como la fijación de doctrina constitucional o el papel del Tribunal como garante de los derechos fundamentales en una dimensión objetiva.

Sin duda, la Constitución dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de aquellas libertades y derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios. También es verdad que la propia jurisprudencia constitucional ha establecido que los Jueces y Tribunales son los guardianes naturales y primeros de dichos derechos (de nuevo, STC 155/2009, y anteriormente STC 22/1999, de 13 de diciembre, FJ 11, entre otras muchas), como lo es, asimismo, que la función de éstos aparece reforzada con la nueva regulación nacida de la reforma de 2007, sobre todo por la expansión que ha merecido el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), actualmente apto para paliar cualquier lesión de esos derechos fundamentales que no haya podido previamente denunciarse, frente a la regulación anterior que lo circunscribía a los supuestos de incongruencia o a la reparación de los defectos formales generadores de indefensión. Pero es igualmente irrefutable que el TC es el garante último de esos derechos, su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123.1 CE y 1.1 LOTC); el órgano que viene llamado, aun con ese carácter de última instancia, no sólo a precisar sus contenidos o a perfilarlos y delimitarlos, sino a garantizar la cobertura y tutela singular de los mismos, ya que ésta, sin duda alguna, constituye el objeto regulado en el art. 53.2 CE, que no habla de los derechos fundamentales y libertades en abstracto sino de la existencia de un procedimiento de reclamación frente a sus eventuales vulneraciones.

Desde estas elementales pero decisivas observaciones, cualquier intento de convertir el proceso constitucional de amparo en algo ajeno a esa función institucional de protección violentaría de manera frontal, a nuestro juicio, los contundentes mandatos constitucionales. Un escenario que no se daría únicamente en un modelo de exclusión de la tutela subjetiva; también allí donde se impusiera una lectura del proceso constitucional de amparo en la que la salvaguardia de los derechos fundamentales de los ciudadanos se convierta en meramente aparente, sometida a trabas de acceso insalvables o fuertemente impeditivas, o en la que aquella

tutela subjetiva resultase subsidiaria o condicionada por otras finalidades o funciones que se atribuyan al proceso con carácter preferente.

De otro lado, no puede olvidarse que la tutela de las libertades y derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, cuenta con adicionales mecanismos de refuerzo en la propia CE, como son su vinculación a todos los poderes públicos, su regulación por LO y, sobre todo, el respeto a su contenido esencial que puede sustanciarse a través del recurso de inconstitucionalidad del art. 161.1 a) CE (art. 53.1 de la CE). Por ello, la caracterización del amparo como un proceso objetivo dirigido a desempeñar una función de garantía “para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (utilizamos conscientemente y con un fin dialéctico la expresión que describe en el art. 50.1 LOTC la especial transcendencia constitucional), deberá poseer una justificación coherente y conforme con la vocación tuitiva que reclama el art. 53.2 CE y, adicionalmente, una explicación racional y sistemática que lo armonice con el resto de mecanismos de tutela previstos en la CE, al menos si con esa lógica trata de autorizarse una restricción de la protección clásica, dado que, como se acaba de ver, para su consideración supraindividual y tutela objetiva existen otros medios recogidos en el mismo texto constitucional.

A tal función objetiva sirve, precisamente, el art. 161.1 a) CE, conexión ésta que no requiere de mayores ilustraciones, pues el propio TC ha llegado a vincular la verificación de la constitucionalidad de los productos normativos a través del recurso de inconstitucionalidad con un “interés público objetivo” que trasciende a sus promotores. Pero es que ni siquiera es aquél el único mecanismo; otros procesos constitucionales, pese a no ser mencionados explícitamente en el art. 53.1 CE, desempeñan igualmente un cometido que trasciende la lesión concreta, desarrollando una función de control objetivo y definición de esos derechos. Así ocurre, de manera muy señalada, con las cuestiones de inconstitucionalidad, por mucho que queden vinculadas a un caso singular, ya que, al igual que el recurso de inconstitucionalidad, preservan la constitucionalidad de las leyes, y también, por tanto, la de las que afectan a esas libertades y derechos fundamentales.

La objetivación del recurso de amparo no podría encontrar su razón de ser, entonces, en un déficit de procesos constitucionales aptos para atender a la dimensión supraindividual de las libertades y derechos fundamentales. La objetivación, de ser entendida en términos conflictivos o excluyentes o, de otra manera, como una fórmula limitativa de la tutela subjetiva, no tendría acomodo en el art. 53.2 CE y tampoco explicación sistemática en el propio texto constitucional. En todo caso, no se está aquí postulando la idea de que esa caracterización no quepa; ni que al

recurso de amparo no puedan añadirse nuevos requisitos de admisibilidad. La tesis defendida es bien otra, consistiendo en que, sean cuáles fueran en abstracto los nuevos requisitos, como lo es en concreto el de la especial trascendencia constitucional, su interpretación y aplicación tendrán que ser compatibles con la función de tutela subjetiva reseñada; y que ésta, de no resultar prevalente, pondrá en cuestión cualquier regulación que pretenda alterar el modelo preexistente.

Estas dudas se evidencian al verificar la inteligencia que viene efectuando el TC del nuevo recurso de amparo, en particular del requisito de la especial trascendencia constitucional que está en la base de la pretendida reformulación de la naturaleza del proceso de amparo. En efecto, el vigente art. 50.1 LOTC eleva a la condición de requisito del recurso mismo:

1 [...] b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

A partir de esa novedad normativa el TC, en fase de admisibilidad, no se conforma ya con verificar la inexistencia de causas de inadmisión, como anteriormente ocurría, sino que procede ahora a examinar el recurso desde otro prisma, que conecta con un planteamiento objetivo que trasciende lo singular y permite cumplir el mandato de interpretación de la CE, de garantía de su aplicación, de aseguramiento de su general eficacia o de determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, a los que se refiere el precepto transcrito. En otras palabras, la clásica comprobación en negativo sobre la inexistencia de causas de inadmisión se sustituye ahora o, por decirlo con mayor precisión, se complementa por otra en positivo; esto es, por la concurrencia de motivos objetivos de admisión, que doten de especial trascendencia constitucional al recurso de amparo.

Como puede deducirse de la mera lectura de sus pronunciamientos, el TC ha interpretado el art. 50.1 b) LOTC en clave de objetivación del proceso. Aunque afirme con reiteración que el amparo sigue siendo un recurso de tutela de derechos subjetivos, paliativo de las lesiones producidas, aquel requerimiento de la formulación de una problemática de constitucionalidad que trascienda el caso concreto, objetivando la cuestión constitucional a debate, condiciona por completo la admisibilidad y atenúa en no pocas ocasiones, hasta el punto de convertirla en accesoria o subordinada, la tutela del derecho que haya sufrido en el supuesto sometido a consideración.

Esa circunstancia responde, probablemente, a una interpretación de la reforma dislocada por el empuje cuantitativo, siempre creciente, que tenía el amparo en las fechas previas a su aprobación, que extenuaba al Tribunal y empobrecía su dedicación al control de la constitucionalidad de las leyes. Situación estructural, a juicio de algún autor, que ponía en peligro la identidad como órgano constitucional del Tribunal, dado el incremento fuera de toda medida racional de los recursos de amparo, que impedía que pudiera afrontar con eficiencia el ejercicio de todas sus competencias³.

Aquellos hechos y esa tendencia (en buena medida corregida en la actualidad, como demuestran las estadísticas) no impiden seguir defendiendo, tras la reforma de la LOTC de 2007, una concepción del amparo diferente de la que ha tomado cuerpo en los pronunciamientos que se inician de manera destacada con la STC 155/2009. Una concepción más próxima a la dimensión tuitiva del recurso y que encarna en mejor medida por ello la función protectora de derechos y libertades enunciada en el texto constitucional. Desde luego, la CE no prefigura un modelo concreto y fuertemente perfilado de RA, pero no resulta fácil oponerse a que la asimilación más natural del art. 53.2 CE desemboca en un proceso esencialmente de tutela subjetiva y no de definición doctrinal abstracta. Y si bien esa conclusión no excluye una función objetiva del proceso, sí demanda la de garantía subjetiva, que es consustancial al recurso. El art. 162.1 b) CE, al señalar como legitimada para interponer el RA a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, no deja de ser una nueva confirmación de la idea que se expone.

A pesar de ello, el TC ha interpretado la nueva regulación en un sentido más acorde con las finalidades inmediatas atribuidas a esa reforma, sin atender a las posibilidades interpretativas que ofrece, reduciendo la densidad y la intensidad tuitiva que la ley consiente, también en su actual redacción, y que en todo caso reclama el criterio configurador de la institución en el art. 53.2 CE. No pueden dejar de entenderse estas otras concepciones menos expansivas de la función de garantía que corresponde a la jurisdicción constitucional, fundadas en su carácter extraordinario; pero no hacemos nuestras las posiciones que anudan a esa noción estricta una quiebra aparejada del verdadero fundamento motivador de un proceso como el que nos ocupa, hasta el punto de desfigurarlo.

La idea es básica pero decisiva: puede comprenderse una reforma e, incluso y también, una interpretación de la reciente revisión que estructure con mayor rigor el proceso constitucional de amparo, que fortalezca el papel de la jurisdicción ordinaria en la tutela de los

³ Cfr. CARRILLO, M.(2008,89)

derechos fundamentales, y que se encomiende a articular el amparo constitucional como una vía verdaderamente extraordinaria y final, sujeta a exigentes condiciones de acceso y agotamiento de los otros cauces reparadores previos. Pero no se comparte una inteligencia de esa reforma y de su interpretación que convierta al amparo, de facto, en un instrumento en el que la tutela subjetiva sea residual. Lo primero resulta razonable, imprescindible seguramente para la posición del propio TC, pues busca contener la avalancha de recursos y reducir su dedicación a esa específica función; lo segundo, en cambio, por mucho que quepan lecturas diversas de una regulación jurídica, también del art.53.2 CE, revela una desnaturalización del recurso y del mandato constitucional que lo define como un cauce reparador y de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La tesis aquí defendida no sólo trae causa en imperativos constitucionales; también se fundamenta en la propia dicción legal, que puede y debe ser interpretada en ese sentido, en coherencia con esos imperativos. En efecto, la LOTC contempla, entre las pautas que atraen la especial trascendencia constitucional en el art. 50.1 LOTC, que el RA se caracterice por su importancia para la interpretación de la CE, para su aplicación o para su general eficacia y, en fin, para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Algunos de esos parámetros de subsunción del caso concreto en la regla de la especial trascendencia constitucional se presentan, abiertamente, como cánones objetivos de inclusión o encuadramiento; pero otros, en cambio, permiten sin género de dudas una concepción mixta o una doble representación del proceso constitucional de amparo. La legislación, en una lectura sistemática, sigue fundamentando la configuración clásica del amparo junto al nuevo amparo objetivo.

La referencia a la “aplicación” de la CE contenida en el art. 50.1 LOTC es, a ciencia cierta, la que más claramente consiente esa lectura alternativa. Con ella se abre la hipótesis de la pervivencia del amparo en los términos tradicionales, aunque lo sea junto al nuevo amparo objetivo. Por poner un ejemplo, ¿no revela un problema de “aplicación de la Constitución” un caso en el que ostensiblemente se haya resuelto contra la jurisprudencia constitucional constante en una materia? Y si es así, ¿por qué entonces el TC entiende que carecen de especial trascendencia constitucional los recursos que denuncian aquello que de forma idéntica fue invocado y acogido en Sentencia en otros previos?

La respuesta, nos tememos, está siendo la ya anticipada: el TC interpreta que la norma dice lo que esperaba de ella. Y se esperaba una reducción del papel global y de la densidad del amparo, no lo contrario. De ahí, probablemente, esa noción excluyente que sólo admite el

amparo objetivo, aunque, una vez admitido, pueda dar lugar a la tutela subjetiva de manera derivada. Muy a pesar de ello, el texto normativo concede espacio a un proceso poliédrico: tanto el dirigido a la estricta tutela subjetiva (los recursos que afecten, sin añadidos, a la “aplicación de la Constitución” frente a lesiones subjetivas) como, además, el enderezado a resolver cuestiones de dimensión constitucional objetiva, que excedan o trasciendan el caso. En definitiva, aquellos que desvelen, además de la lesión, incógnitas sobre la interpretación de la Constitución o la delimitación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Por todo ello, es obligado seguir reflexionando sobre los márgenes normativos y sobre la función de tutela que la nueva LOTC demanda para el proceso de amparo. No nos parece de recibo, ni tiene explicación satisfactoria y, desde luego ninguna que nazca de un imperativo normativo de la reforma de 2007, que, ante la evidencia de una lesión que resulte inequívoca en función de la jurisprudencia constitucional precedente, el TC no pueda dictar unos pronunciamientos que aseguren la aplicación de su doctrina, y con ella de la CE misma. Ni la ley obliga a ello (¿a qué responde si no que el art. 52.2 LOTC disponga que la Sala podrá deferir la resolución de un recurso a una Sección “cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional”), ni existen excusas organizativas que lo fuercen, ni podrían, en su caso, invocarse éstas frente al mandato constitucional. Antes al contrario, sería sencillo y rápido dictar resoluciones de mera aplicación de doctrina que tutelen el derecho fundamental cuya lesión se muestre con certeza ante el Tribunal.

En suma, la objetivación radical del amparo no se acomoda bien a las previsiones de la reforma de 2007. La STC 155/2009 - que es la resolución que ha procedido a enunciar las causas de especial trascendencia constitucional, avanzando en aquella línea - se ha convertido entonces, y no la LOTC, en la vía de definición del modelo, a través de una interpretación de tendencia de esa LO. El TC ha terminado transformándose así en una instancia de fuerte vocación doctrinal, más que de tutela y protección, olvidando que esto último no sólo es perfectamente compatible con aquello sino, además, de imprescindible y obligada ejecución. Basta revisar la trascendental función que ha desempeñado la jurisprudencia constitucional, sobre todo la inicial, pero también –sería injusto negarlo- la más reciente. Una jurisprudencia avanzada, delimitadora de los contenidos esenciales de los derechos, así como generadora de coberturas intensas. Renunciar a ese cometido, que la ley no solo no niega sino, a nuestro juicio, incluso demanda, tiene el riesgo de distanciar la jurisdicción constitucional del ciudadano, revelando una cierta abdicación de un papel que nadie como el Tribunal Constitucional ha desempeñado ni puede perfeccionar. El fortalecimiento de la vía judicial previa, con el refuerzo del ámbito material del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, al que también

nos referiremos después, no lo compensa. La experiencia demuestra que el recorrido de este incidente ni de lejos asoma a equipararse con el amparo clásico y su más que satisfactoria cobertura de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

a. Consideraciones generales

El recurso de amparo configurado en la LO 6/2007, de 24 de mayo, no responde exactamente al modelo alemán; ni menos aún al sistema del *certiorari* estadounidense⁴. No sólo porque, en contraste con este último, se excluyan las decisiones discrecionales de admisión, sino porque, en su letra, la LOTC sigue seguramente contemplando la admisión por razones estrictamente subjetivas, como la Constitución exige y con independencia de que el factor objetivo se haya añadido en la interpretación dada por el Tribunal a la reforma. En todo caso y efectuada la anterior configuración del RA, el propósito de las observaciones que siguen es analizar los requisitos de procedibilidad del citado recurso, conforme a la doctrina constitucional.

Antes, no resultará impertinente dejar constancia de que el porcentaje de inadmisión de recursos de amparo es muy elevado. Así en el año 2014, por ejemplo, aunque se dio un repunte de casi un cuatro por ciento frente al año anterior, ingresaron en el Tribunal 7.663 asuntos (en 2006, con 11.741 recursos, se alcanzó el máximo), según las estadísticas publicadas por el órgano constitucional, y fueron admitidos a trámite únicamente 73. Aunque habría que matizarla⁵, esta información numérica es suficientemente indicativa para desvelar tanto el volumen de recursos de amparo que siguen formalizándose ante el Tribunal, como la enorme dificultad que conlleva traspasar la fase inicial de admisibilidad, alcanzando la deseada de tramitación para Sentencia.

Ese alto porcentaje de inadmisiones se debe a menudo a un cierto desconocimiento de la naturaleza del proceso constitucional de amparo, que no ha dejado aún de emplearse por un nutrido grupo de recurrentes, pese a la reforma producida en 2007 en la LOTC, como si constituyera una nueva instancia judicial, articulando demandas que no pueden prosperar al

4 Entre otros, vid. AHUMADA RUIZ, M. (2010); CARRILLO, M./ROMBOLI, R. (2012,50) y ESPINOSA DÍAZ, A. (2010, 6)

5 Las estadísticas dan cuenta de un desajuste significativo entre el número total de asuntos ingresados y el de los resueltos en el trámite de admisión. Vid. GARCIA ROCA (2003)

representar una utilización del cauce de tutela que contradice su finalidad institucional. Pero no son menores cuantitativamente los recursos que decaen por otras razones, en particular por defectos procesales en el planteamiento de la demanda o en el proceso judicial previo. En no pocas ocasiones esa circunstancia se verifica en asuntos que habrían merecido la admisión a trámite, siendo esta constatación una prueba definitiva de la necesidad de conocer los parámetros que aplica el Tribunal Constitucional en la fase inicial de admisibilidad o acceso a la jurisdicción de amparo.

La tarea es ingente. Son multitud los criterios - y, sobre todo, los factores que los matizan - que el TC ha sentado en su jurisprudencia “procesal”. No podemos, por ello, aspirar a agotar la problemática en estas páginas, ni aproximarnos siquiera a ese objetivo. Optaremos, antes bien, por un estudio singular y más detenido del doble requisito de los arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC, en la versión de la ya citada reforma del 2007, referidos, respectivamente, a la carga de justificación de la especial trascendencia constitucional por parte del recurrente en amparo, y, el segundo de ellos, a los principios que gobiernan la concurrencia de dicha exigencia material del recurso, así como los factores de delimitación y apreciación de la misma. La todavía novedosa regulación y su significativo grado de desconocimiento, determinante de un enorme número de inadmisiones, así lo aconsejan.

Una vez realizado este estudio, que ocupará la mayor parte de la presente exposición, nos centraremos en analizar los requisitos clásicos del amparo, que perviven en lo esencial no obstante aquella reforma de 2007, a pesar de que hayan sufrido algunas modificaciones de menor alcance. Esa última parte -convendrá adelantarla desde este momento- no responderá a un orden ni un planteamiento sistemático, y mucho menos a una vocación de exhaustividad. Cada requisito nos obligaría a un análisis monográfico, lo que haría inviable esa tentativa. En ese último bloque, antes al contrario, la pauta será puramente selectiva. Se ha decidido traer a colación algunas construcciones de la doctrina constitucional, relativas a esas exigencias procesales clásicas en el acceso a la jurisdicción de amparo, que pueden resultar desconocidas en una medida mayor. No significa esa opción, sin embargo, que la importancia de esos requisitos de procedibilidad sea más reducida. Cualquier indagación estadística en las decisiones de inadmisión de recursos de amparo acredita, de hecho, que es elevadísima la proporción de asuntos inadmitidos por incumplimiento de aquellos requisitos que hemos denominado clásicos (plazo del recurso, legitimación⁶, invocación y agotamiento de la vía judicial previa, señaladamente).

⁶A causa de los límites en la extensión de este trabajo, no nos detendremos en la legitimación. Sobre ella, vid PEREZ TREMP, P.(2008); GIMENO SENDRA, V. (2008, 301) y GÓMEZ MONTORO, A. J. (2003).

Antes de abordar el doble plano que articulan los nuevos requisitos de los arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC, conviene seguramente recordar la conclusión ya vertida con anterioridad, pues tiene directa repercusión en la definición de las pautas de admisibilidad del recurso, como veremos. Ya se tuvo oportunidad de señalar, en efecto, que el RA corre un riesgo cierto de diluirse en caso de que alcanzasen hegemonía las posiciones de objetivación extrema que, en ocasiones, se apuntan en la jurisprudencia constitucional. Para evitarlo, antes que otros factores, el TC debe efectuar una más profunda reflexión de la reforma efectuada, examinando y diferenciando, con sensibilidad tuitiva, los objetivos pretendidos a corto y medio plazo de las funciones institucionales.

En todo caso y más allá de las versiones contrarias que se avistan en la configuración del propio recurso, definidoras del proyecto constitucional en su relación de confluencia o intersección con los ciudadanos, la idea expuesta, que subraya la tutela subjetiva como elemento estructural del proceso de amparo, permite llegar a otras conclusiones añadidas con efectos en el examen de procedibilidad. Pueden parecer magnitudes de menor alcance por su carácter esencialmente práctico, pero su virtualidad es apremiante para la auténtica efectividad del procedimiento y la satisfacción de aquel fin declarado. Así, en primer lugar, consideramos ineludible conectar *mutatis mutandis* las exigencias de procedibilidad de la LOTC con el canon constitucional aplicado en el acceso al proceso, como vertiente de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El RA no es - e innecesario resulta recordarlo - un recurso judicial; otra es la naturaleza del órgano constitucional que lo enjuicia, y propia y singular es la finalidad institucional de los procedimientos ante él regulados. Pero la caracterización constitucional del proceso de amparo como un cauce de tutela subjetiva, por más que quepa adicionalmente una expresión objetiva del mismo, dejaría en evidencia una interiorización rigorista y restrictiva del recurso por parte del TC y, más en concreto, una apreciación de los requisitos procesales del amparo de espaldas al canon que ordinariamente aplica la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). No podemos compartir, entonces, las interpretaciones de los requisitos de procedibilidad que sean irrazonables, por supuesto; pero, además y tampoco, las que, por su formalismo, resulten desproporcionadas en contraste con la entidad de los defectos en los que haya podido incurrir la parte recurrente.

En la comprensión y aplicación de ese canon de constitucionalidad, a menudo se mezcla el doble control secuencial que se ejecuta en el derecho de acceso a la jurisdicción. Incluso el TC, que lo tiene perfectamente definido en algunos pronunciamientos, parecería contradecirlo en ocasiones. En efecto, en el primero de los planos de enjuiciamiento, el TC se ocupa -cuando

se alega una restricción lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción- de la razonabilidad de la interpretación efectuada por el juzgador del requisito procesal de que se trate. Analiza, dicho en otras palabras, si la interpretación realizada de la norma procesal es manifiestamente irrazonable - incoherente o ilógica, en esencia - o arbitraria - carente de fundamento en Derecho, sin entrar en mayores matices -, a lo que añade, como tercera hipótesis de lesión, el error fáctico en la apreciación de la aplicabilidad de la causa que ha conducido a la extinción del proceso. En ese punto no tiene protagonismo todavía el juicio de proporcionalidad. El órgano judicial puede ser incluso rigorista, siempre que su interpretación procesal quepa en Derecho.

