

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

seção corpus

**DIREITOS
SOCIAS E DEMOCRACIA**

maio a ago, 2016

v. 15, n. 29

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultores

Maria Aurea Cecato, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Armando Albuquerque, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

María Belén Cardona Rubert, Universidad de Valencia, Espanha

Editor Convidado

Jailton Macena de Araújo

NEGO

EXPEDIENTE

Prim@ Facie, v. 15, n. 29, maio/ago. 2016

A revista quadrimestral eletrônica Prim@ Facie, [UFPB](http://www.ufpb.br/primafacie), online, ISSN 1678-2593, QUALIS B1, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para Direitos Humanos, Direito de Cidade, Desenvolvimento e História do Direito. Visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. A perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade. Não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Cabe trazer à mesa de discussões a compreensão aprofundada de temas como: desenvolvimento, direitos humanos, meio ambiente, justiça e direito na história, criminalidade, globalização e trabalho. As instituições públicas, mas igualmente as relações e os sujeitos privados constituem pólos de produção normativa e de tensões de interesses.

Endereço: Revista Prim@Facie - Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I Castelo Branco 58051900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie>

Consultores:

Maria Áurea Baroni Cecato - UFPB, Brazil

Armando Albuquerque - UFPB, Brazil

María Belén Cardona Rubert - Universidad de Valencia, Spain

Editor-Convocado:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Consultores:

Maria Áurea Baroni Cecato - UFPB, Brazil

Armando Albuquerque - UFPB, Brazil

María Belén Cardona Rubert - Universidad de Valencia, Spain

Editor Convocado:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Editor-Geral:

Prof. Dr. José Ernesto Pimentel

Diagramação:

Emmanuel Luna

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

seção corpus

DIREITOS SOCIAS E DEMOCRACIA

maio a ago, 2016

v. 15, n. 29

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultores

Maria Aurea Cecato, Universidade Federal da Paraíba, Brazil
Armando Albuquerque, Universidade Federal da Paraíba, Brazil
María Belén Cardona Rubert, Universidad de Valencia, Spain

Editor Convidado

Jailton Macena de Araújo

Catálogo na Publicação
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB
Bibliotecária *Vânia Maria Ramos da Silva* - CRB 15/0243

P953

Prima Facie: Direito, História e Política [Recurso eletrônico] / Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa: PPGCJ, v. 15, n. 29, maio/ago. 2016.
Online.

Quadrimestral.

Revista com edições temáticas. Neste número apresenta como tema: Direitos sociais e Democracia.

Editor convidado: Jailton Macena de Araújo.

Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>

ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos Sociais. 3. Democracia. I. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Sumário

Direitos Sociais e Democracia 6

MARIA AUREA BARONI CECATO

ARMANDO ALBUQUERQUE

MARIA BELÉN CARDONA RUBERT

Estabilidad en el Empleo y Promoción Profesional a Través de la Regulación de los Derechos de Formación: un Estudio Jurídico Comparado entre España e Inglaterra..... 11

ÓSCAR REQUENA MONTES

Conflits Locatifs sur la Scène Québécoise : Sentiment d’Injustice et Non-Recours aux Tribunaux..... 31

GENEVIEVE BREAUULT

A Metáfora e o Trabalho no Texto de Karl Marx “Crítica ao Programa de Gotha” 59

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

Control de la Prestación Laboral del Teletrabajador 98

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT

Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social 129

MARIA ÁUREA BARONI CECATO

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

La Legitimación en la Impugnación Colectiva de los Despidos por Causas Económicas, Organizativas, Técnicas o de Producción 154

MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA

EDITORIAL

DIREITOS SOCIAIS E DEMOCRACIA

Caros Leitores,

O presente número contempla problemas e questões em torno da complexa temática dos *Direitos Sociais e da Democracia*, abordando, prioritariamente, a relação freqüentemente estreita entre ambos. Ele foi pensado a partir de outras publicações realizadas em caráter de intercâmbio com professores de outras instituições nacionais e internacionais, notadamente, da obra *Ciudadanía y desarrollo*, publicada pela Bomarzo em 2013, coordenada pelas Professoras Maria Belén Cardona Rubert e Maria Aurea Barone Cecato, na qual o Professor Armando Albuquerque tem publicação de capítulo em coautoria com a segunda coordenadora.

Assim, além dos dois organizadores, membros do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), Professores Maria Aurea Baroni Cecato e Armando Albuquerque, este número conta com a valiosa contribuição da Professora Maria Belén Cardona Rubert, da Universidad de Valencia, tanto na sua organização, quanto na publicação de artigo de sua autoria. Ele apresenta, ainda, as contribuições do Professor Fernando Joaquim Ferreira Maia, da Universidade Federal Rural de Pernambuco, bem como de professores de Instituições internacionais tais como: Óscar



Requena Montes e María Desamparados Bohigues Esparza, ambos da Universidad de Valencia e Genevieve Breault, da Université du Québec, à Montréal.

No que concerne à sua temática, os direitos sociais contemplam uma forte correlação com a democracia, principalmente quando ela se apresenta como *democracia social*. A cidadania, definida como o conjunto de direitos civis, políticos e sociais, foi implementada em diferentes momentos e países nos três últimos séculos. As diversas configurações da democracia moderna, no decorrer deste período, repercutiram na contemplação de determinados direitos em detrimentos de outros.

A democracia representativa surge inicialmente como democracia liberal nos séculos XVIII, XIX e primeira metade do século XX. Com esta configuração contemplará apenas a dimensão formal dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos civis e políticos. Já nos séculos XX e XXI, algumas democracias passam a incorporar a dimensão substancial da cidadania, isto é, os denominados direitos sociais. Não se pode deixar de registrar, entretanto, que tais direitos sempre sofreram vigorosas críticas e enfrentaram diversas reações das correntes ideológicas liberais, principalmente daquela ressurgida no ultimo quarto do século XX que teve nos governos Thatcher, UK (1979-1990) e Reagan, nos EUA (1981-1989), a expressão da sua essência política. Assim, embora não tenham sido eliminados do cenário dos séculos XX e XXI, os direitos sociais permanecem sendo objeto de um discurso e de ações políticas que visam à sua flexibilização e até mesmo à sua extinção.

Esta mudança no desenho da democracia e a sua passagem de liberal a social está associada à configuração do próprio Estado em sua versão liberal ou social, em outras palavras, de um Estado mínimo pouco intervencionista na esfera da sociedade civil ou de um Estado mais presente nessa esfera, através de políticas

públicas compensatórias. Este número, portanto, pretende tratar, precipuamente, das questões relativas aos direitos e à democracia substanciais, cuidando, igualmente, do transcurso do Estado liberal para o social, pela relevância que tal abordagem assume nesse contexto.

Este número está composto por duas seções: *Corpus e Artigos Livres*. Na primeira, encontram-se os artigos “Estabilidad en el Empleo y Promoción Profesional a Través de la Regulación de los Derechos de Formación: un Estudio Jurídico Comparado entre España e Inglaterra” do Professor Óscar Requena Montes, “Control de la Prestación Laboral del Teletrabajador”, da Professora María Belén Cardona Rubert, “La Legitimación en la Impugnación Colectiva de los Despidos por Causas Económicas, Organizativas, Técnicas o de Producción”, da Professora María Desamparados Bohigues Esparza e “Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social” dos Professores Maria Áurea Baroni Cecato e Armando Albuquerque.

Em seu artigo, MONTES procura fornecer uma comparação dos direitos educacionais que detêm os trabalhadores empregados ou funcionários da Espanha e da Inglaterra a fim de garantir certa estabilidade no emprego, e para facilitar a sua progressão na carreira.

RUBERT, em seu artigo, versa sobre as principais questões e as implicações que caracterizam o teletrabalho, tais como: a realização das atividades laborais à distância convencionalizada do local de trabalho e o uso de tecnologias da informação e da comunicação. Assim, no campo dos empregadores de teletrabalho está presente o interesse na obtenção de informações completas de seus trabalhadores para permitir-los, de forma eficiente, gerir as suas empresas.

O trabalho de ESPARZA tem como objetivo realizar análise normativa da legitimação para impugnar a dispensa coletiva regida

pelo artigo 124 LRJS, onde se regula a modalidade processual de impugnação da dispensa coletiva por causas econômicas, organizacionais, técnicas ou de produção.

Finalmente, o artigo de CECATO e ALBUQUERQUE pretende demonstrar, a partir de pesquisa conceitual e teórico normativa, demonstrar a trajetória dos direitos sociais, desde as condições históricas que antecedem seu reconhecimento, mas se referem aos fatos que lhes dão origem; passando pelos caminhos que se vinculam diretamente ao seu surgimento e às instituições que fornecem sustentáculo a este, até a sua conformação no Estado social, notadamente no social democrático.

A Seção *Artigos* contempla os trabalhos intitulados Conflicts Locatifs sur la Scène Québécoise : Sentiment d'Injustice et Non-Recours aux Tribunaux da Professora Genevieve Breault e A Metáfora e o Trabalho no Texto de Karl Marx "Crítica ao Programa de Gotha" do Professor Fernando Joaquim Ferreira Maia.

BREAULT aborda a questão do mercado de locações residenciais no Quebec (Canadá), o qual, segundo ela, é regulado por uma série de dispositivos legais, notadamente pelo Capítulo IV do Código Civil do Quebec. Todavia, conflitos surgem na interpretação ou aplicação da legislação e uma parte desses sujeitos se sente lesada ou não respeitada. Entrevistas realizadas com locatários que se dirigiram a uma fonte comunitária situada em Montréal, demonstram que, embora eles procedam de forma a obter ajuda, eles não recorrem aos mecanismos de fiscalização administrativas e jurídicas de seus direitos, malgrado o sentimento de injustiça que experimentam.

Encerrando esta seção, o artigo de MAIA elabora uma análise da questão do trabalho e de suas relações com a retórica e o direito nas teses de Karl Marx, a partir da sua obra intitulada "Crítica ao Programa de Gotha". O cerne do mesmo é auxiliar na compreensão

de como Karl Marx concebe determinadas estratégias de persuasão para fazer prevalecer as suas teses.

Agradecendo penhoradamente a participação de todos que colaboraram para a publicação deste número, espera-se que o mesmo lance novas luzes sobre a sua temática.

João Pessoa, Paraíba, 15 de novembro de 2016.

Maria Aurea Baroni Cecato

Armando Albuquerque

Maria Belén Cardona Rubert

Estabilidad en el Empleo y Promoción Profesional a Través de la Regulación de los Derechos de Formación: un Estudio Jurídico Comparado entre España e Inglaterra

ÓSCAR REQUENA MONTES

Investigador en formación “Atracción de Talent” de la Universidad de Valencia, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, España
Email: Oscar.Requena@uv.es

Resumen: Este documento recoge una comparación de los derechos formativos que ostentan los trabajadores por cuenta ajena o empleados de España e Inglaterra en orden a garantizar una cierta estabilidad en el empleo, así como a facilitar su promoción profesional. Si bien el grado de protección difiere sustancialmente en cada país, ambos presentan ciertas deficiencias que dificultan la consecución de algunos de los objetivos principales marcados desde las instituciones europeas.

Palabras clave: España; Inglaterra; Derecho del Trabajo; Trabajo; Cohesión Social



Estabilidad en el Empleo y Promoción Profesional a Través de la Regulación de los Derechos de Formación: un Estudio Jurídico Comparado entre España e Inglaterra¹

Óscar Requena Montes²

1 INTRODUCCIÓN

Si bien no se puede negar que la formación profesional para desempleados tiene un alto valor a efectos de suavizar las transiciones entre escuela y trabajo y entre desempleo y empleo y en consecuencia debe valorarse como un elemento decisivo para la inserción y reinserción laboral, aquí nos vamos a centrar en la formación de los trabajadores por cuenta ajena que se mantienen en activo. Es decir, dentro de la formación profesional para el empleo, el documento trata lo que anteriormente se denominaba en España formación continua, dirigida exclusivamente a trabajadores ocupados.

Dentro de este campo de estudio y dadas las características de este trabajo, se va a evitar valorar las modificaciones sufridas recientemente por los contratos formativos así como las virtudes que puede aportar o no la aplicación del sistema de formación profesional dual alemán.

De este modo, se ha considerado conveniente centrarse específicamente en los permisos formativos como derechos del trabajador por cuenta ajena. Ello desde un punto de vista comparado

1 Documento elaborado durante la estancia de investigación en la Nottingham Trent University, financiada por el Programa de ayudas «Atracció de Talent» de la Universitat de València.

2 Investigador en Formación de la Universitat de València (España).

entre dos países -España e Inglaterra- y atendiendo a lo previsto en el ámbito de la Unión Europea.

En este sentido, a nadie se le escapa que la Unión Europea lleva volcándose desde hace aproximadamente dos décadas en materia de formación de trabajadores. Y es que se aprecia en esta condición laboral la herramienta clave para lidiar con las circunstancias impuestas por un modelo de organización del trabajo cada vez más flexible y especializado que exige un constante reciclaje de los conocimientos y cualificaciones de todos los trabajadores.

La necesidad del reciclaje profesional es una cuestión de vital importancia de cara a conseguir una mayor cohesión social. La doctrina ha indicado que no es posible ni socialmente justificable el hecho de prescindir de toda una generación con niveles bajos de cualificación y sustituirla por una población joven más formada (Homs, 2008: 133).

2 LA REGULACIÓN DE LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

De forma previa a la revisión de la normativa nacional española e inglesa, parece conveniente ofrecer algunas notas sobre la regulación europea de la formación de los empleados.

Debe comenzarse apuntando que las primeras manifestaciones en cuanto a la formación profesional desde el ámbito europeo presentaron un tinte claramente educativo. Como ejemplo de ello puede citarse el artículo 14 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge el derecho de toda persona a la educación así como a la formación profesional y permanente.

Sin embargo, la Unión Europea aborda de manera ambivalente el derecho a la formación profesional de los trabajadores por cuenta ajena, puesto que parece tener cabida tanto en el derecho a la educación como en el derecho al trabajo (Martín, 2009: 20). A pesar

de que el autor lo argumentaba con referencia a los preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la validez de su justificación permanece intacta dado el idéntico contenido que refleja actualmente el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo).

De este modo, a lo apuntado por el profesor cabe añadir que ya el artículo 9 del TFUE impone a la Unión tener en consideración, a la hora de definir y ejecutar sus políticas y acciones, la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.

En esta línea no cabe duda tampoco de que las disposiciones sobre formación profesional que previamente contenía el artículo 15 de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores están muy presentes en la específica regulación del empleo que aparece en el TFUE. Máxime cuando el artículo 145 encomienda a la Unión y a sus Estados miembros el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo, siendo de especial interés el fomento de “mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico”.

Como se viene diciendo, la apuesta en materia de formación desde el ámbito de la Unión Europea ha sido clara y directa. Prueba de ello fue también la creación del Fondo Social Europeo a fin de fomentar la formación y las reconversiones profesionales y mejorar la adaptación de los trabajadores a los cambios industriales y productivos³.

3 Artículos 162 y 166.2 TFUE. Téngase en cuenta que también existe el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, que presta apoyo a los trabajadores que pierden su empleo ante, por ejemplo, cierre de grandes empresas o deslocalización de la producción fuera de la UE).

A pesar de que el artículo parece estar redactado en clave empresarial y pensando exclusivamente en los beneficios de esta parte, otras manifestaciones presentes en los Títulos X y XII del TFUE, relativos a la “política social” y a la “educación, formación profesional, juventud y deporte” respectivamente, se refieren al desarrollo de los recursos humanos como objetivo a conseguir, de modo que tal desarrollo repercuta en un nivel de empleo elevado y duradero y en una reducción de las exclusiones en el mercado de trabajo (Artículos 151 y 166.2 TFUE).

No en vano, todo ello va en consonancia con los compromisos a los que se sometieron las partes firmantes de la Carta Social Europea de 1961 –entre ellas España y Gran Bretaña-. A los efectos de este estudio, cabe resaltar los compromisos recogidos en el artículo 10 de la Carta. Concretamente, en sus apartados 1 y 3 queda reflejado que las partes deben garantizar o favorecer el acceso a la formación técnica y profesional de todas las personas sin excepción, facilitándose especialmente la formación profesional de trabajadores adultos y/o para su reconversión profesional cuando esta venga requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo. Tales previsiones desarrollan el principio general recogido en el artículo 1.4 de la Carta, por el cual las partes se comprometen a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

Asimismo debe destacarse el carácter laboral que en el artículo 10.4.c) se otorga al tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación profesional promovidos por el empresario.

Todas estas ideas subyacen igualmente en las conclusiones del Consejo de 6 de mayo de 1996 sobre el Libro Blanco “Enseñar y aprender: hacia la sociedad cognitiva” y en la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”

(COM/2007, 359 final). Esta última incluye como uno de los cuatro ejes de actuación de las políticas de flexiguridad las estrategias globales de aprendizaje permanente a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores.

Por lo que respecta a la actualidad, merece la pena destacar la vigencia del Comunicado de Brujas sobre una cooperación europea reforzada en materia de educación y formación profesionales para el periodo 2011-2020 (Comunicado de los Ministros Europeos de Educación y Formación Profesionales, los interlocutores sociales europeo y la Comisión Europea, en su reunión celebrada en Brujas el 7 de diciembre de 2010 para revisar las prioridades y el planteamiento estratégico del proceso de Copenhague para 2011-2020). De entre sus once objetivos estratégicos para la década, el tercero de ellos, titulado “Propiciar el acceso flexible a la formación y las cualificaciones”, incluye como deber a cumplir por los países participantes, entre los que se encuentran España e Inglaterra, el de “ofrecer incentivos para que los ciudadanos se orienten hacia la EFP-P(formación profesional permanente)” y “establecer un marco apropiado de estímulo a las empresas para que sigan invirtiendo en el desarrollo de los recursos humanos y en la EFP-P”, siendo los propios países quienes decidirán cómo combinar adecuadamente los incentivos, derechos y obligaciones.

Para terminar, tales objetivos estratégicos cumplen y son coherentes con las Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020», 2009/C 119/02), si bien estas están centradas casi exclusivamente en las políticas de educación y, en consecuencia, se hallan más alejadas de las políticas de empleo.

3 LA REGULACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS FORMATIVOS EN ESPAÑA

El texto normativo más relevante en España es la Constitución Española de 1978 y recoge como “principio rector de la política social y económica” el deber de los poderes públicos de garantizar la formación y readaptación profesionales en el segundo apartado de su artículo 40. Un mandato que, por su ubicación en el texto constitucional, debe cumplirse asimismo por comprenderse incluido entre las condiciones favorables al progreso económico y social y al pleno empleo, exigidas en el apartado previo, pues la formación continua se debe considerar necesaria para la estabilidad y el mantenimiento del empleo de quienes permanecen ocupados.

Pero también por su ubicación, *a priori* no puede entenderse la formación y readaptación profesionales como un derecho subjetivo y directamente aplicable. Sin embargo, no se puede discutir la ya mencionada ambivalencia de los derechos formativos de los trabajadores (Pascual, 2014: 621). No obstante, a nadie se le escapa la estrecha relación entre educación, estudio, formación y trabajo (Homs, 2008: 12-14).

Se entra así en el debate relativo a si este tipo de derechos engarzan con el derecho fundamental a la educación ubicado en el artículo 27 de la Constitución Española o si, en cambio, son parte del contenido del derecho al trabajo previsto en el artículo 35 de la mencionada Carta Magna y, en consecuencia, no sería un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia núm. 95/2002, de 25 de abril, se pronunció a favor del vínculo entre la formación permanente y la formación profesional continua, por un lado, y el derecho a la promoción profesional previsto en el artículo 35.1 CE, por el otro. De este modo, salvo el derecho a acudir a exámenes y el de preferencia a elegir turno de trabajo,

los demás derechos recogidos en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores suponen el desarrollo del derecho a la formación profesional que aparece en el artículo 35 CE (Alonso, 1982: 36-37 & De nieves, 2014: 76).

En cualquier caso, como ha indicado la doctrina (Mirón, 2000: 50), el carácter inclusivo y progresista de la formación profesional continua y la formación profesional para toda la vida permiten entablar una relación clara y directa entre el derecho de los trabajadores a su acceso y la cláusula de Estado social de Derecho incluida en el primer precepto de nuestro texto constitucional. No en vano, esa cláusula conecta con el mandato previsto en el artículo 9.2 de la Constitución y dirigido a los poderes públicos, quienes deben promover las condiciones que permitan una real, efectiva y plena libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. En este sentido, resulta lógico considerar el acceso a la formación profesional por parte de los trabajadores como un derecho de interés general, pues su ausencia impediría la plena libertad e igualdad del individuo.

Pero además, la proclamación y consagración de España como un Estado social debe ponerse en relación con el principio de igualdad (Artículo 14 CE) y con el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 CE), pues constituyen notas imprescindibles para defender y promover la igualdad de oportunidades. Así, en orden a su consecución se percibe la gran relevancia que tendrá la presencia y eficacia de unos derechos formativos en materia laboral para todos y durante toda la vida.

En definitiva, el citado mandato constitucional dirigido a los poderes públicos en aras a fomentar una política que garantice la formación profesional y la readaptación profesionales se ve acompañado por una serie de preceptos jurídicos que permiten una defensa de los intereses formativos más eficaz.

Por otro lado, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) es la norma laboral básica y, como tal, contiene y regula las condiciones laborales que tradicionalmente se han considerado más relevantes.

Por lo que respecta a este estudio, nos centraremos en el artículo 23 de la citada norma, que lleva por título “Promoción y formación profesional en el trabajo”.

Lo primero que debe destacarse sobre este título es la coincidencia literal con el enunciado del derecho reconocido a los trabajadores en el propio artículo 4.2.b) ET.

Pero la correlación entre ambos preceptos jurídicos no se basa únicamente en esa primera coincidencia literal. Además, en esa letra se quiso precisar que el derecho del trabajador a la promoción y formación incluye también aquella formación dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. En este sentido, no puede obviarse que el mismo artículo 23 ET, en la letra “d” de su primer apartado, contempla expresamente este derecho del trabajador -y correspondiente deber del empresario-, matizando algunos aspectos relativos a su funcionamiento o puesta en práctica.

Junto con la formación dirigida a la adaptación a los cambios sufridos en el puesto de trabajo, el legislador aclaró que el derecho a la promoción y formación en el trabajo también abarca el desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer la mayor empleabilidad de los trabajadores (Disposición Adicional 8ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

A modo de ejemplo, quedaría comprendida aquí la iniciativa legislativa consistente en crear una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, la cual quedó plasmada, inicialmente, en el artículo 26.10 de la Ley 56/2003, de

16 de diciembre, de Empleo, en virtud del artículo 2.Cinco y la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y posteriormente, en el artículo 20.2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Con todo, lo cierto es que, como se había apuntado desde la doctrina, el desarrollo de planes y acciones formativas como derecho del trabajador sigue sin encontrar reflejo como deber del empresario en este sentido en el artículo 23 ET (Pascual, 2014: 628).