Sólo si la decisión adoptada sobre el requisito procesal supera ese primer filtro, se activa el segundo plano o juicio de proporcionalidad, donde está comprometido, ahora sí, el principio *pro actione*. Ese test de proporcionalidad –que salvo en lo penal y en lo sancionatorio no opera igual en otras fases, ni en los sucesivos grados jurisdiccionales ni en los remedios procesales previstos ante el propio órgano que dictó la resolución- toma otro punto de partida; a saber: que el incumplimiento del requisito procesal se ha producido, puesto que, conforme al primer test (interpretación razonable y no arbitraria), se concluyó que la decisión judicial era posible. En suma, se asume la interpretación realizada por el juzgador (y el consiguiente incumplimiento procesal de la parte), pasando a examinarse si el efecto extintivo del proceso asociado por el órgano judicial a ese incumplimiento puede calificarse como rigorista o desproporcionado (segunda fase del canon de acceso al proceso), concluyéndose, de constatarse esto último, con la misma declaración que se alcanzaría de no haberse superado la primera fase de la secuencia de control (manifiesta irrazonabilidad, arbitrariedad o error fáctico): la vulneración del art. 24.1 CE.

En otras palabras, la lesión se puede producir, en la primera fase, bien por no existir causa de cierre del proceso aplicable al comportamiento procesal de la parte (arbitrariedad), bien por ser manifiestamente irrazonable o errónea, en un enfoque fáctico, su aplicación; y en la segunda, por ser desproporcionada la consecuencia extintiva o restrictiva de la acción en contraste con la entidad del defecto cometido. La primera parte del canon, no estará de más aclararlo, no opera en términos de corrección jurídica de la interpretación y, ni siquiera, de favorecimiento de la acción frente a otras opciones hermenéuticas menos generosas, sino a través de un juicio externo, indirecto, de no manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad de la respuesta judicial. El canon de proporcionalidad, por su parte, se actualiza en función de las circunstancias del caso, puesto que, aun cuando la idea de proporcionalidad puede perfilarse *ex ante*, pues permite una representación previa como criterio de control, su plasmación efectiva ha de atender inevitablemente a las circunstancias singulares del supuesto de hecho. Así, se

valoran, según los casos, la gravedad del incumplimiento, la finalidad del requisito procesal incumplido, la claridad de la norma desatendida (ya que una cosa es la razonabilidad de la interpretación judicial, y otra, diferente, la confusión que el texto legal pudo eventualmente generar en el demandante, lo que tiene incidencia en un test de proporcionalidad), las posibilidades de subsanación ofrecidas por el juzgador, la claridad del requerimiento judicial cuando el incumplimiento haya determinado la apertura de un trámite paliativo o preservador de la acción o, en fin, el objeto del proceso y los derechos en él sustanciados, entre otros factores.

Lo anterior razonado, ya estamos en condiciones de trasladar la lógica expuesta al proceso de amparo. Desde luego y como cualquier otro procedimiento jurisdiccional que se pretenda desarrollar con seguridad jurídica, el RA requiere un régimen procesal claro. Por otra parte, es patente que no debe despreciarse el propósito de una recta ordenación del proceso, ni desdeñarse que ese objetivo deseable reclama –más cuando hablamos de actuaciones ante un Tribunal como el Constitucional- una doctrina procesal rigurosa, bien que no rigorista. La interpretación de los requisitos, así, atrayendo ahora aquel primer plano de la razonabilidad y no arbitrariedad propio del art. 24.1 CE, impone una lectura recta y escrupulosa, adecuada para el buen gobierno de un proceso en el que interviene tan alta institución y en el que se deducen derechos de significación esencial. No parece adecuado, entonces, un comportamiento procesal ambiguo, informal o que no colabore con la justicia constitucional que se demanda, como tampoco el que soslaye la lógica del sistema, caracterizada por la intervención última del TC, aunque no por la exclusividad de éste en la función de tutela de los derechos fundamentales, que comienza mucho antes, en las fases administrativa y judicial previas.

La seriedad formal que la solemnidad del proceso de amparo lleva aparejada se pone de manifiesto en los pronunciamientos del TC. Ocurre en fase de admisibilidad; pero se advierte también en la parte dispositiva de las sentencias, que en un número notable de casos se traducen en la inadmisión, sin analizarse el fondo del asunto. La pérdida de la tutela demandada, motivada por la falta de diligencia del recurrente, pesa sobre éste hasta el final, toda vez que los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el RA no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando en su caso lugar a un pronunciamiento de inadmisión, según afirma con reiteración el TC (recientemente, por ejemplo, STC 203/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

Sin embargo, esa exigencia de rectitud en el cumplimiento de las exigencias procesales, que compartimos, no puede traducirse en severidad, inflexibilidad o formalismo enervante. Debe adquirir todo su protagonismo, frente a ello, aquel segundo plano de la proporcionalidad propio del acceso al proceso (art. 24.1 CE), que atraemos *mutatis mutandis* a la apreciación de los requisitos procesales del amparo. No es está una proposición huera ni una reclamación voluntarista; muy al contrario y como se verá a continuación, en el examen concreto de los requisitos, en los pronunciamientos del TC se advierte a menudo un debate interno, una tensión interpretativa también en estos planos procesales. Que esa tensión exista es de por sí preocupante porque, si llegaran a tomar cuerpo en ese órgano constitucional concepciones que negaran a la tutela el abrigo que precisa, ahora a través de un rigorismo formalista en la interpretación de los requisitos de acceso, la consecuencia no podría armonizarse con la finalidad tuitiva del recurso. Y en ello se debate algo más que el otorgamiento del amparo en este o en aquel caso; se juega la intensidad y efectividad del modelo de protección reforzada de los derechos fundamentales ordenada por la Constitución.

El riesgo es real y no puede pasarse por alto. Llevado seguramente por la acumulación de recursos que en buena medida desencadenó la reforma del 2007, se inició hace tiempo una evolución hacia la contracción de la jurisdicción de amparo, también plasmada en una mayor rigidez procesal. Los intentos de desmentir esa proposición invocando, precisamente, las nuevas exigencias de la reforma de 2007 (el incumplimiento de los requisitos vinculados a la objetivación del amparo) resultarían fallidos, sobre todo porque la tendencia indicada empezó mucho antes de aquella modificación de la LOTC. Ante esa evidencia cabe preguntarse si se está produciendo un estrechamiento de la vocación de tutela o si, antes que ello, lo que se manifiesta es una constricción cualitativa de la relevancia que el Tribunal quiere otorgar a ese proceso constitucional. Son estos unos interrogantes de notable relevancia, en modo alguno banales o de tono menor, que, a pesar de conectar con la exposición hecha con anterioridad, vuelven a tener vigencia y de modo directo en relación con el examen de los requisitos de procedibilidad.

b) La especial trascendencia constitucional como requisito sustantivo o condición material de procedibilidad

La jurisprudencia constitucional dictada desde 2007 revela que no hay tutela subjetiva posible, ni opción alguna de admisibilidad del recurso, si no concurre la condición de la especial

trascendencia constitucional⁷. Nos referiremos ahora a la exigencia material [regulada en el art. 50.1 b) LOTC] y no a la carga de justificación de la misma, impuesta al recurrente en el art. 49.1 *in fine* LOTC, de la que nos ocuparemos más tarde, en el siguiente apartado.

Que la especial trascendencia constitucional sea verificada en fase de admisibilidad, convirtiendo el requisito en un parámetro de la decisión inicial de tramitación del recurso para Sentencia o cierre del proceso, no impide caracterizarla como algo distinto a una exigencia meramente procesal. Lo ha subrayado el propio Tribunal en su STC 178/2012, de 15 de octubre, o recientemente en la STC 23/2015, de 16 de febrero, afirmando que no se está ante un requisito meramente formal, sino ante un exigencia material, sustantiva, a lo que no obsta que la condición del art. 50.1 b) LOTC se haya calificado como requisito de procedibilidad de la demanda (ATC 264/2009, de 16 de noviembre, FJ único).

La jurisprudencia constitucional ha prestado mayor atención al alcance del art. 49.1 LOTC (carga de justificación) que al del art. 50.1 b) LOTC. Con relación a esto último, es decir, en cuanto a lo que sea la especial trascendencia constitucional en sentido propio, la STC 155/2009, de 25 de junio, del Pleno del TC, identifico, sin ánimo exhaustivo –expresamente dice que se trata de un elenco abierto-, los supuestos en los que se verifica. En ese pronunciamiento se perfilaron el concepto y los criterios que la LOTC ofrece, y en los que vincula los recursos de amparo, desde ese prisma, a “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”, facilitando, con la elaboración del catálogo de supuestos reconducibles a la causa de “especial trascendencia constitucional”, una primera pauta para los recurrentes en amparo a fin de que puedan cumplir en un escenario de certeza jurídica la carga justificativa que les impone el art. 49.1 *in fine* LOTC⁸.

En concreto, la STC 155/2009, FJ 2, cita los supuestos siguientes:

- a) Cuando un recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) cuando el recurso dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos

7 Entre otros, vid: MATIA PORTILLA (2009); ESPINOSA DÍAZ (2010); ORTEGA GUTIÉRREZ (2010); CABAÑAS GARCÍA (2010) y NOGUEIRA GUASTAVINO (2010)

8 Se ha solicitado al Tribunal que especifique la razón por la que admite a trámite un recurso de amparo, ya que esa práctica sería muy útil para futuros recurrentes. En ese sentido, HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2011). En ello se ha detenido la STEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón contra España*, apartado 46, a partir de la cual y con cita de la misma desde la STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, la jurisprudencia constitucional entiende que constituye una exigencia de certeza explicitar el cumplimiento del requisito, haciendo “reconoscibles los criterios de aplicación empleados al respecto” por el Tribunal.

internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la vulneración traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Con esta construcción, el Tribunal trata de dar contenido y pautas para la interpretación del ya citado art. 50.1 LOTC. Este pronunciamiento de 2009 del Pleno del TC constituye, pues, la resolución que especifica el requisito. Hasta la fecha de su dictado, diversos AATC se limitaron a destacar las obligaciones del recurrente, centrándose en verificar la concurrencia de las exigencias establecidas en el art. 49.1 *in fine* LOTC. El ATC 188/2008 ofrece una buena ilustración de la anterior aseveración, pues en su contenido el TC señala que el recurrente se limita a exponer los hechos en que fundamenta su pretensión así como a exponer las razones por las que considera que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sin cumplir sin embargo con lo prevenido en el art. 49.1 LOTC, ya que tal proceder (que confunde el nuevo requisito material del recurso con la lesión del derecho fundamental) no satisface la obligación de razonar que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”.

La STC 155/2009 ofrecerá la respuesta pendiente en el plano de la identificación de los recursos susceptibles de encauzarse a través del RA. En su FJ 2 se plasmarán los siguientes principios:

a) El legislador, como ya se anticipó en anterior epígrafe, ha optado por configurar un nuevo recurso de amparo. En concreto y frente a la clásica configuración de ese proceso constitucional, la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable no es ya por sí sola suficiente para admitir el recurso, al ser imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”. Esta condición dota de una dimensión objetiva al planteamiento del recurrente, que a su través somete a debate no tanto la lesión subjetiva de un derecho fundamental sino,

con ocasión de ella, un problema de constitucionalidad que trasciende la vulneración singular y facilita al Tribunal la determinación de una doctrina general.

b) El recurrente ha de satisfacer necesariamente la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso. Más adelante y una vez examinada la exigencia material en que consiste la especial trascendencia constitucional, nos hemos de referir a este aspecto.

c) Será el Tribunal, pese a ser carga del recurrente aquella justificación (art. 49.1 *in fine* LOTC), quien aprecie la existencia o inexistencia de esa condición o exigencia material de procedibilidad [art. 50.1 b) LOTC]; y lo hará atendiendo a alguno de los tres criterios que en el precepto se señalan, a saber: “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. En este contexto y aunque el recurrente cumpla con destreza su carga de argumentación, no tiene garantizada la admisión y tramitación del recurso para sentencia.

d) Por último, la superación de la fase de admisibilidad desde ese enfoque tampoco anticipa el signo de la sentencia sucesiva. En otras palabras, la decisión de admisión no condiciona las facultades del TC en la resolución del fondo del asunto, que podrá ser, por supuesto, desestimatoria de la pretensión.

Lo anterior razonado, ya estamos en mejores condiciones de examinar con el detenimiento debido los supuestos recogidos en el elenco enunciado en la STC 155/2009:

a) El primero de ellos, previsible en una estricta concepción objetiva como la que está ocupando el espacio en el nuevo amparo, es aquel en el que el RA plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina del TC. El RA suscita, en suma, un tema con dimensión constitucional pendiente de doctrina.

En relación con este primer supuesto, es necesario enunciar dos ideas básicas. En primer lugar, la jurisprudencia acredita que el TC no piensa en “casos nuevos o casos no tratados” en atención a los perfiles fácticos del supuesto, sino en problemas materiales de constitucionalidad ligados a la delimitación de contenidos y límites de los derechos fundamentales y pendientes en la doctrina constitucional. En segundo lugar y aunque ciertamente la consideración que sigue conecta con la carga de justificación del art. 49.1 *in fine* LOTC más que con la causa reseñada del art. 50.1 b) LOTC, sería razonable que el TC demandara a los recurrentes que invocan ese supuesto de especial trascendencia constitucional un esfuerzo de diferenciación del problema planteado respecto de otros próximos resueltos en los precedentes jurisprudenciales; esto es, un razonamiento que argumente por qué aquella doctrina previa no resuelve la nueva cuestión de

constitucionalidad que se formula en la demanda. Es ésta una tarea recomendable de todo punto llevar a efecto en la demanda de amparo. Y ello, por cuanto, aunque en muchas ocasiones existirá un encuadramiento doctrinal válido en sentencias anteriores, un pronunciamiento adicional puede resultar necesario para despejar perfiles nuevos o introducir matices en la jurisprudencia clásica, circunstancia que conviene que sea puesta de manifiesto y justificada por el recurrente.

b) La segunda causa alude a recursos que den ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por la aparición de nuevas realidades sociales o de revisiones normativas relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; por ejemplo, el TEDH, el TJCE o el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

No exige un esfuerzo sobresaliente vislumbrar el amplio recorrido que esta causa posee tanto para favorecer la reconsideración de su doctrina por parte del Tribunal, como para cumplir la carga de justificación que grava al recurrente en amparo. Como es fácil advertir, este supuesto de especial trascendencia constitucional permite una reconsideración jurisprudencial o la aclaración que se estime necesaria (por ejemplo, STC 192/2012, de 29 de octubre); pero también la adaptación de la jurisprudencia en cuestiones clásicas en razón de una lectura evolutiva de los derechos fundamentales, a tenor de innovaciones legislativas (ni siquiera se requiere expresamente que se trate de normas nacionales o de Derecho interno) o de aportaciones de los órganos internacionales de garantía. Si se consigue destacar la relevancia de esas vicisitudes normativas o novedades jurisprudenciales, o incluso si se argumenta en términos evolutivos de la realidad social, podrá dar el Tribunal por cumplida la carga de justificación del art. 49.1 *in fine* LOTC. La causa cuenta así con un amplio margen de apreciación, desembarazando al TC de corsés en sus decisiones de admisibilidad y de *overruling*, y ofrece asimismo posibilidades significativas a los recurrentes para satisfacer su deber de argumentación de la dimensión objetiva del amparo.

c) La tercera causa mencionada en la STC 155/2009 se predica de aquellos supuestos en los que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general. Se refiere el TC en ese punto al amparo indirecto contra ley; o, en otros términos, el que se formula con ocasión de la aplicación de una norma eventualmente inconstitucional por los órganos judiciales (art. 44 LOTC) o por el Gobierno o los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas, o sus autoridades, funcionarios o agentes (art. 43 LOTC).

Se trata de una función genuina del TC, a través de la cual éste examina la constitucionalidad de la ley, aunque no quepa el amparo directo contra Ley⁹, sino sólo el indirecto o aplicativo; y requerirá, en principio, la canalización de la duda suscitada a través de la cuestión interna de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC, lo que implicará la suspensión del plazo para dictar sentencia y la atribución al Pleno del conocimiento de la constitucionalidad de la norma controvertida.

Desde la perspectiva de la carga de justificación del art. 49.1 LOTC, esta causa obligará a la justificación de la inconstitucionalidad de la norma controvertida por parte del recurrente en su demanda, sin que proceda, en otro caso, la admisión a trámite y sin que pueda suscitarse de oficio la cuestión interna de inconstitucionalidad por el TC.

Lo mismo sucederá cuando la justificación de la especial trascendencia se formule en el recurso con base en otras causas del elenco de la STC 155/2009, no apreciables a juicio del Tribunal. Que éste advierta que la ley aplicada y no cuestionada en la hipótesis de la que ahora hablamos pueda ser inconstitucional, no le permitiría sanar de oficio la carga insatisfecha que obliga al recurrente *ex art. 49.1 in fine* LOTC. A esa posibilidad parece oponerse el hecho de que la cuestión interna de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC se contemple en el capítulo tercero del Título III de la LOTC, relativo a la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos. La decisión de formulación de la cuestión interna de inconstitucionalidad, lo mismo que la consideración sobre la eventual inconstitucionalidad de la norma, queda encuadrada así en la fase de sentencia y no, entonces, en la de admisión y tramitación de la demanda (capítulo segundo del mismo Título), que es en la que opera la exigencia de justificación de la especial trascendencia constitucional.

En definitiva y al igual que el TC no puede suplir al recurrente que no aporte justificación alguna de la especial trascendencia constitucional en otras situaciones, o que no puede complementar la precariedad de sus argumentos sobre la misma, tampoco podría hacerlo por el hecho de que sea inconstitucional la ley aplicada al caso, sin que ese límite decaiga a la vista de la regulación contenida en el art. 55.2 LOTC.

d) La cuarta causa que puede fundamentar la especial trascendencia constitucional consiste en que la vulneración del derecho nazca de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental, creyendo necesario proclamar otra que sea conforme a la CE. Este motivo no piensa ni en la contradicción de doctrinas entre tribunales sobre los contenidos y límites de los derechos fundamentales, ni tampoco en el

9 ARAGÓN REYES, M (2005, 141)

incumplimiento reiterado de los precedentes de la jurisprudencia constitucional. Una lectura sistemática con el resto de los supuestos recogidos en la STC 155/2009 lo circunscribe a interpretaciones jurisprudenciales disconformes con la CE y que, además, se ocupen de temas no resueltos en la doctrina constitucional, situando la causa así en un escenario de “novedad doctrinal”, que, como vimos, también caracteriza la primera del catálogo ahora a examen.

Concurre, en todo caso, un doble factor que la distingue de otras. De un lado, la reiteración de la interpretación discutida; y, de otro, que la jurisprudencia que el TC quiera contradecir se predique de la interpretación judicial de la ley. Este doble dato diferencia el cuarto supuesto del primero de los enunciados en la STC 155/2009, en el que es suficiente la novedad de la cuestión planteada, haya o no reiteración de la interpretación, y en el que, además, puede alegarse tanto frente a la interpretación efectuada por órganos judiciales como contra la llevada a cabo por el Gobierno o los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas, o sus autoridades, funcionarios o agentes (art. 43 LOTC). De igual manera, el factor interpretativo que perfila la causa que analizamos sirve para diferenciarla de la que fue enunciada en tercer lugar (inconstitucionalidad de la ley aplicada al caso), pues en aquélla es la ley misma la que contendría el vicio de inconstitucionalidad, mientras que lo que ahora se debate es una interpretación reiterada de la misma.

En suma, el recurrente deberá acreditar la novedad de la cuestión que plantea y la reiteración de su interpretación en la jurisprudencia para lo que, como es obvio, deberá argumentar la sustancial identidad entre los casos que invoque para el contraste y también, añadiríamos, la sustancial identidad de la perspectiva jurídica desde la que fueron juzgados, como, finalmente, las razones en las que apoya la inconstitucionalidad de aquella solución que rechaza.

Examinando el enunciado de la STC 155/2009, parecería que el TC únicamente contempla la admisión a trámite en este tipo de recursos si en la fase preliminar que la admisibilidad representa se advierte sin sombra de incertidumbre que la interpretación jurisprudencial controvertida provoca, en efecto, la lesión denunciada. Sin embargo y como quiera que es en la sentencia y no en la fase de admisibilidad cuando el TC fija jurisprudencia, y que las decisiones en aquel momento inicial no condicionan ni constriñen el futuro pronunciamiento de fondo, lo razonable es presumir que el propio TC apreciará la especial trascendencia constitucional cuando exista un panorama suficientemente indicativo de una posible vulneración del derecho de que se trate, sin perjuicio de que en sentencia llegue eventualmente a la conclusión contraria.

Por lo demás y aunque la aseveración pueda resultar una obviedad, el supuesto ahora a examen se extiende a cualquier derecho fundamental afectado por la interpretación judicial de

la ley, sin que el hecho de que su actualización o concreción provenga de un acto judicial de interpretación normativa la encuadre en el derecho a la motivación que integra el art. 24.1 CE.

e) Una inteligencia sistemática sobre las dos últimas causas que conforman el catálogo enunciado en la STC 155/2009 conduce a una paradoja. La letra e) de este listado habla de especial trascendencia constitucional en aquellos supuestos en los que la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisprudencia ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros. La letra f), por su parte, se ocupa de las situaciones en las que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC; acatamiento que impone, lo recuerda expresamente aquel pronunciamiento del Pleno del Tribunal, el art. 5 LOPJ.

En el primero de los enunciados, por consiguiente, parece atenderse a la inaplicación o incorrecta aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre un derecho fundamental, ya cuando tenga carácter general y, por tanto, se manifieste en las resoluciones de varios órganos judiciales, ya cuando sea reiterada por parte de un mismo órgano judicial. Se enuncia además una especie de unificación de doctrina constitucional, pues queda también incluida, como se ha visto, la hipótesis de resoluciones judiciales contradictorias que merezcan una intervención de uniformización por parte del Tribunal.

Puede advertirse que la STC 155/2009 no reclama como condición de concurrencia de ese supuesto de especial trascendencia constitucional la intencionalidad del órgano u órganos judiciales en orden al incumplimiento de la jurisprudencia constitucional. Se trata de una inaplicación objetiva de la doctrina, sin un elemento adicional volitivo de resistencia al cumplimiento, bastando que esa inobservancia esté adjetivada, además, por los elementos de generalidad en la inaplicación o reiteración, o bien por la reseñada contradicción.

La definición de esa causa en la STC 155/2009 se significa por la ausencia de mención expresa al art. 5 LOPJ, a diferencia de lo que se hace constar en el supuesto f) del elenco. Por este lado, puede concluirse afirmando que el TC quiere contemplar con ello, en el motivo de la letra e), no sólo situaciones de inaplicación crasa, fácilmente reconducibles al mandato del art. 5 LOPJ, sino también otras menos groseras en las que sencillamente se discrepe de la interpretación que se esté realizando de su doctrina previa o en las que se disienta de la proyección de la misma a casos que plantean problemas próximos, condicionados entonces por la jurisprudencia existente, pero no idénticos en su dimensión constitucional a los resueltos por

los precedentes jurisprudenciales aplicados. Sea como fuere, la reiteración o la generalidad de la inaplicación, o la contradicción entre pronunciamientos, perfilan en esa letra la desatención objetiva de la doctrina constitucional como causa de la especial trascendencia constitucional, quedando excluido sin embargo un escenario en el que el incumplimiento objetivo, no intencional, sea puntual o singular.

Al plano volitivo se refiere, en cambio, el supuesto f): la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional. Tal y como se formula en la STC 155/2009, es indudable que no es necesaria la reiteración, la generalidad ni la contradicción de pronunciamientos. Basta con que se evidencie en una única resolución de un órgano judicial la voluntad manifiesta de incumplir la jurisprudencia del TC. Es patente la conexión de este supuesto de “rebeldía o resistencia judicial” con el mandato del art. 5 LOPJ, que dispone que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y «vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Tan es así que expresamente se invoca esa previsión normativa al enunciarse en la STC 155/2009 la causa f) que nos ocupa.

Que la rebeldía del órgano judicial es condición de la subsunción de un recurso de amparo en esa causa de especial trascendencia constitucional, así como que la inaplicación singular objetiva y no intencional queda excluida de ella, se observa abiertamente en el ATC 26/2012, de 31 de enero, en el que se afirma que:

(...) la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable en este caso concreto, es algo radicalmente distinto a la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación; algo diferente, dicho en otras palabras, a una decisión consciente de soslayarla (en ese sentido, STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3), elemento intencional o volitivo que caracteriza el concreto supuesto de especial trascendencia constitucional¹⁰.

En suma, en contraste con el incumplimiento general o reiterado de la doctrina constitucional del apartado anterior, ahora será suficiente que un solo órgano judicial, en una única resolución, se aparte voluntariamente de la doctrina constitucional.

Este doble parámetro seguido en la apreciación de la especial trascendencia constitucional en las causas ahora examinadas tiene un efecto paradójico. No es del todo comprensible que la existencia de un elemento intencional haga constitucionalmente trascendente la inaplicación de la jurisprudencia y no provoque la misma consecuencia el efecto

10 En el mismo sentido, AATC 141/2012, de 9 de julio, y 108/2014, de 7 de abril.

inaplicativo que igualmente se produce en casos en los que no se da una negativa al cumplimiento pero sí un incumplimiento objetivo de la doctrina; por ejemplo, por desconocimiento de la jurisprudencia constitucional. Expresada la idea en otras palabras, tiene especial trascendencia constitucional la “desobediencia” y no, en cambio, la garantía del cumplimiento de la doctrina constitucional, pues el único elemento diferenciador cuando de una resolución singular se trata, que incluye o excluye, es aquel factor volitivo. Esta conclusión determina que la inaplicación sea el presupuesto pero no la condición de la especial trascendencia constitucional, pues la condición en los casos de inaplicación singular de la doctrina previa es la intencionalidad.

En definitiva, la intención tiene mayor relevancia que la garantía doctrinal, tesis ésta discutible. No es comprensible, en efecto, que la resistencia o rebeldía de un órgano judicial, producida en un único caso, dote a un recurso de especial trascendencia constitucional (que es un concepto sustantivo, según se dijo) y, sin embargo, la flagrante y también puntual inaplicación objetiva de la doctrina no lo haga (la inaplicación general y reiterada ya está en el elenco de la STC 155/2009, según se expuso).

Ese estado de cosas es insatisfactorio, no resultando inoportuno replantearse esa causa f) del elenco a fin de introducir la inaplicación objetiva y crasa, el error sustancial y grave en la proyección a un caso de la doctrina constitucional, o la interpretación abiertamente incorrecta de la jurisprudencia del Tribunal, aunque sea puntual.

En contra de la tesis ahora defendida, se podría objetar que con ello se vuelve al amparo clásico, obviando que el Tribunal recordó en la STC 155/2009, como luego en otras, que la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, ha determinado una nueva configuración del recurso de amparo, en el que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso. Esa objeción, de ser correcta, invalidaría lo que se sugiere. Pero parte de un error de apreciación de nuestras premisas: en efecto, con la lógica que exponemos el fundamento de la concurrencia de la especial trascendencia constitucional no radicaría en la necesidad de reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante, sino, por el contrario, en asegurar la efectividad de la doctrina constitucional cuando la misma sea manifiestamente inaplicada.

Tal factor de aseguramiento doctrinal subyace en el supuesto de la letra e); e, incluso, en el de la letra f) del elenco. Por tanto, la inaplicación objetiva, flagrante pero singular, podría

incluirse igualmente, junto a la intencional, en el listado, dado que se haría efectiva también esa función de garantía doctrinal que dota al recurso de especial trascendencia constitucional. De ese modo, podría paliarse uno de los resultados paradójicos derivados de la interpretación del nuevo requisito que reconfigura el proceso de amparo: la inactividad del Tribunal ante ciertas lesiones palmarias de derechos fundamentales. Además, se evitaría la tentación de fraudes en el incumplimiento jurisprudencial (lo que podríamos calificar como inaplicación silenciosa pero intencional de la doctrina constitucional) y, sobre todo, se englobarían todas las hipótesis de incumplimiento de la misma en el requisito sustantivo de la especial trascendencia constitucional [la intencional singular –letra f-; la objetiva pero patente aunque sea singular – extensión de la letra f-, y la no intencional pero general o reiterada o necesitada de unificación –letra e-], convirtiendo al Tribunal en verdadero garante de su jurisprudencia. Como efecto derivado, se revitalizaría la función institucional de tutela subjetiva que debe asegurarse en el amparo.

f) El listado de la STC 155/2009 se cierra con la letra g), que declara que concurrirá también el requisito material de procedibilidad del art. 50.1 b) cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto al plantear una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social o económica, o tener unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, como hace constar el propio TC, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Comenzando con las menciones expresas, es importante destacar que en los amparos electorales la especial trascendencia constitucional no se presume, pese a la cita que contiene la STC 155/2009. Las diversas resoluciones del TC en los procesos electorales recientes así lo acreditan; sus sentencias abordan el examen de la demanda tanto para analizar si la justificación por parte del recurrente se ha realizado, como para enjuiciar si el requisito material se manifiesta en el recurso (entre otras, STC 61/2011, de 5 de mayo, o 160/2015, de 14 de julio). Idéntica conclusión puede predicarse de los amparos parlamentarios (STC 200/2014, de 15 de diciembre, por todas).

Más difusa es, en cambio, la mención a las cuestiones jurídicas relevantes y de general repercusión social o económica. Esta expresión parece hacer referencia a un doble plano: cualitativo (cuestiones con relevancia) y cuantitativo (general repercusión), llevándonos esto último a la idea de incidencia en un colectivo o en un número o conjunto significativo de casos. Esa circunstancia permite conectar la especial trascendencia constitucional con ámbitos materiales que posean repercusión en un representativo número de ciudadanos, como temas

laborales, tributarios o relativos a déficits estructurales de la Administración de Justicia, por ejemplo; pero también con colectivos en situaciones de precariedad, como los desempleados, los extranjeros o los grupos caracterizados por un factor protegido frente a la discriminación.

Sea como fuere, la redacción del enunciado otorga al Tribunal un amplio margen de discrecionalidad, como lo ilustra la STC 183/2011, de 21 de noviembre, en la que se realiza una apreciación de la especial trascendencia constitucional fundada en la causa que ahora analizamos, y cuya conclusión, cuando menos, resulta sorprendente. El supuesto de hecho fue el siguiente: el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2007, publicado mediante Resolución de 17 de diciembre de 2007 de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, que estableció las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico. El recurso pretendía la nulidad de la denominación "Graduado o Graduada en Ingeniería de Edificación", que contenía el Acuerdo. El Tribunal Supremo estimó la pretensión. El recurso de amparo, promovido por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, consideraba vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por diversos motivos. En primer lugar, por arbitrariedad de la motivación de la sentencia impugnada, que a su juicio partía de premisas erróneas al confundir el título oficial de "Graduado en Ingeniería de Edificación" (título universitario) con la profesión regulada de "Arquitecto Técnico". Aducía, además, incongruencia de la resolución judicial recurrida, que no habría respondido a alegaciones sustanciales formuladas en el proceso por el recurrente en amparo, parte codemandada en el proceso judicial. Finalmente, denunciaba que la motivación no cumplía la exigencia de un razonamiento reforzado cuando están comprometidos derechos fundamentales y principios constitucionales (en concreto, la autonomía universitaria y la regulación del ejercicio de profesiones tituladas, arts. 27.10 y 36 CE, no tomados en consideración por la Sentencia, según la demanda de amparo).

En su FJ 2, el pronunciamiento constitucional citado recuerda que es al Tribunal a quien le corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Ejerciendo esa función en el caso, se afirma que concurre el supuesto de la letra g) de la STC 155/2009, "al impugnarse una sentencia anulatoria de disposiciones generales en materia de titulación universitaria habilitante para el ejercicio de una profesión regulada, con eventual incidencia en el desarrollo del objetivo del espacio

europeo de educación superior de adoptar un sistema de títulos académicos fácilmente comprensibles y comparables en los Estados miembros de la Unión Europea”

Si hemos dado cuenta de lo anterior es para advertir de la lógica seguida en la aplicación de aquella causa de especial trascendencia constitucional. El recurso denunciaba la vulneración de distintos derechos que integran el genérico a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, señaladamente los derechos a la congruencia y la motivación (esta última por arbitrariedad y por incumplimiento del deber de motivación reforzada cuando están comprometidos derechos fundamentales y principios constitucionales). No obstante y en relación con el juicio que se lleva a cabo sobre la concurrencia del art. 50.1 b) LOTC, la STC 183/2011 no pone acento en esas quejas formuladas en amparo, sino en el objeto del proceso judicial. Al actuar de tal manera, el TC o confunde dos planos bien diversos, como son la trascendencia del caso enjuiciado en el proceso y la especial trascendencia constitucional del RA, o, en su defecto, pretende atribuir esta trascendencia, al amparo de la letra g) del elenco, a cualquier litigio que plantee una cuestión de relevante repercusión social o económica y en cuya solución se hayan dado lesiones de derechos fundamentales (aunque no sean “especialmente destacadas” o no posean, autónomamente, especial trascendencia constitucional).

A criterio de la citada STC, en efecto, concurriría en el caso a examen el citado requisito material porque la cuestión objeto del proceso judicial resultaba ser de *gran relevancia*, al afectar a una disposición general sobre titulaciones universitarias que podía tener incidencia en el desarrollo del Espacio Europeo de Educación Superior. Como es fácilmente detectable, el TC no sitúa la cuestión jurídica de relevante y general repercusión a que se refiere la letra g) del FJ 2 de la STC 155/2009 en el derecho fundamental invocado y en la lesión denunciada en amparo, sino en el objeto del litigio judicial o en la cuestión de legalidad en él suscitada. En el caso reseñado, con independencia del alcance y relevancia de esta última, lo cierto es que las quejas de constitucionalidad, formuladas en términos de derecho a la motivación y a la congruencia de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), poco o nada aportaban para objetivar el amparo. Antes al contrario, al estilo de lo que acontece en un buen número de ocasiones, se trataba de un debate sobre la respuesta judicial, sin que hubiere de formularse dimensión novedosa o espinosa de esas vertientes del art. 24.1 CE, ni se suscitaren problemas de general repercusión encuadrables en ese derecho fundamental.

La cuestión que cabe plantear entonces a la luz de lo expuesto no es difícil de enunciar, en términos de interrogante: ¿representa el supuesto g) del FJ 2 de la STC 155/2009 una vía de acceso al amparo para temas litigiosos de relevancia acompañados de cualquier vulneración de un derecho fundamental, y no, en cambio, para problemas “de constitucionalidad” de relevante

y general repercusión social o económica o con consecuencias políticas generales?. Si fuera lo primero, el precedente abre una vía con importante recorrido para los abogados que actúen ante el Tribunal Constitucional. Siguiendo esa lógica, en efecto, muchos asuntos que carezcan de una dimensión constitucional objetiva podrían acceder al amparo, sin embargo, por la relevancia o importancia general del litigio.

g) En este punto, se podría cerrar el análisis de la tipología de la especial trascendencia constitucional. Pero antes mencionaremos una ampliación de los supuestos que el Tribunal ha contemplado, aunque finalmente ha descartado (ATC 29/2011, de 17 de marzo). Se trata de la especial gravedad de la lesión o de la causación de un grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales. El TC ha rechazado la incorporación de esa causa, a diferencia de lo que sucede en el caso alemán, en virtud del § 93 a 2) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichts*).

El argumento se fundamenta otra vez en la dimensión objetiva del recurso de amparo así como en que la gravedad del perjuicio, como criterio para considerar que un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, fue expresamente desechada durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de reforma de la LOTC, que dio lugar a la aprobación de la LO 6/2007, ya que no prosperó la enmienda que proponía introducirla junto a los tres referentes que se citan en el art. 50.1 b) LOTC (importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales).

Desde otro prisma y por su novedad, finalmente, destacaremos la STC 203/2015, de 5 de octubre, FJ 2, según la cual, una vez admitido el recurso por apreciarse su especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento, abordando solo aquellos en los que se cumple el citado requisito, “puesto que el amparo constitucional no ha perdido su dimensión subjetiva como instrumento procesal para preservar o restablecer las violaciones de los derechos y libertades fundamentales. Por ello, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, como aquí ha sucedido, debe ser admitido y examinado en la totalidad de su contenido, no siendo posible incluir o excluir determinados motivos en función de su especial trascendencia constitucional”.

c) La justificación de la especial trascendencia constitucional

El art. 49.1 *in fine* LOTC dispone que “[e]n todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Ya se hizo constar que la jurisprudencia del Tribunal ha dado mayores pautas sobre esta exigencia que sobre el contenido definidor de las causas que materializan la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC]. De ahí, la atención que a aquél se ha dedicado. Sobre la carga de justificación del recurrente, en cambio, ya tempranamente, pocos meses después de la vigencia de la reforma de 2007, el TC empezó a elaborar una doctrina, como lo prueban los AATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre, anteriores en el tiempo a la STC 155/2009, de 25 de junio, del Pleno del Tribunal.

A pesar del orden en el que analizamos esa obligación de la parte recurrente, tras el examen sustantivo de la especial trascendencia constitucional, es fácil imaginar que, en fase de admisibilidad, es otra la secuencia que sigue el Tribunal: verifica el cumplimiento de los requisitos procesales clásicos; enjuicia después si se ha satisfecho la carga de justificación de la especial trascendencia constitucional (art. 49.1 *in fine*), pasa a continuación, si todo lo anterior ha sido practicado de manera debida, al análisis de la lesión (que obviamente, como en el pasado, debe presentarse como posible en esa primera revisión, pues su potencial causación es condición de admisibilidad en un proceso de tutela de derechos fundamentales) y, solo para terminar, aborda el examen de la trascendencia constitucional, que puede apreciarse o no, con independencia del esfuerzo argumental de la parte demandante¹¹. Tal es y no otra la secuencia lógica seguida en el razonamiento.

Sin recurrir ahora a alardes técnicos, puede afirmarse que la justificación de la especial trascendencia es una carga del recurrente, de naturaleza procesal, mientras que la especial trascendencia constitucional es una exigencia sustantiva de admisibilidad del recurso que aprecia el Tribunal. Éste puede considerar cumplida la primera, pero discrepar sobre la concurrencia material del requisito. En resumen, el Tribunal inadmitirá el recurso cuando el recurrente no argumente la especial trascendencia constitucional (falta de justificación, art. 49.1 LOTC); cuando lo haga de modo insuficiente (por ejemplo, porque sus alegaciones confundan especial trascendencia constitucional y lesión del derecho fundamental –insuficiente justificación, art.49.1 LOTC-), o por falta de especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC] si la argumentación existe y no incurre en ese tipo de déficits, pero no es compartida.

Estamos, entonces, ante diversas hipótesis: 1) inadmisión por falta total de justificación o justificación insuficiente, lo que hace innecesario el examen añadido de fondo o sustantivo (sobre lesión y especial trascendencia constitucional); 2) inadmisión por inexistencia de lesión,

11 ARAGÓN REYES, M. (2011, 372)

aunque se hayan cumplido los requisitos procesales, incluida la justificación del art. 49.1 *in fine* LOTC y 3) falta de especial trascendencia constitucional, cuando se dé la justificación del art. 49.1 LOTC y se aprecie la probabilidad de la lesión de un derecho fundamental pero no se considere subsumible el recurso en los supuestos del elenco del FJ 2 de la STC 155/2009.

Centrando la atención en la carga de justificación del art. 49.1 *in fine* LOTC, es conveniente destacar algunos elementos. En primer lugar, la obligación no tiene excepción, reclamándose en todos los casos. Y en segundo término, se trata de un requisito insubsanable de la demanda (ATC 290/2008, de 22 de septiembre), lo que excluye la apertura del trámite de subsanación del art. 49.4 LOTC o, incluso y como ha dicho el TC, la subsanación por propia iniciativa del recurrente.

No obstante, resulta oportuno matizar esta última conclusión. Como quiera que en ella subyace la idea de que el RA está sujeto a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el proceso constitucional (por ejemplo, STC 175/2012, de 15 de octubre, y ATC 188/2008, de 21 de julio), no es previsible que se niegue al recurrente la posibilidad de reparación del defecto de la falta o insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional en que pueda incurrir su demanda si lo hace dentro del plazo de los arts. 42, 43.2 o 44.2 LOTC, según corresponda¹².

Refiriéndonos ya a otras cuestiones, conforme ha de explicarse a continuación, es aconsejable que esa obligación del art. 49.1 *in fine* LOTC se cumpla de manera expresa, no sólo con un esfuerzo argumental relativo a la especial trascendencia constitucional perfectamente diferenciado del propio de la lesión, sino, incluso, dando autonomía formal al apartado correspondiente¹³. Es probable que el rigor en el cumplimiento de esa exigencia se atenúe progresivamente, si es que no está ocurriendo ya; pero esa diferenciación sistemática mejora en todo caso la presentación de la demanda y evita confusiones comprometidas entre especial trascendencia y lesión (como se adelantó, la carga de justificar la especial trascendencia constitucional es algo distinto a la de razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. En ese sentido, entre otras muchas, SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre,

12 En ese sentido, TIRADO ESTRADA, J.J., (2012).

13 BORRAJO INIESTA, I. (2008, 192).

FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único).

En definitiva, no se trata únicamente de cumplir una carga del recurrente; el requisito se configura también como un instrumento de colaboración con la justicia constitucional, ya que el legislador ha querido que la valoración del TC acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda (entre tantas otras, SSTC 69/2011, de 16 de mayo, o 124/2015, de 8 de junio). No significa esto que deba seguirse un determinado patrón o un modelo rígido, pero sí que el recurso debe responder suficientemente a los “cánones propios de este tipo de escritos procesales” (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, y 178/2012, de 15 de octubre).

Con todo, esa reclamación de seriedad procesal no puede prevalecer sobre la finalidad de la exigencia impuesta. El propio TC ha apuntado en algún caso –criterio que debería ser explicitado, a nuestro juicio, con más claridad- la suficiencia de la justificación “material” de la especial trascendencia constitucional. Con ese enfoque, deberá darse por cumplida la obligación si del conjunto de la demanda se infiere el planteamiento necesario, incluso cuando el recurso lo haga asistemáticamente, como por ejemplo, sin un apartado específico o sin presentar la argumentación correspondiente con una clara autonomía de la propia de la lesión, pero logre trasladar al Tribunal una cuestión de dimensión constitucional objetiva subsumible en el listado de causas enunciado en la STC 155/2009. Entonces, que se ordene una adecuada disociación entre aquel alegato y la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión, como ha requerido el Tribunal por ejemplo en la STC 176/2012, de 15 de octubre, no puede equivaler a una exigencia de perfección técnica que derive en el formalismo. Lo contrario revelaría una interiorización rigorista de la carga de justificación del art. 49.1 LOTC, concepción que no es la única posible, como muestra la STC 143/2011, de 26 de septiembre, que introdujo la idea de la justificación “material” de la especial trascendencia constitucional. Esa Sentencia dice así:

Partiendo de esa premisa, advertimos que la presente demanda de amparo no contiene una argumentación material sobre la especial trascendencia constitucional del recurso que pueda estimarse suficiente, incluso con la flexibilidad señalada, para entender cumplida la exigencia ineludible impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC. El demandante de amparo no sólo no dedica un apartado ni menciona siquiera la especial trascendencia constitucional del recurso, sino que, materialmente, no realiza exposición alguna dirigida a satisfacer dicho presupuesto procesal en relación con el derecho fundamental invocado en la demanda (art. 24.1 CE).

El TC debería profundizar en esa orientación material del deber de justificación, que se ha acogido también en algún amparo electoral (STC 65/2011, de 5 de mayo, FJ 2), evitando así resultados desproporcionados. De lo contrario, la mera constatación de la precariedad de la articulación argumental conduciría a un automatismo de inadmisión; solución difícilmente armonizable con la ordenada aplicación del art. 49.1 LOTC, que lo que exige es la justificación de la especial trascendencia constitucional, y no una justificación formalmente impecable o estructurada con maestría, de forma acabada y procesalmente intachable.

En última instancia, el TC debe valorar que una tesis rigorista en la apreciación de la concurrencia del requisito a examen, además de ser incoherente con los criterios que aplica en sus sentencias sobre el derecho de acceso al proceso como vertiente integrada en el art. 24.1 CE, revelaría la paradoja de un nivel menor de exigencia en los requisitos que garantizan la subsidiariedad del amparo, en los que se limita a constatar, a menudo con flexibilidad, cuál ha sido el comportamiento procesal de la parte (señaladamente en el requisito de la invocación previa, art. 44.1 c) LOTC, en la que es conocida su generosa interpretación), que en aquellos otros que, a la postre, dependen de su libre apreciación (pues es el TC, como ha sido reiterado, el que decide si el caso tiene o no especial trascendencia constitucional, por mucho que el esfuerzo argumental del recurrente se haya desarrollado con destreza).