Centrándonos en ese precepto, debemos partir de una diferencia fundamental entre los derechos formativos contenidos en el mismo. El apartado tercero recoge ahora el derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación, pero la eficacia de tal permiso permanece condicionada a que se trate de formación profesional para el empleo y se observe el vínculo con la actividad de la empresa.

En cambio, los derechos del trabajador expuestos en el apartado 1 del precepto jurídico gozan de menores restricciones en orden a las características que debe presentar la formación a adquirir y para la cual se desean ejercer tales derechos. De este modo, los titulares del derecho a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes y del derecho preferente a elegir turno de trabajo, en su caso, son todos los trabajadores que cursen regularmente estudios que determinen, *a posteriori*, la obtención de un título académico o profesional, cualquiera que sea la materia de estudio. Algo similar a lo que ocurre con el derecho a una adaptación de jornada de trabajo o a la reserva del puesto de trabajo, los cuales pueden entenderse ejercibles por todo aquel trabajador que asista a cualquier curso de formación profesional.

A caballo entre uno y otros derechos podría destacarse el derecho del trabajador a formarse a fin de adaptarse a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, pues resulta obvia la vinculación entre la formación a percibir y la actividad presente en la empresa pero, dada su ubicación en el primer apartado del precepto jurídico, le es de aplicación lo dispuesto en el segundo de los apartados, es decir, que el modo y los criterios mediante los que se ejercerá tal derecho deberá fijarse previamente por la negociación colectiva.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia núm. 129/1989, de 17 de julio, se pronunció en contra del ejercicio absoluto e incondicional del derecho a cambiar el turno de trabajo para asistir a clases, el derecho más reciente, este es, el que permite al trabajador dedicar veinte horas anuales a la formación, se presenta como una opción más sencilla y ágil, pues se prevé que, cuando alguno de los puntos a concretar sobre el modo de disfrute del permiso no esté recogido en convenio, las partes podrán fijarlo por mutuo acuerdo individual (Artículo 23.3 ET).

Para terminar con las principales diferencias entre los derechos formativos incluidos en el artículo 23 ET, cabe apuntar que el derecho al permiso retribuido de veinte horas anuales de formación acumulables por periodos de hasta cinco años no corresponde a todos los trabajadores por cuenta ajena, sino únicamente a aquellos que acrediten una antigüedad en la empresa de al menos un año.

Este requisito penaliza a los trabajadores con contratos de corta duración y a las pymes (Pascual, 2014: 632) y ha de entenderse contrario al principio inspirador de la formación para toda la vida y para todos. Máxime cuando el 50% de los fondos provenientes de la cuota de formación profesional se siguen desviando hacia la formación profesional de desempleados (Disposición Adicional

nonagésimo primera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre) en lugar de destinarse íntegramente a su finalidad original, cual es la formación profesional de los trabajadores ocupados con el objetivo de mantener y estabilizarse en el mismo u otro puesto de trabajo.

En otro orden de cosas, se puede decir que el derecho formativo cuya finalidad es la adaptación a los cambios sufridos en su puesto de trabajo está directamente relacionado con el objetivo relativo a la estabilidad en el empleo. En cambio, dado el carácter relativamente abierto de la formación a la que puede atender cualquiera de los otros derechos no es posible declarar una conexión exclusiva ni con la estabilidad en el empleo ni con la búsqueda de la promoción en el trabajo, sino que la meta podrá ser una de ellas o ambas, en función de, entre otros aspectos, la materia en que se forma y de las funciones a realizar en el puesto que ocupa en ese momento y las exigidas por otros puestos de trabajo de la organización.

En conclusión, en mi opinión no resulta criticable la opción tomada por el legislador en cuanto a delegar en la negociación colectiva la determinación y el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores sino la pasividad mostrada por los agentes sociales en la regulación convencional de esta materia (Cano, 2010: 306).

En cambio, pese a que el condicionamiento del nuevo derecho al permiso retribuido de formación a una cierta antigüedad puede estar justificado, considero exagerado e innecesario el término de un año. Máxime cuando el modelo de relaciones laborales español permite e incluso fomenta un elevado índice de temporalidad y rotación. Así lo refleja el hispabarómetro de la Fundación 1º de mayo, donde se observa que el índice de temporalidad en España en 2015 fue superior al 24% y denotaba una tendencia ascendente desde 2013.

Al respecto, conviene ahora analizar la regulación inglesa sobre la materia.

4 LA REGULACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS FORMATIVOS EN INGLATERRA

La legislación inglesa presenta grandes diferencias respecto a la española en lo que se refiere a los derechos formativos de los empleados.

Como se sabe, el ordenamiento jurídico inglés se caracteriza por nutrirse predominantemente de la jurisprudencia, teniendo las leyes un reducido protagonismo o presencia.

Paradójicamente, la formación de los trabajadores y los permisos a los que tienen derecho los mismos aparecen ahora regulados de un modo relativamente extenso en la principal norma laboral inglesa, la *Employment Rights Act 1996* (en adelante, ERA), por lo que merece la pena analizar su contenido. Concretamente, la regulación se encuentra en la Parte 6ª de la ERA y fue introducida por la *Apprenticeships, Skills, Children and Learning Act 2009*, s. 40, entrando en vigor el 6 de abril de 2010.

En primer lugar, debe advertirse que el legislador inglés únicamente declara titulares del permiso retribuido para cursar formación en horas de trabajo a aquellos trabajadores con una edad comprendida entre 16 y 18 años, que no estén recibiendo formación a tiempo completo de educación secundaria o superior y que, además, carezcan de la formación requerida por la correspondiente regulación (ERA, s. 63A y 63B). El apartado 4 de la sección 63A amplía la titularidad de este derecho a aquellos trabajadores que hayan cumplido 18 años pero hubiesen iniciado su formación de forma previa al cumplimiento de dicha edad.

En cuanto a la formación, el precepto jurídico establece que debe tener por objetivo obtener una “cualificación relevante”, por lo que en un principio podría pensarse que no se requiere que la materia a estudiar deba estar vinculada a la actividad que presta en la empresa.

Al igual que la legislación española, la ERA no indica el máximo de horas de permiso que el trabajador podrá disfrutar, limitándose a indicar que las mismas se deberán fijar en función de las necesidades formativas del trabajador, las circunstancias de la empresa y el grado de afectación del permiso a la marcha del negocio. Por lo tanto, de inmediato se comprueba que, a la postre, sí se percibe la necesaria vinculación de la formación a adquirir y la actividad de la empresa.

Para el resto de trabajadores, denominados *qualifying employees*, el derecho es considerablemente más restrictivo, por varias razones (ERA, s. 63D).

En primer lugar, porque quedan fuera del concepto de *qualifying employee* y, en consecuencia, se excluye del ejercicio de este derecho a los *agency workers*, es decir, los trabajadores contratados mediante agencias de colocación o empresas de trabajo temporal. Debe anotarse también, en cuanto al ámbito subjetivo del permiso, que la regulación inglesa incluye el requisito de la antigüedad del trabajador en la empresa, aunque resulta menos exigente que la española en este sentido, dado que tan sólo deben acreditar una prestación de servicios previa de veintiséis semanas, esto es, aproximadamente la mitad (*Employee Study and Training (Qualifying Period of Employment) Regulations 2010*, s. 2(1)).

Sin embargo, tres diferencias trascendentales deben aclararse respecto a los derechos previstos para los trabajadores españoles.

La primera consiste en que los empleados ingleses no acceden directamente al permiso sino que su derecho consiste en solicitárselo a su empresario en aras a que les habilite para cursar formación en horas de trabajo. Cuya respuesta final, además, en virtud de lo previsto en las secciones 4 y 5 de la *Employee Study and Training (Procedural Requirements) Regulations 2010/155*, puede demorarse más de un mes.

También las empresas sometidas al deber de valorar y, en su caso, conceder estos permisos variaban hasta abril de 2011, debido a que en Inglaterra tan sólo se hallaban obligadas aquellas que empleasen a más de doscientos cincuenta trabajadores (*Apprenticeships, Skills, Children and Learning Act 2009*, s. 40).

La tercera de las grandes diferencias es que el empresario no se encuentra obligado a retribuir al trabajador las horas destinadas a su formación ni mucho menos a sufragar los costes derivados de la actividad formativa.

Asimismo debe destacarse que los estudios que pueden dar lugar a la solicitud del permiso serán exclusivamente aquellos que se entienda que favorecen la productividad del trabajador y de la empresa.

Además, el empresario está autorizado a negarse a valorar la solicitud presentada por el trabajador si el mismo ya hubiese presentado otra solicitud a efectos de formación en los últimos doce meses (ERA, s. 63F).

Finalmente, el empresario cuenta con un gran abanico de razones para rechazar la solicitud del trabajador, que quedan reflejadas en la sección 63F de la ERA mediante una lista de carácter abierto, entre las cuales puede destacarse que el periodo de formación provoque cargas o costes para el empresario, que no permita hacer frente o repercuta negativamente en la demanda del cliente o que repercuta en detrimento de la calidad.

CONCLUSIONES GENERALES

En teoría, tras una comparación de las principales normas de cada país podría concluirse que la normativa española es más generosa o complaciente con el trabajador y, en general, favorece en mayor medida la formación profesional de los trabajadores por cuenta ajena. Y ello no sólo cuantitativamente –recuérdese que el

Estatuto de los Trabajadores incluye más de cinco permisos laborales distintos- sino también y sobre todo en términos cualitativos.

De este modo, tomando como criterio que la formación perseguida debe estar relacionada con el puesto de trabajo y suponer una mejora de la productividad del trabajador y de la empresa, se ha considerado conveniente incidir en el derecho formativo individual introducido por y tras la reforma laboral de España en 2012 e incluido en el apartado tercero del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores.

Como se ha demostrado, existen diferencias considerables entre este derecho formativo español y su homólogo en Inglaterra.

Y ello no sólo en la entidad del derecho, donde el legislador español ha estimado un total de veinte como el mínimo de horas anuales de formación –acumulables por periodos de hasta cinco años-, que contrasta con la laxitud mostrada por el legislador inglés, que se limita a exponer unos criterios para determinar su duración, pero sin fijar un suelo de horas.

También a la hora de ejercer el derecho a dedicarse a cursar los citados estudios vinculados a la empresa. Y es que, mientras la regulación española recoge el derecho a disfrutar directamente del recientemente mencionado crédito horario, el empleado inglés únicamente ostenta el derecho a solicitar justificadamente su ausencia en la prestación de servicios, debiendo esperar a su autorización por parte del empresario. Además, este derecho queda limitado a una sola vez por año, de modo que el empresario no está obligado a atender la solicitud si ya recibió y rechazó correctamente otra solicitud de permiso formativo del mismo trabajador.

Si prestamos atención a la compensación o cobertura del trabajador mientras ejerce su derecho a formarse, se amplía la brecha entre cada país. No obstante, la legislación inglesa no prevé ninguna obligación relativa a que el empresario deba remunerar al

trabajador durante su permiso. En cambio, la regulación española establece que el empresario no debe únicamente continuar retribuyendo al trabajador en los mismos términos sino también hacerse cargo de los gastos derivados de la formación, pues se parte de que esos estudios conllevarán futuros beneficios para la empresa.

En cuanto a los sujetos titulares del derecho, se ha apuntado que mientras que la regulación española trata de ser inclusiva, en Inglaterra se excluye expresamente a los trabajadores que prestan servicios tras ser puestos a disposición por una agencia de colocación o una empresa de trabajo temporal, lo cual aumenta el agravio comparativo entre estos y el resto de trabajadores sin motivo aparente.

Finalmente, siguiendo con la redacción literal de la norma inglesa, llama la atención la condescendencia del legislador con el empresario. En este sentido, es obvio el elevado margen que se le ofrece a este en aras a rechazar las solicitudes. Si bien es comprensible que todas ellas podrían ser alegadas por el empresario para justificar su posición, la aparición expresa en la norma parece querer dar a entender que, en ningún caso, la voluntad del trabajador en formarse debe provocar dificultades en la buena marcha de la empresa. Con todo, no se puede concluir que el nuevo derecho formativo del que es titular el empleado español sea la panacea.

El alcance de los permisos previstos en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores es limitado por diversos motivos. Entre ellos, en primer lugar, por su remisión a la negociación colectiva a efectos de concretar su ejercicio, junto a la escasa atención que en general se le presta a este punto por parte de los agentes sociales. Sin embargo, es esta segunda la cuestión sobre la que se debe incidir, de modo que al mismo tiempo que la formación profesional de los

trabajadores va tomando protagonismo en cuanto al número de estos que se acogen a los planes formativos, mayor consideración debe ofrecérsele por parte de las partes negociadoras, y en especial por parte de los representantes de los trabajadores.

Resulta preocupante también el largo periodo de tiempo exigido al trabajador en virtud del artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores para ser acreedor del permiso retribuido de veinte horas anuales de formación. Tal permiso queda actualmente restringido hasta que el trabajador pueda acreditar un periodo de prestación de servicios de un año completo. A pesar de que la norma sólo exige un año de antigüedad en la empresa y por lo tanto no es necesario que ese periodo de trabajo sea ininterrumpido ni que los servicios prestados sean en el mismo puesto de trabajo, consideraría acertada la reducción de ese periodo requerido a la mitad, esto es, seis meses, como así se prevé en la normativa inglesa.

En caso contrario, cabría cuestionar asimismo este derecho formativo. Tanto su eficacia como garante del reciclaje profesional que permita la conservación del empleo en la misma o distinta empresa, como incluso su ajuste a la norma constitucional y a otras normas europeas que insisten en la idea de que la formación permanente debe ser accesible a todos los trabajadores, en orden a garantizar la cohesión social como fin último pero principal de la formación profesional de los trabajadores.

Sumisión: 05 jul 2016

Proceso de Evaluación: Double Blind Peer Review

Autorización Editorial: 27 set 2016

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Editor General: José Ernesto Pimentel Filho

Revisión de los Abstracts: Paul Sekscenski e Jonathan David Reiner

Diagramación y Edición: Emmanuel Luna

REFERENCIAS

Alonso Olea, M. 1982. *Las fuentes del derecho: en especial del derecho del trabajo según la constitución*. Madrid: Civitas.

Cano Galán, Y. 2010. *La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

De Nieves Nieto, N. 2014. "Derecho de los trabajadores a la formación", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 108: 65-90.

Homs, O. 2008. "La formación profesional en España: Hacia la sociedad del conocimiento", *Colección Estudios Sociales de La Caixa* 25: 1-227.

Martín Puebla, E. 2009. *El sistema de formación profesional para el empleo*. Madrid: Lex Nova.

Mirón Hernández, M. M. 2000. *El derecho a la formación profesional del trabajador*. Madrid: Consejo Económico y Social de España.

Pascual Allén, C. 2014. "Derecho a la formación y crisis económica", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* 15: 619-636.

Stability in Employment and Professional Promotion Through the Regulation of The Rights of Training: a Legal Comparative Study between Spain and England

Óscar Requena Montes

Abstract: This paper contains a comparison of the employees' study and training rights in Spain and England. The analysis is focused on those rights which are thought to warrant employment stability and to make promotions easier to get. Despite the fact that the degree of protection is considerably different in each country, both of them have some deficiencies which complicate getting some of the main objectives pursued by the European institutions.

Key Words: Spain; England; Labor Law; Work; Social Cohesion.

Conflits Locatifs sur la Scène Québécoise : Sentiment d'Injustice et Non-Recours aux Tribunaux

GENEVIEVE BREault

Étudiante au doctorat interdisciplinaire en santé et société at UQAM, Université du Québec à Montréal, Montréal, Canada

E-mail : breault.genevieve@gmail.com

Résumé: Au Québec, le marché de la location résidentielle est encadré par une série de dispositions législatives, dont le quatrième chapitre du Code civil du Québec (C.c.Q). Ces dernières définissent les droits et les obligations des locateurs et locataires, et ce, tant au moment de la délivrance du logement qu'au cours de la durée du bail. Il est toutefois possible qu'un conflit survienne dans leur interprétation ou application et qu'une partie se considère bafouée, lésée ou non respectée. Le présent article s'intéresse à la saisie du droit lorsque de telles situations émergent. Des entrevues réalisées avec des personnes locataires s'étant adressées à une ressource communautaire située à Montréal démontrent que bien qu'elles effectuent des démarches pour d'obtenir de l'aide face à leur situation, les personnes locataires ne font pas appel aux mécanismes de surveillance administratifs et juridiques de leurs droits, et ce, bien qu'elles se sentent dans une position d'injustice.

Mots-clés: Conflit; Logement Locatif; Injustice; Mobilisation du Droit.



Conflits Locatifs sur la Scène Québécoise: Sentiment d'Injustice et Non-Recours aux Tribunaux

GENEVIEVE BREault

INTRODUCTION

La signature d'un bail résidentiel est l'une des opérations juridiques les plus répandues de la vie courante. Impliquant un locateur, qui loue un logement, et un locataire, à qui un logement est loué, elle interpelle des intérêts diamétralement opposés, mais aussi des droits et des responsabilités distinctes. Le présent article s'intéresse à l'expérience du droit chez les personnes locataires aux prises avec un conflit potentiellement judiciaire de nature relationnelle (problèmes de voisinage, harcèlement, mauvaises relations avec le locateur) ou encore concernant l'état de leur logement (défauts électriques, défauts physiques, problème d'insalubrité). Nous explorerons plus précisément les questions liées à la conscience du droit, au sens de la justice ainsi que la mobilisation du droit afin de comprendre comment et pourquoi ces personnes « ordinaires » décident ou non de passer la frontière des institutions pour déposer plainte, revendiquer, chercher leurs droits ou demander justice. Pour ce faire, nous présenterons le contexte particulier de la situation locative au Québec, puis préciserons le cadre conceptuel et la démarche méthodologique sur lesquels s'appuie notre recherche et qui s'inscrivent dans le courant des *legal consciousness studies*. Enfin, nous présenterons nos résultats pour ensuite proposer une réflexion plus large sur les enjeux soulevés, notamment sur les faiblesses de la Régie du logement, l'organisme qui, au Québec, agit comme tribunal pour trancher les litiges en matière de louage résidentiel.

MISE EN CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE

Déjà, il y a près de trente-cinq ans, Dreier (1982) relevait que les différences socioéconomiques qui accompagnent le statut de locataire et celui de propriétaire aux États-Unis suggèrent l'existence d'un système d'inégalités structurelles faisant d'eux deux catégories sociales distinctes. Cette observation reposait sur le fait que les personnes locataires sont, à plus forte proportion que celles propriétaires, des personnes à faible revenu, avec un seul chef de ménage, de sexe féminin, âgées, et issues de minorités ethniques, et que les logements locatifs sont généralement plus âgés, davantage surpeuplés et en plus mauvais états que ceux occupés par des propriétaires (US Department of Commerce, 1979, 1981). De telles observations sont encore d'actualité au Québec où 39,8% des ménages sont locataires (SHQ, 2013), mais où ce taux atteint 64,2% à Montréal (Ville de Montréal, 2014). Dans cette dernière, le revenu médian des ménages locataires est de 32 472\$, soit moins de la moitié de celui des ménages propriétaires estimé à 69 701\$ (Ville de Montréal, 2014). De plus, 76,0% ménages composés d'une personne seule, 62,6% des ménages issus de l'immigration et 70,3% des ménages monoparentaux sont locataires (Ville de Montréal, 2014). Par ailleurs, près de quatre logements montréalais sur dix habités par des ménages locataires requièrent des travaux : 26,1% nécessiteraient des réparations mineures dont le remplacement de carreaux de plancher détachés ou manquants, de briques descellées, de bardeaux arrachés, la réparation de marches, de rampes ou de revêtement extérieur défectueux; et 9,5% nécessiteraient des réparations majeures notamment en matière de plomberie ou relativement aux installations électriques, à la charpente des murs, des planchers ou des plafonds (Ville de Montréal, 2014). En 2014, plus de 4730 plaintes¹ ont été déposées à la Ville de Montréal par

¹ Cette compilation a été réalisée par nous-même suite au dépôt d'une demande d'accès à l'information pour chacun des 19 arrondissements de Montréal.

des ménages locataires insatisfaits de l'état d'entretien ou de salubrité de leur logement², exigeant ainsi l'intervention des autorités municipales devant le refus d'agir ou l'inaction de leur propriétaire.

Une publication sur le contrôle des loyers réalisée pour la Société d'habitation du Québec et la Régie du logement³ explique que l'intervention de l'état dans le domaine du louage résidentiel repose sur de grands postulats dont celui selon lequel on considère, de façon générale, que les locataires sont « dans une position de faiblesse face aux propriétaires lorsqu'il doit y avoir négociation » et qu'à certains égards, « le propriétaire jouit d'une position dominante sur son locataire » (Thibodeau, 2003). De plus, King (2000), épidémiologiste à la Direction de santé publique, rapporte que la majorité des locataires qui vivent dans les quartiers défavorisés dépendent de la bonne volonté des propriétaires pour obtenir des correctifs sur les questions d'infestation de coquerelles, d'infiltration et de dégâts d'eau, et d'humidité trop élevée. En plus des problèmes de salubrité, les problèmes que rencontrent les personnes locataires peuvent concerner le dysfonctionnement du système de chauffage ou de tuyauterie, des problèmes électriques, la vétusté et le bris des installations, la mauvaise isolation des fenêtres ou des portes, des problèmes de voisinage, le non-respect de conditions du bail, des avis de hausse de loyer ou de modification des conditions de bail abusifs (Breault, 2014).

Ces données démontrent que les personnes locataires présentent un profil statistique plus défavorisé que celui des personnes propriétaires et que la négociation de leurs droits peut interpeller différentes problématiques. Or, malgré l'introduction,

2 Ces plaintes ont été déposées en vertu du Règlement sur la salubrité, l'entretien et la sécurité des logements de la Ville de Montréal (Règlement VDM 03-096).