Obviamente, cuando aquí se defiende la suficiencia de la justificación material no se piensa en supuestos en los que no exista razonamiento, sino en aquellos otros en los que la explicitación de la argumentación no es ejemplar. Ese punto de partida debería permitir compatibilizar la justificación “material”, a la que aludió la STC 143/2011, con otros pronunciamientos que, al calor del principio de colaboración con la justicia constitucional, advierten que el Tribunal no debe suplir “las deficiencias en que incurre la demanda a través de un ejercicio intelectual del que resulten las razones por las que el recurrente parece que entiende que sus pretensiones tienen una dimensión objetiva” (STC 176/2012, de 15 de octubre, FJ 4). El riesgo de formalismo late en afirmaciones y advertencias de ese estilo. Y sería perturbador que se intensificaran, porque una cosa es que el TC no deba averiguar o intuir la proyección objetiva del recurso, y otra bien diferente que no deba indagar las razones de la parte recurrente, plasmadas en su demanda, por el hecho de que ésta sea confusa o no resulte un ejemplo de escrito procesal. Que no prospere lo primero no sería imputable al TC, sino consecuencia del mal hacer de quien solicita la tutela; lo segundo, en cambio, afloraría una actitud resistente y rigorista del Tribunal Constitucional.

Al margen del examen de ese dato formal, conviene también referirse, aunque sea de manera sumaria, a otros aspectos sobre el contenido material de la argumentación. Ya se ha señalado que no puede sustituirse el razonamiento de la especial trascendencia constitucional con el relativo a la lesión del derecho fundamental invocado. Del mismo modo, tampoco satisfará el requisito la demanda que pretenda cumplimentar la carga justificativa con una “simple o abstracta mención” de la misma (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3), como tampoco la que se conforme con una alusión al tenor literal del art. 50.1 b) LOTC, si se halla huérfana de toda argumentación adicional, toda vez que un planteamiento semejante no permite comprobar por qué el contenido del recurso merece una decisión de fondo, más allá del interés propio de la reparación de la eventual lesión de derechos fundamentales en ese caso concreto (en este último sentido, STC 178/2012, de 15 de octubre).

d) Apuntes sobre los requisitos clásicos de la demanda de amparo

En anterior epígrafe, ya anunciábamos la especial atención que se dedicaría al análisis de los requisitos enunciados de los arts. 49.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC. Su carácter todavía novedoso y abierto a la interpretación lo justificaba. Cumplida esa tarea, examinaremos de seguido las restantes exigencias de admisibilidad de la demanda de amparo, debiendo insistir en las innumerables precisiones efectuadas por el TC a lo largo de su ya no reducida vida, de modo que cada requisito precisaría un tratamiento monográfico. Como tal tarea no es posible, se ha optado por un acercamiento selectivo, procurando destacar algunos aspectos que pueden resultar desconocidos pero que provocan un número importante de decisiones de inadmisibilidad.

i. El plazo y el Registro en el que se presenta el recurso

La resolución de referencia hasta fechas recientes era la STC 28/2011, de 14 de marzo. Decía en ella el Tribunal que la posibilidad prevista en el art. 85.2 LOTC (presentación de los escritos de iniciación de los recursos de amparo en lugar distinto al Registro General del TC) quedaba limitada a aquéllos que, de acuerdo con el art. 135.1 LEC, se registrasen hasta las quince horas del día posterior al del vencimiento del plazo, de tal modo que en los recursos de amparo presentados fuera del Registro del TC en un momento distinto al previsto en dicho precepto se atendía a la fecha de entrada en el propio TC. A nuestro juicio, decíamos entonces, era una interpretación que merecía revisión, como finalmente ha ocurrido. En efecto, la STC 28/2011 diferenciaba dos situaciones. En primer lugar, la presentación de escritos de iniciación

de los recursos de amparo en lugar distinto al Registro General del TC conforme al art. 135.1 LEC, esto es, los amparos registrados hasta las quince horas del día posterior al del vencimiento ordinario del plazo. Y, en segundo lugar, los escritos de iniciación de los recursos de amparo que fueron formalizados en lugar distinto al citado Registro General pero en momento diferente al previsto en dicho art. 135.1 LEC; esto es, también fuera del Registro del TC pero, a diferencia del caso anterior, dentro del plazo de caducidad del amparo.

Esta doctrina constitucional se instalaba en una evidente contradicción, pues de ella se deducía que los primeros recursos estaban dentro de plazo con independencia de cuál fuera la fecha de recepción en el Registro del Tribunal, mientras que los segundos quedaban fuera de plazo si no se recibían dentro del término previsto en los arts. 42, 43.2 y 44.2 LOTC. Con ello, se hacía de peor condición a quien en el mismo lugar - es decir, fuera del Registro del TC - entregaba el recurso de amparo en el plazo definido en la LOTC, que a quien lo hacía el día siguiente al del vencimiento del mismo, al amparo del art. 135.1 LEC. Era previsible que el Tribunal, para evitar dicha incoherencia, modificase antes o después su doctrina.

De hecho, el art. 85.2 LOTC permite declarar que todos los escritos de recurso de amparo registrados fuera del Registro del TC se tengan por formalizados en su fecha de presentación, con independencia del día de recepción en el órgano constitucional. Cuando ese precepto dice que “(l)os recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, puede no estar pensando únicamente en los escritos entregados fuera del término ordinario de caducidad, sino en todos los escritos. Es cierto que la mención al art. 135.1 LEC permite pensar en otra cosa, en los escritos del día posterior al vencimiento, pues es de lo que ese precepto se ocupa; pero también es verdad que el sujeto de ese enunciado son “los recursos de amparo” y no “los recursos de amparo presentados el día siguiente al del vencimiento”, por lo que la posibilidad de formalización ante los Tribunales civiles podría predicarse de todos los recursos, no sólo de los registrados el día siguiente al del término. Y se evitaría con ello aquel resultado paradójico.

Según hemos anunciado, ese es el criterio que ha sentado finalmente el Pleno del Tribunal (STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 5), concluyendo tras un razonamiento detenido al que debemos remitirnos que: “el art. 85.2 LOTC debe interpretarse en el sentido de que permite que la presentación de escritos de iniciación del recurso de amparo se realice, con plenos efectos

interruptores del plazo de caducidad, tanto en el Registro del Tribunal Constitucional como en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad durante la integridad del plazo completo previsto legalmente para la presentación de dichos escritos de iniciación”.

Todavía en relación con el cómputo del plazo, convendrá advertir la diferencia existente según se trate de recursos de amparo del art. 43 LOTC o del art. 44 de la misma ley. En el primer caso, el plazo es de 20 días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial, dice aquel precepto, que regula los recursos contra violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes; en el segundo, en cambio, dicho plazo es el de 30 días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, esta vez en recursos contra violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. El art. 42 LOTC, por su parte, fija un plazo de 3 meses para recurrir decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, tomando como *dies a quo* la fecha desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes (es el llamado amparo parlamentario).

Esta plural regulación del plazo puede conducir a riesgos no menores en fase de admisibilidad. Así sucede, sobre todo, en la relación entre los arts. 43 y 44 LOTC, particularmente cuando el recurso contiene una impugnación meramente formal de la sentencia dictada en el proceso judicial, por estar dirigida materialmente la demanda contra la resolución administrativa. En esa tipología de casos opera el plazo de 20 días del art. 43.2 LOTC, no el de 30 días del art. 44.2 LOTC. En otras palabras o dicho resumidamente, sólo rige el plazo más largo si se trata de un amparo del art. 44 LOTC (contra resoluciones judiciales) o si se formulan denuncias autónomas y diferenciadas contra la resolución administrativa y contra las resoluciones judiciales que la confirmaron (amparo mixto, arts. 43 y 44 LOTC).

ii. El incidente de nulidad de actuaciones

Particular mención merece el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), que a partir de la reforma de 2007 ha extendido su ámbito objetivo a cualesquiera lesiones de

derechos fundamentales y no sólo, como ocurría con anterioridad, a los supuestos de incongruencia y de defectos formales generadores de indefensión (art. 24.1 CE)¹⁴.

Tanto la utilización manifiestamente improcedente del incidente del art. 241 LOPJ, como su omisión cuando resulte procedente, tienen consecuencias directas en la fase sucesiva de admisibilidad del amparo. En el primer caso, el Tribunal podrá apreciar la extemporaneidad del recurso (art. 44.2 LOTC), por alargamiento artificial de la vía judicial previa, mientras que en el segundo podrá declarar la falta de agotamiento del art. 44.1 a) LOTC, ya que su no utilización quiebra el principio de subsidiariedad propio de este proceso constitucional. En la medida en que son muy abundantes los pronunciamientos que confirman estas conclusiones, resulta más oportuno destacar algunas peculiaridades del régimen del art. 241 LOPJ.

Una de ellas se refiere a la eventualidad de lesiones autónomas causadas en la resolución del incidente. Las SSTC 107/2011, de 20 de junio, y 153/2012, de 16 de julio, ofrecen pautas sobre la cuestión, que no obstante nos parece todavía abierta como consecuencia de una jurisprudencia “procesal” equívoca. En apariencia se trata de dos pronunciamientos compatibles, que exponen la transformación de la función institucional del incidente del art. 241 LOPJ. Véase: cuando el recurrente no sustenta únicamente su queja en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por razón de la inadmisión de plano del incidente de nulidad, sino además en la lesión de otros derechos por parte de la Sentencia que fue impugnada a través de ese remedio procesal (supuesto de la STC 107/2011 o de la reciente STC 186/2015, de 21 de septiembre), la tendencia del TC consiste en entender que el cauce del art. 241 LOPJ tuvo una mera función de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], sin que su inadmisión, aunque fuera irregular, suponga una vulneración autónoma de derecho fundamental alguno. Sin embargo, cuando el recurso de amparo tiene por objeto exclusivamente la resolución adoptada en el Auto de inadmisión del incidente de nulidad, denunciándose (y constatándose por el Tribunal) que el órgano judicial soslayó su función paliativa, como ocurría en la STC 153/2012, suele declararse que se ha producido una lesión autónoma del derecho invocado. Sin embargo, ya se ha dicho, no siempre opera el Tribunal con esa lógica, existiendo aún casos en los que se aprecia la doble lesión, acogándose la producida por la resolución que fue objeto del incidente de nulidad pero también la denuncia formulada contra la providencia o Auto que resolvió éste (por ejemplo, también en fechas recientes, STC 101/2015, de 25 de mayo).

¹⁴ Para un análisis de la evolución de la regulación de ese remedio procesal, vid. CASAS, M. E. (2003); NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2003) y BACHMAIER WINTER, L. (2007).

Desde otro prisma ha de traerse a colación asimismo la doctrina que inauguró la STC 39/2003, relativamente desconocida. Según ese pronunciamiento, cuando el recurrente denuncie una vulneración de derechos fundamentales ante el TS en casación para la unificación de doctrina, pero la queja no sea objeto de tratamiento por incumplimiento de los requisitos de acceso a ese recurso extraordinario (por ejemplo, por falta de contradicción), tras el auto de inadmisión del recurso se deberá interponer, a fin de garantizar la subsidiariedad del RA, un incidente de nulidad de actuaciones ante el TSJ, si fue éste el órgano judicial al que se imputa la lesión. Es otro motivo que da lugar a no pocas inadmisiones.

El art. 241 LOPJ confluye asimismo con supuestos de extemporaneidad. Los casos más típicos son aquellos en los que, frente a la resolución del incidente, de inadmisión o desestimación, se formula un nuevo recurso, incluso un nuevo incidente de nulidad, en contra de lo expresamente prescrito en aquel precepto. Lo mismo sucede con su utilización para denunciar una lesión que ya fue planteada en las fases procesales o grados jurisdiccionales previos, obviando que ese remedio procesal únicamente es apto para formular quejas sobre las que no hubo oportunidad de impugnación a través de los recursos o remedios procesales ordinarios o extraordinarios. En esos supuestos, salvo que el órgano judicial, pese a la manifiesta improcedencia del incidente, dé respuesta a la cuestión suscitada y resuelva sobre lo que se alega (en cuyo caso el Tribunal considera sanado el alargamiento artificial del proceso), el resultado será una declaración de extemporaneidad. Siempre que, claro está, el alargamiento indebido de la vía previa haya repercutido, como acontece casi sin excepción, en la caducidad del recurso, para cuyo cómputo se atenderá a la fecha de notificación de la resolución que debió recurrirse ante el Tribunal, esto es, aquélla que fue irregularmente impugnada a través del cauce del art. 241 LOPJ.

Queremos destacar para terminar este apartado la evolución de la jurisprudencia del Tribunal sobre el incidente de nulidad en aquellos supuestos en los que la eventual lesión de los derechos fundamentales alegados en el proceso ha sido ponderada en grados jurisdiccionales sucesivos, pero solo se ha concretado en la resolución que cerró la vía judicial. La doctrina inaugurada por el ATC 200/2010, de 21 de diciembre, exigía en esa tipología de casos la formulación incidente de nulidad de actuaciones como condición para poder considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa. Sin embargo, en la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2 d), el Pleno cambió el criterio y manifestó que es suficiente para estimar cumplido el mencionado requisito (agotamiento de la vía judicial) con “comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional”, pues “[l]o contrario

supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración”. En aplicación de la doctrina expuesta, por consiguiente, no parece necesario en la circunstancia descrita promover el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ, pues el carácter subsidiario del amparo quedó sobradamente garantizado tras pasar el asunto por varias instancias judiciales. En esa línea, por ejemplo, SSTC 19/2014 y 18/2015. No obstante, los pronunciamientos no siempre se han adherido sin reserva alguna a la doctrina del Pleno, lo mismo que ocurriera en su momento con resoluciones dictadas en la época en la que regía el criterio del ATC 200/2010¹⁵.

iii. Observaciones sobre el agotamiento de los medios de impugnación previstos por las normas procesales: art. 44.1 a) LOTC

Retornando a los problemas de agotamiento de la vía judicial previa, aun cuando situándonos ahora en ámbitos distintos a los que protagoniza el incidente de nulidad de actuaciones, conviene referirse a las situaciones en las que puede producirse un requerimiento de subsanación por parte del órgano judicial que la parte requerida considera carente de justificación. El escenario en el que se materializa habitualmente ese supuesto es el de la subsanación de la demanda laboral. Sobre ese particular, el ATC 50/2000 estableció que es preciso impugnar la providencia que contenga el requerimiento de subsanación que se considere excesivo; en el supuesto examinado, por no estar referido lo solicitado a los requisitos de la demanda laboral contenidos en el art. 80 LPL, hoy en el mismo artículo de la LJS. Si el recurrente de amparo discrepa con el contenido de la providencia que ordena la subsanación, pero ni la cumple ni la recurre, se entenderá, por tanto, que no agotó la vía judicial previa.

Podría objetarse que el recurso de reposición contra una providencia que ordena la subsanación de la demanda no garantiza los derechos fundamentales alegados en el recurso de amparo. Y ello por cuanto la interposición de dicho recurso de reposición no tiene efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (en ese sentido, art. 186.3 LJS, antes 184.1 LPL), de manera que la impugnación de la providencia subsanatoria no impediría la lesión

15 En detalle sobre esa evolución doctrinal, VALDES DAL-RÉ, F. (2015). Se concluye en ese estudio que “los argumentos que militan a favor de la aplicación de la doctrina contenida en la STC 216/2013 tienen, a mi juicio y en una interpretación sistemática y teleológica de la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, mayor consistencia jurídica de la que sería predicable de la doctrina formulada en el ATC 200/2010. Ciertamente es que, a efectos de la configuración del recurso de amparo, el acto al que se imputa la lesión de un derecho fundamental sustantivo es el procedente del órgano judicial; esto es, la sentencia que sustancia la demanda de vulneración y contra la que, con posterioridad, se fundamenta el recurso de amparo. Pero es igualmente cierto que, en semejante hipótesis, las partes ya han tenido oportunidad de discutir y debatir la violación del concreto derecho fundamental, de manera que, por decirlo con la terminología de la jurisprudencia constitucional, el incidente devendría materialmente inútil, pues ya tuvo el órgano judicial ocasión de pronunciarse sobre el fondo del asunto”.

derivada de la extralimitación judicial en el proveído, ya que el recurrente, impugnara o no la providencia, debería cumplirla, de suerte que se verificaría la vulneración que con el recurso de reposición habría tratado de evitar. Sin embargo, tal riesgo no existe, como prueba la STC 10/2011. El Tribunal declaró en ese pronunciamiento que, en situaciones semejantes, cuando está a debate en la reposición un derecho fundamental, no cabe aplicar mecánicamente aquel efecto no suspensivo, debiendo resolverse primero el problema de constitucionalidad planteado, y, caso de desestimarse la objeción del recurrente, concederle un nuevo plazo para el cumplimiento del proveído subsanatorio.

En suma, el ATC 50/200 y la STC 10/2011 determinan, respectivamente, la necesidad de impugnar la providencia en la que, ahora el secretario judicial, pide lo que no puede, bajo apercibimiento de falta de agotamiento de la vía judicial previa, en otro caso, y la garantía de que esa impugnación no va a repercutir en el derecho fundamental por el carácter no suspensivo de la reposición.

Todavía situados en el art. 44.1 a) LOTC, merece una referencia final la prematuridad del amparo, aunque sea cuestión más conocida que las anteriores. Es doctrina reiterada del Tribunal (por ejemplo, STC 50/2001, de 26 de febrero, FJ 2) que, en principio y salvo excepciones a las que luego nos referiremos, cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso que aún no ha finalizado, por no haberse pronunciado en él una resolución firme y definitiva, no puede entenderse agotada la vía judicial, y consecuentemente no es posible acudir ante el TC en demanda de amparo.

Esa regla general sólo admite excepciones en caso de que “el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo” (por ejemplo, STC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1) y siempre que, además, la vulneración constitucional haga sentir sus efectos “de inmediato de manera irreversible” (STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 4). Por el contrario, en todos aquellos supuestos donde la presunta lesión no produce un efecto inmediato, sino que el que pueda nacer de ella sólo se pondrá eventualmente de manifiesto en la sentencia pendiente, será ésta la que deberá ser impugnada en sede constitucional de amparo, una vez firme. De otro modo, en el sentido material en que debe interpretarse la exigencia de agotamiento de la vía judicial del art. 44.1 a) LOTC, dada la fase procedimental en que el amparo se plantea, se concluirá que existen aún oportunidades para que las lesiones denunciadas puedan ser reparadas por la jurisdicción ordinaria o carecer finalmente de relevancia material. Lo que ocurrirá, por ejemplo, si el

recurrente obtiene una resolución de fondo favorable, hipótesis que no puede descartarse y que privaría a la queja de toda relevancia constitucional.

Por lo demás y como ya se ha adelantado, existen algunas excepciones a ese régimen de la prematuridad, a saber, señaladamente: cuando de la libertad personal se trata (STC 247/1994); en supuestos en que se denuncia la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) (STC 161/1995) y en determinados casos de “habeas corpus”, como destacan las SSTC 27/1997 y 136/1997. Pero, al margen de ellas, se impone como regla aquella pauta. Y es que, téngase en cuenta, el recurso de amparo no posee una función meramente preventiva o cautelar¹⁶.

iv. Extemporaneidad del recurso de amparo y unificación de doctrina

Para concluir, no resultará impertinente llamar la atención sobre el ATC 64/2007, de 26 de febrero. Tradicionalmente, el TC ha estimado que el intento de unificación de doctrina, por mucho que culminase en un auto de inadmisión, no suponía una utilización manifiestamente improcedente de recursos que fuera determinante, de manera derivada, de la extemporaneidad del amparo, pues su interposición misma no comportaría una finalidad dilatoria a efectos del cómputo del plazo para recurrir (SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 144/2005, de 6 de junio, FJ 2, por ejemplo).

El ATC 64/2007 pone en duda esa premisa clásica. De acuerdo con la doctrina ahí establecida, la interposición de ese recurso extraordinario será manifiestamente improcedente cuando resulte “a todas luces incompatible con la función institucional de la unificación de doctrina, conforme a la regulación legal y a la interpretación constante de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, esto es, cuando la utilización de ese cauce de reacción procesal tenga lugar en casos en los que la finalidad de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico ante la divergencia de doctrinas no sea, *ex ante* y según los criterios reiterados por el TS, una hipótesis concebible”.

Anótese que el citado ATC no se refiere únicamente a las determinaciones inequívocas de la ley procesal, sino también “a la interpretación constante de la jurisprudencia”. En consecuencia, el recurso de amparo será extemporáneo si en el grado casacional el recurrente ha soslayado de manera grosera la doctrina reiterada y constante del TS sobre los criterios de admisibilidad del recurso. Así, por poner un ejemplo, un amparo formulado tras un auto que

16 GIMENO SENDRA, V. (2008, 293).

haya inadmitido el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de firmeza de la sentencia de contraste.

No es aventurado augurar que esa misma lógica podría expandirse a otros recursos y remedios procesales y a cualquier orden jurisdiccional.

3. LOS PRONUNCIAMIENTOS POSIBLES, LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO Y EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL EN LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO.

La Sentencia de amparo se regula en los arts. 53 a 55 LOTC. Afirma el primero de esos preceptos que la Sala o, en su caso, la Sección (en recursos deferidos) -y habría que añadir al Pleno (en los avocados)- otorgarán o denegarán el amparo interesado. El artículo siguiente, pensado para los recursos del art. 44 LOTC, establece una cautela sobre la declaración de la Sentencia, señalando que deberá limitarse a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. El art. 55, por su parte, precisa los pronunciamientos que puede contener la resolución del Tribunal, y que son los siguientes: a) declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; b) reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación¹⁷.

Dichas previsiones dotan al Tribunal de un amplio margen de actuación, procediendo con una vasta libertad a la hora de confeccionar sus Fallos. Libertad que, no obstante, en ocasiones ha dado lugar a resoluciones controvertidas, como la STC 225/2001, de 26 de noviembre, en la que, pese a haberse producido un menoscabo en la posición institucional del sindicato, como consecuencia de una iniciativa empresarial reguladora de las condiciones de trabajo que perjudicaba y soslayaba la eficacia vinculante del convenio colectivo vigente en la empresa (arts. 28.1 y 37.1 CE), extrayendo de aquél a todo un colectivo de trabajadores, con

¹⁷ El número 2 de esa previsión añade que en el recurso de amparo que deba ser estimado porque la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas (tercer supuesto del elenco de la STC 155/2009, recuérdese), se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes de la propia Ley.

desatención de los cauces internos del convenio y de los externos al pacto, legales o convencionales, o de los de naturaleza compositiva de los conflictos, la Sentencia constitucional se conformó con un pronunciamiento meramente declarativo de la vulneración, sin anular las condiciones de trabajo contenidas en el documento sustitutivo del convenio que la había ocasionado, ni la de Sentencia que había confirmado su validez.

Es preciso referirse, en segundo lugar, al art. 92 LOTC. Es la previsión de la Ley Orgánica que se ocupa de la ejecución de las resoluciones del Tribunal. Tras la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, aquel precepto establece lo siguiente:

1. El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente.

3. Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.

4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

5. Si se tratara de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial transcendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes. En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas.

Sin entrar en un examen detenido del precepto, que exigiría un estudio monográfico, bastará ahora centrarse en el tercer apartado, relativo al incidente de ejecución. El ATC 1/2009, dictado en incidente de ejecución de la STC 3/2007, de 15 de enero, pronunciamiento que otorgó el amparo solicitado por la trabajadora recurrente y, en su virtud, reconoció su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), describe los elementos esenciales de ese incidente del art. 92 LOTC y el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales. Fija los siguientes criterios: a) la ejecución de las Sentencias firmes en sus propios términos y el respeto a esa firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas alcanza también a las Sentencias del Tribunal Constitucional; b) la vinculación de los poderes públicos a las Sentencias constitucionales se extiende tanto al fallo como a su fundamentación jurídica; c) con ocasión del cumplimiento por el órgano judicial de la Sentencia constitucional, podrá realizar una interpretación del alcance de la misma, siempre que no contraríe lo establecido en ella ni menoscabe la eficacia de la situación jurídica subjetiva declarada en la resolución constitucional; d) la inejecución por los Tribunales ordinarios de las Sentencias de amparo acarrea no sólo la vulneración de la garantía a la ejecución e intangibilidad, sino también la del derecho fundamental cuyo reconocimiento y restitución habían sido acordados por el Tribunal en el fallo correspondiente (es decir, el derecho fundamental sustantivo en juego); y, finalmente, e) en el incidente de ejecución del art. 92 LOTC el TC se limita a comprobar si la Sentencia constitucional ha sido correctamente ejecutada; esto es, analiza cuál ha sido el entendimiento alcanzado por el Juez del contenido de la Sentencia constitucional, en lo referido al mandato que, para su ejecución, se dirige al mismo, y, asimismo, controla si es adecuada la forma en que se ha procedido al cumplimiento de lo resuelto.

Esas serán, entonces, las pretensiones que pueden canalizarse a través del incidente del art. 92 LOTC.

Haremos una mención, para terminar, a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, publicada en el BOE de 4 de noviembre de 2009, que añadió, en su artículo noveno, un apartado 5 al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC) del siguiente tenor:

El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de

las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

A raíz de esa norma se dictó por el Pleno del Tribunal el ATC 194/2010, de 2 de diciembre, al que han seguido hasta un total de trece posteriores, el último de ellos el ATC 109/2015, de 22 de junio, todos ellos sobre ese procedimiento de responsabilidad todavía escasamente conocido. Lo más destacable de la posición del Tribunal es la afirmación contundente de que es él la única instancia competente para declarar la existencia o no del funcionamiento anormal indemnizable en la tramitación de recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad a la que se refiere el art. 139.5 LPC. Sólo si el Tribunal estima que su funcionamiento fue anormal se abrirá la segunda fase, propiamente indemnizatoria, cuya determinación corresponderá al Consejo de Ministros, previa tramitación del correspondiente procedimiento. El Tribunal, dicho de otro modo, no informa sobre el devenir de aquellos procesos para que el Consejo de Ministros decida, sino que resuelve, y es el único que puede hacerlo, sobre el anormal funcionamiento denunciado. Es su supremacía jurisdiccional (art. 1.1 LOTC) la que determina que no quepa que las resoluciones del Tribunal “*puedan ser enjuiciadas por ningún [otro] órgano jurisdiccional del Estado (art. 4.2 LOTC)*”.

Bibliografía

- AHUMADA RUIZ, M.: "Certiorari y criterios de selección de casos", en AA.VV., *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 59-83;
- ARAGÓN REYES, M.: "Problemas del recurso de amparo", *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Tomo XLII, 2005, p. 139-153;
- ARAGÓN REYES, M.: "El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 371 -380;
- BACHMAIER WINTER, L.: "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones", *Revista de Derecho Procesal*, 2007, pp. 45-67;
- BORRAJO INIESTA, 1.: "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, Derecho, pronunciamientos, admisión, costes", *Teoría & Derecho*, núm. 3, 2008, p. 159-203;

CABAÑAS GARCÍA, J.C.: "El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)", *Revista Española de Estudios Constitucionales*, núm. 88, 2010, pp. 39-81;

CARRILLO, M.: "La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, pp. 87-109;

CARRILLO, M., y ROMBOLI, R.: *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio jurídico Europeo, Madrid, 2012;

CASAS, M.E.: "Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional", en AA.VV., *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley & MTAS, Madrid 2003, pp. 449-490;

ESPINOSA DÍAZ, A.: "El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma", *lnDret*, núm. 2, 2010, p. 1-21;

GARCIA ROCA, J.: "La cifra del amparo constitucional y su reforma", en Pérez Tremps (Coord), *La reforma del recurso de amparo*, (Ed. Tirant lo Blanch), Valencia, 2003, pp. 273-295;

GIMENO SENDRA, V.: "El recurso español constitucional de amparo", en AA.VV., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VII, Procesos constitucionales de la libertad, (Marcial Pons), México, 2008, p. 277-315;

GÓMEZ MONTORO, Aj.: "El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional español", *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, 2003, pp. 159-185;

HERNANDEZ RAMOS, M.: *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luces y sombras en cuatro años de actividad*, (Aranzadi Doctrinal), núm. 3/2011;

MATIA PORTILLA, F.J.: *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo*, "Revista Española de Derecho Constitucional", núm. 86, 2009, pp. 343-368;

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva*, (Teoría & Derecho), núm. 3, 2008, pp. 206-232;

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007*, "Revista de Derecho Social" núm. 51, 2010, pp. 165-200;

PEREZ TREMPS, P.: "El acceso al recurso de amparo", en AA.VV.; *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, Teoría y Metodología del Derecho*, Volumen II, (Dykinson), Madrid, 2008, pp. 979-1004;

TIRADO ESTRADA, J.J.: *Requisito particular de admisión del recurso: la especial trascendencia constitucional (1)*, "Diario La Ley", núm. 7838, 2012;

VALDES DAL-RÉ, F.: "El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007", en AA.VV., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, Madrid 2015, pp. 875-905.

RELAÇÃO ENTRE INDENIZAÇÕES E BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS NA ITÁLIA

THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPENSATION AND SOCIAL SECURITY BENEFITS IN ITALY

Giuseppe Ludovico*

RESUMO: A relação entre o seguro social de acidentes do trabalho e a responsabilidade civil levanta, ainda hoje, uma série de questões que são objeto de intenso debate na Itália. A análise da situação italiana pode revelar-se de especial interesse para o debate brasileiro que está enfrentando problemas, em parte, semelhantes. O debate italiano, que dura há mais de um século, é ainda fortemente condicionado por antiga concepção do seguro social como proteção ressarcitória substitutiva ou alternativa à responsabilidade civil. Reconstruindo as diferentes posições do debate atual, o texto examina as muitas questões que tornam incertas as relações entre as duas proteções, propondo uma distinção mais clara em conformidade com as suas distintas funções constitucionais.

PALAVRAS CHAVE: Acidentes do trabalho. Doenças profissionais. Responsabilidade civil. Seguro social obrigatório. Danos. Benefícios acidentários.

Artigo recebido em 28 de maio de 2016

* Professor de Direito do Trabalho e Seguridade Social em Cursos de Graduação, Mestrado, Doutorado e Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de Milão, Professor de Direito do Trabalho em Curso de Especialização da Faculdade de Medicina da Universidade de Milão, Doutorado em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha, Mestre em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Parma, Doutor em Direito pela Universidade de Milão, Membro da Associação Italiana de Direito do Trabalho e da Segurança Social. Advogado. Autor de livros individuais e coletivos, além de diversos artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas. E-mail: giuseppe.ludovico@unimi.it
Agradeço pela revisão deste artigo a Marcelo Fernando Borsio, Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); Professor em Direito Previdenciário e em Seguridade Social nos cursos de Graduação e Mestrado na UDF, bem como em Direito Tributário na graduação. Professor e Coordenador da Pós-graduação em Direito Previdenciário da Rede Luiz Flávio Gomes/Universidade Anhanguera. Mestre e Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós-Doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid, sob a orientação do Prof. José Luís Tortuero Plaza. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Universidade dos Estudos de Milão, sob a orientação do Prof. Giuseppe Ludovico. E-mail: prof.marceloborsio.udf@hotmail.com

RDRST, Brasília, Volume 2, n. 1, 2016, p 224-256, jan-jun/2016

ABSTRACT: The relationship between the civil liability and the social insurance against accidents at work and occupational diseases is much debated still today in Italy and Brazil. The analysis of the Italian situation may be of particular interest for the Brazilian debate which is characterized by similar problems. The current debate in Italy, that has lasted over a century, depends on the unresolved conflict between the old perspective of social insurance as substitute remedy of the civil liability and its modern concept as public remedy. Starting from the analysis of the different positions, the essay offers a critical review of the literature and case law and a clear distinction between the social insurance and the civil liability in compliance with their constitutional functions

KEY WORDS: Accidents at work. Professional diseases. Compensation system. Insurance social system. Damages. Social benefits

I. Introdução

Na comparação entre os sistemas jurídicos dos diferentes países, não é difícil, especialmente em direito do trabalho e da seguridade social, identificar vias de desenvolvimento comuns que resultam da identidade dos problemas com os quais os reguladores nacionais devem enfrentar.

Estas semelhanças emergem especialmente no campo dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais em que os sistemas jurídicos nacionais são movidos pelo objetivo comum de assegurar uma proteção adequada para a pessoa dos trabalhadores. Nesta área, em particular, a questão mais controversa é a relação entre o seguro e a responsabilidade civil devido às dificuldades de encontrar um equilíbrio adequado entre a necessidade de garantir plena proteção para o empregado e evitar de impor custos excessivos para o empregador.

Desses problemas, a doutrina brasileira se ocupa desde há longa data. De igual modo, alimenta-se na Itália um debate que já dura há mais de um século e que continuamente se renova a cada mudança na responsabilidade civil e na proteção social, demonstrando assim a extrema importância e atualidade dessas questões.

II. As origens do seguro obrigatório de acidentes do trabalho na Itália

As opiniões da doutrina italiana sobre a relação entre a responsabilidade civil e o seguro social são influenciadas, ainda hoje, pelas posições dogmáticas que acompanharam, no fim do século XIX, a introdução do seguro obrigatório de acidentes do trabalho.

A partir da segunda metade do século XIX, o desenvolvimento industrial chamou a atenção da doutrina jurídica e da classe política para o grave problema dos acidentes do trabalho. A primeira fase do debate centrou-se inevitavelmente sobre a aplicação das disposições do Código Civil italiano de 1865 em matéria de responsabilidade extracontratual que requeriam ao trabalhador de provar a culpa do empregador para atingir à indenização.

O princípio «*nenhuma responsabilidade sem culpa*» de derivação romanística¹ respondeu a lógica igualitária da sociedade burguesa, mas apareceu profundamente inadequado para regular o novo fenômeno dos acidentes do trabalho². A culpa, entendida em sentido estrito como o comportamento pessoal do empregador, era extremamente difícil de provar, na ausência de uma obrigação contratual de segurança do empregador.

Uma parte da doutrina civilística elaborou algumas soluções para mitigar o ônus da prova do trabalhador. Alguns doutrinadores propuseram a inversão do ônus³, enquanto outros tentaram expandir os limites da responsabilidade extracontratual do empregador através do conceito da *culpa levissima*⁴.

Essas soluções interpretativas se revelaram sempre incapazes para resolver ou atenuar o problema. As condições econômicas e sociais do proletariado não permitiram ao trabalhador suportar os custos do julgamento perante o risco, muito provável, em face de não poder provar a culpa do empregador.

Alguns estudiosos propuseram, em seguida, a superação do critério de culpa, fundando a responsabilidade civil do empregador sobre um critério de imputação não desconhecido ao direito romano. A máxima *cuius commoda eius est incommoda* constituía um «*princípio geral*

¹ A famosa expressão é de VON JHERING, Rudolf, Das Schuldmoment in römischen Privatrecht, in Vermischte Schriften, Leipzig, 1879, spec. p. 199. Sobre o ponto na doutrina italiana, RODOTÀ, Stefano, Il problema della responsabilità civile, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.; RODOTÀ, Stefano, Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile, in Politica e Diritto, 1978, p. 413 ss.

² Para uma reconstrução *também* histórica LUDOVICO, Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7 ss.; CAZZETTA, Giovanni, Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914), Giuffrè, Milano, 1991, p. 70 ss.; IRTI, Natalino, L'età della decodificazione, Giuffrè, Milano, 1999, p. 23-24; GAETA, Lorenzo, Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro, Esi, Napoli, 1986.

³ CHIRONI, Gian Pietro, Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni del lavoro, in Studi Senesi, I, 1884, f. 2, p. 127 ss.

⁴ SCHUPFER, Francesco, La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro, Botta, Roma, 1883, p. 24 ss.

de justiça»⁵, que impunha que os danos decorrentes de atividades empreendidas devessem ser suportados pelas pessoas que recebem benefício dessa atividade⁶.

A *teoria do risco profissional* – como foi definida – representou na Itália a primeira elaboração da responsabilidade objetiva a título de risco da empresa, que alguns juízes começaram a guardar com interesse, condenando os empregadores a ressarcir os danos pelo simples fato do nexos causal entre dano e risco da atividade⁷.

Na verdade, a passagem do critério da culpa ao critério do risco não teria podido garantir nenhuma indenização pelos danos causados pelos riscos «*externos*» à empresa⁸, incluindo, notadamente, as lesões devidas a negligência do trabalhador, que nessa época representavam uma parte não negligenciável dos acidentes do trabalho. A negligência do trabalhador, na realidade, era frequentemente causada por condições insalubres de trabalho, daí resultando que a culpa do trabalhador era, de fato, indistinguível do risco da empresa⁹. Também os juízes, que aplicavam os princípios da responsabilidade objetiva, não tiveram a coragem de condenar o empregador no pagamento da indenização dos danos causados da culpa do trabalhador¹⁰.

No entanto, a teoria do risco profissional foi concebida para introduzir não apenas uma hipótese de responsabilidade objetiva nas regras do Código Civil sobre a *locatio conductio operarum*, mas também para impor ao empregador a obrigação de seguro como garantia da indenização devida ao trabalhador¹¹. Na elaboração inicial, portanto, a responsabilidade objetiva e o seguro obrigatório representavam partes essenciais de um único projeto reformador.

No subsequente debate parlamentar, em vez disso, as duas disciplinas foram separadas. Ao contrário de outros países europeus – como a Alemanha – nos quais o seguro obrigatório foi introduzido junto com a responsabilidade objetiva a título de risco da empresa, no ordenamento italiano – onde, no entanto, a responsabilidade objetiva poderia ser introduzida simplesmente

⁵ FUSINATO, Guido, Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile, in FUSINATO, Guido, Scritti giuridici, Bocca, Torino, 1921, vol. II, p. 72-73

⁶ FUSINATO, Guido, op. cit., p. 27 ss.

⁷ FERRARIS, Carlo Francesco, Gli infortuni sul lavoro e la legge, Botta, Roma, 1897, p. 8; CASTELVETRI Laura, Il diritto del lavoro delle origini, Giuffrè, Milano, 1994, p. 99; CHERUBINI Arnaldo, Storia della previdenza sociale, Ed. Riuniti, Roma, 1977, p. 91; CHERUBINI Arnaldo, Introduzione storica alle assicurazioni sociali in Italia (1900-1965). II. Il 1898. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e Cassa nazionale di previdenza, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1968, I, p. 663.

⁸ CASTRONOVO, Carlo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2006, p. 387-388. Sul punto vedi anche EXNER Adolf, Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Scientia, Neudruck-Aalen, 1970 (rist. ed. Wien, 1883), p. 59 ss.

⁹ Sobre o concurso entre responsabilidade objetiva e por culpa TRIMARCHI Pietro, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, Giuffrè, 1961, p. 297 ss.

¹⁰ CHIRONI Gian Pietro, La colpa nel diritto civile odierno. II. Colpa extra-contrattuale (aquiliana), vol. I, Bocca, Torino, 1886, p. 139. Per un'analisi della giurisprudenza v. GAETA Lorenzo, op. cit., p. 79 ss.

¹¹ FUSINATO Guido, op. cit., p. 90 ss. Così anche Barassi Lodovico, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1917, p. 689.

no plano interpretativo¹² – o problema dos acidentes de trabalho foi resolvido inteiramente através do seguro obrigatório, sem alterar as regras da responsabilidade civil, que assim permaneceram trancadas no princípio dogmático da culpa¹³.

Muitas foram as razões, especialmente ideológicas, que contribuíram para a afirmação desta solução. Um papel determinante desempenhou certamente o receio de que o conflito judicial alimentado pela responsabilidade civil do empregador teria conduzido a um conflito social ainda mais perigoso¹⁴ e, em última análise, «a difusão da ideologia socialista»¹⁵. Mas igualmente eficaz foi a oposição da doutrina e dos muitos parlamentares a uma modificação das tradicionais regras da responsabilidade civil. No debate parlamentar prevaleceram assim as posições mais intransigentes daqueles que, de acordo com o princípio liberal da igualdade formal das partes, consideravam “imoral” a introdução de uma hipótese de responsabilidade civil mais favorável ao trabalhador. Realizou-se dessa maneira o que mais tarde foi chamada de «fuga do código» da teoria do risco profissional¹⁶. Inicialmente concebida como um critério de responsabilidade objetiva a título de risco da empresa, aquela teoria foi completamente despojada do significado jurídico original para ficar somente uma justificação ideológica do seguro obrigatório.

A oposição de muitos deputados a uma possível mudança da responsabilidade por culpa, de fato, tinha feito surgir a dificuldade, por um lado, de determinar o fundamento legal de um seguro que devia superar os limites da culpa para garantir ao trabalhador uma ampla proteção contra acidentes do trabalho e, por outro, de justificar o prêmio do seguro totalmente incorrido pelo empregador para a impossibilidade dos trabalhadores de suportar, mesmo que parcialmente, o seu financiamento.

A teoria do risco profissional ofereceu a resolução – já não jurídica mas apenas política desses problemas. A fundamentação jurídica do seguro foi encontrada na responsabilidade

¹² GAETA Lorenzo, L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1992, p. 4 ss.; GAETA Lorenzo, Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare, in MAZZACANE Aldo, SCHIERA Pierangelo (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 315 ss

¹³ CASTRONOVO Carlo, op. cit., p. 393.

¹⁴ FERRARIS Carlo Francesco, op. cit., p. 55; Villari Pasquale, Gl'infortuni sul lavoro, in *Nuova Antologia*, 1 febbraio 1898, p. 393.

¹⁵ Assim MONTELEONE Giulio, La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni. 1879-1886, in *Movimento operaio e socialista*, XXII, 1976, 3, p. 177. Su questo aspetto Persiani Mattia, Considerazioni sulle motivazioni ideologiche della assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1973, I, p. 419 ss.

¹⁶ CASTRONOVO Carlo, Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi, in *Jus*, 1985, p. 20 ss.

objetiva por risco da empresa e prêmios de seguro foram considerados como uma forma particular de indenização decorrente dessa responsabilidade.

Embora com diferentes argumentos, a assimilação do seguros à responsabilidade objetiva foi totalmente partilhada pelos diferentes partidos políticos que nessa lógica consideraram inevitável a exclusão da responsabilidade por culpa a fim de não impor ao empregador uma dupla responsabilidade.

A regra da exoneração da responsabilidade civil assumiu assim o significado, por um lado, de consequência natural da obrigação de seguro e, por outro, de benefício necessário para compensar o sacrifício sofrido pelo empregador em consequência do financiamento do seguro¹⁷.

A solução que surgiu no confronto parlamentar permitiu, portanto, de conciliar as diferentes posições ideológicas que até então havia dividido os diferentes campos políticos. Por um lado, o financiamento do seguro foi estabelecido totalmente a cargo do empregador, evitando assim que os trabalhadores fossem chamados, mesmo parcialmente, a suportar um custo quase insustentável em condições do tempo. Por outro lado, os empregadores obtiveram a exoneração da responsabilidade civil, com a vantagem de poder transformar a indenização em um custo fixo, constante e programável.

O seguro obrigatório foi capaz, em suma, de garantir a imutabilidade da regra dogmática da culpa, alimentando, ao mesmo tempo, a ilusão de uma proteção fundada sobre um inexistente critério de responsabilidade objetiva por risco da empresa¹⁸.

A última fase do confronto parlamentar revelou, todavia, a necessidade de evitar que a exoneração da responsabilidade civil poderia ser estendida também à condutas de particular gravidade e socialmente reprováveis. Esta posição foi apoiada especialmente por aqueles que na fase anterior do debate se opuseram a qualquer alteração dos princípios tradicionais e que, por esta razão, consideravam inaceitável a exoneração da responsabilidade civil em caso de culpa grave¹⁹.

A solução há muito procurada para distinguir a culpa leve, que estava coberta pelo seguro, da culpa grave²⁰, foi finalmente encontrada graças a uma emenda que propôs a exclusão da regra da exoneração e, portanto, a aplicação da responsabilidade civil em caso de crimes de

¹⁷ FUSINATO Guido, *Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati*, in Fusinato Guido, *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II, p. 537-538; BORTOLOTTI Guido, *Commento al Testo Unico di Legge per gli infortuni degli operai sul lavoro* (R.D. 31 gennaio 1904, n. 51), E. Pietrocola, Napoli, 1904, p. 221

¹⁸ CASTRONOVO Carlo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 388; Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 46 ss.

¹⁹ Sobre o ponto CAZZETTA Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico* (1865-1914), cit., p. 423 ss.

²⁰ AGNELLI Arnaldo, *voce Infortunii degli operai sul lavoro*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. VIII, I, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1902, p. 1018.

ação pública cometidos pelo empregador ou seus empregados encarregados da direção e vigilância do trabalho²¹.

O inédito mecanismo elaborado pelo parlamento constituía, portanto, a responsabilidade penal como condição para a responsabilidade civil, com o efeito de que, apenas na presença de um crime de ação pública, o trabalhador recuperava o direito de ação indenizatória legal contra o empregador.

Particularmente interessante para o debate brasileiro é o limite que foi imposto à indenização do trabalhador e a sua relação com a ação regressiva do segurador. Se pretendia impedir, por um lado, que o acidente poderia tornar-se uma oportunidade de enriquecimento do trabalhador, o qual, acumulando toda a indenização com o benefício acidentário, teria obtido um montante maior do que o dano sofrido, e, por outro, que o empregador poderia compensar um montante menor do dano causado.

A solução que permitiu conciliar essas exigências foi, em presença de crime de ação pública, que o trabalhador poderia agir apenas para a indenização por danos que excedam o montante do benefício acidentário, enquanto o segurador poderia exercer o direito de ação regressiva contra o empregador para obter o reembolso das despesas realizadas com a concessão do benefício acidentário.