3 La Régie du logement est l'organisme gouvernemental québécois habilité à entendre des litiges et à renseigner les locataires et locateurs sur leurs droits et obligations résultant du bail d'un logement

depuis la seconde moitié du 20^e siècle, de multiples dispositions juridiques ayant pour objectif de rééquilibrer les obligations des parties (Jobin, 1996), plusieurs juristes estiment que le logement reste un besoin social essentiel devant lequel les règles juridique de la liberté contractuelle sont inadaptées (Thomasset, 1987; Bendaoud, 2010; Johnson, 2014; Collectif Pro Bon Uqam, 2015; Gallié, 2016). On reproche notamment à la Régie du logement, le seul tribunal habileter à trancher les litiges en matière de louage résidentiel au Québec⁴, de ne pas utiliser la pleine juridiction pour laquelle elle a été créée, de ne pas exercer un vrai contrôle des loyers et de négliger les causes introduites par les locataires dans le délai de traitement.

CADRE CONCEPTUEL

Dans une perspective positiviste, le droit se compose d'un ensemble d'impératifs, de règles, d'une jurisprudence et de doctrines, et renvoie aux institutions et aux corps de professionnels responsables de sa mise en œuvre. Or, dans une approche alternative au positivisme juridique, comme celle que nous partageons, il est plutôt envisagé comme le moyen dont se dote une société pour organiser les rapports sociaux et réguler les conflits (Delpeuch et al., 2014). Selon Jeammaud (2001, 17), le conflit prend forme dans « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements. ». Touraine (1974) suppose, quant à lui, que la relation antagonique entre les acteurs doit impliquer une dynamique où au moins l'un des deux prétend dominer le champ social de leurs rapports. Il n'y aurait de conflits

4 À ce titre, elle applique un large éventail des dispositions du Code civil du Québec, notamment en matière de louage, de contrats, d'obligations, de prescription et de preuve, ainsi que certaines dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne.

seulement lors de l'introduction de l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire la capacité d'un acteur à dominer les rapports sociaux à l'intérieur d'un système social. Analysé en termes juridiques, le conflit devient *différend*, puis lorsqu'il est soumis devant les tribunaux, il devient *litige* (Jeammaud, 2001).

Plusieurs courants de recherche développés depuis les années 1970 s'intéressent notamment à la connaissance des individus et des groupes des phénomènes juridiques ou encore à la place qu'occupe la référence aux droits dans les significations que les gens attribuent aux problèmes rencontrés dans la vie de tous les jours. Parmi ces courants se retrouvent les *legal consciousness studies* qui ont pour objet la conscience du droit et le droit dans la vie de tous les jours. En mettent l'accent sur les perceptions des droits subjectifs (Delpeuch et al., 2014), elles portent sur les «la manière par laquelle le droit fait l'objet d'expérience et est compris par les citoyens ordinaires, dans la mesure où ils choisissent d'invoquer la loi, évitent de le faire ou lui résistent» (Ewick et Silbey, 1998). Elles ouvrent sur d'importantes perspectives d'analyse (Pélisse, 2005) et privilégient les méthodes qualitatives d'enquêtes, en particulier les entretiens approfondis au cours desquels les répondants sont appelés à raconter leurs expériences avec le droit. Cette méthodologie permet d'étudier les différentes manières de construire et de se rapporter à la légalité, en tant que « structure » sociale présente dans la vie quotidienne (Pélisse, 2005). En plus de leur approche empirique, elles se démarquent par le fait qu'elles s'intéressent aux manifestations et aux pratiques du droit ayant cours dans les couches dominées, démunies ou marginalisées, et qu'elles tendent à explorer les relations entre le droit et le changement social à partir d'une approche constructiviste (Pélisse, 2005).

Ces études permettent de mettre en évidence de quelles façons le droit est *dans* la société et *agit sur* la société. Elles

décrivent également les rapports de pouvoir qui pèsent sur les rapports au droit. En nous intéressant à la mobilisation du droit par des personnes locataires aux prises avec des conflits locatifs potentiellement judiciaires pour reprendre l'expression de Blankenburg (1990), ainsi qu'à leurs perceptions quant aux mécanismes de surveillance et de protection de leurs droits existants, nous pourrions notamment aborder les enjeux de pouvoir ainsi que ceux reliés aux sentiments de justice.

MÉTHODOLOGIE

Méthodes de cueillette et d'analyse des données

Dans le cadre d'une recherche doctorale portant sur les conséquences psychosociales de conflits locatifs chez les personnes locataires menée entre 2013 et 2015, nous avons réalisé 21 entrevues avec des personnes locataires s'étant adressées à une ressource communautaire située dans la région de Montréal pour obtenir des services-conseils de nature juridique devant leur situation. Le présent article se limitera à l'expérience de 15 de ces répondantes et répondants, puisque l'expérience des 6 personnes ayant consulté pour une situation impliquant la menace d'expulsion de leur logement pour des situations dites « sans-faute » est autorisée par la Loi et ne permet pas de recours directs mais uniquement une défense si elles contestent les avis reçus⁵.

Lors d'une première entrevue avec les répondantes et répondants, des questions ont été posées sur le ou les problèmes rencontrés, les conséquences qu'entraîne ce problème, sur leurs intentions de recourir aux mécanismes en place afin d'exercer leurs droits et sur leurs connaissances de leurs droits. Les entrevues,

⁵ Breault, G. (à venir). Droit et propriété et chez-soi en péril: conséquences psychosociales des évictions sans faute.

d'une durée d'environ 60 minutes ont été réalisées dans un centre communautaire situé dans le quartier Villeray, situé au centre-nord de Montréal. Une seconde entrevue s'est tenue 18 à 24 mois après la première auprès de 11 des 15 répondantes et répondants, 4 personnes n'ayant pas pu être rejointes suite à leur déménagement ou à leur refus. L'objectif était d'effectuer un suivi quant à l'évolution et au dénouement ou non de la situation problématique. Pour pallier les informations n'ayant pas pu être obtenues suite à ces abandons, des recherches ont été effectuées dans les bases de données de l'Association des locataires de Villeray, dans les banques de coordonnées personnelles (Canada 411), et au niveau des jugements rendus (site web de la Régie du logement et SOQUIJ). Cela nous a permis de savoir si ces 4 personnes avaient ou non consulté après 2013 l'organisme, pour quels motifs et avec quels objectifs, ouvert ou non un dossier à la Régie du logement et d'en connaître l'issue, ainsi que de suivre leur parcours résidentiel et de savoir si elles et ils habitaient toujours leur logement. Pour mieux comprendre les motivations derrière la décision d'entreprendre ou non des recours, nous avons procédé par analyse thématique, en identifiant d'abord des catégories préliminaires, puis en les regroupant en fonction de leurs similitudes.

Bien qu'elles ne représentent qu'une infime partie des problématiques vécues par les personnes locataires montréalaises, ces histoires permettent d'étudier la singularité du vécu locatif conflictuel à partir de leur point de vue. Cette posture de valorisation du parti pris et de l'observation du bas, l'un des trois grands modèles types de recherche de l'objectivation en sciences sociales (Pires, 1997), soutient qu'un regard partisan relayant le point de vue des désavantagés agirait comme un biais-anti-biais permettant d'exercer un contrepoids devant une perspective dominante. Dans 10 cas, les conflits vécus par les répondantes et répondants concernent l'état du logement: problème

de chauffage, insalubrité, réparations à effectuer, incendie du logement, et dégât d'eau, dont trois se jumellent avec des enjeux liés à des avis de hausses de loyer. Les 5 autres cas touchent des problèmes relationnels pouvant ou non impliquer directement le locateur : problème de bruit en provenance d'un logement voisin, non-respect des conditions du bail, harcèlement, et refus de perception du loyer.

Présentations des répondants et répondantes

Les répondantes et répondants, 10 femmes et 5 hommes, sont âgés entre 24 et 81 ans, la majorité se situant entre 50 et 70 ans. Au total, 7 personnes sur 15 sont issues de l'immigration et ont pour langue maternelle l'espagnol ou l'arabe. De plus, 7 personnes sur 15 possèdent un diplôme universitaire, et seulement une n'a pas terminé ses études secondaires. 12 personnes sur 15 habitent dans leur logement depuis au moins 5 ans, dont 7 depuis plus de 10 ans. Plus de la moitié des personnes répondantes habitent seules, soit 9 personnes sur 15, et 4 ont des enfants de moins de 12 ans. Enfin, 13 personnes sur 15 ont des revenus annuels inférieurs à 30 000\$, dont la majorité se situe entre 10 001 et 20 000\$.

RÉSULTATS

Blankenburg (1994) emprunte le concept de « mobilisation du droit » pour décrire le processus global de transposition d'un problème en termes juridiques. Ce processus social et conceptuel suppose qu'avant de se rendre au tribunal, de consulter un avocat ou même de demander un conseil, tout individu doit d'abord prendre conscience que le problème auquel il ou elle est confronté peut s'exprimer en termes juridiques. En s'adressant à la ressource communautaire pour obtenir de l'information, les personnes répondantes ont franchi la première étape qui est la prise

de conscience de la possibilité de situer leur problème sur le plan du droit. Toutefois, peu ont poursuivi leurs démarches sur le plan de la judiciarisation de leur problème. Bien que des mises en demeure aient été écrites, elles n'ont pas nécessairement été envoyées.

En effet, parmi les 15 personnes répondantes, aucune n'a consulté un professionnel du droit (avocat-e) suite à sa démarche auprès de l'organisme communautaire où les intervenantes et intervenants ne sont pas juristes et ne se présentent pas comme tel, même s'ils peuvent éventuellement détenir une formation en droit. De plus, seule Sophia⁶, victime de harcèlement de la part de son locateur, a entamé des procédures légales auprès de la Régie du logement⁷. Les personnes répondantes aux prises avec des problématiques relatives à l'état de leur logement pouvaient s'adresser au tribunal pour demander que le propriétaire soit condamné à l'exécution en nature des travaux, permettant ainsi que les réparations requises soient effectuées. Elles auraient également pu toucher des indemnités financières en réclamant des dommages moraux pour les troubles et inconvénients subis, des dommages matériels pour le remboursement des biens endommagés, ainsi que la diminution du coût de leur loyer pour la perte de la jouissance de leur logement. Quant aux personnes aux prises avec des problèmes relationnels, elles pouvaient elles aussi réclamer des indemnités financières sous la forme de dommages moraux et de diminution de loyer. De plus, elles pouvaient s'adresser au tribunal pour obtenir

6 Sofia, 37 ans, se sent complétement désemparée et harcelée devant l'attitude du fils de son locateur qui a pris la relève de la gestion de l'immeuble suite au décès de son père. Ce dernier a exigé des augmentations de loyer de plus de 100\$, refuse d'effectuer les travaux nécessaires concernant la plomberie et la présence de moisissure, ainsi que de faire exterminer les souris présentes dans son logement. Il a également menacé et a fait remorquer la voiture de Sophia car elle n'acceptait pas de payer un montant supplémentaire pour stationner son véhicule sur le côté du bâtiment, alors qu'elle utilise cet espace depuis 12 ans.

7 Nous avons pris la décision de ne pas comptabiliser la situation de Gemma en raison de la particularité qu'elle revêt et qui est expliquée plus loin.

que cesse un comportement de harcèlement ou encore demander que celui-ci statue sur la légalité de conditions prévues au bail.

Les personnes locataires pouvaient également entreprendre des recours auprès de la Ville de Montréal en vertu du Règlement sur la salubrité, l'entretien et la sécurité des logements⁸. Parmi les répondant-es, seules Paulina et Sofia ont fait de telles démarches. Or, la plainte au service d'inspection de Paulina a eu pour résultat de forcer le propriétaire à contacter une compagnie d'extermination pour se débarrasser des souris, ce qui n'a toutefois pas été suffisant parce que le problème aurait diminué, mais perduré. La plainte de Sofia qui concernait également des défauts dans l'état de son logement, n'a guère donné des résultats plus satisfaisants puisque, même après plusieurs visites d'un inspecteur de l'arrondissement, le propriétaire refuse toujours d'agir, et ce, plus de trois ans après le dépôt de la plainte. Le dossier est actuellement toujours devant la cour municipale et ne pourra éventuellement que donner lieu à l'émission d'amendes payables à la Ville pour chaque infraction constatée. Sofia ne pourra donc que retirer des bénéfices de cette démarche une fois que le propriétaire sera contraint de faire les réparations nécessaires. Comme nous l'avons vu précédemment, seule la Régie du logement peut lui accorder des indemnités monétaires pour les troubles et inconvénients vécus ainsi que la perte de jouissance ressentie.

Bien que l'on associe souvent la justice à ce qui est juste, et que l'on voie les tribunaux comme étant les instruments de cette justice, l'analyse de l'expérience des personnes répondantes démontre que les tribunaux n'apparaissent que très rarement comme des mécanismes concrets d'exercice de la justice en présence d'un conflit

⁸ L'article 55 de la *Loi sur les compétences municipales* prévoit que « Toute municipalité locale peut adopter des règlements en matière de salubrité. » En 2015, 13 municipalités au Québec étaient dotées d'un tel règlement municipal.

locatif. Ces données corroborent celles de Blankenburg et Reifner (1982), une des rares études sur le sujet, qui avaient relevé que seulement 3% des 543 personnes interrogées ayant un conflit relevant du domaine juridique en tant que locataire, s'étaient adressées au tribunal pour régler leur différend. L'analyse des témoignages permet de constater que des raisons multiples et entremêlées les unes aux autres expliquent la décision des répondantes et répondants de ne pas recourir au tribunal pour faire valoir leurs droits et préfèrent les mettre en parenthèses. On peut toutefois dégager deux grandes tendances dans les motivations énoncées. La première consiste dans l'évitement de l'exposition du conflit dans la sphère publique en raison de considérations relatives au maintien de bonnes relations locataire/locateur et concerne 6 répondantes et répondants. La seconde touche directement les modalités et l'efficacité des mécanismes de surveillance des droits qui représenterait un repoussoir décisif pour expliquer le non-recours chez 8 répondantes et répondants.

Éviter le conflit pour maintenir de bonnes relations

Bien qu'elles et ils considèrent que leur situation soit suffisamment irritante, fâcheuse ou dérangeante pour qu'elle justifie des démarches d'information auprès d'un organisme de défense de droit des locataires, près de la moitié des répondantes et répondants ont pris la décision de ne pas interpeler la Régie du logement pour ne pas envenimer les relations avec leur locateur et subir des répercussions négatives. Autrement dit, elles et ils préfèrent éviter de générer une situation qui pourrait donner envie à leur locateur d'exercer une forme de vengeance.

C'est notamment le cas de Ghislaine, 84 ans, qui rapportait se sentir capable d'aller à la Régie du logement pour affronter la propriétaire, « pour régler ça une fois pour toute », car elle disait ne

« plus capable de vivre de même ». Elle était «tannée » des problèmes de refoulement d'eau, de la présence de fourmis et de l'intimidation dont elle se sentait victime. Elle craignait néanmoins de ne pas obtenir un jugement à la hauteur de ce qu'elle a droit en raison de mensonges que la propriétaire pourrait formuler. La seconde entrevue nous apprend toutefois qu'elle n'a pas effectué de démarches devant la peur que sa relation se dégrade et que cette dernière se mette à lui reprocher tout et rien en vue de la forcer à quitter son logement, comme elle l'aurait fait avec une autre locataire du bloc l'année précédente :

« Ce qui m'obsède beaucoup, c'est de me dire, mon dieu est-ce que je vais être obligée de déménager, je vais-tu être capable d'endure ce malentendu-là. Je fais ma brave, mais ça m'obsède, j'y pense tout le temps, j'y pense tout le temps. »

Malgré sa décision de ne pas intenter de poursuite, la locatrice de Ghislaine l'a informée qu'elle allait reprendre son logement pour y faire habiter son père l'été suivant. Ghislaine, qui dit ne plus « avoir la force de se battre », n'a pas contesté son avis de reprise et n'habite maintenant plus dans le logement qu'elle a occupé pendant 11 ans suite au décès de son mari.

Pour Amélie, 24 ans, enlisée dans un conflit important concernant le mode de versement du loyer, c'est essentiellement la crainte de mauvaises références de sa locatrice actuelle lors de la recherche d'un futur logement qui l'a découragée de la possibilité de porter ce conflit devant la Régie du logement. Elle aurait en effet pu demander au tribunal de statuer sur la légalité du fait que sa locatrice exige un paiement en argent comptant à une succursale bancaire située dans un autre quartier et refuse tout autre mode de paiement. Malgré ce « caprice déraisonnable » occasionnant un « casse-tête logistique important », Amélie se plie à ce qu'elle décrit comme un « abus de pouvoir » pendant plus de 4 mois, puis quitte son logement suite à une séparation amoureuse.

Hermès, 43 ans, est en conflit avec les locataires de l'appartement situé sous le sien depuis 2 ans. Ceux-ci exigeraient qu'il n'y ait pas de bruit en après-midi et appelleraient la police à tout moment pour se plaindre. Pour minimiser le bruit en provenance de son logement, Hermès a posé du tapis, a placé des coussinets sous les pattes des meubles, et a posé des freins d'arrêt derrière les portes. Puisque le locateur est responsable d'assurer la jouissance paisible du logement durant toute la durée du bail⁹, Hermès s'y est adressé pour lui demander d'intervenir dans le conflit. Il sent toutefois que son locateur « joue avec lui », car celui-ci ne cesse de lui répéter que ce sont les plaignants qui sont « fous » et qu'ils n'ont pas matière à entretenir de telles doléances. Hermès se refuse toutefois à l'idée de déposer un recours à la Régie du logement contre son locateur pour le contraindre à prendre une action contre les locataires du dessous afin de régler le problème, car il a peur des conséquences d'une telle démarche :

« Moi j'ai pas le goût de faire une plainte à la Régie. Non non, je ne peux pas. Ça va se retourner contre moi. He is gonna go against me. »

Hermès a finalement changé d'idée, et a déposé un recours en novembre 2013 duquel il s'est désisté 7 jours plus tard pour ne pas avoir de problèmes avec son locateur. La situation avec les voisins ne s'est toutefois pas réglée et l'a conduit à rédiger de nouveau une mise en demeure quelques mois plus tard qui n'a toutefois pas mené à un recours à la Régie du logement. Hermès habite toujours son logement et continue de vivre des relations difficiles avec ses voisins d'en-dessous.

Graciela, dans la cinquantaine, a des récriminations quant à des réparations à effectuer dans son logement et négocie au dollar

⁹ Art. 1854, C.c.Q

près chaque hausse de loyer, ce qui fait enrager son locateur. Elle a souvent laissé planer à ce dernier la possibilité d'aller à la Régie du logement pour défendre ses droits, mais ne l'a jamais fait. Elle préfère s'entendre à l'amiable, car elle n'aime pas « les chicanes » et souhaite ainsi éviter que le tout dégénère et donne lieu à des relations tendues et désagréables avec son locateur, notamment que celui-ci reprenne le logement pour y faire habiter sa fille et lui impose un déménagement forcé. Malgré cette menace, Gloria habite toujours dans le même logement.

Lorraine, 63 ans, est la cible de plaintes qu'elle considère non-fondées formulées par son voisin d'en-dessous, car elle possède un piano et en joue quelques heures par semaine. Bien que le plaignant ait déménagé, son locateur a ouvert un dossier contre elle à la Régie du logement afin d'obtenir son expulsion. Pour Lorraine, le problème ne serait pas le piano qu'elle possède depuis plus de 13 ans, et qui ne dérange que depuis peu, mais bien une question d'argent, car son loyer pas cher comparativement au coût moyen des logements. Elle rapporte qu'une amie lui a recommandé de déposer une plainte à la Régie du logement pour le harcèlement qu'elle subit, mais elle a néanmoins décidé de ne pas donner suite à ce conseil parce qu'elle n'est pas à l'aise avec l'idée de se lancer dans des poursuites légales, alléguant ce n'est « pas [son] style de gueuler » et qu'elle « n'aime pas les problèmes » :

« Passer à la Régie, j'aime pas ça ces affaires-là moi. Moi, j'aime pas ça ces affaires-là. C'est des histoires qui m'enlèvent mes énergies. J'aime pas ça du tout. »

Elle préfère attendre que la situation se règle par elle-même et que son locateur, qui possède plusieurs autres immeubles, se délaisse de son cas et s'intéresse à celui des autres locataires.

Enfin, malgré le fait qu'elle pouvait s'adresser à la Régie du logement et au service d'inspection de l'arrondissement de la ville

de Montréal, Raymonde, 71 ans, n'a pas entrepris de démarches concernant les problèmes de chauffage de son logement. Elle explique d'abord que le propriétaire n'augmente jamais son loyer autant que le taux autorisé par la Régie et qu'elle considère le tout comme une façon de la compenser. Tout en précisant qu'il lui est « important de garder de bonnes relations », elle explique également vouloir éviter les « chicanes » ou les « engueulades », ce qu'elle craint notamment parce que son propriétaire aurait tendance à pouvoir lever le ton facilement. Raymonde se préoccupe surtout des « risques liés » à de telles démarches, notamment la possibilité que le coût des réparations nécessaires se répercute sur le montant de son loyer et qu'elle devienne perdante dans la situation :

« J'imagine que ça va coûter très cher, tout défaire ça et refaire les murs. Trois étages à arracher, tous les calorifères, enlever le système électrique, refaire tous les murs, les plâtrer, ça va être épouvantable. Et il faudrait qu'il fasse isoler et changer les fenêtres. Je ne peux pas exiger de lui qu'il fasse tous ces travaux-là, de toute façon le loyer va doubler. »

Raymonde habite toujours son logement et continue de vivre un désagrément important lié à la température lors de la saison froide. Pour elle, l'arrivée de l'hiver représente année après année une source de stress car elle ne sait plus quoi faire d'elle-même. Elle se sent triste, déprimée, voire même désespérée l'hiver, au point où elle se dit qu'elle « aimerai[t] mieux mourir que de geler comme ça. »

Méconnaître le système de justice ou le percevoir comme inadapté

La Régie du logement est un tribunal administratif avec des règles de preuves et de procédures, avec un fonctionnement et un langage juridique qui lui est propre. Or, pour six répondantes et répondants, le fonctionnement du système juridique en lui-même est un obstacle suffisamment important pour annihiler toute envie d'effectuer des démarches à la Régie du logement. Ainsi, Jeanne, 63

ans, raconte qu'elle n'a jamais effectué de démarches à la Régie du logement dans le passé, et ce, malgré plusieurs problèmes de voisinage reliés à questions de bruit. En raison de la complexité des procédures et des preuves, elle n'était « pas sûre de son coup » et ne se sentait pas suffisamment « soutenue » pour effectuer une telle démarche:

« Te présenter à la Régie quand tu es toute seule, ce n'est pas évident. On m'a dit : « Ici, c'est un tribunal madame, il vous que vous ayez un dossier. Nous, on n'est pas là pour vous dire quoi faire. Vous vous organisez avec ça ». T'as besoin de preuves, t'as besoin de papiers, t'as besoin de ci, t'as besoin de ça. Moi, c'était juste ma parole, je n'avais pas d'enregistrement. Fait que qu'est-ce que tu veux faire? »

Elle explique toutefois que la situation actuelle qui l'amène à consulter l'organisme, soit l'inaction de son locateur suite à un incendie ayant rendu impropre à l'habitation son logement, sera l'objet d'une démarche à la Régie du logement. Néanmoins, aucun dossier sur la question n'a jamais été ouvert à la Régie du logement et Jeanne habite aujourd'hui un autre logement après avoir quitté celui qu'elle a habité pendant 18 ans.