Tratou-se de um compromisso que foi considerado positivamente porque limitava o interesse dos trabalhadores em ação judicial²², confirmando, ao mesmo tempo, a responsabilidade do empregador em caso de condutas de particular gravidade atribuíveis também aos prepostos²³.

III. A distinção entre seguro obrigatório e responsabilidade objetiva

As soluções que surgiram no debate parlamentar foram aprovadas pela Lei de 17 de março de 1898, n. 80, que, após um debate que durou mais de trinta anos, consagrou finalmente a obrigação dos empregadores de seguro de acidentes do trabalho.

²¹ O texto da emenda, que depois será copiado no art. 22 da Lei n.º 80/1898, traspunha o conteúdo do projeto de lei apresentado no Senado pelo Senador Guicciardini (Actas parlamentares, Senado do Reino, Documentos, Leg. XX, sess. I, doc. n.º 16), que incluía, por sua vez, as propostas de Ferraris ao Conselho da Previdência (FERRARIS Carlo Francesco, op. cit., p. 75).

²² Sobre o ponto FERRARIS Carlo Francesco, op. cit., p. 70 ss; Bortolotto Guido, op. cit., p. 222 e 225.

²³ Segundo BORTOLOTTI Guido, op. cit., p. 224, la responsabilità dell'imprenditore per i reati di azione pubblica commessi dai dipendenti incaricati della direzione o sorveglianza del lavoro era fondata sulla *culpa in eligendo*.

A lei foi claramente inspirada em uma lógica de transação social. Por um lado, os empregadores suportavam o prêmio do seguro também para os acidentes não causados por sua culpa, recebendo o benefício da exoneração da responsabilidade civil, com a exceção do crime de ação pública, para o qual eles estavam sujeitas à ação do trabalhador de indenização por maior dano e à ação regressiva do segurador. Por outro lado, os trabalhadores obtinham o direito a garantia de um benefício automático por qualquer acidente – também não imputável a culpa do empregador – simplesmente ocorrido em «*ocasião de trabalho*», perdendo o direito à indenização pelo dano maior, exceto nos casos de acidentes causados pelo crime de ação pública cometido pelo empregador ou seus empregados encarregados da direção e vigilância do trabalho.

Este compromisso tinha evidentemente um forte valor simbólico, posto que através de seguros obrigatórios afirmava-se uma «*visão neutral do acidente*»²⁴ pelo fato que o empregador foi substituído pelo segurador no pagamento da indenização, o que contribuiu para superar as razões de uma possível conflitualidade social²⁵.

Apesar dos seus muitos limites, a lei n° 80 de 1898 foi, sem dúvida, um momento crucial na evolução do direito do trabalho e acidentário italiano, representando a primeira realização de uma proteção social contra o risco do trabalho. Em face dessas regras, a doutrina italiana posterior passou, particularmente em atenção, na ausência de outras referências, a desenvolver o conceito jurídico da subordinação²⁶.

No período subsequente à aprovação da lei, a doutrina continuou a debater sobre o fundamento legal da obrigação do seguro. Em conformidade com a concepção que prevaleceu no Parlamento, CARNELUTTI ofereceu uma primeira elaboração teórica desta proteção. Na sua reconstrução, a transação social subjacente ao seguro no debate parlamentar constituía a «*expressão jurídica*» de «*necessidade social*» e de um «*conceito geral de justiça*» que tinha encontrado reconhecimento no princípio do risco profissional, entendido como critério de «*responsabilidade objetiva do industrial*» «*sob a particular forma e com a particular garantia do seguro obrigatório*»²⁷. Uma responsabilidade «*contratual*» – continuava CARNELUTTI – que

²⁴ GAETA Lorenzo, Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro, cit., p. 141-142.

²⁵ GAETA Lorenzo, L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano, cit., p. 15; GAETA Lorenzo, Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare, cit., p. 335-336; BALANDI Gian Guido, Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale", in Rivista Giuridica del Lavoro, 1976, III, p. 98 ss; MARINO Vincenzo, La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro, F. Angeli, Milano, 1990, p. 29.

²⁶ CARNELUTTI Francesco, Sul concetto di operaio nella legge infortuni e Il concetto di impresa nella legge infortuni, in CARNELUTTI Francesco, Infortuni sul lavoro. Studi, Athenaeum, Roma, 1913, vol. I, p. 57 ss.

²⁷ Assim CARNELUTTI Francesco, Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni, in Carnelutti Francesco, op. cit., p. 20-32.

obrigava o empregador a «*um suplemento de remuneração*» pago não «*sob a forma de indenização em caso de acidente*» mas «*sob a forma de prêmio de seguro contra esta possibilidade*»²⁸.

A doutrina restará condicionada por muito tempo pela leitura carneluttiana²⁹, confirmando a concepção do seguro como uma forma de responsabilidade objetiva por risco da empresa³⁰. Um modelo inspirado no compromisso entre interesses sociais opostos, em que o financiamento do seguro pelos empregadores é compensado pelo benefício da exoneração, ao passo que a exclusão de trabalhadores do direito à indenização é justificada pela garantia de um automático benefício por qualquer dano ocorrido em «*ocasião de trabalho*».

As razões deste «*imobilismo conceitual*»³¹ dependem principalmente da continuidade das disposições normativas, que, após mais de um século, continuam ainda a prever o mesmo mecanismo inicialmente instituído pelos artigos n° 22 e 24 da Lei n° 80 de 1898. O artigo 10 do atual Decreto do Presidente da República (de 30 de junho de 1965, n. 1124, Texto Único (T.U.) das disposições do seguro obrigatório contra acidentes de trabalho e doenças profissionais), prevê, com efeito, que o seguro «*exonera o empregador da responsabilidade civil por acidentes do trabalho*», exceto nos casos em que o empregador ou seus empregados encarregados da direção e vigilância do trabalho sofram «*condenação penal*», salvo se o crime é punível mediante queixa da vítima. Nesses casos, a indenização «*é devida apenas pela parte que exceda o benefício acidentário*» pago pelo segurador, que, em conformidade com o artigo

²⁸ Carnelutti F., Introduzione, in Carnelutti Francesco, op. cit., p. XI-X.

²⁹ Confirmava a teoria do risco profissional, mas esperava que pudesse ser superada SANTORO Passarelli Francesco, Rischio e bisogno nella previdenza sociale, in Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1948, p. 177 ss.; SANTORO Passarelli Francesco, Dalla vecchia legislazione infortunistica alle attuali forme assicuratrici, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1952, I, p. 1026 ss.

³⁰ Neste sentido entre os mais recentes: FRANCO Massimiliano, Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro, F. Angeli, Milano, 1995, p. 80; PESSI Roberto, La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo, in Diritto del Lavoro, 1995, I, p. 76-77; HERNANDEZ Salvatore, Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1998, I, p. 225-227; FONTANA Antonio, Il rischio professionale: aspetti storici e profili di attualità, in AA.VV., 1898-1998. Esperienze, evoluzione e prospettive della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Aspetti giuridici, economici, medico-legali, tecnici e statistici, Ed. Inail, Roma, 1999, p. 95 ss; NATULLO Gaetano, Danno alla salute e infortuni sul lavoro: l'«ottica costituzionale», in AA.VV., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2002, p. 446; ROSSI Andrea, La compromissione dell'integrità psico-fisica del lavoratore subordinato: livelli di protezione e profili evolutivi delle forme di tutela, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2004, I, p. 316; GIUBBONI Stefano, Le «contraddizioni» dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto, in Diritto del Lavoro, 2001, I, p. 96; ALIBRANDI Giuseppe, Infortuni sul lavoro e malattie professionali, Giuffrè, Milano, 2002, p. 158 ss.; CASOLA Maria, Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2009, I, p. 113.

³¹ Assim PERSIANI Mattia, Il rischio professionale, in AA.VV., Il rischio professionale, Giuffrè, Milano, 1977, p. 12. No mesmo sentido BALANDI Gian Guido, op. cit., p. 113.

11 do T.U., tem «*direito de ação contra os responsáveis civis para obter o reembolso dos valores pagos a título de benefícios e despesas acessórias*»³².

É somente mais recentemente que a doutrina começou a refutar a tradicional leitura do seguro obrigatório como uma forma de responsabilidade objetiva, revelando o grave equívoco subjacente à concepção carneluttiana, que se baseou na confusão entre o seguro e a responsabilidade objetiva, considerando erroneamente ambos como exceções à regra da responsabilidade por culpa.

É claro, porém, que, embora semelhantes na função econômica, a responsabilidade civil e o seguro são duas instituições jurídicas estruturalmente diferentes. A primeira tem a primária função de reparar o dano causado do ato ilícito, onerando o custo sobre o agente identificado por referência a um critério de imputação; o segundo, no entanto, constitui uma garantia concebida no interesse econômico dos segurados³³. Isso significa que este último não pode ser confundido com a primeira nem pode ser entendido tecnicamente como uma forma de realização daquela³⁴. Neste sentido, podemos dizer que a teoria do risco profissional representou um «*falso histórico*»³⁵.

A melhor prova da diversidade estrutural dos dois instrumentos jurídicos em causa é que o seguro obrigatório não alterou a regra da responsabilidade por culpa, aplicando-se, em vez disso, a alguns acidentes quem não se encontram protegidos pela responsabilidade objetiva por risco da empresa, a qual – como efetivamente observado – não constitui uma forma de responsabilidade «*absoluta*»³⁶, estando sujeita aos limites do seu critério de imputação que inclui unicamente os acidentes causados pelos riscos da empresa³⁷. Com efeito, a doutrina distingue a responsabilidade objetiva «*relativa*», que permite a indenização dos danos causados

³² O artigo 11 T.U. prevê também que «*a sentença que reconhece a responsabilidade civil*» «*é suficiente para constituir o Instituto segurador em crédito contra à pessoa civilmente responsável pelas somas indicadas no parágrafo anterior*» e que «*o Instituto segurador pode exercer a ação regressiva contra a vítima quando o acidente ocorreu por dolo da mesma vítima apurado pela sentença penal*».

³³ CASTRONOVO Carlo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 1997, p. 65; Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 43.

³⁴ CASTRONOVO Carlo, op. ult. cit., p. 386. Assim também CORRIAS Paoloefisio, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 317 ss. La distinzione tra responsabilità oggettiva e assicurazione infortuni è particolarmente chiara anche nella dottrina tedesca Gitter Wolfgang, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht. Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts*, Tübingen, Mohr, 1969, p. 192.

³⁵ CASTRONOVO Carlo, op. ult. cit., p. 388.

³⁶ Assim CASTRONOVO Carlo, op. ult. cit., p. 387-388.

³⁷ LUDOVICO Giuseppe, op. cit., p. 49 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2015, I, p. 443 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013, p. 1065 ss.

por um determinado risco, excluindo, por conseguinte, o caso fortuito³⁸, a força maior³⁹ e a culpa da vítima⁴⁰, da responsabilidade objetiva «*absoluta*» que configure, em vez disso, uma responsabilidade ilimitada⁴¹.

O seguro obrigatório, portanto, difere consideravelmente tanto da responsabilidade objetiva relativa (porque, além de compreender o caso fortuito, a força maior e a culpa do trabalhador, abrange igualmente eventos – como o acidente do trabalho *in itinere*⁴² – que não são imputáveis ao risco da empresa), como da responsabilidade objetiva absoluta, a qual constitui um instrumento jurídico diferente de caráter excepcional⁴³.

IV. O fundamento e a função constitucional do seguro obrigatório

Para compreender o fundamento e a função jurídica do seguro obrigatório, é necessário concentrar a atenção na definição contida no artigo 2º do T.U., que reconhece como acidente de trabalho cada evento que aconteceu em «*ocasião de trabalho*».

Esta disposição, que é idêntica ao artigo 7º da Lei no. 80 de 1898, não faz distinção entre diferentes fatores causais, reconhecendo importância unitária – bem como outras formas de seguros sociais – aos fatores etiológicos do caso fortuito, da força maior, do fato de terceiro, da culpa do trabalhador e da culpa e dolo do empregador⁴⁴.

Esta definição pontua, portanto, um conceito de risco que vai além dos limites da responsabilidade objetiva⁴⁵, para assumir o diferente significado de «*risco social*»⁴⁶, que consagrou o nascimento na Itália da previdência social.

³⁸ COMPORTI Marco, Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053, in Il codice civile. Commentario Schlesinger e Busnelli, Giuffrè, Milano, 2009, p. 44 ss.; ALPA Guido, La Responsabilità civile. Parte generale, Utet, Torino, 2010, p. 172 ss.

³⁹ EXNER Adolf, op. cit., p. 59 ss.

⁴⁰ Sobre o concurso entre responsabilidade por risco e por culpa TRIMARCHI Pietro, op. cit., p. 297 ss.

⁴¹ A distinção entre responsabilidade objetiva relativa e absoluta è de MAIORCA Carlo, voce Colpa Civile, in Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 552.

⁴² O acidente *in itinere* é especificamente regulado pelo artigo 2 T.U., que protege qualquer evento ocorrido «*durante o trajeto normal entre casa/trabalho e vice-versa, o trajeto normal entre dois lugares de trabalho e durante o trajeto normal entre o trabalho e o lugar habitual de refeições*», com exceção dos acidentes ocorridos durante interrupções e desvios não necessários, e dos acidentes ocorridos com meio de transporte privado não necessário. Sobre o ponto LUDOVICO Giuseppe, La definizione legislativa dell'infortunio *in itinere* tra estensione della tutela e selezione dei soggetti, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2002, I, p. 31 ss.

⁴³ COMPORTI Marco, op. cit., p. 45 ss.

⁴⁴ ALIBRANDI Giuseppe, op. cit., 191 ss.;

⁴⁵ PERSIANI Mattia, op. cit., p. 19; Montuschi Luigi, La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1998, I, p. 709-710.

⁴⁶ Assim EWALD François, L'Etat providence, Grasset, Paris 1989, p. 334.

O objeto do seguro obrigatório consequentemente não é o risco da empresa, mas o risco em relação ao trabalhador de encontrar-se em situações de necessidade por efeito do trabalho.

Movido pelas necessidades prementes de ordem social, o legislador foi assim induzido a superar os esquemas rígidos da responsabilidade civil que não poderiam garantir uma proteção automática de extensão equiparável, para entrar em uma dimensão jurídica completamente nova, que no início não foi compreendida no verdadeiro significado. Na ausência de uma concepção teórica do seguro social, o seguro obrigatório foi assimilado a padrões tradicionais da responsabilidade civil, alimentando um equívoco que por um longo tempo continuou a condicionar a interpretação doutrinária⁴⁷.

Após sua introdução, no entanto, o seguro obrigatório tem visto rapidamente intensificar os seus aspectos publicísticos, pois antes ainda da Constituição, a sua aplicação já tinha sido alargada ao setor agrícola e às doenças ocupacionais, tinha sido introduzido o princípio da automaticidade dos benefícios e foi consagrado o monopólio público com a instituição do Instituto Nacional de Seguros contra os Acidentes de Trabalho (INAIL)⁴⁸.

É somente com a entrada em vigor da Constituição, porém, que o seguro obrigatório foi elevado a princípio fundamental do ordenamento jurídico italiano⁴⁹, prevendo o artigo 38, nº 2, da Constituição, que todos os trabalhadores terão o direito a que sejam *«previstos e assicurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário»*.

Na perspectiva constitucional o seguro obrigatório assume, portanto, a função de instrumento essencial de proteção social que responde a objetivos fundamentais e inderrogáveis de solidariedade coletiva⁵⁰.

Enquadrado na dimensão constitucional, o conceito de risco profissional, consequentemente, perde o seu significado original privatístico de *risco de empresa*, este conceito deve ser interpretado agora como *risco em relação ao trabalhador* de encontrar-se em situações de necessidade por efeito do trabalho⁵¹.

O risco profissional, torna-se, assim, a justificação constitucional da mais intensa proteção dos trabalhadores a que os cidadãos⁵², devendo considerar-se que *«uma lei que eliminasse a*

⁴⁷ LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, cit., p. 49 ss.

⁴⁸ BARASSI Lodovico, Diritto del lavoro e assicurazioni sociali, Giuffrè, Milano, 1930, vol. II, p. 487 ss.

⁴⁹ Assim PERSIANI Mattia, Il sistema giuridico della previdenza sociale, Cedam, Padova, 1960, p. 21.

⁵⁰ LUDOVICO Giuseppe, op. ult. cit., p. 80 ss.

⁵¹ PERSIANI Mattia, op. ult. cit., p. 316.

⁵² SANTORO Passarelli Francesco, Rischio e bisogno nella previdenza sociale, cit., p. 192.

importância da origem profissional do evento seria, muito provavelmente, inconstitucional»⁵³.

A subsequente evolução do seguro obrigatório foi totalmente coerente com os princípios constitucionais. Basta pensar nas contribuições, que, ainda privatisticamente definida como “prêmios”, apresentam na verdade natureza de obrigação pública equiparável à obrigação tributária⁵⁴, ou nas prestações de cuidados de saúde, que demonstram que a função do seguro não é só aquela de pagar uma quantia em dinheiro, mas aquela de proteger o trabalhador entendido constitucionalmente no seu inteiro valor de pessoa⁵⁵.

A superação definitiva dos esquemas originais privatísticos resulta ainda mais evidente pela profunda mudança sofrida da regra da exoneração do empregador da responsabilidade civil.

Graças à interpretação criativa da jurisprudência, essa regra sofreu no tempo um processo de erosão contínua. A contração do seu âmbito de aplicação começou com o acórdão do Tribunal Constitucional italiano, que reconheceu a responsabilidade civil do empregador em caso de crime cometido por qualquer trabalhador também não encarregado da direção e vigilância do trabalho⁵⁶, e prosseguiu através de jurisprudência – ainda dominante – que considera crime também o incumprimento da obrigação contratual consagrada no artigo 2087 do Código Civil italiano, o qual dispõe que o empregador é obrigado a *«tomar, no âmbito do funcionamento da empresa, as medidas que, segundo as especificidades do trabalho, a experiência e a técnica, sejam necessárias para proteger a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores»*.

A simples violação desta obrigação ampla e genérica é suficiente, por si só, para a configuração do crime de ação pública que exclui a aplicação da regra da exoneração⁵⁷.

Igualmente profunda é a evolução sofrida desta regra no plano processual onde o trabalhador é facilitado pela distribuição do ônus da prova da responsabilidade contratual, segundo a qual a vítima do acidente de trabalho precisa provar apenas a existência da relação de trabalho, do dano e do nexo de causalidade, enquanto o empregador deve provar a inimputabilidade do acidente, ou seja, que tomou todas as medidas para evitar o dano⁵⁸.

⁵³ Assim PERSIANI Mattia, op. ult. cit., p. 317.

⁵⁴ BARASSI Lodovico, Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali, in Assicurazioni Sociali, 1933, p. 3 ss.

⁵⁵ MONTUSCHI Luigi, op.cit., p. 709

⁵⁶ Tribunal Constitucional 9 março 1967, n. 22.

⁵⁷ LUDOVICO Giuseppe, op. cit., p. 105 ss.

⁵⁸ Entre mais recentes Cass. Sez. Lav. 11 abril 2013, n. 8855; Cass. Sez. Lav. 22 dezembro 2011, n. 28205; Cass. Sez. Lav. 21 dezembro 2010, n. 25865; Cass. Sez. Lav. 17 fevereiro 2009, n. 3785; Cass. Sez. Lav. 13 agosto 2008, n. 21590; Cass. Sez. Lav. 22 dezembro 2008, n. 29935; Cass. Sez. Lav. 14 abril 2008, n. 9817, in Rivista Critica del Diritto del Lavoro, 2008, p. 681.

Não menos importantes são as derrogações à regra da exoneração, na parte em que exige uma condenação *penal* para o crime de ação pública⁵⁹. Esta condição foi inicialmente reduzida pelos acórdãos do Tribunal Constitucional que admitiram em alguns casos a possibilidade do juiz civil de reconhecer o crime⁶⁰, e após definitivamente superada pelo princípio, estabelecido pelo atual Código de Processo Penal italiano, da separação e autonomia da jurisdição civil e penal⁶¹.

Este longo processo de erosão, todavia, ainda não conduziu ao desaparecimento definitivo da regra da exoneração que continuou a condicionar o direito do trabalhador à indenização do danos superiores aos benefícios previdenciários acidentários (“danos diferenciais”). Sobre este aspecto a responsabilidade civil e o seguro obrigatório voltaram novamente a confrontar-se, mas com uma diferença em relação ao passado, a de que a comparação não afetará os critérios de imputação do dano, mas o seu conteúdo.

V. O novo encontro entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil: o dano à pessoa

O «*equilíbrio fundamental*»⁶² que durante muito tempo governou as relações entre os dois sistemas, inevitavelmente, entra em crise quando o Tribunal Constitucional italiano, com o acórdão de 14 de julho de 1986, n. 184⁶³, introduziu na responsabilidade civil a nova figura do **dano biológico**, definido como prejuízo a integridade física e mental da pessoa, independente da sua capacidade de trabalho, que se baseia no direito fundamental à saúde consagrado no artigo 32 da Constituição⁶⁴.

Este tipo de dano era irremediavelmente estranho à previdência social, o que, vinculado pelas tabelas da lei, continuava a prever, para eventos de gravidade igual ou superior a 11%, uma renda periódica calculada em função da redução da capacidade de ganho.

A assimetria entre a indenização e o benefício acidentário assim prejudicou a funcionalidade do mecanismo previsto nos artigos 10 e 11 do T.U., levantando dúvidas

⁵⁹ Para mais detalhes, veja LUDOVICO Giuseppe, op. cit., p. 128 ss.

⁶⁰ Tribunal Constitucional 22 março 1971, n. 55, in Foro Italiano, 1971, I, c. 824; Tribunal Constitucional 27 junho 1973, n. 99, in Foro Italiano, 1973, I, c. 2009; Tribunal Constitucional 26 junho 1975, n. 165, in Foro Italiano, 1976, I, c. 36; Tribunal Constitucional 19 junho 1981, n. 102, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1981, p. 281; Tribunal Constitucional 24 abril 1986, n. 118, in Foro Italiano, 1988, I, c. 383; Tribunal Constitucional 11 dezembro 1995, n. 499, in Responsabilità Civile e Previdenza, 1996, II, p. 265.

⁶¹ Cass. Sezioni Unite 16 março 2015, n. 5160, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2015, p. 827.

⁶² CASTRONOVO Carlo, Danno alla salute e infortuni. La Corte Costituzionale e i diritti secondi, in Foro Italiano, 1995, I, c. 91.

⁶³ in Foro Italiano, 1986, I, c. 2053 con nota di Ponzanelli Giulio.

⁶⁴ CASTRONOVO Carlo, Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale, Giuffrè, Milano, 1998.

significativas quanto à exata identificação da parte da indenização devida ao trabalhador a título de dano diferencial e da parte, em vez disso, sujeita à ação regressiva do INAIL.

Em 1991, o Tribunal Constitucional italiano proferiu três acórdãos e, após ter solicitado ao legislador estender o seguro social ao dano biológico⁶⁵, excluiu este tipo de dano da aplicação da regra da exoneração⁶⁶, excluindo também a ação regressiva do INAIL sobre o montante de indenização por dano biológico, que, por conseguinte, permaneceu na exclusiva disponibilidade do trabalhador de acordo com as regras gerais da responsabilidade civil⁶⁷.

A exclusão do dano biológico da cobertura do seguro social, portanto, era motivo suficiente para excluir a sua indenização da aplicação dos artigos 10 e 11 do T.U.. Esta solução teve consequências negativas especialmente para o INAIL, que devia pagar a totalidade do benefício acidentário, mesmo em caso de concurso de culpa do trabalhador, sem ter tido a possibilidade, nestes casos, de exercitar por inteiro a ação regressiva sobre a menor indenização concedida pelo juiz.

Também por algumas ambiguidades nos acórdãos do Tribunal Constitucional, foram necessários nove anos para chegar à reforma introduzida pelo artigo 13 do Decreto Legislativo 23 de fevereiro de 2000, n. 38, que estendeu a cobertura do seguro social ao dano biológico que foi definido como «*lesão da integridade psicofísica da pessoa, suscetível de avaliação médico-legal*», relativamente a qual os benefícios acidentários «*são determinados independentemente capacidade de ganho do lesado*». Esta é a primeira definição legislativa do dano biológico que, tal como previsto no artigo 13, refere-se apenas ao «*seguro obrigatório de acidentes de trabalho e doenças profissionais*» e tem valor «*experimental*» «*na pendência da definição geral e dos critérios para determinação da sua indenização*».

Em conformidade com os acórdãos do Tribunal Constitucional, que definiu o dano biológico como um dano prioritário, o legislador colocou este tipo de lesão no centro do novo sistema de seguro. O benefício precedente ao de incapacidade permanente, que era calculado unicamente em razão da diminuição da capacidade de ganho, foi substituído por um novo tipo de benefício calculado principalmente em função da lesão da integridade psicofísica. Em caso de lesão permanente de gravidade compreendida entre 6% e 15 %, o **benefício é calculado apenas em função do dano biológico e é pago com a soma capital**; em caso, no entanto, de

⁶⁵ Tribunal Constitucional 15 fevereiro 1991, n. 87, in Foro Italiano, 1991, I, c. 1664 ss.

⁶⁶ Tribunal Constitucional 27 dezembro 1991, n. 485, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1992, II, p. 756 ss.

⁶⁷ Tribunal Constitucional 18 julho 1991, n. 356, in Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 1991, III, p. 144 ss. Os mesmos princípios foram estendidos após ao dano moral pelo Tribunal Constitucional 17 fevereiro 1994, n. 37, in Foro Italiano, 1994, I, c. 1326

lesão permanente de gravidade superior a 16%, o benefício é pago sob a forma de uma renda periódica e está dividido **em duas partes, uma pelo dano biológico, outra por o dano patrimonial**⁶⁸.

O decreto legislativo n. 38 de 2000 é complementado pelo decreto ministerial de 12 de julho de 2000, que contém a tabela de avaliação das lesões, a tabela pela determinação do valor do dano biológico e a tabela pela determinação do valor do dano patrimonial.

VI. A relação entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil após o Decreto Legislativo n. 38/2000

Ao contrário do que se esperava, o legislador não previa algumas disposições de coordenação entre o novo sistema e os artigos 10 e 11 do TU, levantando, uma vez mais, muitas dúvidas sobre a relação entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil, também porque o sistema ressarcitório foi enriquecido por um novo tipo de dano não patrimonial – **o dano existencial**⁶⁹ – que deriva da lesão do direito fundamental da pessoa de expressar livremente a sua personalidade⁷⁰.

O legislador confiou evidentemente no fato de que a introdução da cobertura do dano biológico teria garantido a superação dos acórdãos do Tribunal Constitucional do 1991, restaurando automaticamente o equilíbrio original entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil. As expectativas do legislador foram completamente ignoradas, com o resultado, paradoxal em muitos aspectos, que a relação entre o seguro e a responsabilidade parece agora mais incerta do que antes da reforma.

⁶⁸ Sobre o novo sistema: GIUBBONI Stefano, Ludovico Giuseppe, ROSSI Andrea, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014, p. 375 ss.; DE MATTEIS Aldo, *La responsabilità del datore di lavoro*, Aracne, Roma, 2013, p. 86 ss.; GIUBBONI S., Rossi A., *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 51 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Il danno biologico negli infortuni sul lavoro e nelle malattie professionali (prima e dopo il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38)*, in PEDRAZZOLI Marcello (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, p. 157-169; LUDOVICO Giuseppe, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 227 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, cit., p. 429 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'Inail*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, p. 611-635; LUDOVICO Giuseppe, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., p. 1049 ss.

⁶⁹ Em geral sobre a definição do dano existencial: CENDON Paolo, ZIVIZ Patrizia (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000; PONZANELLI Giulio (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003; CENDON Paolo, *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale*, tomo II, UTET, Torino, 2009; FRANZONI Massimo, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 1 ss.; ZIVIZ Patrizia, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁷⁰ Tribunal Constitucional 11 julho 2003, n. 233, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, p. 1777; Cass. Sez. Civ. 31 maio 2003, n. 8827 e 8828, in *Danno e Responsabilità*, 2003, p. 816 ss.

Particularmente incertos são sobretudo os limites de aplicação da regra da exoneração relativamente ao dano biológico.

A doutrina tradicional supõe que este tipo de dano agora estaria inteiramente sujeito à regra da exoneração, com o resultado que, na ausência de um crime de ação pública, o trabalhador não pode agir para obter a maior indenização (dano biológico), restando-lhe o benefício acidentário, resultando também impedida a ação regressiva do INAIL⁷¹. Não é raro, com efeito, que a parte do benefício acidentário paga por este tipo de dano é menor do que a indenização correspondente ao mesmo dano pelo simples fato que a tabela do seguro obrigatório anexa ao decreto ministerial de 12 de Julho de 2000 tem geralmente valores mais baixos do que as tabelas dos tribunais.

Esta doutrina tradicional acredita, portanto, que a cobertura acidentária do dano biológico teria permitido a regra da exoneração não só superar a inconstitucionalidade anterior, mas também expandir a sua aplicação em correspondência com a extensão do seguro. Em linha com a transação social original, a extensão do seguro, assim, teria provocado o efeito de uma expansão proporcional da exoneração como contrapartida para a mais ampla proteção social garantida aos trabalhadores⁷².

A doutrina baseia-se na suposição de que a função do seguro obrigatório (benefício acidentário) continua ainda a ser a substituição da responsabilidade civil, o que implicaria que, uma vez incluída no seguro, a reparação do dano biológico não seria regulada pelas regras gerais do código civil, mas pelas regras especiais dos artigos 10 e 11 do T.U.

⁷¹ Assim na doutrina: TULLINI Patrizia, Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, I, p. 499; RIVERSO Roberto, Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, p. 663 ss.; CASOLA Maria, op. cit. p. 113 ss.; GIUBBONI Stefano, Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, p. 1 ss.; ROSSI Andrea, op. cit., p. 316 ss.; MARANDO Giuseppe, Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro, Giuffrè, Milano, 2003, p. 501 ss.. In giurisprudenza: Cass. Sez. Lav. 5 maio 2005, n. 9353, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, II, p. 625; Cass. Sez. Lav. 21 março 2002, n. 4080, in *Giustizia Civile*, 2002, I, p. 913; Cass. Sez. Lav. 21 novembro 2001, n. 1114, in *Diritto ed Economia delle Assicurazioni*, 2003, p. 223; Trib. Pisa 3 maio 2011, n. 308, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, II, p. 507; Trib. Reggio Calabria 9 junho 2010, in *Foro Italiano*, 2011, I, c. 927; Trib. Tivoli 16 dicembre 2009, in *Diritto&Lavoro*, 2010, p. 138; Trib. Tivoli 18 novembro 2009, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2010, II, p. 351; Trib. Parma 18 junho 2009, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 1398; Trib. Vicenza 10 fevereiro 2009, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 895; Trib. Torino 14 abril 2006, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, II, p. 77; App. Milano 5 maio 2006, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, p. 690; Trib. Bassano del Grappa 24 janeiro 2006, n. 59, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2006, II, p. 80; Trib. Ravenna 22 março 2005, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, p. 979; App. Torino 23 novembro 2004, n. 1639, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, p. 51.

⁷² Neste sentido CINELLI Maurizio, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 492; PESSI Roberto, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2000, p. 440 ss.

Esta concepção do seguro obrigatório não é muito diferente do que no início do século XX, posto que foi proposta pela teoria do risco profissional que entendia o seguro obrigatório como um instrumento jurídico substitutivo da responsabilidade civil.

Os intérpretes que afirmam a expansão ao dano biológico da regra da exoneração, relembram explicitamente esta teoria, argumentando que o seguro obrigatório ainda tem a função de isentar o empregador da responsabilidade civil.

Existem, todavia, muitas razões diferentes para recusar esta concepção do seguro obrigatório, cuja função precisa ser interpretada em conformidade com os princípios constitucionais.

Do ponto de vista sistêmico, não parece justificado continuar a propor a mesma perspectiva que foi elaborada há mais de um século, sem ter em conta as profundas mudanças ocorridas, entretanto, no ordenamento jurídico.

VII. A função previdencial do seguro obrigatório e a sua autonomia da responsabilidade civil

A teoria do risco profissional – como já mencionado supra – teve certamente o mérito de ter permitido o enquadramento nas categorias da responsabilidade civil de uma proteção jurídica que, no início do século XX, não teria tido nenhuma outra explicação na ausência de uma concepção teórica madura da previdência social.

Após mais de um século, todavia, não existem fundadas razões para continuar a fazer referência a esta teoria, que – como demonstrado pela mais recente doutrina – se baseou na assimilação indevida do seguro obrigatório à responsabilidade civil, confundindo assim dois diferentes instrumentos jurídicos.

O seguro obrigatório, em vez disso, responde a uma função típica de proteção social, bem como demonstra a definição de acidente de trabalho prevista no artigo 2º do T.U., que ignora os critérios de imputação da responsabilidade civil para garantir aos trabalhadores uma proteção ampla contra o risco do trabalho.

Esta perspectiva, até então desconhecida, recebeu consagração definitiva no artigo 38, nº. 2, da Constituição italiana, que, confirmando as proteções preexistentes⁷³, reconheceu a todos os trabalhadores o direito fundamental à proteção adequada em caso de necessidade causada

⁷³ MORTATI Costantino, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del Lavoro*, 1954, I, p. 148 ss.; MENGONI Luigi, *I diritti sociali*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, p. 3 ss.; BALDASSARRE Antonio, *voce Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989, p. 1 ss.

pelo trabalho. O seguro obrigatório, portanto, situa-se na perspectiva constitucional da libertação da necessidade e neste sentido se pronunciou várias vezes não só o Tribunal Constitucional⁷⁴, mas também o Tribunal de Justiça da União Europeia que reconheceu expressamente a função «*exclusivamente social*» desta proteção, excluindo o monopólio do INAIL da aplicação das regras europeias sobre a liberdade de concorrência⁷⁵.

É nesta perspectiva, por conseguinte, que deve ser resolvido o problema das relações entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil, devendo se considerar, em primeiro lugar, que a proteção garantida nos termos do artigo 38, nº 2 da Constituição constitui um direito fundamental, autônomo e incondicional do trabalhador, que claramente não é alternativo ou substitutivo do direito, igualmente fundamental, à integridade da saúde consagrado no art. 32 da Constituição⁷⁶.

Não existem razões, portanto, para continuar a interpretar a relação entre essas disciplinas jurídicas segundo a antiquada teoria do risco profissional, que, além de ser desprovida de fundamento jurídico, está também em clara contradição com os princípios constitucionais na medida em que, isentando o empregador da indenização do dano biológico diferencial, considera a proteção social como uma limitação do direito à saúde garantido pelo artigo 32 da Constituição.

Também não depõem a favor dessa limitação os três acórdãos do Tribunal Constitucional que exigiram a inclusão do dano biológico no seguro obrigatório. Ao contrário do que se poderia pensar, essas decisões não tinham intenção de confiar à proteção social a típica função indenizatória da responsabilidade civil, mas simplesmente afirmar que o seguro obrigatório não poderia ser estranho aos valores consagrados artigo 32 da Constituição, no sentido de que a

⁷⁴ Tribunal Constitucional 14 julho 1999, n. 297, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2000, II, p. 378; Tribunal Constitucional 21 novembro 1997, n. 350, in *Danno e Responsabilità*, 1998, p. 141; Tribunal Constitucional 19 janeiro 1995, n. 17, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1995, II, p. 763 ss.; Tribunal Constitucional 26 fevereiro 1993, n. 71, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1994, II, p. 27; Tribunal Constitucional 2 março 1991, n. 100, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1991, II, p. 9; Tribunal Constitucional 18 fevereiro 1988, n. 179, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1988, II, p. 897; Tribunal Constitucional 7 julho 1986, n. 173, in *Foro Italiano*, 1986, I, c. 2087; Tribunal Constitucional 5 fevereiro 1986, n. 31, in *Foro Italiano*, 1986, I, c. 1770; Tribunal Constitucional 26 abril 1971, n. 80, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1971, II, p. 147; Tribunal Constitucional 8 julho 1969, n. 116, in *Foro Italiano*, 1969, I, c. 665.

⁷⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia 22 janeiro 2002, c-218/00, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, p. 343 ss.

⁷⁶ LUDOVICO Giuseppe, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 217 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, cit., p. 443 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., p. 1068 ss.

salvaguarda do direito fundamental à saúde exigiu uma proteção adicional do que aquela prevista pela responsabilidade civil.

Nesta perspectiva o Tribunal Constitucional afirmou explicitamente que a importância constitucional do direito à saúde impunha considerar «*não suficiente*» a sua proteção somente indenizatória, sendo necessária uma «*garantia diferenciada e mais intensa*» de modo a prestar uma «efetiva, temporal e automática reparação do dano que o direito comum não pode oferecer»⁷⁷.

O Tribunal Constitucional portanto queria somente chamar a atenção do legislador para o fato de que, na ausência da garantia do seguro obrigatório, o dano biológico não teria recebido qualquer tipo de reparação em caso de acidentes não imputáveis à responsabilidade civil do empregador, causando desta maneira uma falta de proteção do direito constitucional à integridade psicofísica do trabalhador⁷⁸.

A intenção dessas decisões, portanto, não consistia na atribuição ao seguro obrigatório da função da responsabilidade civil, mas propor uma conexão direta entre os artigos 32 e 38 da Constituição, exigindo do legislador uma adaptação coerente ao objeto da proteção social em face do valor fundamental da saúde⁷⁹.

Se a regra da exoneração da responsabilidade civil – como vimos – foi inspirada na concepção incompatível com os princípios constitucionais, também não pode ser subestimada, a profunda transformação sofrida dessa regra no curso da sua evolução.

Embora formalmente vigente, a regra da exoneração foi objeto – como já vimos – de um processo de redução progressiva dos seus limites aplicativos – tanto do ponto de vista substancial quanto no plano processual – e não é por acaso que regras semelhantes de outros ordenamentos na Europa sofreram o mesmo declínio até, por vezes, a eliminação final⁸⁰. Podemos mesmo dizer que no ordenamento italiano essa regra tem podido formalmente sobreviver precisamente porque desprovida substancialmente de efeitos⁸¹. Torna-se ainda mais difícil compreender as razões pelas quais, na ausência de qualquer indicação legislativa, essa

⁷⁷ Assim Tribunal Constitucional 15 fevereiro 1991, n. 87, cit.; Tribunal Constitucional 18 julho 1991, n. 356, cit.; Corte Costituzionale 26 fevereiro 1993, n. 71, cit..

⁷⁸ ZOPPOLI Lorenzo, Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2001, p. 394.

⁷⁹ LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, cit., p. 221.

⁸⁰ DE MATTEIS Aldo, op. cit., p. 105 ss.

⁸¹ MARINO Vincenzo, op. cit., p. 57; PERA Giuseppe, L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1967, I, p. 901 ss..

regra deveria expandir suas fronteiras, limitando o direito do trabalhador à indenização do dano biológico diferencial⁸².

Existem também outras razões para duvidar da validade da vigência atual da regra da exoneração.

Convém lembrar, de fato, a profunda releitura da jurisprudência do regime restritivo do artigo 2059 do Código Civil italiano, que limitava a indenização do dano não patrimonial apenas aos «*casos determinados pela lei*», o que significava, na prática, tão-só nas situações de ilícito criminal nos termos do artigo 185 do Código Penal. Era, evidentemente, um mecanismo muito similar àquele do artigo 10 do T.U., que operava com este em perfeita sintonia, no sentido de que o ilícito criminal condicionava, ao mesmo tempo, a ativação da responsabilidade civil e a indenização dos danos não patrimoniais⁸³.

A norma do Código Civil foi completamente revista pelo Tribunal Constitucional e a Corte de Cassação, num primeiro momento, assentou no sentido de que foi admitida a possibilidade, no caso de ilícito criminal, de presumir o elemento subjetivo da culpa⁸⁴; num segundo momento, em vez disso, foi oferecida uma releitura «*constitucionalmente orientada*» do artigo 2059 do Código Civil, excluindo a aplicação da condição penal no caso de lesão de um interesse constitucionalmente protegido que, portanto, define as hipóteses de indenização dos danos não patrimoniais⁸⁵.

A doutrina trabalhista se questionou acerca da possível extensão à regra da exoneração em face da possibilidade de presumir o elemento da culpa para a configuração do ilícito criminal.

No sentido contrário, tem sido apontado que a analogia entre as duas disposições seria apenas aparente porque o artigo 2059 do Código Civil define o pressuposto da indenização do dano⁸⁶, enquanto o artigo 10 do T.U. define a condição da responsabilidade civil segundo uma lógica de transação social que seria completamente desprovida de sentido no caso de presunção do ilícito criminal⁸⁷.

Contra esta objeção, foi argumentado, por um lado, que o artigo do Código Civil tem sido interpretado, tradicionalmente, como uma condição de responsabilidade civil e por outro que,

⁸² LUDOVICO Giuseppe, op. ult. cit., p. 281 ss.; Ludovico Giuseppe, La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale, cit., p. 1071 ss.; LUDOVICO Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, cit., p. 436 ss.

⁸³ MARANDO Giuseppe, op. cit., p. 29.

⁸⁴ Cass. Sez. Civ. 12 maio 2003, n. 7281, 7282, 7283, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2003, p. 676; Tribunal Constitucional 11 julho 2003, n. 233, cit., e Tribunal Constitucional 12 dezembro 2003, n. 356, in Giurisprudenza Italiana, 2004, c. 1129.

⁸⁵ Cass. Sez. Civ. 31 maio 2003, n. 8827 e 8828, cit.; Tribunal Constitucional 11 julho 2003, n. 233, cit..

⁸⁶ ALIBRANDI Giuseppe, op. cit., p. 722 ss.; MARANDO Giuseppe, op. cit., p. 16 ss.

⁸⁷ RIVERSO Roberto, op. cit., p. 666 ss.; CASOLA Maria, op. cit., p. 99 ss.

no direito do trabalho, a culpa do empregador já pode ser presumida em razão da natureza contratual da responsabilidade por violação da obrigação de segurança do trabalho do artigo 2087 do Código Civil⁸⁸.

Essas questões, todavia, não podem desviar a atenção do mais importante princípio consagrado da jurisprudência italiana que reconhece o direito incondicional à indenização no caso de lesões de interesses constitucionalmente protegidos da pessoa.

De fato, não é fácil compreender as razões pelas quais este princípio, que é afirmado na área geral de responsabilidade civil, não pode ser aplicado também em direito do trabalho, tendo em conta que a lesão de interesses constitucionais da pessoa está sempre presente no acidente do trabalho ou na doença profissional em virtude da exposição pessoal do trabalhador aos eventos lesivos⁸⁹.

No sentido contrário, não releva o fato deste princípio ter sido afirmado com referência à responsabilidade aquiliana do artigo 2059 do Código Civil, quando o empregador responde a título de responsabilidade contratual, conforme artigo 2087 do Código Civil.

Num acórdão recente, de fato, as Seções Unidas da Corte de Cassação esclareceram, em seguida, que a interpretação constitucionalmente orientada do artigo 2059 do Código Civil permite aplicar o mesmo princípio da indenização incondicional do dano não patrimonial também na área da responsabilidade contratual, reconhecendo no artigo 2087 do Código Civil um exemplo emblemático de interesses não patrimoniais deduzidas diretamente na relação contratual em razão da obrigação do empregador de proteger «*a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores*»⁹⁰.

As opiniões doutrinárias favoráveis à regra da exoneração argumentam que a sua especialidade impediria a extensão dos princípios consagrados no plano geral da responsabilidade civil⁹¹.

Não seria difícil responder que a especialidade dessa regra não seria um argumento suficiente para limitar a aplicação do princípio fundamental da proteção integral da saúde⁹².

⁸⁸ GIUBBONI Stefano, op. cit., p. 13 ss.

⁸⁹ LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, cit., p. 295 ss.; LUDOVICO Giuseppe, La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale, cit., p. 1072 ss.; Ludovico Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, cit., p. 437 ss.

⁹⁰ Cass. Sez. Un. 11 novembro 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2009, II, p. 465 ss.

⁹¹ RIVERSO Roberto, op. cit., p. 666.

⁹² LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, cit., p. 300-301.

Seria difícil também aceitar a ideia de que um limite considerado inaplicável a cidadãos comuns pode sobreviver somente no âmbito do direito do trabalho em flagrante contradição com a importância que o trabalho assume nos princípios constitucionais.

Por conseguinte, não parecem existir alternativas à implícita revogação da regra da exoneração, a menos que a essa regra se atribua uma eficácia superior aos direitos fundamentais.

Por todas estas razões, uma parte crescente da doutrina⁹³ e da jurisprudência⁹⁴ considera que a regra da exoneração é inevitavelmente superada pela evolução geral do ordenamento no plano da tutela do dano à pessoa.

Nesse sentido, uma decisão recente proferida pela Corte de Cassação afirmou que as «*diferenças estruturais consideráveis*» entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil impedem de considerar o benefício acidentário como totalmente satisfativo do direito à indenização do dano biológico, excluindo, ao mesmo tempo, que a regra da exoneração pode limitar a plena satisfação do direito fundamental à plena indenização do dano não patrimonial segundo a regras gerais da responsabilidade civil⁹⁵.