Marcel, 58 ans, est, quant à lui, prêt à envoyer une mise en demeure mais ne veut pas poursuivre de démarches à la Régie du logement si celle-ci ne permet pas de régler la situation problématique avec son voisin du palier supérieur qui serait extrêmement bruyant. N'ayant aucune expérience ou connaissance de la Régie du logement, il se sent particulièrement anxieux devant cet « inconnu » et craint d'être pris dans un « engrenage » dont il ne comprend pas le fonctionnement. Ne trouvant finalement pas d'issue au conflit, Marcel a décidé de quitter son logement.

Mathieu, 56 ans, se sent victime d'intimidation de la part de sa locatrice qui habite au premier étage. Celle-ci coupe le chauffage, l'accuse d'être responsable de dégâts d'eau et insisterait

annuellement pour qu'il ne renouvèle pas son bail à son terme. Tout comme Marcel, Mathieu a rédigé une mise en demeure à sa locatrice, mais refuse d'effectuer des démarches à la Régie du logement parce qu' « [il] n'aime pas ça les affaires juridiques », rapportant une incompréhension du système juridique. Payant un loyer à un coût nettement inférieur à celui du marché, il préfère laisser les choses aller et rester dans son logement aussi longtemps qu'il le pourra.

Jorge, 63 ans, se sent désabusé par la complexité des procédures du tribunal et les délais. Ne pouvant s'absenter de son travail pour effectuer des démarches, il ne voit pas le bout du tunnel devant tous les problèmes qui affectent son logement: flammèches visibles dans les prises de courant, disjoncteurs victimes de surchauffe du courant, risque de feu causé par la vétusté du système de chauffage au gaz, présence de souris et de coquerelles, et infiltrations d'air. Bien qu'il ait envoyé une mise en demeure à son locateur pour exiger des correctifs, il a jugé qu' « il valait mieux quitter les lieux que de réclamer [ses] droits ». Jorge a effectivement quitté son logement suite une tentative de reprise de logement de son locateur l'année suivante, après 12 ans d'occupation de son logement.

Linda, 46 ans, a vécu un dégât d'eau nécessitant l'intervention d'une compagnie de gestion en sinistre suite à une négligence d'entretien du toit. Elle ne souhaitait pas effectuer de démarches à la Régie du logement contre son locateur pour obtenir une compensation financière, car elle explique que ça ne lui « tentait pas de mettre du temps, de l'argent et de l'énergie là-dedans », mais envisageait plutôt de négocier sa hausse de loyer. Toutefois, puisque son locateur lui a exigé 36 \$ de hausse mensuelle et a refusé toute négociation, Linda a pris la décision de lui réclamer 1500 \$ et lui a fait parvenir une mise en demeure en ce sens. Elle a toutefois abandonné ses démarches en raison de la longueur des délais d'attente avant

d'obtenir une audience et n'a jamais ouvert de dossier à la Régie du logement. Elle a finalement quitté son logement.

Sergio et Paulina ont refusé de s'adresser à la Régie du logement, car ils considèrent le système judiciaire a été mis en place par des propriétaires et pour les propriétaires, et reconnaissent avoir moins de pouvoir et d'influence dans la société en raison de leur statut d'habitation. Le premier n'envisage pas de faire appel à la Régie du logement, mais bien de régler lui-même son problème en utilisant la violence s'il le faut, ou encore en retournant dans son pays d'origine qu'il a quitté il y a plus de 45 ans. Selon lui, son locateur ne prendrait pas au sérieux ses doléances concernant ses problèmes de voisinage parce qu'il est une personne âgée qui ne paie pas cher son loyer. Par ailleurs, Paulina, 59 ans, bien qu'elle ait déposé une plainte à l'arrondissement en raison des problèmes de vermine dans son logement, n'a pas poursuivi ses démarches à la Régie du logement, car elle croit fermement que l'institution « est là pour défendre les propriétaires et non les locataires ». Elle s'est rendue trois fois dans ses bureaux pour obtenir de l'information, mais estime ne pas avoir été aidée. Elle a donc elle aussi décidé de se débrouiller toute seule et de quitter son logement en multipliant les tentatives pour convaincre son locateur de mettre fin à son bail en l'implorant littéralement.

Enfin, la situation de Gemma est particulière. Âgée de 70 ans, elle est indignée que son locateur ait obtenu, suite à une décision de la Régie du logement, une hausse de loyer sans qu'il ait à prouver que les travaux qui justifient une partie du montant de la hausse ont été effectués. Gemma décide donc d'introduire à son tour un recours au tribunal afin d'obtenir le remboursement des sommes qu'elle a investi dans son logement entre 2004 et 2010 pour des réparations qu'elle a dû effectuer comme le prévoyait une clause dans son bail et pour lesquels elle aurait encore des paiement à effectuer sur sa carte de crédit. Puisque la clause était abusive et

donc inopérante, Gemma n'avait pas à s'y conformer et aurait plutôt dû entreprendre un recours dès son entrée en logement en 2004 pour exiger que les correctifs soient apportés par son locateur. Le fait qu'elle entreprenne un recours hors des délais de prescription prévus par la loi qui sont de 3 ans témoigne d'une incompréhension importante du fonctionnement du système judiciaire, mais aussi de l'incompréhension de la culture et du langage juridique. Gemma a donc exercé un recours, mais de façon telle qu'il est inopérable, ce qui l'amène elle aussi à qualifier la Régie du logement comme une institution « injuste » et « faite pour les propriétaires ».

DISCUSSION

Ce non-recours au système de justice soulève des questionnements importants, notamment quant au manque d'adéquation entre la mission officielle et la pratique réelle des tribunaux. Au Québec, la création de la Régie du logement en 1979 visait l'unification de toutes les règles de droit régissant les relations locateurs-locataires en une seule série de dispositions claires et cohérentes ainsi qu'en la création d'un organisme quasi-judiciaire indépendant de la structure des tribunaux de droit possédant une juridiction exclusive en matière de bail résidentiel et dont le rôle consiste à assurer une information adéquate des citoyens qu'à trancher les litiges qui naissent entre eux (Gouvernement du Québec, 1978). Elle a été aménagée suite au dépôt par le gouvernement du Québec du *Livre blanc sur les relations entre locateurs et locataires* contenant des critiques virulentes quant à l'inefficacité des recours devant les tribunaux de droit commun alors en place : complexité de la procédure utilisée, frais judiciaires et extrajudiciaires démesurés occasionnés par l'exercice d'un recours, et délais excessifs avant l'obtention d'un jugement. La Régie du logement y a été présentée comme une structure permettant des « recours simples, efficaces et

rapides », donnant accès à « une information adéquate et continue », et reposant sur des moyens incitatifs et coercitifs permettant de « rétablir l'équilibre entre les parties en présence, en assurant à chacun non seulement des droits mais aussi des recours équivalents » (Gouvernement du Québec, 1978).

Or, l'étude des données entre 2000 et 2015 produites par la Régie du logement elle-même démontre que les personnes locataires ne s'adressent que très faiblement aux mécanismes judiciaires en place lorsqu'elles se sentent lésées ou estiment que leurs droits ne sont pas respectés. Ainsi, en 2014-2015, plus de 2 993 076 demandes d'information ont été formulées et traitées au service de renseignements de la Régie du logement par des individus, locataires et locateurs confondus, souhaitant obtenir des informations relatives aux dispositions législatives du louage résidentiel de toute nature (droits, obligations, recours, procédures, etc). Pour la même période, 69 821 demandes d'ouverture de dossiers ont été enregistrées par des plaignants, seules 11,9% ont été faites par des personnes locataires (RDL, 2015). Ces chiffres sont stables pour les quinze dernières années, alors que la proportion des demandes introduites par les locataires a atteint son maximum en 1999-2000 avec 12,1% et son minimum en 2004-2005 avec 10,3% des demandes. De plus, la grande majorité des causes introduites à la Régie du logement concernent le non-paiement du loyer, ce qui contribue à alimenter une vision selon laquelle la Régie ne serait qu'une « agence de recouvrement de loyer »¹⁰. Pour l'année 2014-2015, elles représentent 58,6% des du total des demandes introduites pour lesquelles le délai moyen d'attente avant une première audience est de 6,2 semaines, alors qu'il varie entre 9,7 et 88,1 semaines dans les causes dites civiles¹¹ (RDL, 2015).

¹⁰ Saillant, 2006, 44

¹¹ Toute requête est mise au rôle selon sa nature et son urgence dans l'une des cinq catégories suivantes : causes civiles urgentes (demandes relatives à l'expulsion

Un autre point majeur méritant d'être soulevé sur la notion d'accessibilité à la justice concerne la représentation légale à laquelle ont droit les parties lors d'une audience à la Régie du logement. L'article 72 de la Loi sur la Régie du logement (L.R.Q., Chapitre R-8.1) prévoit une iniquité entre locateurs (personne morale) et locataires alors que les premiers disposent d'une latitude dans la sélection de la personne mandatée pour les représenter, alors que les seconds ne peuvent pas être représentés ou recevoir de l'assistance par une personne de leur choix. Certes, les personnes locataires peuvent avoir recours à un avocat, mais encore faut-il qu'elles aient les moyens de le payer, d'autant plus que les réclamations en jeu sont généralement bien inférieures au coût des services d'un avocat. L'aide juridique¹² n'est souvent pas une solution puisque la réforme de 1996 a resserré les critères d'admissibilité en exigeant que les mandats d'aide juridiques soient octroyés uniquement lorsqu'une affaire « met en cause ou mettra vraisemblablement en cause la sécurité physique ou psychologique d'une personne¹³ ». De plus, la minceur des seuils d'admissibilité financière¹⁴ fait en sorte qu'à peu d'exception près, seules les personnes bénéficiant de prestations d'aide sociale y sont admissibles.

du locataire, à la cession du bail ou aux ordonnances d'exécution des obligations d'une partie au bail), causes civiles prioritaires (demandes relatives à la résiliation du bail pour des motifs autres que le non-paiement du loyer), causes civiles générales (demandes dont le litige ne met pas en cause l'occupation du logement, ex: dommages-intérêts, diminution de loyer), non-paiement (demandes ayant pour objet la résiliation du bail au motif de non-paiement du loyer), fixation et révision (demandes relatives à l'ajustement annuel du loyer). À l'exception des causes identifiées comme urgentes, les requêtes sont traitées en ordre chronologique à l'intérieur de chaque catégorie.

12 L'aide juridique est un programme qui permet aux personnes à faible revenu de bénéficier de services juridiques, dans la mesure prévue par la Loi sur l'aide juridique

13 L.R.Q., chapitre A-14, art. 4.7, al. 9

14 Suite aux pressions populaires, ces deniers ont été augmentés de façon significative le 1^{er} janvier 2016. Ils étaient toutefois très faibles au moment où les entrevues se sont déroulées. Voir http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/aide/seuils_aide.htm

Selon les représentations occidentales classiques de la justice, des barrières, qui peuvent être de divers ordres (physique, matériel, objective, etc.) et cumulatives entre elles, doivent être identifiées, puis enlevées afin que les citoyens puissent pénétrer dans les institutions garantes de la justice. Or, comme le souligne MacDonald (2005), on commence tout juste à prendre conscience que ce sont les barrières subjectives, et particulièrement celles de nature psychologique, qui peuvent pousser les justiciables à ne pas entreprendre de recours légaux et à tolérer des situations vécues comme injustes. Puisque la justice est un concept normatif, les croyances qui y sont reliées ne sont pas des variables directement observables, mais des « construits » formulés à partir des déclarations des individus ou encore de comportements observés (Jacquemain, 2005).

Les entrevues réalisées nous ont permis de mieux comprendre les raisons qui font qu'une personne s'adresse ou non à la justice pour trouver une solution à un conflit locatif auquel elle est partie. Elles nous ont également permis d'observer qu'un nombre très élevé de différends ne sont soumis à aucune instance de régulation. Bien que l'appréciation du degré de gravité d'un conflit soit une activité très subjective, tous les répondantes et répondants avaient d'abord pris la décision de se déplacer dans un organisme, d'exposer leur situation à une intervenante ou un intervenant et de recevoir des informations de nature légale. Toutefois, des considérations quant aux coûts objectifs et subjectifs de la formalisation de leurs problèmes les ont conduits, pour une très grande majorité d'entre eux, à ne pas recourir au système judiciaire. Par ailleurs, bien que des mécanismes permettent aux justiciables de porter devant les tribunaux leurs conflits, Jeammaud (2001) rappelle que « rien n'assure que la décision de justice mettant fin au litige avec force de chose jugée, règle de la sorte le conflit qui sert de contexte au procès, ni même qu'elle favorise son apaisement sinon sa solution. » Nos données

rejoignent à cet égard les analyses de Ferrari (1989, cité dans Felstiner et al., 1990) suggérant que le droit ne permettrait que de maintenir sous un certain contrôle les « conflits déclarés », mais ne résoudrait pas les conflits au sens où il les ferait disparaître, marquant alors la différence entre le règlement des litiges et la résolution des conflits.

CONCLUSION

L'étude de l'émergence et la transformation des litiges permet de s'intéresser aux conditions dans lesquelles des atteintes aux droits sont perçues et comment les gens répondent aux expériences d'injustice et de conflit (Felstiner et al., 1991). Or, comme le rapporte Delpuech (2014), le sentiment de justice constitue une expression de la capacité de réflexivité des individus face à ce qu'ils sont en droit d'attendre et qui n'advient pas, créant ainsi une situation d'écart pouvant susciter insatisfaction, indignation ou encore souffrance. Les injustices sont donc le produit d'interprétations subjectives pouvant être identifiées comme des expériences offensantes mobilisant une pluralité de référentiels normatifs.

Comme nous l'avons vu, des situations d'injustice peuvent être tolérées dans le contexte du louage résidentiel par des personnes locataires qui acceptent de mettre leurs droits entre parenthèses. Elles peuvent choisir de ne pas exercer de recours parce qu'elles associent le système juridique à un lieu ne permettant pas de résoudre un conflit vécu, mais bien à un terrain où elles deviendraient responsables de l'escalade de la dynamique conflictuelle pouvant donner lieu à de nouveaux problèmes. Elles peuvent également choisir de ne pas exercer de recours en raison du système de justice en lui-même qui représente un lieu complexe et inintelligible, comportant des délais déraisonnables, et impliquant un traitement inéquitable entre les parties. Néanmoins, peu importe les raisons qui les poussent à prendre la décision de ne pas porter leur situation devant le tribunal,

les entrevues réalisées permettent de relever qu'un conflit ne se réduit jamais à ses seules dimensions juridiques, mais qu'il est un fait complexe ayant des considérations psychologique et sociale.

Date de soumission de l'article: 20 avr 2016

Type de procédure de sélection: Double Blind Peer Review

Date d'approbation: 21 fév 2017

Editeur scientifique du champ de recherche: Emmanuel Berger

Editeur général: José Ernesto Pimentel Filho

Relecteur des résumés: Paul Sekscenski e Jonathan David Reiner

Mise en page: Emmanuel Luna

BIBLIOGRAPHIE

BENDAOU, M. Le droit au logement tel que vu par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : sa mise en œuvre québécoise est-elle conforme ? *Revue québécoise de droit international*, 23.2, p. 51-122, 2010.

BLANKENBURG, E. Mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la Justice. *Droit et société*, no 28, p. 691-703, 1994.

BLANKENBURG, E ET REIFNER, U. *Rechtsberatung - die soziale Definition von Rechtsproblemen*. Neuwied, 1992.

BLANKENBURG, E. Cultures juridiques comparées. *Droit et Société*, no 16, p. 321-333, 1990.

BREAULT, G. Recherche et luttes sociales: retour sur une expérience empirique sur le terrain de la défense de droits des locataires. *Aporia*, vol. 6 no. 2, p. 19-26, 2015.

COLLECTIF PRO BONO UQAM. *L'organisation d'une justice à deux vitesses : La catégorisation et la hiérarchisation des causes mises au rôle à la Régie du logement*. Montréal : Université du Québec à Montréal, 2015.

DELPEUCH, T., DUMOULIN, L. ET DE GALEMBERT, C. *Sociologie du droit et de la justice*. Paris : Armand Colin, 2014.

DREIER, P. The status tenant in the United States. *Social problems*, vol. 30 no. 2, p. 179-198, 1982.

EWICK, P. ET SILBEY, S. Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness. *New England Law Review*, vol. 26, p. 731-749, 1992.

FELSTINER, W., RICHARD, A. ET AUSTIN, S. L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer. *Politix*, vol. 4 no 16, p. 41-54, 1991.

FERRARI, V. *Funzioni del diritto*. Bari, Laterza, 2e éd, 1989.

GALLIÉ, M. Le droit et la procédure d'expulsion pour des arriérés de loyers : le contentieux devant la Régie du logement. Regroupement des comités logement et associations de locataires du Québec et Service aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal, 2016.

GOVERNEMENT DU QUÉBEC. Livre blanc sur les relations entre locateurs et locataires. Québec, 1978.

JACQUEMAIN, M. Le sens du juste : Cadre normatif et usages sociaux des critères de justice. Sociopolis. Liège : Les Éditions de l'université de Liège, 2005.

JEAMMAUD, A. Conflit, differend, litige. *Droits* 2001/2, no 34, p. 15-20, 2001.

JOBIN, P.-G. *Le louage*. 2eme édition, Cowansville, Canada : Éditions Yvon Blais inc., 1996.

JOHNSON, M. Les locataires devant la Régie du logement : des délais raisonnables?, www.barreaulongueuil.qc.ca/export/sites/longueuil_fr/pdf/Bulletin_aout_2014.pdf

KING, N. Impact des conditions de logement sur la santé publique. Régie régionale de la santé et des services sociaux Montréal-Centre, Montréal, Canada : Direction de la santé publique, 2005.

MACDONALD, R. Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions. In: BASS et al. (eds). *Access to Justice for a new Century*. Toronto: The Law Society of Upper Canada, 2005.

PÉLISSE, J. A-t-on conscience du droit? Autour des Legal Consciousness Studies. *Genèses*, vol 2 no 59, p. 114 à 130, 2005.

PIRES, A. De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales. In: Poupart, et al. (eds). *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Montréal : Gaëtan Morin Éditeur, 1997, p. 3-54.

RÉGIE DU LOGEMENT. Rapport annuel 2014-2015. Gouvernement du Québec, Québec.

SAILLANT, F. La Régie du logement après 25 ans : Un chien de garde efficace? Montréal : Groupe d'études et d'actions urbaines, 2006.

SOCIÉTÉ D'HABITATION DU QUÉBEC, Habitation Québec. Le bulletin d'information de la Société d'habitation du Québec, entretiens sur l'habitat, numéro spécial hiver 2013.

THIBODEAU, J.-C. Évolution du marché du logement locatif : analyse, effets et perspectives. Société d'habitation du Québec, Gouvernement du Québec, 2003.

THOMASSET, C. La Régie du logement à découvert. Montréal, Canada : Louise Courteau éditrice inc., 1987.

US DEPARTMENT OF COMMERCE. Voting and registration in the election of November 1978. Bureau of the Census, Washington DC: Government Printing Office, 1979.

US DEPARTMENT OF COMMERCE. Annual housing survey: 1980. Washington DC: Government Printing Office, 1981

VILLE DE MONTRÉAL, Profil des ménages et des logements. Montréal en statistiques, 2014.

Residential Housing Conflicts in Quebec: Sense of Injustice and Non-Invoking Court

Genevieve Breault

Abstract: In Quebec, the residential housing market is controlled by a series of legal dispositions, including the Civil code of Québec chapter IV. Those regulations define tenants and landlords rights and obligations resulting from lease, since its delivery throughout its term. Unfortunately, a conflict might rise up about their interpretation or application and a party might feel violated, flouted or denied. In this article, we focus on the mobilisation of the law when such situations emerge. Interviews conducted in Quebec as part of a doctoral research study demonstrate that although tenants take steps and ask help to face their situation, they don't invoke administrative and legal mechanisms to protect their rights, even if they feel unjustly treated.

Keyword: Avoidance; Non-Invoking Court; Rental Housing; Litigation; Injustice; Law Mobilization.

A Metáfora e o Trabalho no Texto de Karl Marx “Crítica ao Programa de Gotha”

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil

E-mail : fernandojoaquimmaia@gmail.com

Resumo: Será analisada a questão do trabalho e de suas relações com a retórica e o direito nas teses de Karl Marx, a partir do texto deste pensador, intitulado *Crítica ao Programa de Gotha*. O fulcro deste trabalho é auxiliar na compreensão de como Karl Marx concebe determinadas estratégias de persuasão para fazer prevalecer as suas teses.

Palavras-chave: Retórica; Pensamento Econômico; Dialética



A Metáfora e o Trabalho no Texto de Karl Marx “Crítica ao Programa de Gotha”

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

1. A DESCONSTRUÇÃO DAS TESES DE KARL MARX SOBRE O TRABALHO A PARTIR DE UMA ABORDAGEM JURÍDICA E RETÓRICA

Este artigo é uma versão revisada e atualizada daquele que foi publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-CONPEDI, realizado em Fortaleza no ano de 2010¹.

O artigo tem por fundamento as teses do professor João Maurício Adeodato sobre a retórica, desenvolvidas no seu grupo de pesquisa sobre retórica jurídica e filosofia do direito na UFPE. Procura-se aplicar essas teses sobre o texto de Karl Marx, intitulado *Crítica ao Programa de Gotha*², para analisar a questão do trabalho e de suas relações com a retórica e o direito.

Karl Marx inova a base de todo o pensamento pautado na crítica à sociedade capitalista e na busca por uma sociedade civil alternativa ao capitalismo, advoga a necessidade de superar o capitalismo via modificação radical da base material na qual está assentado esse modo de produção. Sustenta a necessidade de superar a divisão do trabalho e da produção e a extinção da histórica sociedade de classes e, com esta, do Estado, do Direito e de todos os mecanismos de dominação social. Propugna uma sociedade sem direito, sem classes, sem Estado, em que cada um pudesse viver

1 MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **A retórica metódica jurídica nas cinco teses de Karl Marx sobre o trabalho**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3756.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

2 MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 223-252.

conforme suas necessidades, alcançando um grau de consciência que permitisse decidir autonomamente seu próprio rumo e seu próprio destino; uma sociedade marcada pelo triunfo da propriedade comunal sobre a propriedade privada dos meios de produção e pela eliminação da circulação mercantil e das diferenças entre trabalho manual e intelectual.