XI. Os critérios de quantificação do dano diferencial: comparação entre títulos de danos ou entre montantes totais?

⁹³ DE MATTEIS Aldo, *La responsabilità del datore di lavoro*, Aracne, 2013, p. 105 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 281 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., p. 1072 ss.; LUDOVICO Giuseppe, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, cit., p. 437 ss.; DE MATTEIS Aldo, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, p. 355 ss.; DALLA RIVA Rolando, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, p. 547 ss.; BONA Marco, *voce Danno alla persona*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Agg., I*, Utet, 2003, p. 652; Zoppoli Lorenzo, *op. cit.*, p. 394.

⁹⁴ App. Venezia 14 junho 2011, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, p. 375; Trib. Trieste 9 março 2011, n. 257, in *Guida al Diritto*, 2011, n. 24, p. 69; Trib. Nola 17 maio 2010; Trib. Milano 25 março 2009, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2009, p. 245; App. Salerno 21 julho 2008, n. 901; Trib. S. Maria Capua Vetere 7 março 2008; Trib. Vicenza 30 junho 2007, n. 1754; Trib. Bassano del Grappa 10 janeiro 2007, n. 57, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2007, n. 13, inserto; Trib. Vicenza 4 janeiro 2007, n. 321, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali* 2007, II, p. 19; Trib. Camerino 19 julho 2006; Trib. Treviso, 31 maio 2006, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, p. 921; Trib. Monza 16 junho 2005, n. 1828, in *Responsabilità Civile*, 2006, p. 629; Trib. Treviso 21 abril 2005, in *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 106; Trib. Pordenone 20 janeiro 2005, n. 2; Trib. Bassano del Grappa 2 dezembro 2004, n. 65, in *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 84; Trib. Genova 27 setembro 2004, in *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 91; Trib. Modena 12 maio 2004, n. 190; Trib. Pinerolo 27 abril 2004, n. 296, in *Diritto&Lavoro*, 2004, p. 943; Trib. Cagliari 20 fevereiro 2003, n. 961, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2003, II, p. 65.

⁹⁵ Assim Cass. Sez. Lav. 19 janeiro 2015, n. 777, in *Guida al Diritto*, 2015, p. 64; Cass. Sez. Lav. 17 fevereiro 2016, n. 3074, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 405.

Outra questão particularmente debatida e estreitamente relacionada ao problema da vigência da regra da exoneração é a dos critérios de comparação entre indenização e benefício acidentário para a quantificação do dano diferencial.

Trata-se de uma questão que a um exame superficial pode parecer de valor apenas prático, mas que, numa análise de maior profundidade, revela-se de particular importância sobre o plano teórico, refletindo as diferentes concepções do seguro social e da sua relação com a responsabilidade civil.

Segundo a leitura tradicional, a comparação entre indenização e benefício acidentário deve ser efetuada para cada tipo de dano, distinguindo-se o dano *diferencial* do dano *complementar*⁹⁶. À primeira categoria pertencem os danos cobertos pelo seguro social para os quais a diferença eventual entre indenização e benefício deveria ser paga somente no caso crime de ação pública, enquanto o dano complementar contém os danos excluídos da garantia social e, como tal, indenizáveis nos termos da regras gerais da responsabilidade civil⁹⁷.

Este critério de comparação, segundo esta opinião, constituiria a consequência direta dos acórdãos do Tribunal Constitucional que excluíram o dano biológico da aplicação da regra da exoneração, estabelecendo assim a necessária distinção entre danos incluídos e excluídos da garantia social⁹⁸.

Antes de aprofundar a justificação teórica desta opinião, convém, em primeiro lugar, assinalar que a distinção entre danos diferenciais e complementares não é fácil em razão da qualificação incerta de muitos tipos de dano⁹⁹.

Alguns problemas levantam os danos biológicos e patrimoniais de gravidade inferior à franquia correspondente, respectivamente, a 6 e 15%, os quais poderiam ser classificados tanto no dano diferencial como porções de danos incluídos na garantia social, quanto no dano complementar como tipo de danos externos ao seguro.

Outras complicações surgem do fato de que os danos biológicos e patrimoniais podem ser avaliados, antes, de gravidade inferior à franquia, e, depois, de gravidade maior em consequência de um agravamento posterior. Também é possível que o dano exceda a franquia

⁹⁶ Esta distinção è de MARANDO Giuseppe, *op. cit.*, p. 504.

⁹⁷ Em favor deste criterio Cass. 26 junho 2015, n. 13222, in Foro Italiano, 2015, I, c. 3169; Trib. Brescia 13 janeiro 2011, n. 61; Trib. Milano 9 junho 2009 n. 7515; Trib. Piacenza 25 março 2009, n 162; Trib. Como 12 julho 2007; Trib. Vicenza 10 outubro 2006, n. 240; Trib. Monza 16 junho 2005, n. 1828, *cit.*; Trib. Bassano del Grappa 2 dezembro 2004, n. 65, *cit.*

⁹⁸ GIUBBONI Stefano, *op. cit.*, p. 30 ss.; Casola Maria, *op. cit.*, p. 123 ss.

⁹⁹ Para uma análise detalhada desses aspectos LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, *cit.*, p. 256 ss..

devido a um outro acidente ou que um dano avaliado pelo INAIL de gravidade inferior à franquia é considerado mais grave no plano da indenização.

Ainda mais incerta é a qualificação do dano biológico temporário, que não está incluído no seguro social que só cobre o dano biológico permanente. Poder-se-ia afirmar, por conseguinte, que o dano biológico temporário pertence ao dano diferencial como subcategoria do dano biológico ou que é parte do dano complementar, reconhecendo a natureza temporária como um fator distintivo deste tipo de dano.

A doutrina ofereceu respostas diferentes também para o dano existencial, que deveria ser enquadrado no dano complementar enquanto estranho ao seguro social¹⁰⁰, mas poderia ser classificado também em dano diferencial no caso em que o dano biológico fosse avaliado pelo médico do INAIL em seus «*aspectos dinâmicos-relacionais*», como previsto no artigo 13, nº 2, a), do Decreto Legislativo n. 38 de 2000¹⁰¹.

Problemas ainda mais complicados levanta-se no caso da morte do trabalhador. A questão está intimamente ligada ao animado debate sobre a configuração do «*dano da perda de vida*», que foi inicialmente admitido pela Terceira Seção da Corte de Cassação¹⁰² e após definitivamente excluído por um recente acórdão proferido pelas Seções Unidas¹⁰³.

Os problemas surgem do fato de que o seguro social não prevê, em caso de morte imediata, algum benefício para o trabalhador falecido, reconhecendo aos sobreviventes o autônomo direito a uma prestação calculada em função do critério patrimonial do salário do familiar defunto. Deveria considerar, por conseguinte, que unicamente o dano patrimonial *iure proprio* poderia qualificar-se como dano diferencial condicionado pela regra da exoneração, enquanto os danos *iure hereditatis* e aqueles não patrimoniais *iure proprio* deverão ser enquadrados no dano complementar e, como tal, indenizáveis segundo as regras gerais da responsabilidade civil¹⁰⁴.

A comparação analítica por tipo de dano produz assim muitas complicações que, por si só, seriam suficientes para excluir qualquer distinção entre dano diferencial e complementar.

¹⁰⁰ Assim TULLINI Patrizia, op. cit., p. 494; Poletti Dianora, Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma Inail), in Responsabilità Civile e Previdenza, 2004, p. 955-956; Poletti Dianora, I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail, in Navarretta Emanuela (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione, Giuffrè, 2004, p. 98; MARANDO Giuseppe, op. cit., p. 451.

¹⁰¹ SAPONE Natalino, I danni nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 2009, p. 161 ss.

¹⁰² Cass. 23 janeiro 2014, n. 1361, in Foro Italiano, 2014, I, c. 719 ss.

¹⁰³ Cass. Sez. Un. 22 julho 2015, n. 15350, in Foro Italiano, 2015, I, c. 2682.

¹⁰⁴ LUDOVICO Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, cit., p. 440.

Além disso, não faltam outras razões para rejeitar essa distinção, que está também em clara contradição com o que recentemente afirmaram as Seções Unidas da Corte de Cassação que definiram o dano não patrimonial como uma «*categoria geral não suscetível de divisão em subcategorias variadamente nomeadas*», negando assim qualquer autonomia a cada componente do dano biológico, existencial e moral¹⁰⁵.

Para além destas questões, a principal razão que impede a comparação analítica por tipo de dano é a validade presumida da regra da exoneração. É somente nesta lógica que é necessária a comparação de tipo de dano para distinguir aqueles incluídos na cobertura do seguro daqueles excluídos e, como tal, indenizáveis fora da condição penal do artigo 10 do T.U..

Uma vez demonstradas as razões da superação dessa regra, não há nenhum motivo para continuar a distinguir danos diferenciais e complementares. E essa regra – como mencionado acima – está em contraste marcado, por um lado, com a autonomia funcional do seguro social da responsabilidade civil e, por outro, releitura constitucionalmente orientada do artigo 2059 do Código Civil.

Pouco compartilhável fica também o pressuposto da distinção entre dano diferencial e complementar (imposta pelas decisões do Tribunal Constitucional), que tinha reconhecido o direito incondicional do trabalhador à indenização pelo dano biológico. Importa lembrar que o Tribunal Constitucional chegou a essa decisão com o objetivo de subtrair o dano biológico à regra da exoneração, o que significa que, uma vez demonstrada a superação dessa regra, já não tem sentido a distinção entre tipos de dano submetidos às mesmas regras de direito comum.

Aquela distinção teria também o efeito singular – como observado – de perpetuar a mesma fragmentação dos danos não patrimoniais que as Seções Unidas da Corte de Cassação têm expressamente excluído.

Devemos considerar, finalmente, um outro aspecto da questão complexa da relação entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil. A tese que afirma a necessidade da comparação analítica por tipo de dano assenta na ideia, às vezes explícita¹⁰⁶, de que os dois instrumentos seriam qualitativamente homogêneos e, como tal, analiticamente comparáveis em seus conteúdos.

Imaginar, entre instrumentos tão diversos, uma comparação analítica significa, em última análise, presumir as suas identidades de função jurídica, repetindo assim o mesmo erro que

¹⁰⁵ Cass. Sez. Un. 11 novembro 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit..

¹⁰⁶ Assim CASOLA Maria, op. cit., p. 127.

inicialmente deu origem à representação do seguro obrigatório como uma forma de indenização baseada num critério de responsabilidade civil objetiva¹⁰⁷.

Entre essas duas proteções existe, em vez disso, uma «*diferença ontológica*»¹⁰⁸ que manifesta não só nos seus pressupostos, mas também nos seus conteúdos. Enquanto a indenização é proporcional à dimensão exata do dano e condicionada à ilicitude da conduta, o seguro social não depende, pela sua própria natureza, da presença do ilícito, mas da necessidade do trabalhador, calculando o benefício não só em função da gravidade da lesão, mas também em razão do equilíbrio financeiro entre benefício e contribuições.

Esta diversidade estrutural não foi superada pela inclusão do dano biológico no seguro obrigatório, que – como indicado no artigo 13 do Decreto Legislativo n. 38 de 2000 e confirmado pelo Tribunal Constitucional¹⁰⁹ – foi realizada no âmbito dum sistema constitucionalmente orientado ao objetivo da libertação da necessidade e não ao objetivo da indenização integral do dano.

É claro neste ponto que entre sistemas tão profundamente diversos a única comparação possível é entre seus montantes totais.

Nesse sentido, segundo uma opinião muito difundida, tanto na doutrina¹¹⁰ quanto na jurisprudência¹¹¹, o dano diferencial deve simplesmente ser calculado, deduzindo o valor global de benefício pago pelo INAIL do montante total da indenização, sem qualquer distinção entre danos incluídos e excluídos da garantia social.

O montante excedente eventual corresponderá ao dano diferencial que será indenizável de acordo com as regras gerais da responsabilidade civil.

¹⁰⁷ Sobre o ponto LUDOVICO Giuseppe, Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, p. 567 ss.

¹⁰⁸ Assim Tribunal Constitucional 26 fevereiro 1993, n. 71, cit..

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional 19 dezembro 2006, n. 426, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2007, II, p. 1343

¹¹⁰ DE MATTEIS Aldo, op. cit., p. 86 ss.; DE MATTEIS Aldo, Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2010, p. 402; LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, cit., p. 307 ss.; LUDOVICO Giuseppe, La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale, cit., p. 1075 ss.; LUDOVICO Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, cit., p. 443 ss.

¹¹¹ Cass. 19 janeiro 2015, n. 777, cit.; Trib. Vicenza 29 abril 2014, n. 1231; Trib. Piacenza 18 febbraio 2012, n. 102; Trib. Reggio Emilia 7 março 2011, n. 330; Trib. Milano 4 fevereiro 2011, n. 622; Trib. Milano 1 fevereiro 2011, n. 519; Trib. Milano 2 novembro 2010, n. 4852; Trib. Siena 27 outubro 2010, n. 554; Trib. Milano 31 agosto 2010, n. 3562; Trib. Pisa 3 junho 2010, n. 733; Trib. Montepulciano 19 junho 2009, n. 149; Trib. Milano 9 junho 2009, n. 7515; Trib. Piacenza 4 junho 2009, n. 401, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, p. 97; Trib. Pordenone 12 março 2009, n. 40; Trib. Vicenza 10 fevereiro 2009, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 895; Trib. Roma 8 janeiro 2009, n. 93; Trib. Novara 12 junho 2008; App. Milano 4 junho 2007, n. 506; Trib. Milano 10 maio 2005, n. 5298; Trib. Rovereto 21 abril 2005, in *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 101; Trib. Torino 9 novembro 2004, in *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 97.

Trata-se da regra inicial estabelecida pelo sétimo parágrafo do artigo 10 do T.U., que, em conformidade com a diversidade estrutural dos dois instrumentos, ainda hoje prevê que o dano diferencial é dado pela subtração simples do valor do benefício em relação ao montante total da indenização. Este princípio – como mencionado acima – foi temporariamente derogado pelo Tribunal Constitucional para evitar que a regra da exoneração poderia aplicar-se à indenização do dano biológico. Agora que essa regra pode ser considerada definitivamente revogada, é necessário voltar, por conseguinte, ao princípio inicial.

Conclusões

As diferentes questões que tornam ainda incertas as relações entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil são todas, de alguma forma, relacionadas com os problemas antigos da função jurídica da proteção social e da contraposição entre a sua visão tradicional e a sua mais moderna leitura como instrumento de natureza previdencial.

Essas dúvidas são alimentadas pelo fato de que o acidente do trabalho e a doença ocupacional são um ponto natural de encontro entre o seguro obrigatório e a responsabilidade civil, representando eventos que, pela sua natureza, podem ser relevantes para ambas as disciplinas.

A expansão da previdência social, a sua organização pública e a exaltação da solidariedade coletiva como valor fundamental do ordenamento, todavia, revelaram definitivamente a diversidade ontológica entre esses dois instrumentos.

Referências

AGNELLI ARNALDO, voce Infortunii degli operai sul lavoro, in Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. VIII, I, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1902, p. 1018.

ALIBRANDI GIUSEPPE, Infortuni sul lavoro e malattie professionali, Giuffrè, Milano, 2002

ALPA GUIDO, La Responsabilità civile. Parte generale, Utet, Torino, 2010

BALANDI GIAN GUIDO, Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del “rischio professionale”, in Rivista Giuridica del Lavoro, 1976, III, p. 93

BALDASSARRE ANTONIO, voce Diritti sociali, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, 1989, p. 1

BARASSI LODOVICO, Diritto del lavoro e assicurazioni sociali, Giuffrè, Milano, 1930

- BARASSI LODOVICO, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1901 e 1917
- BARASSI LODOVICO, *Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali*, in *Assicurazioni Sociali*, 1933, p. 3 ss.
- BONA MARCO, voce *Danno alla persona*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Agg., I*, Utet, 2003, p. 623
- BORTOLOTTO GUIDO, *Commento al Testo Unico di Legge per gli infortuni degli operai sul lavoro (R.D. 31 gennaio 1904, n. 51)*, E. Pietrocola, Napoli, 1904
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Infortuni sul lavoro. Studi*, Athenaeum, Roma, 1913, vol. I
- CASOLA MARIA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, I, p. 99.
- CASTELVETRI LAURA, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994
- CASTRONOVO CARLO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 20
- CASTRONOVO CARLO, *Danno alla salute e infortuni. La Corte Costituzionale e i diritti secondi*, in *Foro Italiano*, 1995, I, c. 84
- CASTRONOVO CARLO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1998
- CASTRONOVO CARLO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997 e 2006
- CAZZETTA GIOVANNI, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991
- CENDON PAOLO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale, tomo II*, UTET, Torino, 2009
- CENDON PAOLO, ZIVIZ PATRIZIA (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000
- CHERUBINI ARNALDO, *Introduzione storica alle assicurazioni sociali in Italia (1900-1965). II. Il 1898. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e Cassa nazionale di previdenza*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1968, I, p. 657.
- CHERUBINI ARNALDO, *Storia della previdenza sociale*, Ed. Riuniti, Roma, 1977
- CHIRONI GIAN PIETRO, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortunii del lavoro*, in *Studi Senesi*, I, 1884, f. 2, p. 127
- CHIRONI GIAN PIETRO, *La colpa nel diritto civile odierno. II. Colpa extra-contrattuale (aquiliana)*, vol. I, Bocca, Torino, 1886

- CINELLI MAURIZIO, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012
- COMPORTI MARCO, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053, in Il codice civile. Commentario Schlesinger e Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2009
- CORRIAS PAOLOEFISIO, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006
- DALLA RIVA ROLANDO, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, p. 547
- DE MATTEIS ALDO, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, p. 355
- DE MATTEIS ALDO, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2010, p. 389.
- DE MATTEIS ALDO, *La responsabilità del datore di lavoro*, Aracne, Roma, 2013
- EWALD FRANÇOIS, *L'Etat providence*, Grasset, Paris 1989
- EXNER ADOLF, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Scientia, Neudruck-Aalen, 1970 (rist. ed. Wien, 1883)
- FERRARIS CARLO FRANCESCO, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, Botta, Roma, 1897
- FONTANA ANTONIO, *Il rischio professionale: aspetti storici e profili di attualità*, in AA.VV., 1898-1998. *Esperienze, evoluzione e prospettive della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Aspetti giuridici, economici, medico-legali, tecnici e statistici*, Ed. Inail, Roma, 1999, p. 95
- FRANCO MASSIMILIANO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995
- FRANZONI MASSIMO, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 1 ss.
- FUSINATO GUIDO, *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II
- GAETA LORENZO, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986
- GAETA LORENZO, *L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1992, p. 1
- GAETA LORENZO, *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in MAZZACANE ALDO, SCHIERA PIERANGELO (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 315

- GITTER WOLFGANG, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht. Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts*, Tübingen, Morh, 1969
- GIUBBONI S., ROSSI A., *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012
- GIUBBONI STEFANO, Le “contraddizioni” dell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto, in *Diritto del Lavoro*, 2001, I, p. 93
- GIUBBONI STEFANO, LUDOVICO GIUSEPPE, ROSSI ANDREA, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014
- GIUBBONI STEFANO, Note d’attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, p. 1
- HERNANDEZ SALVATORE, Il sistema dell’assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1998, I, p. 223
- IRTI NATALINO, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999
- JHERING VON RUDOLF, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften*, Leipzig, 1879
- LUDOVICO GIUSEPPE, Il danno biologico negli infortuni sul lavoro e nelle malattie professionali (prima e dopo il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), in PEDRAZZOLI MARCELLO (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, p. 157
- LUDOVICO GIUSEPPE, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2015, I, p. 429
- LUDOVICO GIUSEPPE, La definizione legislativa dell’infortunio in itinere tra estensione della tutela e selezione dei soggetti, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2002, I, p. 31
- LUDOVICO GIUSEPPE, La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013, p. 1049
- LUDOVICO GIUSEPPE, Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell’Inail, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, p. 611
- LUDOVICO GIUSEPPE, Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, p. 567
- LUDOVICO GIUSEPPE, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012
- MAIORCA CARLO, voce *Colpa Civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 534

- MARANDO GIUSEPPE, Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro, Giuffrè, Milano, 2003
- MARINO VINCENZO, La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro, F. Angeli, Milano, 1990
- MENGONI LUIGI, I diritti sociali, in Argomenti di Diritto del Lavoro, 1998, p. 3
- MONTELEONE GIULIO, La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni. 1879-1886, in Movimento operaio e socialista, XXII, 1976, 3, p. 177
- MONTUSCHI LUIGI, La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1998, I, p. 709
- MORTATI COSTANTINO, Il lavoro nella Costituzione, in Diritto del Lavoro, 1954, I, p. 148
- NATULLO GAETANO, Danno alla salute e infortuni sul lavoro: l'ottica costituzionale, in AA.VV., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2002, p. 443
- PERA GIUSEPPE, L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1967, I, p. 901 ss.
- PERSIANI MATTIA, Considerazioni sulle motivazioni ideologiche della assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1973, I, p. 419 ss.
- PERSIANI MATTIA, Il rischio professionale, in AA.VV., Il rischio professionale, Giuffrè, Milano, 1977, p. 11
- PERSIANI MATTIA, Il sistema giuridico della previdenza sociale, Cedam, Padova, 1960
- PESSI ROBERTO, La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo, in Diritto del Lavoro, 1995, I, p. 65
- PESSI ROBERTO, Lezioni di diritto della previdenza sociale, Cedam, Padova, 2000
- POLETTI DIANORA, Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma Inail), in Responsabilità Civile e Previdenza, 2004, p. 935
- POLETTI DIANORA, I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail, in NAVARRETTA EMANUELA (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione, Giuffrè, 2004, p. 75
- PONZANELLI GIULIO (a cura di), Critica del danno esistenziale, Cedam, Padova, 2003
- RIVERSO ROBERTO, Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2014, I, p. 663 ss.

- RODOTÀ STEFANO, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964
- RODOTÀ STEFANO, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Pol. Dir.*, 1978, p. 413
- ROSSI ANDREA, *La compromissione dell'integrità psico-fisica del lavoratore subordinato: livelli di protezione e profili evolutivi delle forme di tutela*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2004, I, p. 295
- SANTORO PASSARELLI FRANCESCO, *Dalla vecchia legislazione infortunistica alle attuali forme assicuratrici*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1952, I, p. 1026
- SANTORO PASSARELLI FRANCESCO, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1948, p. 177
- SAPONE NATALINO, *I danni nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2009
- SCHUPFER FRANCESCO, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Botta, Roma, 1883
- TRIMARCHI PIETRO, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961
- TULLINI PATRIZIA, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, I, p. 485
- VILLARI PASQUALE, *Gli infortuni sul lavoro*, in *Nuova Antologia*, 1 febbraio 1898, p. 393.
- ZIVIZ PATRIZIA, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Giuffrè, Milano, 2011
- ZOPPOLI LORENZO, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2001.