Nestas linhas, tentar-se-á oferecer ao leitor um outro prisma sobre a problemática do trabalho no pensamento de Marx; sustenta-se que, na obra a ser examinada, quanto à retórica e argumentação no direito, construiu estratégias persuasivas próprias à base do emprego de metáforas.

Isso significa analisar o pensamento de Karl Marx metodicamente, situando-o dentro do contexto social, econômico, político e histórico em que o movimento operário europeu estava inserido, dentro do quadro de correlação de forças, buscando detectar as técnicas de persuasão aplicadas na sua argumentação. Assim, dar-se-á valor aos aspectos quem/o quê/onde/quando/por quê³.

Primeiramente, analisar-se-á o sistema retórico que será empregado neste trabalho. Aqui, será abordada a retórica a partir das formulações que o Professor Dr. João Maurício Adeodato desenvolve sobre as ideias de Otomar Ballweg, estas de base aristotélica. A seguir, abordar-se-á o ambiente retórico vivenciado por Marx, enfocando a retórica material no último quarto do século XIX na Europa e no início do imperialismo. Nesse ponto, será dada particular atenção ao movimento operário europeu, com destaque para o da Alemanha unificada por Bismarck. Em seguida, abordar-se-ão os meios retóricos utilizados no debate acerca das

3 LEACH, Joan. Análise retórica. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, som e imagem**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 299.

teses postas no programa de unificação do Partido Operário Social-Democrata Alemão com a Associação Geral dos Operários Alemães, denominado de Programa de Gotha. Serão analisadas as premissas do pensamento de Marx quanto a esse programa, baseando-se estas na compreensão do trabalho desde os condicionantes históricos e materiais da sociedade capitalista, na medida do trabalho a partir dos meios e das forças existentes e do cálculo das probabilidades, no salário como a continuação daquele trabalho que o operário desenvolve além do necessário à sua sobrevivência e na função do sindicato na ruptura do modo de produção capitalista.

Posteriormente, virá a desconstrução dos mecanismos de persuasão presentes na retórica metodológica aplicada por Marx. O objetivo será analisar o emprego da figura da metáfora pelo pensador marxista, amplificando os efeitos persuasivos do discurso, e dos argumentos de autoridade, buscando legitimar as suas teses perante o auditório.

Por fim, o fulcro deste trabalho é auxiliar na compreensão de como Karl Marx utiliza a retórica, bem como de quais estratégias de persuasão ele vai adotar para fazer prevalecer as suas teses a partir das exigências da afirmação das ideias proletárias na Internacional Socialista.

2. A RETÓRICA COMO METALINGUAGEM PARA A AÇÃO DO HOMEM NA REALIDADE EM QUE VIVE E OS NÍVEIS RETÓRICOS

Em Aristóteles, a retórica é considerada como um serviço ao possibilitar definir o útil e o nocivo, o injusto e o justo, o nobre e o desprezível, etc. Ela é um instrumento de intervenção humana na sociedade e tem por ambiente o da deliberação verossímil. A retórica é capaz tanto de provar uma tese como seu contrário; possibilita a argumentação, inclusive, de uma posição fragilizada. Ela é uma técnica de discurso, ensinada metodicamente, voltada para a

persuasão e tem a propriedade de identificar o ilusório e distinguir o que é persuasivo e o que não é persuasivo⁴.

Entende que a retórica se comporta como uma metodologia da persuasão, visto que analisa e determina os procedimentos de convencimento pelo discurso⁵. Estes são deduzidos de argumentos silogísticos, que possibilitam, a partir de um fato, o levantamento de hipóteses e a apresentação de soluções correspondentes.

Por silogismo se entende aquele argumento que se expressa em três proposições fundamentais, sendo uma maior, uma menor e a outra como conclusiva, esta última deduzida das anteriores. Por exemplo, se todo trabalho infantil é crime, e todos os comerciantes da vila beta utilizaram trabalho infantil, então todos os comerciantes dessa vila cometeram crime. Nesse exemplo, o termo médio é “trabalho infantil” e não figura na conclusão; já o termo maior é “crime” e o menor, “todos os comerciantes da vila beta”. Tanto o maior como o menor figuram nas premissas quanto na conclusão. O termo maior constitui a premissa maior e o termo menor, a premissa menor. O argumento não pode permitir que de premissas verdadeiras se tirem conclusões falsas. Entretanto, nas relações humanas, as exigências da persuasão, muitas vezes, são incompatíveis com o rigor da coerência lógica, o que força o desenvolvimento de variantes de silogismos dotadas de maior carga persuasiva. Aristóteles aceita isso e afirma que “a demonstração é um tipo de silogismo, mas (que) nem todo silogismo é uma demonstração”⁶. É justamente nesse contexto que ele desenvolve a ideia de entimema. Ao colocá-lo como um tipo de silogismo

4 ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, I, 1354a, p. 43.

5 REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. São Paulo: Loyola, 1994, v.2, 472.

6 ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Bauru: EDIPRO, 2005, I, 25b30, p. 116.

imperfeito, Aristóteles o define como “aquele que requer uma ou mais proposições, as quais, ainda que resultem necessariamente dos termos formulados, não estão compreendidas nas premissas”⁷. O entimema, de um ponto de vista formal, é o tipo de silogismo retórico em que a conclusão não decorre necessariamente de sua premissa. A principal característica do entimema é que a estrutura silogística (premissa maior, premissa menor e conclusão), por meio da qual uma das premissas ou a conclusão aparece implícita no argumento, omitida, sendo verossímil, é incompleta⁸. Por exemplo, “os comerciantes da vila beta utilizaram trabalho infantil, logo infligiram um dano à criança”. A premissa implícita é que quem utiliza trabalho infantil inflige um dano à criança. A premissa implícita deve ser um ponto em comum entre os participantes do discurso. O artigo defende que a metáfora é o lugar do discurso utilizado por Marx na sua crítica ao programa de Gotha. É esse ponto em comum, fruto de um acordo entre os sujeitos da comunicação, que permite, por exemplo, a omissão da premissa no discurso. Uma das tarefas do artigo, quanto à proteção e à reprodução das relações sociais, principalmente do direito, é mostrar que a retórica pode ajudar a detectar essa premissa, porquanto na premissa omitida há crença e ideologia.

De acordo com Adeodato, se o entimema trata daquilo que não decorre necessariamente das premissas invocadas, então a tarefa da análise retórica é justamente encontrar e construir entimemas⁹. A abordagem retórica se interessa primordialmente pela descoberta de argumentos e de provas com os quais se demonstra a questão

7 *Idem, ibidem*, I, 24a25, p. 113.

8 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-335, 337; SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, p. 261-262.

9 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

que se está debatendo. Ressalte-se que muitas normas empregadas na regulação do mundo do trabalho são utilizadas de forma oculta, implícita, indeterminada, e mascaram ideias previamente concebidas pelos operadores do direito.

Entretanto, a proposta de Adeodato para a retórica vai além de um mero procedimento persuasório. É mais abrangente, uma vez que ele concebe a verdade como uma ilusão altamente eficaz, sendo a linguagem o único acordo possível entre os homens. A retórica, entendida na acepção positiva proposta por João Maurício Adeodato¹⁰, com base no pensamento de Ballweg¹¹, Blumenberg¹² e Aristóteles¹³, parte da ideia de que o ser humano, por ser deficiente ou carente, é incapaz de perceber quaisquer verdades, mesmo com a linguagem, única realidade possível com a qual é capaz de lidar. Para conhecer as teses de Adeodato, o leitor deve consultar as obras mencionadas. O artigo irá apenas tentar expor sucintamente as ideias o professor.

Hanna Arendt afirma que o ser humano é frágil e que cede ao consumo e a riqueza¹⁴. Assim, não há uma verdade absoluta com que se preocupar e sim verdades relativas, “meras opiniões”. A retórica não pode ser tratada apenas como ornamento ou estratégia de persuasão, pois ela vai além dessas funções e serve também como instrumento de ação do homem na realidade em que vive. Esta

10 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16, 17, 18-19; ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 2-3, 5, 20, 42.

11 BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, p. 176-179.

12 BLUMENBERG, H. **Las realidades en que vivimos**. Barcelona: Paidós, 1999, p. 140.

13 ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, I, 1354b, 1355a, 1355b, p. 46-47; ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011, I, 1355a20, p. 42.

14 ARENDT, Hanna. **A dignidade da política**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, *in passim*.

concepção tenta aproximar o pensamento da ação, ideia que retoma a crítica de Hanna Arendt à separação entre o filósofo e a vida na *polis*¹⁵. Segundo a pensadora alemã, a ação e o discurso conferem à política uma dignidade, permitem ao homem tomar a iniciativa nos assuntos do seu interesse¹⁶. É com a palavra que o sujeito, ao intervir, revela a sua singularidade, a sua identidade e os seus objetivos¹⁷.

A concepção da retórica como ambiente da linguagem, como algo intrínseco ao homem enquanto ser racional, do ponto vista da sua existência e da sua realização na vida humana, vai ser teorizada no campo jurídico a partir da segunda metade do século XX. Aqui, a retórica vai ser marcada pelo avanço, no direito, do paradigma da linguagem, representado pela teoria da argumentação e pelo emprego da tópica para dar fundamento racional ao discurso jurídico. Essa “onda retórica” vai adquirir pretensões descritivas, indutivas e científicas, se irradiar pelo direito, pela filosofia, pela lógica, pela hermenêutica, pela linguística e pela ética. A expansão do direito para outros campos do conhecimento é um fenômeno da modernidade (ou da sua rediscussão). Hanna Arendt afirma que a discussão entre verdade e opinião, para o autor do artigo, eminentemente retórica, acaba por comprometer a dignidade da ação humana¹⁸.

Nesse contexto, Ottmar Ballweg concebe a retórica em três acepções principais: a retórica material, a retórica prática (ou estratégica) e a retórica analítica. Esses três níveis serão, respectivamente, correlacionados com a classificação formulada por Adeodato para a retórica: a retórica dos métodos, a retórica

15 *Idem, ibidem*, p. 93.

16 ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 191, 217.

17 *Idem, ibidem*, p. 22.

18 ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 29.

metodológica e a retórica metódica¹⁹. O primeiro nível passa pela compreensão da retórica no ambiente humano. O segundo nível corresponde à necessidade do uso da retórica para a defesa de objetivos escolhidos pelo orador. Já o terceiro nível passa pela compreensão dos mecanismos de desconstrução da retórica de segundo nível.

A retórica material é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam. Para Adeodato, ela constitui o próprio ambiente em que acontece a comunicação; integra a antropologia humana e envolve diretamente as relações do homem em comunicação. Significa a linguagem como a própria realidade que o homem experimenta e permite que este vivencie não só o direito, mas os outros subsistemas sociais de forma concreta. Inclusive, a percepção humana da própria existência também é retórica²⁰.

Ao considerar que a argumentação entimemática, baseada na verossimilhança, associa a retórica com expectativas, pode-se dizer que a retórica material parte do controle público da linguagem e conduz a consensos temporários e condicionais a partir da percepção individual do homem, mas em sua interação com o outro no contexto em que está inserido²¹. No presente artigo, corresponde à conjuntura em que ocorre a formulação do *Programa de Gotha*; apontam-se os elementos geográficos, históricos, demográficos, sociológicos, políticos, econômicos, etc., que envolvem a formação das teses que

19 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20, 32, 40, 43, 45.

20 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32, 34, 35, 36; BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, p. 176-177.

21 BLUMENBERG, H. **Las realidades en que vivimos**. Barcelona: Paidós, 1999, 136; ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

influenciam na construção do mundo do trabalho, mas sobretudo que transformam um fato histórico em relato vencedor. Para Hanna Arendt, a história está assentada em fatos e em eventos. Os fatos existem na ação, mas a sua narração é resultado de uma fabricação²². Embora Arendt não seja uma retórica, entende-se que a retórica material fornece uma versão dos fatos, relato vencedor, ao apresentar os eventos como ação comunicativa humana. A pensadora alemã aponta que as mudanças só podem ocorrer através dos fatos e dos eventos, pois eles têm lugar no mundo prático e na convivência entre os homens²³.

A retórica estratégica envolve aquele conjunto de regras construídas a partir da observação da retórica material, tem por objetivo produzir alterações ou influir na realidade e possibilitar que o operador do direito atinja seus objetivos. Ela verifica fórmulas para a persuasão e, segundo Adeodato, também outras estratégias que assegurem o objetivo do Poder Público. Essas fórmulas são compostas principalmente pela tópica, pela teoria da argumentação, pela teoria das figuras e pela linguística²⁴. Por exemplo, a retórica estratégica corresponde às teses e às opiniões ideológicas, acerca das alegações e das provas sobre a mais valia, que o orador vai adotar para embasar a sua decisão e persuadir os participantes e a sociedade a obedecerem ou rejeitarem normas jurídicas que tenham por objeto o trabalho assalariado. Cabe ao pesquisador identificar e descrever essas teses e revelar as ideias na argumentação.

22 ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 321.

23 ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, *in passim*.

24 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38; BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, p. 179.

Já no que diz respeito à retórica analítica, estuda a relação entre como se processa a linguagem humana e como o homem acumula experiências e desenvolve estratégias de modo eficiente. Não impõe ao juiz a obrigatoriedade de estabelecer normas, de decidir, de fundamentar e de interpretar. Na verdade, está submetida a outras exigências, sendo algumas formais, como a obediência a enunciados aparentes; outras de ordem zetética, como a possibilidade de confirmação empírica desses enunciados; e também a complementação com outros princípios lógicos e com a indução dos seus resultados. Tem caráter formal, descritivo, zetético e dá igual atenção aos seguintes elementos no sistema linguístico: signo, objeto e sujeito²⁵. Ela aparece como metódica ao analisar a relação entre a retórica material e as retóricas estratégicas e exercer o controle sobre estas. Acaba por servir como uma metateoria que se ocupa tanto da aplicação das estratégias de persuasão sobre a conjuntura comunicativa humana como do próprio conhecimento obtido pelo homem. A retórica analítica tenta identificar as insuficiências e as contradições nas estratégias de convencimento que o sujeito utiliza para formular suas opiniões. O artigo objetiva, ao situar o contexto em que Karl Marx estava inserido (retórica dos métodos) e descrever as ideias utilizadas para justificar e combater as teses postas no *Programa de Gotha* acerca do trabalho (retórica metodológica), desconstruir criticamente essas teses, apontando suas contradições, vícios, erros, êxitos ou pontos positivos, para ampliar o seu alcance material pela utilização do *topos* da dignidade humana (retórica metódica).

Percebe-se que a retórica material corresponde ao ambiente que todo ser humano vivencia ao sair de casa, fazer compras,

25 ADEODATO, João Maurício.. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Sarai-va, 2009, p. 39

cumprimentar, praticar a boa vizinhança, etc., ampliado para incorporar os direitos, bem como as obrigações, reconhecidas e impostas pelo Estado, que atuam sobre esse ambiente. Agora, quando não houver correspondência entre o texto da lei e a realidade na qual se constitui retoricamente, poderá haver antagonismo entre a eficácia da norma e a sua efetividade. Poderá ocorrer uma crise de concretização/realização do direito. Do ponto de vista jurídico, o ambiente da retórica estratégica são as ideologias presentes no ordenamento e na sua aplicação pelos operadores do direito. Ela abrange um conjunto específico de ideias que envolve a maneira de o homem pensar, interpretar e agir no mundo e tem por base a intervenção do sujeito no contexto em que está inserido para alterar o ambiente e alcançar determinados objetivos. Nesses casos, muitas vezes, a decisão não passa por parâmetros técnico-científicos, mas envolve juízos de valor, argumentos com forte carga abstrata, como soberania nacional, desenvolvimento sustentável, dignidade da pessoa humana, empregados para justificar, por exemplo, julgamentos de litígios sobre relações de trabalho.

A intersecção entre a retórica material e a retórica estratégica se processa mediante contradições originadas na forma de o homem produzir as coisas e distribuir a riqueza. A tarefa da retórica analítica deve ser sempre, também, a de auxiliar o isolamento das contradições principais e secundárias que ocorrem nesse processo e que se refletem no direito. Ela permite a crítica, mediante o exame das contradições, das estratégias utilizadas pelo operador direito, na defesa das suas ideias sobre o mundo do trabalho, para influir no contexto em que se operam as relações trabalhistas.

Isso significa analisar o trabalho mediante a separação dos aspectos contrários e positivos da formação das ideias jurídicas sobre a sua relação com o capital, criticando-os e buscando a melhor persuasão possível, dentre os melhores argumentos, acerca

da existência de possíveis soluções, despercebidas pelo esquema decisional, à base dos condicionantes históricos e materiais em que o Brasil está inserido. Entende-se que a retórica se comporta como uma metódica, analisa e determina os procedimentos utilizados no convencimento, bem como as estruturas de persuasão pelo discurso.

A retórica jurídica metódica permite a compreensão das causas e dos fatores que dificultam, obstaculizam ou facilitam a efetividade dos direitos trabalhistas garantidos pela Constituição Federal e pelas demais legislações acerca do trabalho.

3. A EUROPA DO ÚLTIMO QUARTO DO SÉCULO XIX E A PROLIFERAÇÃO DAS CORRENTES OPORTUNISTAS NO MOVIMENTO OPERÁRIO ALEMÃO

Neste tópico, toma-se como retórica material o ambiente em que Karl Marx estava inserido, o que inclui todas as interações entre os homens que ocorrem no contexto social, econômico, político e histórico em que a jurisdição se insere e constituem a retórica dos métodos. Do ponto de vista da teoria de Karl Marx, esse ambiente retórico é marcado pelos condicionantes históricos e materiais em que dado modo de produção, no presente caso, o capitalismo, está inserido no contexto da luta de classes.

Seguindo a lógica do capitalismo industrial, para o movimento comunista, a revolução socialista se daria nos grandes centros industrializados e seria quase que automaticamente transposta para os territórios colonizados. O campesinato tinha um papel secundário no processo insurrecional, sendo visto como força de reserva da burguesia, e a classe operária era a única classe capaz de fazer a revolução socialista, adquirindo esta um caráter permanente dada a estrutura do capitalismo industrial. Nessa ótica, a I Internacional Socialista considerava a Alemanha o epicentro da revolução socialista mundial; daí porque Marx e Engels davam tanta importância às lutas operárias na Alemanha e se importavam com a coerência e com a

pureza ideológica dos princípios do socialismo científico no Partido Operário Social-Democrata Alemão.

Marx, desde o tempo da Liga dos Comunistas, defendia a necessidade da constituição de um partido operário de caráter internacional, se empenhando na tarefa de transformação do proletariado em classe social e no fim da dominação burguesa via conquista do poder político pelo proletariado²⁶.

Entretanto, sem dúvida nenhuma, será a França o laboratório inicial dessa epopeia de Marx e Engels. A Revolução Francesa de 1848, integrante das revoluções burguesas europeias ocorridas no mesmo ano, denominadas de “Primavera dos Povos”, foi o epicentro de um momento revolucionário europeu que viu o proletariado pela primeira vez se constituir em sujeito autônomo. A derrota desse movimento revolucionário porá fim à Liga dos Comunistas e jogará o movimento operário europeu num período de confusão de ideias, apatia e inércia²⁷.

Nessas circunstâncias, a sequência de guerras voltadas para o esforço de construção da unidade alemã foi o terreno no qual o movimento operário se voltou para se erguer novamente, depois da derrota de 1849. Assim, é na Alemanha que Marx e Engels vão buscar novamente constituir o proletariado enquanto classe internacional e direcionar seus esforços para a organização e a educação da classe que se forma no processo de luta antagônica contra o capital.

Isso implicava disseminar a ideologia socialista e neutralizar a ideologia burguesa no seio da classe operária, o que exigia combate contra outras vertentes culturais e teóricas do movimento operário, rotuladas de oportunistas. O “oportunismo”, na Alemanha, se

26 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Escriba, 1968, p. 31.

27 MARX, Karl. Manifesto de lançamento da Associação Internacional dos Trabalhadores. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1956, t. I, pp. 317, 319.

apresentava como um movimento de negação dos interesses da classe operária, caracterizado por uma assunção de bandeiras objetivas do movimento operário, juntamente com posições conciliatórias, com bandeiras subjetivas de nítido caráter burguês.

Além do mais, mesmo possuindo uma burguesia até certo ponto desenvolvida, o desenvolvimento capitalista da economia e da política nos territórios alemães ainda sofria amplo obstáculo devido aos resquícios feudais presentes. A explicação para isso reside na debilidade revolucionária da própria classe burguesa, que estava disposta a, quando necessário, somar forças com a nobreza e contra as massas populares. A burguesia emergente aceitava um “compromisso” com a nobreza, mesmo à custa da supremacia das estruturas feudais, abstinha-se de participar de ações radicais e objetivava a preservação de seus interesses. Isso explica, em parte, a razão da industrialização tardia na Alemanha²⁸. Essa situação favoreceu o movimento operário alemão, sobretudo durante a primeira metade do século XIX, mas também a proliferação de correntes oportunistas nesse movimento.

É nesse contexto que aparecem as ideias de Ferdinand Lassale, alemão, fundador da Associação Geral dos Trabalhadores Alemães, em 1863. Lassalle argumentava a favor do socialismo restrito ao terreno nacional. O que realmente interessava ao proletariado da Alemanha deveria coincidir com as leis internas do Estado alemão. Portanto, toda a sua organização deveria possuir como horizonte de luta apenas os marcos territoriais de seu país.

A unificação da Alemanha, para Ferdinand Lassale, configurava-se como um dos principais objetivos do movimento socialista alemão. A Prússia, por ser a região mais desenvolvida

28 ENDERLE, Rubens. **O jovem Marx e o manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito**. Disponível em: < <http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/critica20-A-enderle.pdf>>. Acesso em 04. abr. 2009.

economicamente, apresentava-se como protagonista nessa tarefa. O movimento nacional assumia tanta importância quanto o próprio socialismo. Para alcançar êxito em tal empreitada, Lassale defendia uma conciliação de classes, até mesmo com os setores mais conservadores e dominantes de seu país²⁹.

As concepções de Lassale denotavam um socialismo moral, carregado de misticismo. O homem, para ser inteiramente livre, tinha que aderir ao socialismo, instaurando assim a dignidade humana. Não se tratava de um socialismo científico, mas de um socialismo utópico.

A figura do Estado também era central nas ideias de Lassale. O Estado aparecia como um ente acima das classes sociais e determinava a qualidade e o preço dos produtos. Surge como uma entidade reguladora dos conflitos e das contradições, através da qual o cidadão participa da administração do Estado. O sistema impulsionador da emancipação dos indivíduos deveria conter-se em âmbitos nacionais³⁰.

Ferdinand Lassale, seguindo esse raciocínio e preocupado em subordinar o destino do movimento operário na Alemanha às aspirações de unificação deste país, sustenta que a implantação de uma Constituição democrática uniforme para toda a Alemanha era o modo prioritário de o Estado resolver e pacificar os problemas sociais da realidade nacional, revelando assim suas consequências para a vida prática dos homens³¹.

Destaque-se que a Constituição se funda, sobretudo, em relações de poder ou em fatores reais de poder. Como essas relações de poder possuem como matriz a existência e, ao mesmo tempo, o

29 MACKENZIE, N. *Breve história do socialismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 65.

30 JAURES, J. *Los origenes del socialismo aleman*. Barcelona: Cultura Popular, 1967, pp. 83, 87.

31 Cf. LASSALLE, F. *Que é Constituição?* Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

choque de diferentes classes sociais, a Constituição aparece como um meio fundamental para a harmonia de uma nação³².

O ponto decisivo da Constituição democrática na Alemanha correspondia ao fato de que ela provocava o poder centralizador, fundamental para a unificação dos seus Estados autônomos.

Lassalle defendia que o proletariado alemão deveria buscar o socialismo nos marcos das instituições democráticas postas pelo Estado unificado alemão.

Ressalte-se ainda que as teses descritas não estão em consonância com as ideias de Marx e Engels. Os fundadores do marxismo defendiam a necessidade da unificação da Alemanha, mas não concebiam isso como a chave para a construção do socialismo e muito menos consideravam que o sufrágio universal fosse o único meio para a tomada do poder político da burguesia pelo proletariado. A luta pelo socialismo deveria ser impulsionada em toda a Europa e não por uma força centrípeta a partir da Prússia. Contrariamente, Lassalle sustentava a unificação da Alemanha como requisito para o triunfo do socialismo alemão, tendo como força impulsionadora a Prússia³³.

Na passagem das décadas de 1860-70, mesmo depois da morte de Lassalle em 1864, o lasselleísmo continuou influenciando a vida política da Alemanha. Suas concepções de Estado, de luta política e das dimensões espaciais do socialismo foram absorvidas pela maioria dos partidos e movimentos proletários na Alemanha. Nessa ótica, o movimento socialista alemão passou a concentrar duas forças opostas: de um lado, as correntes oportunistas, fortemente influenciadas pelo lasselleísmo, este representado,

³² *Ibidem, idem*, p. 20.

³³ MARX, Karl. Segundo manifesto do Conselho Geral da Associação Internacional dos Trabalhadores sobre a guerra franco-prussiana. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1956, t. II, p. 63.

depois de Lassalle, principalmente por Schweitzer; de outro, os marxistas, representados por Liebknecht e August Bebel, sendo estes importantes dirigentes do Partido Social-Democrata Alemão, surgido em 1875³⁴.

Assim, o oportunismo lassalleano continuava a restringir a luta operária ao campo das nacionalidades, deixando-a presa às perspectivas burguesas. Considerando que o Partido Social-Democrata Alemão passou a capitanear a II Internacional Socialista, esta também recepcionou as ideias lasselleanas, o que a postura da II Internacional de apoiar o esforço dos países beligerantes da Primeira Guerra Mundial, com a oposição de Lênin, evidenciou. Lênin acusará a II Internacional, capitaneada pelo partido fruto da fusão de Gotha, o Partido Social Democrata Alemão, de oportunista e nacionalista e de ser uma espécie de sustentáculo da burguesia no movimento operário. Lênin observa que, nas condições do imperialismo, surge uma aristocracia operária, composta por membros altamente remunerados que têm interesse na perpetuação do capitalismo e, portanto, adotam uma tendência de acomodação em relação aos interesses da burguesia³⁵. A tendência de enfraquecer e fragmentar as massas trabalhadoras, de natureza oportunista, por parte do Partido Social Democrata Alemão e da sua II Internacional, estaria assim mais bem explicada.

4. A RETÓRICA ESTRATÉGICA NAS TESES DE KARL MARX SOBRE O TRABALHO

Como já afirmamos na introdução deste artigo, Marx atacará a essência do Programa que tratava da fusão do Partido Operário Social-Democrata Alemão com a Associação Geral dos Operários

34 MACKENZIE, N. **Breve história do socialismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 67.

35 Cf. LENIN, V. **Imperialismo fase superior do capitalismo**. São Paulo: Global, 1979.

Alemães (de linha lassaliana) durante o Congresso de Unificação realizado na cidade alemã de Gotha.

Em linhas gerais, Karl Marx se oporá à referida fusão, levantando o fato de que esta última seguia uma linha oportunista já combatida pelos social-democratas, pois o compromisso com uma carta de princípios representava uma contradição e uma porta de entrada de concepções burguesas num partido de aspiração proletária.

Em relação ao conteúdo do Programa de unificação, Marx se opõe à tese de que o trabalho seja a fonte de toda a riqueza e cultura³⁶. A fonte de toda a riqueza é constituída pelos recursos naturais e não pelo trabalho. Este é apenas fonte de valores de uso na medida em que é aplicado aos recursos naturais³⁷. Considera-se que o trabalho só é fonte de riqueza enquanto trabalho social³⁸. O que importa é saber as condições materiais na sociedade capitalista, pois produzem o surgimento e o acirramento das contradições sociais³⁹.

Marx se opõe à tese de que o trabalho útil só é possível dentro, e através, da sociedade⁴⁰. Sustenta que a tese do trabalho útil conduz a que o fruto do trabalho pertença à sociedade, e o trabalhador individual só perceberá a parte que não seja necessária para manter a “condição” do trabalho, que é a sociedade. O conteúdo de unificação do Programa de Gotha acaba, levando-se até as últimas consequências, a defesa da ordem burguesa⁴¹.

Marx se contrapõe à tese de que todos os membros da sociedade, inclusive da sociedade socialista, têm iguais direitos a

36 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 227.

37 *Idem, ibidem*, p. 227.

38 *Idem, ibidem*, p. 228.

39 *Idem, ibidem*, p. 229.

40 *Idem, ibidem*, p. 228.

41 *Idem, ibidem*, pp. 228-229.

receber o “fruto íntegro do trabalho”. Conseqüentemente, se põe contra a tese de que a dedução do “fruto íntegro do trabalho” possa ser calculada com base na ideia de equidade⁴². Isso se dá porque não existe igualdade na repartição do “fruto íntegro do trabalho”; o cálculo deste deverá partir dos meios e das forças existentes e do cálculo das probabilidades. Assim, da totalidade do produto social é necessário deduzir as despesas com: a) os meios de produção consumidos; b) a ampliação da produção; c) o fundo de reserva de acidentes; d) os dispêndios gerais de administração não concernentes à produção; e) as necessidades coletivas; 6) o fundo de benefício social. Só a partir disso é que se deve passar à distribuição individual da produção. Então, o “fruto íntegro do trabalho” é parcial, consequência do fato de que a distribuição dos meios de consumo é corolário da distribuição das próprias condições de produção. Numa sociedade marcada pela propriedade coletiva dos meios de produção, o trabalho invertido nos produtos não se apresenta como valor. Assim, o trabalho individual constitui parte diretamente do trabalho comum. Na sociedade socialista, o produtor obtém da sociedade aquilo que deu a ela. Ele constitui a sua cota individual de trabalho⁴³. Nesse aspecto, o salário, uma forma disfarçada do valor/preço da força⁴⁴, seria a continuação daquele trabalho que o operário desenvolve além do necessário à sua sobrevivência.

Marx é contrário à tese de que os meios de trabalho (instrumentos de trabalho) sejam monopólio apenas dos capitalistas industriais⁴⁵. Para o pensador marxista, os meios de trabalho não constituem monopólio dos capitalistas industriais, pois também

42 *Idem, ibidem*, pp. 228, 232.

43 *Idem, ibidem*, pp. 230-231.

44 Cf. MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

45 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 229.

pertencem aos capitalistas agrários. A propriedade do campo está incluída entre os meios de trabalho⁴⁶.

Ressalte-se que, por meios de trabalho, entendem-se: em sentido amplo, os prédios, a energia elétrica e as vias de comunicação; e, em sentido estrito, os instrumentos e as máquinas. Na teoria marxista, a formulação sobre os meios de trabalho é importante, pois, nas próprias palavras de Karl Marx, “o fato de ser a posse dos meios de trabalho o que possibilita ao empregador capitalista produzir mais-valia, ou, o que é o mesmo, apropriar-se de uma determinada quantidade de trabalho não remunerado, é precisamente o que permite ao proprietário dos meios de trabalho, que os empresta total ou parcialmente ao empregador capitalista, numa palavra, ao capitalista que empresta o dinheiro, reivindicar para si mesmo outra parte desta mais-valia, sob o nome de juro, de modo que ao capitalista empregador, como tal, só lhe sobra o chamado lucro industrial ou comercial”⁴⁷.

Além disso, Marx se opõe à tese de que as relações econômicas são instituídas por conceitos jurídicos⁴⁸, ao defender que isso não é possível, visto que, ao contrário, o direito se erige em superestrutura ideológica da infraestrutura social, e os conceitos jurídicos é que são criados, derivados, das relações econômicas⁴⁹.

Marx é contrário à tese de que existe igualdade jurídica na sociedade socialista, bem como de que o direito seja superior à infraestrutura social e à superestrutura ideológica do Estado⁵⁰. Defende a tese de que a igualdade jurídica é ficção, pois a divisão do

46 *Idem, ibidem*, p. 229.

47 MARX, Karl. Salário, preço e lucro. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.1, pp. 377-378.

48 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p.230.

49 *Idem, ibidem*, p. 230.

50 *Idem, ibidem*, p. 232.

trabalho e da produção gera contradições no processo de produção e nas classes sociais, o que origina, por sua vez, interesses antagônicos entre estas, opondo-as objetivamente. Na formulação de Karl Marx, o trabalho nunca é igual, não existe direito igual diante de trabalho desigual. O direito tem que ser desigual justamente para tentar evitar o aprofundamento das desigualdades, inclusive na primeira fase da sociedade socialista⁵¹. A igualdade plena só poderá ser alcançada na fase superior da sociedade socialista, o comunismo⁵². Por isso, o direito não pode ser nunca superior à estrutura econômica nem ao desenvolvimento cultural da sociedade por ela condicionado⁵³.

Insistindo na sua crítica à fusão com os lassalianos, Marx rechaça a tese de que todas as demais classes sociais sejam reacionárias em relação ao proletariado⁵⁴. Nem todas as classes são reacionárias em relação ao proletariado. Toda vez que houver o acirramento das contradições sociais, a pequena-burguesia, o campesinato e, até mesmo, setores menos abastados da burguesia tenderão à composição com o proletariado e assumirão caráter revolucionário⁵⁵. Saliente-se que Marx e Engels nunca conceberam uma aliança entre o campesinato e o operariado, uma vez que consideravam que a Revolução seria essencialmente operária e apenas eventualmente contaria com o campesinato. De qualquer modo, haverá um desenvolvimento posterior das teses de Marx e Engels pelos seus discípulos; observe-se, ademais, que nessas formulações está o germe teórico da aliança operário-camponesa, posteriormente defendida com mais objetividade por Lênin.

51 *Idem, ibidem*, p. 232.

52 *Idem, ibidem*, pp. 232-233.

53 *Idem, ibidem*, p. 232.

54 *Idem, ibidem*, p. 234.

55 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 230. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Escriba, 1968.

E ainda, Marx ainda se opõe à tese de que o movimento operário alemão deve ser concebido apenas de um ponto de vista nacional, negando-se o internacionalismo proletário⁵⁶. O fato é que, por sua forma, a luta de classes na Alemanha é nacional. Porém, em função da inserção da Alemanha no processo de acumulação de capital do capitalismo, a luta de classes é também internacional. Aqui, o internacionalismo proletário se impõe⁵⁷.

Outro problema levantado pelo Programa de Gotha é a afirmação de que o Estado é livre⁵⁸. Marx sustenta que o caráter do Estado é de classe. Não existe a ideia de Estado livre. Até mesmo na República Democrática o caráter do Estado não muda. Esse caráter de classe pode ser burguês, feudal, proletário, mas sempre será de classe, pois sempre uma dada classe social da sociedade é que exercerá o poder político estatal. Não é possível avançar para uma nova sociedade nos marcos das instituições democráticas da velha sociedade⁵⁹.

Os defensores da unificação em Gotha admitem a abolição do sistema de salário com a “Lei do Bronze”, de fundamentação malthusiana⁶⁰. O pensamento marxista defende a abolição do sistema de salário. Isso é fato e é uma das lições do próprio Marx:

A classe operária deve saber que o sistema atual, mesmo com todas as misérias que lhe impõe, engendra simultaneamente as condições materiais e as formas sociais necessárias para uma reconstrução econômica da sociedade. Em vez do lema conservador de: ‘Um salário justo por uma jornada de trabalho justa!’, deverá inscrever na sua bandeira esta divisa revolucionária: “Abolição do sistema de trabalho assalariado!”⁶¹.

56 *Idem, ibidem*, pp. 234-235.

57 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 235.

58 *Idem, ibidem*, p. 238.

59 *Idem, ibidem*, pp. 238-240.

60 *Idem, ibidem*, p. 236.

61 MARX, Karl. Salário, preço e lucro. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.1, pp. 377-378.

Marx valorizará a luta dos trabalhadores pelo aumento de salários, mostrará as limitações dessa luta, colocará a necessidade da luta política dos trabalhadores, de uma ação política geral. Sustenta que os sindicatos devem empregar suas forças organizadas como alavanca para a emancipação final da classe operária. Isso significa lutar pela abolição definitiva do sistema de trabalho assalariado⁶². O que Marx vai combater é a possibilidade de se abolir o sistema de salário com a “Lei de Bronze” lassaliana, pois a abolição do sistema de salário implica a abolição de toda e qualquer lei que o regule⁶³. Ademais, a lei lassaliana é de fundamentação malthusiana, o que conduz à tese de que a “Lei de Bronze” regula todo o sistema social e, portanto, não poderá ser abolida mesmo que se suprima o trabalho assalariado⁶⁴.

Outra questão polêmica levantada pelo Programa de Gotha é a possibilidade da organização do trabalho com a ajuda do Estado burguês, mediante cooperativas⁶⁵. O cooperativismo demonstrava que a existência dos patrões era desnecessária e que o trabalho assalariado poderia ser substituído pelo trabalho associado. Entretanto, o trabalho cooperativo, se mantido dentro do estreito círculo dos esforços casuais de operários isolados, não conseguirá deter o desenvolvimento do monopólio, de libertar as massas e retirá-las da miséria⁶⁶, mesmo porque, para ser efetivo, o trabalho cooperativo deveria ser desenvolvido em dimensões nacionais e,

62 *Idem, ibidem*, pp. 377-378.

63 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, p. 236.

64 *Idem, ibidem*, p. 236.

65 *Idem, ibidem*, p. 236.

66 MARX, Karl. Manifesto de lançamento da Associação Internacional dos Trabalhadores. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1956, t. I, p. 319.

consequentemente, incrementado por meios nacionais, o que exigiria a participação do Estado burguês.

Advoga a tese de que a organização socialista do trabalho é resultado de um processo revolucionário e de que ela não surge do auxílio do Estado burguês. O fato de os operários desejarem estabelecer as condições de produção coletiva em toda a sociedade significa, tão somente, a ruptura do modo de produção capitalista. Isso exclui a ideia de fundação de cooperativas com a ajuda do Estado burguês⁶⁷.

Por fim, Marx se opõe à tese de que a educação popular possa ser igual para todas as classes sociais e estar a cargo do Estado⁶⁸, sustentando a ideia de que a bandeira da educação popular a cargo do Estado, além de ser mera reivindicação reformista, considerando as contradições do processo de produção e a luta de classes, é um “remédio para todos os males” e, portanto, um engodo, inadmissível⁶⁹.

5. A DESCONSTRUÇÃO DOS MECANISMOS DE PERSUASÃO PRESENTES NAS TESES DE KARL MARX SOBRE O TRABALHO: A UTILIZAÇÃO DA METÁFORA PARA A ESTRUTURAÇÃO DA REALIDADE

Marx, no afã de combater as ideias que julgava oportunistas, contidas no Programa unificador de Gotha, e buscando, ao mesmo tempo, sistematizar as principais posições que julgava corretas acerca do movimento operário alemão, fará variado emprego da metáfora, ora para afirmar suas teses, ora para desqualificar as teses adversárias e os próprios adversários.

67 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, pp. 237-238.

68 *Idem, ibidem*, p. 237.

69 *Idem, ibidem*, p. 241.

Karl Marx argumentará metaforicamente oito vezes ao longo da sua obra em exame, seja para realçar seus argumentos, seja para contrapô-los às teorias de Lassale, Hasselmann, Liebknecht, Geib, Auer, Bebel julgadas antiproletárias e oportunistas postas no Programa de Gotha, que, como já dito, tinha por objetivo a fusão do Partido Operário Social-Democrata Alemão com a Associação Geral dos Operários Alemães via a elaboração de princípios comuns. Ora Marx utilizará metáforas explícitas, ora metáforas implícitas, ditas “adormecidas”.

Objetivando uma melhor compreensão da temática, vale discorrer, brevemente, aqui, sobre a significação da metáfora. Trata-se de uma analogia condensada que expressa certos elementos do que se quer provar ou do que serve para provar algo⁷⁰. Em outras palavras, na metáfora, transfere-se o significado de um termo comum para outro termo, este estranho, diferente⁷¹. Marx fornece um exemplo: “Como vemos, com estas frases ocas, podem-se dar as voltas e as interpretações que se queira”⁷². A expressão “frases ocas” tem o objetivo de induzir o auditório a acreditar que os argumentos levantados carecem de conteúdo mais aprofundado.

Segundo Aristóteles, a metáfora é composta por palavras agradáveis, com determinado significado, as quais permitem ao homem conhecer o seu sentido apropriado, proporcionando também conhecimento; por meio dela se deslocará o sentido de uma palavra comum para uma palavra estranha, de ornamentação, alterada em sua forma⁷³. Em Aristóteles, essa transferência de sentido se dá da

70 REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187.

71 PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 453.

72 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, p. 210.

73 ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 196-197; ARISTÓTELES. **La Poética**. Disponível em: <<http://www.esnips.com/>

espécie ao gênero, do gênero à espécie, da espécie à espécie e por analogia⁷⁴. É por isso que Perelman definirá a metáfora como uma analogia condensada, na qual ocorre uma união entre “o que se quer provar” e “o que serve para provar”⁷⁵. As formulações acima conduzem à conclusão de que a metáfora deriva da analogia, o que é admitido pelo próprio Aristóteles⁷⁶.

Vale ressaltar que a analogia constrói a realidade que permite encontrar e provar uma verdade por meio de uma semelhança de relações, ou seja, por meio de comparações⁷⁷. Então, a analogia ligará um termo anterior, já aceito, com um termo posterior, ainda não aceito, mas que se quer evidenciar. Para tanto, utilizam-se expressões do tipo “assim como”, “também”, “como”, antecedendo a descrição⁷⁸.

Marx, ao longo do texto, emprega várias analogias. Como exemplo, cita-se o seguinte trecho:

Consoante a primeira tese, o trabalho era a fonte de toda a riqueza e de toda a cultura, isto é, sem trabalho, não era possível igualmente a existência de uma sociedade. Agora, inteiramo-nos, opostamente, de que sem a sociedade não pode existir o trabalho “útil”. Do mesmo modo, teria sido possível dizer-se que o trabalho inútil e inclusive prejudicial à comunidade só pode converter-se em ramo industrial dentro da sociedade, que só dentro da sociedade pode-se viver do ócio, etc., etc.; numa palavra, copiar aqui Rousseau inteiramente⁷⁹.

doc/fea0709d-6d89-4581-964d-d234b5c38593/arist%C3%B3teles---po%C3%A9tica>. Acesso em: 20 jun. 2008.

74 BERISTAIN, Helena. **Diccionario de retórica y poética**. Ciudad de Mexico: Librería Porrúa, 1995, p. 311.

75 PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 453.

76 ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 199; ARISTÓTELES. **La Poética**. Disponível em: <<http://www.esnips.com/doc/fea0709d-6d89-4581-964d-d234b5c38593/arist%C3%B3teles---po%C3%A9tica>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

77 REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

78 SOUZA, Américo de. **A persuasão**. Disponível em: <http://www.labcom.pt/livroslabcom/pdfs/sousa_americo_persuasao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

79 MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, p. 210.

Na citação acima, o referido filósofo fará duas analogias. Uma, reduzindo a tese lassaliana do trabalho útil a uma tautologia; outra, reduzindo novamente a mesma tese lassaliana ao direito liberal-contratualista, tentando provar que essa tese é um retrocesso em relação às posições assumidas pelo Partido Operário Social-Democrata Alemão. O objetivo de Marx é anular tudo o que a relação exclui e defender que a tese lassaliana do trabalho útil conduz a que o fruto do trabalho pertencerá à sociedade, e o trabalhador individual só perceberá a parte que não seja necessária para manter a “condição” do trabalho, que é a sociedade. Para Marx, o objetivo do Programa de Gotha é defender a ordem burguesa⁸⁰.

Essas importantes considerações sobre a analogia são fundamentais para a compreensão da questão metafórica no texto de Marx em exame, pois, conforme já dito, a metáfora condensa a analogia, mistura “o que se quer provar” e “o que serve para provar”, torna perceptíveis termos muito diferentes que não se vinculam no dia a dia. A metáfora é mais persuasiva que a analogia, já que além de ser redutora, transforma comparação em identidade, anula as próprias diferenças entre os termos, dentro, é claro, do contexto do discurso. Seguindo esse raciocínio, a metáfora utilizará outras expressões antes de introduzir os termos, tais como “é” e “tem”, sempre com afirmações definitivas⁸¹. Assim, Marx argumenta com a seguinte passagem: “Como vemos, com estas frases ocas, podem-se dar as voltas e as interpretações que se queira”⁸².

Na citação acima, observa-se que o pensador marxista estabelece relações no texto, liga os termos heterogêneos “frases”, “ocas”, “voltas” e “interpretações” para potencializar os efeitos

80 *Idem, ibidem*, p. 210.

81 REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 188.

82 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, p. 210.

persuasivos do seu discurso. As “frases ocas” a que Karl Marx se refere são o primeiro ponto do Programa de Gotha, que diz: “O trabalho é a fonte de toda a riqueza e de toda a cultura, e, como o trabalho útil só é possível dentro da sociedade e através dela, todos os membros da sociedade têm igual direito a perceber o fruto íntegro do trabalho”. Na verdade, o objetivo de Marx, para o auditório, é atacar a segunda parte deste enunciado, sob o argumento de que isso é senso comum, pois toda a ordem social existente passa pela defesa de todos os atos administrativos do Estado, órgão para gerir a ordem social, à base das diferentes classes de propriedade privada, visto que estas são o sustentáculo da sociedade⁸³. Desacredita-se o enunciado perante o auditório. Mas não é apenas isso. Como já sustentado, Marx acusa a falsidade da ideia da isonomia na distribuição do fruto íntegro do trabalho. Saliente-se que, diante da iminente aprovação do Programa de Gotha, e, de fato, a proposta de unificação contida neste programa foi aprovada contra a vontade de Marx e Engels, nos termos combatidos, Karl Marx busca zombar dos argumentos que questiona com o intuito de manter o leitor atento aos argumentos de fundo que serão adiante levantados por ele. A argumentação metafórica utilizada por Marx busca reduzir todos os termos envolvidos, anteriormente citados, a um elemento comum, mascarando as diferenças entre eles. Esse elemento comum é a vagueza do primeiro enunciado do Programa de Gotha e sua conseqüente desnecessidade. Agora, como Marx aproxima termos diferentes, acaba por criar um movimento nas próprias metáforas, invocando, no final, outro termo, “ocas”, que aqui revela a falta de conteúdo e sentido no enunciado, possibilitando variadas interpretações. Veja-se que a fusão dos termos se deu, aqui, pelo adjetivo “ocas”, mas, como ressalta Perelman, podia ser por verbos,

83 *Idem, ibidem*, p. 210.

identificações, etc., pois o que importa é que a fusão operada pela metáfora se dê a partir da analogia, envolvendo esta relações associativas entre expressões⁸⁴. Vale ressaltar que essa estratégia de disposição do discurso já era recomendada na obra *Retórica a Herênio*⁸⁵, polemicamente atribuída a Cícero.

Voltando a Aristóteles, nos termos já postos, a metáfora é um instrumento de conhecimento, de natureza associativa, que nasce do raciocínio, mas que é empregado conforme as necessidades da retórica dos métodos e da retórica metodológica. Nesses termos, quando emprega a metáfora, Marx não pode seguir fielmente as regras da lógica, pois vai sempre produzir, com o manuseio das metáforas, uma mudança de significado ou mesmo um sentido dito “figurado” na argumentação empregada, opondo-se ao significado literal e oferecendo um sentido conotativo ao argumento.

Isso fica evidente na seguinte passagem de *Crítica ao Programa de Gotha*:

Na sociedade atual os meios de trabalho são monopólio dos latifundiários (o monopólio da propriedade do solo é, inclusive, a base do monopólio do capital) e dos capitalistas. Os estatutos da Internacional não mencionam na passagem correspondente nem uma nem outra classe de monopolistas. Falam dos monopolizadores dos meios de trabalho, isto é, das fontes da vida⁸⁶.

Observa-se que Marx procura amplificar as suas posições, defende que a expressão “fonte da vida” indica claramente que o solo está compreendido entre os meios de trabalho. O pensador alemão, ao reempregar a palavra fonte da vida, se vale, mais uma vez, da utilização da metáfora, objetivando unir dois elementos

84 PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 456-457.

85 RETÓRICA A HERÊNIO[CÍCERO]. São Paulo: Hedra, 2005, pp. 59-63.

86 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, p. 211.

diferentes (meios de trabalho e monopolizadores dos meios de trabalho), para destacar uma continência (a ideia de estar contido). “Fontes da vida”, nesse contexto, é empregada como ilação à ideia de que os meios de trabalho constituem a base da constituição da sociedade, tal qual o solo é a base da geração do alimento para o ser humano. Dessa forma, Karl Marx busca contrapor a tese do Programa de Gotha ao texto da Internacional Socialista, que não fala de classe capitalista e classe dos latifundiários e, sim, de classe dos monopolizadores dos meios de trabalho, o que incluía os latifundiários⁸⁷.

Ao que parece, Marx se aproveita do fato de que a maioria dos auditórios constroem sua opinião tendo por base imagens, muitas vezes nunca vistas, apenas imaginadas, para empregar metáforas, com o intuito de clarear as ideias e despertar emoções nos ouvintes⁸⁸. Entretanto, não é qualquer metáfora que Marx vai empregar. Ele utilizará metáforas que retratem imagens claras, proporcionais ao contexto do discurso, ligando de forma arrojada termos estranhos, de forma a ampliar o efeito persuasivo do seu discurso.

O fato de o Estado burguês ter se consolidado ao longo do tempo, ter desenvolvido uma superestrutura ideológica e de a ideologia do capital ter se enraizado na sociedade, além do desenvolvimento insuficiente do movimento operário alemão, criava condições subjetivas para a proliferação das mais diversas correntes oportunistas no movimento operário. Marx e Engels buscaram desconstruir as teses do Programa de Gotha, apontando os resultados obtidos e os erros que julgavam existir neste⁸⁹.

87 *Idem, ibidem*, p. 211.

88 SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999, p. 251, 253-255.

89 ENGELS, Friedrich. Prólogo. In: MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, p. 205.

Havia a preocupação, sobretudo por parte de Marx, com a luta contra as correntes liquidacionistas, representadas principalmente pelos partidários de Bakunin e pela Associação Geral dos Operários Alemães (de linha lassaliana). Seu objetivo foi defender a pureza ideológica dos princípios do socialismo científico, a universalização das ideias proletárias, a neutralização e a eliminação de qualquer ideologia burguesa no movimento operário⁹⁰. Aqui, o uso das metáforas, alterando e distorcendo significados, cumpria grande papel persuasivo, pois permitia conduzir melhor as massas operárias alemãs à consecução dos objetivos postos pelo Partido Operário Social-Democrata Alemão na luta do proletariado pela conquista, primeiramente, do poder político da burguesia e, posteriormente, na utilização desse poder para garantir os objetivos do Estado na transição socialista rumo ao comunismo.

6. CONCLUSÃO: A EMANCIPAÇÃO DO TRABALHO DO CAPITAL COMO CONDIÇÃO PARA A SUPERACÃO DO REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Esta última sessão, conclusória, será iniciada com uma pergunta: por que a tese tem como eixo a emancipação do trabalho do capital?

Para Marx, ao proletariado cabe o papel de força motriz do processo de tomada de poder da burguesia e de arregimentar as outras classes dominadas na luta pela libertação do trabalho do capital, visto que é a classe mais consequente, que produz efetivamente a riqueza na sociedade, sofrendo a expropriação do seu trabalho pelo capital.

Considera-se o pensamento dominante e essencial do Manifesto do Partido Comunista, mediante o qual a produção econômica e a estrutura social constituem em cada época a base da história

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 206.

política e intelectual desse período, e que toda a história, desde o fim do primitivismo, é a história da luta entre classes dominantes e dominadas, a luta de classes atingindo um patamar em que o proletariado não pode mais libertar o trabalho do capital sem libertar toda a sociedade da exploração⁹¹.

O proletariado, se aspira à condição de classe dominante, se quer libertar o trabalho do capital, deve metaforizar a conquista do poder político para apresentar seu interesse como interesse geral⁹². As metáforas são úteis justamente porque emprestam sentido apropriado ao destinatário da informação. Permitem esclarecer ideias.

Ao tomar o poder, o proletariado deve transformar os meios de produção em propriedade do Estado e moldá-lo de acordo com os seus interesses. Para tanto, não é suficiente arrancar violentamente o poder e utilizar sua supremacia política para expropriar todo o capital à burguesia e centralizar os instrumentos de produção nas mãos do Estado para aumentar o total das forças produtivas⁹³. Fundamental é assegurar a hegemonia mediante instrumentos persuasórios. A metáfora, por ser agradável e transferir sentidos de uma palavra para a outra, da espécie ao gênero, do gênero à espécie, da espécie à espécie, presta-se para “o que se quer provar” e para “o que serve para provar”.

A partir daí, a extinção do Estado e a passagem ao comunismo seriam feitas progressivamente, elevando-se retoricamente a propriedade à condição de propriedade social de forma que, ao tornar-se representante de toda a sociedade, o Estado se torne

91 ENGELS, Friedrich. Prefácio à edição alemã de 1883. *In*: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 7. ed. São Paulo: Global, 1988, p. 67.

92 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 6. ed. São Paulo: HUCLTEC, 1987, pp. 48-49.

93 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 7. ed. São Paulo: Global, 1988, p. 95.

supérfluo. A tomada de posse dos meios de produção, em nome da sociedade, marca o Estado como representante, autointitulado, da sociedade toda: é seu último ato como Estado. A intervenção de um poder em relações sociais vai-se tornando supérflua de uma fase à outra, acaba por anular-se em si mesma, à medida que se vão transferindo as funções dos órgãos do poder do Estado diretamente à sociedade. Em lugar do governo sobre pessoas, aparecem a administração de coisas e a direção do processo da produção⁹⁴. O Estado desaparecerá quando a sociedade não precisar mais de regras jurídicas e o trabalho tiver se tornado tão produtivo que o homem passe a trabalhar voluntariamente segundo a sua capacidade.

Para isso, o Estado deve simplificar também, progressivamente, as suas funções, transformando-as em funções de fiscalização e registro simplificadas, ao alcance de toda a população, viabilizando sua extinção, de forma que aquela possa administrar diretamente a produção social e controlar e registrar os indivíduos que ainda se apegam às velhas tradições.

O uso do Estado como aparelho de opressão de classe é necessário transitariamente em função dos resquícios subjetivos e objetivos herdados do capitalismo, seja para conter a progressão da burguesia rumo ao poder político, para eliminar a ideologia burguesa remanescente, para viabilizar a construção da nova sociedade ou para libertar o trabalho do capital, reproduzindo as relações sociais e auxiliando na transição rumo ao comunismo.

Por fim, a alienação do trabalho humano é determinada pelo regime jurídico da propriedade privada, no qual o homem fica à mercê de quem compra o seu trabalho. O homem só tem autoconsciência quando passa a ser dono do seu trabalho e se emancipa. Parafraseando Marx, pode-se dizer que é só na

94 ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. 10. ed. São Paulo: Global, 1989, pp. 72-73.

transformação do mundo objetivo que o homem começa a se manifestar como ser emancipado, passando de homem individual a ser genérico⁹⁵.

Submissão: 09 mai 2016

Processo de Avaliação: : Open Review com Aprovação do Conselho Editorial

Aprovação: 30 nov 2016

Editor de Área: Maria Creusa de A. Borges

Editor Geral: José Ernesto Pimentel Filho

Revisão dos Abstracts: Jonathan David Reiner.

Diagramação: Emmanuel Luna

7. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ARENDT, Hanna. **A dignidade da política**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

95 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 6. ed. São Paulo: HUCITEC, 1987, pp. 46-52, 78, 84, 104-105.

ARISTÓTELES. **La Poética**. Disponível em: <[http://www.esnips.com/doc/fea0709d-6d89-4581-964d-d234b5c38593/arist%C3%B3teles---po%C3%A9tica](http://www.esnips.com/doc/fea0709d-6d89-4581-964d-d234b5c38593/ arist%C3%B3teles---po%C3%A9tica)>. Acesso em: 20 jun. 2008.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Bauru: EDIPRO, 2005.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, pp. 175-184.

BERISTAIN, Helena. **Diccionario de retórica y poética**. Ciudad de Mexico: Librería Porrúa, 1995.

BLUMENBERG, H. **Las realidades en que vivimos**. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 115-142.

ENDERLE, Rubens. **O jovem Marx e o manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito**. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/critica20-A-enderle.pdf>>. Acesso em 04. abr. 2009.

ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. 10. ed. São Paulo: Global, 1989.

ENGELS, Friedrich. Introdução à dialética da natureza. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1987], v. 2, pp. 249-266.

ENGELS, Friedrich. Prefácio à edição alemã de 1883. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 7. ed. São Paulo: Global, 1988, pp. 67-68.

ENGELS, Friedrich. Prólogo. In: MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, pp. 205-206.

JAURES, J. **Los origenes del socialismo aleman**. Barcelona: Cultura Popular, 1967.

LASSALLE, F. **Que é Constituição?** Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

LEACH, Joan. Análise retórica. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, som e imagem**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 293-318.

LENIN, V. **Imperialismo fase superior do capitalismo**. São Paulo: Global, 1979.

MACKENZIE, N. **Breve história do socialismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **A retórica metódica jurídica nas cinco teses de Karl Marx sobre o trabalho**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3756.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **Sistema recursal na República Socialista Federativa Soviética da Rússia**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.2, pp. 203-234.

MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. São Paulo: Edições Sociais, 1977, v.1, pp. 223-252.

MARX, Karl. Manifesto de lançamento da Associação Internacional dos Trabalhadores. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1956, t. I, pp. 317-322.

MARX, Karl. Salário, preço e lucro. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?], v.1, pp. 333-378.

MARX, Karl. Segundo manifesto do Conselho Geral da Associação Internacional dos Trabalhadores sobre a guerra franco-prussiana. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1956, t. II, pp. 58-67.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 6. ed. São Paulo: HUCITEC, 1987.

MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Escriba, 1968.

MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. 7. ed. São Paulo: Global, 1988.

PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. São Paulo: Loyolo, 1994, v.2.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. São Paulo: Loyolo, 1994, v.3.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RETÓRICA A HERÊNIO[CÍCERO]. São Paulo: Hedra, 2005.

SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273.

SOUZA, Américo de. **A persuasão**. Disponível em: <http://www.labcom.pt/livroslabcom/pdfs/sousa_americo_persuasao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

Metaphor and Labor in the Text of Karl Marx’s *Critique of the Gotha Program*

Fernando Joaquim Ferreira Maia

Abstract: Here, we analyze selected texts of the thinker Karl Marx, reflecting on labor and its relationship with both rhetoric and law in his work. We focus on the book *Critique of the Gotha Program*. The core of this article concerns understanding how Karl Marx develops speech persuasion strategies to reinforce his theses.

Keywords: Rhetoric; Economic Thought; Dialectics.

Control de la Prestación Laboral del Teletrabajador

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT

Profesora Titular de Universidad y Catedrática, del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Valencia, España.

Maria.B.Cardona@uv.es

Resumen: El teletrabajo se caracteriza por la realización de la actividad laboral pactada a distancia del centro de trabajo y por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación. Son los propios instrumentos de trabajo, los dispositivos utilizados para cumplir la prestación laboral amén de los programas instalados en ellos, los que proporcionan la mayor parte de la información sobre ejecución de la prestación laboral y sobre la persona del propio trabajador. Conocer los límites del ejercicio por parte del empleador de la capacidad de control de la prestación laboral es fundamental para garantizar la tutela de los derechos fundamentales del teletrabajador y, particularmente, de su privacidad.

Palabras clave: Teletrabajo; intimidad; control; poder del empleador; secreto de las comunicaciones; redes sociales; navegación por internet; correo electrónico; videocámaras y protección de datos.



Control de la Prestación Laboral del Teletrabajador

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT¹

1. INTRODUCCIÓN

La difusión masiva de las tecnologías de la información no ha introducido conflictos distintos a los que ya se planteaban en cuanto a la utilización de medios de la empresa para fines privados y el derecho del empresario de controlar tal utilización, pero ciertamente la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) multiplica las facultades de control empresarial y, por lo tanto, su capacidad para fiscalizar la ejecución de la prestación laboral. El teletrabajo se caracteriza además de por la realización de la actividad laboral pactada a distancia del centro de trabajo, por la utilización de estas tecnologías, de manera que es el propio instrumento de trabajo, los dispositivos utilizados para cumplir la prestación laboral amén de los programas instalados en ellos, los que proporcionan la mayor parte de la información sobre ejecución de la prestación laboral y sobre la persona del propio trabajador.

2. TELETRABAJO Y EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN

El teletrabajo conlleva, por tanto, la utilización de las TIC lo que en sí mismo no modifica el esquema funcional del contrato de trabajo ni la lógica del equilibrio entre poderes del empresario y la esfera de derechos del trabajador. Es decir, que los cambios que, sin duda, comporta para las empresas que emplean teletrabajadores a efectos técnicos y organizativos, no afectan la naturaleza del poder de dirección del empleador. El hecho de que las órdenes del empleador

1 Dirigente del proyecto de investigación “Los instrumentos de protección social pública en la gestión del cambio laboral (DER2014-52549-C4-4-R)”.

puedan hacerse llegar a través de medios relacionados con el empleo de las TIC o que de los mismos instrumentos de trabajo permitan realizar un control global del trabajador y de su prestación, solo supone un cambio en cuanto a la manera de desarrollar el poder de dirección y ejercer la facultad de control que eso sí ve potenciada al máximo su capacidad incisiva.

El contrato de trabajo, título jurídico que atribuye al empresario la facultad directiva sirve, a su vez, para someterlo en su ejercicio a los límites y constricciones de la dinámica del ordenamiento laboral. Permite incorporar, en el momento mismo de la celebración del contrato, los límites que regirán su funcionamiento.

Podemos distinguir dos dimensiones del poder directivo: la primera, una dimensión individual del poder, condicionado y controlado desde el interior de la relación; la segunda, una dimensión colectiva del contrapoder, como control-condicionamiento, externo al contrato y que se corresponde con el importante papel delimitador que, en este sentido, juega la negociación colectiva.

El primer mecanismo que regula el ejercicio del poder directivo se halla en la misma estructura contractual y no es otro sino la buena fe contractual, predicable tanto del empresario como del trabajador. La buena fe contractual aparece recogida, con carácter general, en los artículos 1258 y 7 del Código Civil. Y en el ámbito laboral se concretan en dos preceptos: el art. 5.1.a. y el art. 20.2. del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.). El legislador en el art. 5.1.a. ET establece como deber básico de los trabajadores, el cumplimiento de sus obligaciones “de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia”. Mientras que, en el art. 20.2 de ET predica el sometimiento tanto del trabajador como del empresario “a las exigencias de la buena fe”.

El principio de buena fe conforma, de esta manera, el marco en él que han de desenvolverse los derechos de las partes en el contrato de trabajo. Ahora bien, aunque la buena fe contractual sea

un deber inherente al contrato y dirigido a las dos contrapartes, mecánicamente se tiende a identificarla con una obligación exclusiva del trabajador. A ello, han contribuido, quizás, algunos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia laboral en los que con relativa frecuencia se olvida exigir la buena fe a ambas partes, haciendo pender la transgresión de la buena fe contractual de una apreciación subjetiva del empresario de haber perdido la confianza en el trabajador.

No se puede abogar por un repetido sacrificio de los intereses correspondientes a una parte para obtener la satisfacción de los de la otra; además no puede dejar de ser tenido en cuenta, que en la verdadera esencia de la buena fe se encuentra su capacidad para equilibrar los derechos e intereses de las partes en el contrato de trabajo. Entendida así, sería el cauce perfecto para canalizar el control de los poderes discrecionales del empresario en la dirección y organización de la empresa, se constituiría en la unidad de medida del ejercicio del poder.

Es en un segundo momento cuando el Tribunal Constitucional adopta otro prisma, según el cual no bastaría con verificar que el ejercicio del poder de dirección esté en línea con la legalidad, sino que habría de valorarse si el interés que preside tal poder, expresión sin duda de la libertad de iniciativa económica, es conforme a la aspiración solidaria expresada en los principios constitucionales. Sería útil, para ello, prever como límite interno, proveniente de las cláusulas de buena fe, la prohibición de causar daño a la libertad y dignidad humana.

Se convierte, así, al empresario en depositario, no sólo de un hipotético y genérico compromiso de neutralidad, una mera obligación de no hacer y no dañar los intereses y derechos del trabajador, sino del compromiso de “facilitar” el ejercicio de aquellos derechos en la medida en que sea posible, sin alterar el funcionamiento de la empresa.

En este nuevo contexto, los derechos fundamentales adquieren una posición prevalente y la limitación de los mismos sólo podrá tener lugar y estar justificada, cuando resulte estrictamente necesaria e imprescindible para satisfacer el interés empresarial y, siempre que, no exista otro mecanismo para satisfacerlo. Es decir, hay que aplicar los criterios de la necesidad e indispensabilidad de la restricción (Sentencias del Tribunal Constitucional – SSTC – 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero; 204/1997, de 25 de noviembre; 90/1999, de 26 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio). Por otra parte, dicha restricción al derecho fundamental ha de ser proporcionada (SSTC 6/1995, de 10 de enero; 55/1998, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero), es decir, que la medida restrictiva debe ser susceptible de conseguir el objetivo (juicio de idoneidad) y que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre los bienes en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

3. PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR

3.1 El control de la privacidad en el teletrabajo

La proyección de las tecnologías de la información y comunicación sobre las relaciones laborales individuales, con independencia de la concreta manifestación de la que se trate plantea un mismo orden de cuestiones, que pueden sintetizarse en dos: los límites al uso extralaboral de los medios informáticos, propiedad de la empresa, por los trabajadores y la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso.

El teletrabajo en cualquiera de sus modalidades pero particularmente en la modalidad online permite al empleador ejercer sus facultades de control desplegando toda su capacidad incisiva, pudiendo poner en riesgo la esfera de derechos de los trabajadores si

aquellas no son llevadas a cabo con respeto escrupuloso a los límites que garanticen su legitimidad.

A nivel legal, las previsiones específicamente laborales son pocas y hay que acudir a normas genéricas aunque de aplicación en el ámbito del contrato de trabajo, como ocurre en el caso de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal - LOPD (Ley Orgánica de 15/1999, de 12 de diciembre, de protección de datos de carácter personal) o la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Específicamente referida al ámbito del teletrabajo a nivel internacional, como es obvio, hay que entender aplicables las previsiones incluidas en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002).

El art. 20.3 ET, por su parte, reconoce y delimita las facultades de control y vigilancia del empleador, cuando establece que éste podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

La ratio de todos estos artículos no es la de impedir el control empresarial, sino la de defender la esfera de derechos del trabajador de aquellos ataques intrusivos y desproporcionados en su esfera privada. En concreto, el artículo 20.3 ET delimita las facultades del empresario y lo hace sometiéndolo a dos límites insoslayables.

El primero de ellos se encuentra en la misma finalidad del control ya que éste no puede sino tender a la estricta verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

El segundo de los límites es la dignidad del trabajador, puesto que la dignidad de la persona, consagrada constitucionalmente en el art. 10.1, se halla presente en todos los derechos fundamentales

y, por supuesto, en el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones (arts. 18 de la Constitución Española - CE - y 4.2 ET).

Es doctrina constitucional reiterada que la celebración de un contrato de trabajo no priva a los trabajadores de los derechos que la CE les reconoce como ciudadanos. Sin embargo, la existencia de una relación laboral modula el ejercicio de tales derechos en la medida imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva en la empresa de conformidad con los derechos de propiedad (art. 33, C.E.) y de libertad de empresa (art. 38, C.E.) igualmente consagrados en el texto constitucional. Por dicha razón, se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de los derechos fundamentales que “en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valorar en el marco de la relación laboral” (SSTC 120/1983,6/1988, 129/1989, 99/1994, 4/1996, 126/2003, entre otras). Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, no cabe invocar la conservación incondicional de sus derechos. Las especiales características del contrato de trabajo convierten en legítima una cierta reducción de la zona protegida por la norma puesto que la misma idea del ingreso en la organización empresarial comporta una cierta compresión de los derechos de los que el individuo es titular, sin que ello pueda justificar medidas incompatibles con la dignidad de la persona del trabajador. La norma impide todo control o fiscalización de la vida privada del trabajador desvinculada de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y toda vigilancia que elimine el espacio de libertad de la persona que está en la propia esencia de los derechos fundamentales comprometidos.

Como siempre que se plantea un conflicto o tensión en sede laboral, se trata de procurar alcanzar el difícil equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos del trabajador.

Con las tecnologías de la comunicación y la información resulta inevitable una cierta apertura de la intimidad del trabajador en la empresa. El trabajador debe necesariamente perder un poco de su intimidad laboral, siempre que la facultad de control del empresario sea ejercida de modo racional, objetivo y no desproporcionado. Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador y cuando se instale un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización. Es decir que la superación del criterio de la proporcionalidad es el que confiere legitimidad a la instalación de un sistema de control.

3.2 Instalación de mecanismos de control y el papel de los representantes

El E.T. impone al empleador la obligación de informar a los representantes unitarios de los trabajadores su decisión de imponer mecanismos de control, del tipo que sean, con carácter previo a su implantación efectiva (art. 64.5.f). Ese deber de información no cabe entenderlo como un deber meramente formal, sino que debería transmitir a los representantes una información cuanto más completa mejor, entendiendo como imprescindibles, las razones que lo justifican, la finalidad que se pretende y el alcance del control, así como todo lo referido a lo relacionado con el tratamiento de los datos que se deriven de tal control, las garantías de confidencialidad que preservan la información obtenida.

El informe emitido por los representantes de los trabajadores no es jurídicamente vinculante, de manera que el empleador puede seguir adelante con su medida, en contra del eventual informe contrario pero en cualquier caso, el cumplimiento de este deber de información proporciona transparencia y compromete al empleador

en cuanto a la declaración de las razones, finalidades y consecuencias de la implantación de un nuevo sistema de control en la empresa.

Evidentemente el legislador impone el cumplimiento de esta obligación cuando se trate de la implantación de un sistema de control estable, no cuando se trate de la utilización de un mecanismo circunstancial de comprobación de un incumplimiento cuando no existe otro mecanismo de verificación del mismo, en circunstancias excepcionales, es decir, el caso de los controles ocultos (STC 186/2000, de 10 de julio).

Dadas las especiales características del teletrabajo y de la intensidad cualitativa y cuantitativamente superior que puede predicarse en cuanto a los sistemas de control que se implanten, parece todavía si cabe, más imprescindible el cumplimiento de esta garantía. Así parece entenderlo el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo al establecer que de acuerdo con las legislaciones europea y nacional, los convenios colectivos y la práctica habitual, los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo. En línea similar, la Unión Europea, a través del Grupo de Berlín²refiriéndose a los teletrabajadores, establece que tanto ellos como sus representantes deben ser informados del tipo de tecnología utilizada por el empresario en relación con la vigilancia y seguimiento de su actividad laboral, evitando recoger y, por supuesto, tratar datos excesivos en relación a la finalidad legítima.

3.3. El control de las comunicaciones y conflicto con el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones

Actualmente, en el ámbito de las empresas con carácter general y particularmente en el caso del teletrabajo, internet constituye

2 El Grupo de Berlín, foi constituido en el seno de la Conferencia Internacional sobre protección de datos, elabora el documento "Informe y Recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales", de agosto de 1996.

una herramienta indispensable y no parece razonable privar completamente al trabajador de su utilización, ya sea mediante el correo electrónico, la utilización de chats, la navegación por internet, acceso a redes sociales, etc.

3.3.1. Uso individual del Correo electrónico

Una de las manifestaciones de la implantación generalizada de las tecnologías de la información en la empresa es la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo por los trabajadores. La cuestión es que la utilización que de este instrumento de trabajo se realiza en la relación laboral es cada vez más privada o, dicho de otra manera, se incrementa la utilización del mismo con fines ajenos a los propios del contrato de trabajo.

Con independencia de cuál sea el daño concreto que se valore, el interés del empresario puede verse comprometido por el uso irregular y abusivo de instrumentos informáticos y en sí misma dicha conducta constituir una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de la confianza depositada en el trabajador, frente al cual se le reconoce al empresario capacidad de reacción, con medidas disciplinarias al uso (art. 54 E.T.) pero también la facultad de prevenir dichas conductas, mediante el ejercicio del poder de control de la actividad productiva.

La cuestión es que el legítimo interés del empresario de controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados y el uso que de los instrumentos de trabajo realizan, cuando el mismo no sea proporcional, justificado y con la adopción de las cautelas suficientes, puede conllevar lesiones a los derechos fundamentales previstos en el art. 18 C.E, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador, cuya declaración solemne

en sede laboral se encuentra en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores que establece el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

El art. 20.3 ET reconoce y delimita las facultades de control y vigilancia del empleador, cuando establece que éste podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

3.3.1.1. Derecho a la intimidad del trabajador

El problema que se plantea con el control empresarial del uso del correo electrónico u otro tipo de comunicaciones electrónicas, como chats, es que para realizarlo el empresario acudirá, en primer término, al sistema de control que permite de manera más eficaz conocer cuál ha sido el uso que el empleado ha realizado del correo o del chat: su monitorización, que comporta, ineludiblemente, la intromisión del empresario en el contenido de los mensajes o, como mínimo, la identificación del emisor del mensaje y del destinatario lo que supondría ya de por sí, como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC) en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, una violación del secreto de las comunicaciones, que cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también, la identidad subjetiva de los interlocutores.

Aportar las máximas garantías posibles, pasa por aplicar con rigor la doctrina del Tribunal Constitucional del criterio de proporcionalidad, exigiendo, la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (STC 98/2000), lo que permite evaluar la legitimidad de los controles

empresariales sobre el uso de las tecnologías de la información y la comunicación de los trabajadores.

Los equilibrios y limitaciones recíprocos que derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empresario a respetarlos (STC 292/1993). Se admiten no obstante modulaciones o limitaciones al ejercicio de tales derechos pero siempre deberán ser:

[...] las indispensable y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectante del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes.

Es decir, se trata de aplicar el principio de proporcionalidad (STC 98/2000). Por todo ello, parece imprescindible, partiendo de la tolerancia sobre un cierto uso extralaboral del correo electrónico, como ocurre con el teléfono³, siempre que no se convierta en abusivo, reconocer la facultad del empresario de controlar el uso del correo electrónico pero exigiendo que en su ejercicio utilice métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales como: la medición del volumen del tráfico, generado en relación a la tarea desarrollada; la utilización de sistemas de detección de determinadas palabras de diversa índole; la adjudicación de una doble cuenta de correo, una a uso estrictamente profesional, otra a uso personal. En definitiva, realizar un esfuerzo imaginativo que permita conciliar los intereses de ambas partes.

3 Partiendo de que resulta violado el secreto de las comunicaciones por la grabación de conversaciones telefónicas (STS 10 marzo 1990), por el contrario se ha admitido el control del teléfono puesto a disposición de los trabajadores para efectuar su actividad laboral (telemarketing), a condición de que su existencia sea conocida (STS 5 diciembre 2003, Tol 340555).

En este sentido el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, en el Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo (DOCUMENTO 5401/2002), establece una serie de pautas aconsejables para partiendo de una tolerancia matizada en cuanto a la admisión de ciertos usos privados del trabajador, intentar situar el conflicto en sus justos términos. Desde el grupo se apuesta por las políticas de transparencia informativa “salvo si existen razones imperiosas que justifiquen la continuación de la vigilancia encubierta, lo que normalmente no sucede”. Para que pueda garantizarse el equilibrio entre el derecho a la vida privada del trabajador y el del empresario de controlar el funcionamiento de su empresa.

3.3.1.2. Derecho al secreto de las comunicaciones en el seno de las relaciones laborales.

En la delimitación del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito del contrato de trabajo, deben considerarse entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos los derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial (STC 134/1994), pero teniendo en cuenta que la imposición de límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con “criterios restrictivos y en el sentido más favorable para la eficacia y conforme con la esencia de tales derechos” (SSTC 281/2005 y anteriormente: 159/1986, 254/1988, 195/2003).

En el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, cabe su reglamentación o modulación por parte del empresario pero sin que ello pueda comportar su aislamiento con respecto al exterior de la ejecución de la prestación laboral. La titularidad de los medios y herramientas informáticas que, como en este caso, sirven de soporte

a la comunicación tampoco puede ser un título habilitante absoluto para la disposición unilateral e ilimitada sobre el derecho.

La Constitución no recoge una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (SSTC 37/1987, 281/2005).

En este contexto constitucional y en la medida en que en el ámbito de la prestación laboral los diferentes medios utilizados por los trabajadores son de titularidad empresarial, los impedimentos a la utilización de los medios informáticos no pueden hacer servir aquella circunstancia como patente de corso para limitar el ejercicio de derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

El derecho fundamental del art. 18.3 CE consagra, implícitamente, la libertad de las comunicaciones y, expresamente, su secreto; estableciendo la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas (SSTC 114/1984, 142/2012), por lo que el derecho puede ser vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, etc. Además, dentro del concepto de secreto de las comunicaciones encuentra también cabida la identidad de los interlocutores (SSTC 114/1984, 123/2002, 56/2003, 230/2007).

Lo que supondría en sí mismo y desprovisto de otras consideraciones, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia 114/1984, una violación del secreto de las comunicaciones, que cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también, la identidad subjetiva de los interlocutores. El Alto Tribunal en las Sentencias 70/2002 y 123/2002, en la misma línea de la STC 114/1984, realiza una interpretación tecnológicamente actualizada del derecho al secreto de las comunicaciones, entendiendo que el mismo ofrece tutela frente a las interferencias en todo tipo de comunicación, independientemente de la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje (conversaciones, imágenes, informaciones, datos, votos, etc.). A lo que debe añadirse que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos (STC 70/2002).

Así en la STC 114/1984, en relación al concepto de secreto contenido en el art. 18.3 CE se dice que el mismo tiene un carácter formal en tanto se predica de lo comunicado, con independencia del contenido, pertenezca o no al ámbito de lo personal o reservado. La comunicación es secreta y lo es sea cual sea su contenido, ni siquiera el mecanismo de la autorización judicial varía esa naturaleza. Se trata de un derecho objetivo, sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación. La norma constitucional se dirige “a garantizar su impenetrabilidad por terceros públicos o privados dada la eficacia erga omnes del derecho mismo y, por tanto y también al empresario, al que el contrato de trabajo no le convierte en interlocutor de las comunicaciones que sus trabajadores lleven a cabo entre sí o con terceras personas (STC, 241/2012)”⁴.

4 Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal Ré a la STC 241/2012.

Todo ello comporta que en el contrato de trabajo, el trabajador dispone de un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (derecho a la libertad de comunicaciones), lo que no implica que a través de la negociación colectiva o códigos unilaterales de conductas se pueda modalizar su ejercicio a través de instrumentos tecnológicos existentes en la organización empresarial. Lo que no supone otorgar una patente de corso a quien define las reglas incluidas en los mismos, si no que sólo constituirán una manifestación del poder de dirección del empresario, admitida por el ordenamiento jurídico (art. 20 ET) siempre y cuando su contenido sea regular y ajustado a Derecho.

No se trata de negar la facultad del empresario de controlar el uso de los medios informáticos pero sí de exigir que en su ejercicio se utilicen métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales. En definitiva, de realizar un esfuerzo que permita conciliar los intereses de ambas partes. Y no el interés de una de ellas, la titular de los medios de producción sobre la otra parte, porque en definitiva estas son las reglas del juego de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales.

En otras palabras, reglamentación por parte del empresario, sí pero no disposición unilateral e ilimitada del uso de sus herramientas, sin condicionante ninguno.

3.3.1.3 Caso especial de teletrabajadores cuyas funciones se cumplen a través de la utilización de estos medios

Se trata del caso especial de teletrabajadores cuya actividad laboral consiste fundamentalmente en la comunicación telefónica o por otros medios como el correo electrónico: telemarketing, venta por correo electrónico o correspondencia tradicional, información telefónica. En estos supuestos, el único mecanismo de control que permite al empleador supervisor el desempeño de la prestación

laboral de manera eficaz es el practicado sobre las comunicaciones, de manera que en este supuesto excepcional se admite la cesión del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho de intimidad, en favor de la facultad de control. Siempre eso sí que dicha facultad se ejerza de la manera más respetuosa con la esfera de derechos del trabajador controlado, afectándola en la menor medida possible, lo que excluye la implantación de sistemas de control que comporten la grabación y escucha de las conversaciones telefónicas, durante toda la jornada laboral, sin limitación alguna, pues ello comportaría una limitación desproporcionada de los derechos afectados.

3.4 La navegación en Internet.

El uso privado de Internet en la empresa reproduce las cuestiones que se plantean con el correo electrónico, es decir, la legitimidad de un uso no estrictamente laboral por parte del trabajador y la facultad del empresario de controlar dicha utilización, de manera respetuosa con la privacidad del trabajador.

Los perjuicios que para la actividad de la empresa se desprenden de una navegación por Internet abusiva son indudables. A parte de los costes directos que supone para la empresa la menor productividad del empleado, el uso privado de Internet también redundará en la congestión de la red de la empresa, pues los empleados no suelen limitarse, únicamente, a visitar páginas web de diverso tipo (sitios pornográficos, del corazón), según sus propios intereses, sino que resulta común que aprovechen la mejor infraestructura informática de la empresa para efectuar la descarga de archivos MP3 o de vídeo, con potencialidad suficiente para colapsar el tráfico informático, reducir la velocidad de transmisión de información y obligar de esa manera a la empresa a ampliar la capacidad de Internet, incrementando las inversiones económicas destinadas a tal fin.

Lógicamente ante comportamientos de este tipo, se reconoce al empresario la facultad de controlar el uso que el trabajador realice de Internet, con el fin de defender su interés de empresa y descubrir las utilidades de Internet alejadas de los fines propios del contrato, para pasar a ser consideradas abusivas. La cuestión es en qué términos debe plantearse esa capacidad de control, para que su ejercicio no ponga en peligro la intimidad del trabajador, sobre el que se pretende realizar un seguimiento, para verificar si realizó o no un uso desviado de este instrumento de trabajo, alejado de lo que podría considerarse una utilización razonable y, por tanto, contrario a la buena fe contractual.

El usuario de Internet, más allá de los datos personales que pueda ceder voluntariamente ante requerimientos de los sitios a los que pretenda acceder, revela de manera inconsciente hábitos, gustos, preferencias, ideología política, religiosa, opciones sexuales, etc. Datos cuyo procesamiento permite reconstruir fieles perfiles de los usuarios.

Cada máquina de la red tiene asignada una dirección IP (Internet Protocol) que permite al responsable de la red y al proveedor de acceso relacionar al usuario con dicha dirección, así como con todas las informaciones relativas al tipo de comunicación: la hora y fecha de conexión, informaciones técnicas que caracterizan el tipo de uso (acceso a páginas web, mensajería, etc.), los intentos de conexión a sitios, conseguidos o no. Todos estos datos son recolectados automáticamente por los proveedores de acceso y consignados en un archivo llamado "archivo log" que permite conocer las costumbres, gustos y centros de interés del internauta.

El empleo conjunto de los "archivos log" junto a otros tratamientos invisibles de la información, como los "cookie", técnicas utilizadas en Internet para establecer la comunicación entre ordenadores distantes, permite hacer acopio de información de gran

calidad relativa al internauta. De manera que una monitorización del uso que el empleado ha realizado de Internet, permite al empresario conocer con exactitud cuál es el perfil del trabajador, a través del rastro que ha dejado en la navegación.

Dichas informaciones, relativas al tráfico informático, pertenecen a la esfera de la intimidad del trabajador y como tales deben ser protegidos frente a la interceptación que de ellas pretenda hacer el empresario, mediante la aplicación de los criterios legales generales (art. 20.3 ET), es decir, mediante la utilización por parte del empresario de técnicas respetuosas con la privacidad de los trabajadores. Por ello, se impone en principio, salvo casos excepcionales, la evitación de la monitorización del uso realizado por el trabajador, para acudir a mecanismos alternativos, en concreto, a la utilización de los llamados “Universal Resource Locator Filtering” o sistemas de filtrado del acceso a Internet. Filtros que pueden ser anteriores al uso o posteriores.

Los filtros iniciales pueden actuar de manera absoluta, filtrando todo y sólo permitiendo el acceso a dominios previamente determinados por el empresario o, preferiblemente, por el empresario y los representantes de los trabajadores, o bien, filtros que impiden el acceso, únicamente, a determinados dominios prohibidos. Mientras que los filtros posteriores, actúan a posteriori, a partir del estudio estadístico de las conexiones, cuando se supere un determinado porcentaje del tráfico normal, porcentaje fijado de común acuerdo por empresario y representantes de los trabajadores.

Para valorar la legitimidad de los controles empresariales sobre el uso de Internet de los trabajadores, tiene que aplicarse la doctrina del TC del criterio de proporcionalidad y exigir, por tanto, la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Según Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 26 de septiembre de 2007, la facultad empresarial de controlar el uso del ordenador por parte de sus trabajadores no puede regirse, ni siquiera analógicamente, por las reglas sobre registro de taquillas (art. 18 ET), sino que, por el contrario, son los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral (art. 20.3 ET) los que facultan al empleador para la fiscalización del uso del ordenador de sus empleados

La navegación y el contenido del ordenador pueden constituir un ámbito de intimidad cuando existe expectativa (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH en los casos Halford y Copland). Se requiere información previa, establecer las políticas de uso de los recursos informáticos, definir el ámbito de los controles, así como respetar ,en su caso, los principios de protección de datos

En resumen, controles empresariales del uso de Internet sí pero no cualquiera, sino sólo aquellos que sean respetuosos con la esfera de los derechos fundamentales de los trabajadores y, particularmente, la dignidad e intimidad.

Más reciente, la STS 8 marzo 2011 mantiene que es exigencia de la buena fe el concretar previamente el uso de los medios informáticos y su control, y que, si previamente se ha tolerado el uso personal, que la medida de control del ordenador sin advertencia previa supone una lesión del derecho a la intimidad.

3.5. Redes sociales

La implantación y uso del software social en la empresa supone una profundización en el diseño de relaciones laborales, introducido por la difusión masiva de las tecnologías de la información. El mundo empresarial no puede escapar, tampoco ahora, de la última innovación tecnológica que permite a las personas comunicarse y

compartir información de manera absolutamente revolucionaria e innovadora.

El uso de las herramientas propias de la Web 2.0., blogs, wikis, foros, chats y particularmente, redes sociales (Facebook, Twitter, Ning, Xing, Plaxo, Hi5, Second Life, LinkedIn, entre otras) ha aumentando exponencialmente y las personas han introducido en sus vidas como una pauta cotidiana más, su utilización. Utilización que se lleva a cabo en todo ámbito y lugar, incluyendo el lugar de trabajo.

Estas herramientas inciden directamente en el modelo de gestión de la organización con indudables ventajas a estos efectos: a nivel estratégico, de gestión del conocimiento, innovación y desarrollo, colaboración, formación y nuevas incorporaciones, fortalecimiento de la cultura empresarial de cada organización, comunicación interna, etc.

Las redes sociales usadas en el mundo laboral flexibilizan la comunicación y la colaboración en la empresa. Se trata de esquemas similares a los que están habituados los empleados en su vida privada, que fomentan la aparición de lazos desconocidos, hasta el momento, relaciones que aportan valor a la organización y agilizan la toma de decisiones. Las redes sociales permiten interactuar a los empleados de una manera colaborativa, compartiendo conocimientos, de modo transparente, abierta y directa.

El reto para las organizaciones productivas consiste en aprovechar los beneficios de esta tecnología, sin recelos, para impulsar el rendimiento empresarial y ampliar los objetivos corporativos.

Sin embargo, las redes sociales plantean preocupaciones de diversa índole para los empresarios. Preocupaciones que pueden distinguirse según se refieran al uso de redes sociales con finalidades profesionales, auspiciadas por la empresa, o al uso de redes sociales con finalidades ajenas a lo profesional, por parte de los empleados.

Es en el último caso en el que los temores empresariales se dirigen a la disminución de la productividad de los empleados, el potencial daño para la reputación de la empresa y los riesgos para su seguridad. De hecho, las pocas empresas que han establecido una política formal sobre el uso de redes sociales por parte de los empleados, centran la atención principalmente, por no decir de manera casi exclusiva, en el uso de redes sociales con fines extralaborales y en los mecanismos que permitan controlar la conducta de los empleados a ese respecto.

El Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29 (DICTAMEN, 2009) y las Autoridades de Protección de Datos (RESOLUCION, 2008) manifiestan su preocupación por la indefensión de los usuarios ante las políticas de privacidad de las plataformas sociales y formulan recomendaciones, para intentar paliar y evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias perjudiciales de la divulgación, sin control, de información cualificada de sus titulares.

Las personas se enfrentan a pérdidas de control sobre la forma en la que terceros pueden emplear su información, entre ellos los empresarios o responsables de personal que investigan los perfiles de candidatos a un puesto de trabajo pero también las conductas y personalidad de los empleados.

En cualquier caso, el empresario, también en este caso, en el ejercicio de su facultad de control se encuentra constreñido por el marco normativo, que reconoce la legitimidad del empresario, exclusivamente, para controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados y el uso que de los instrumentos de trabajo realicen. Cuando el mismo no sea proporcional, justificado y con la adopción de las cautelas suficientes, puede conllevar lesiones a los derechos fundamentales previstos en el art.18 CE, cuya declaración solemne en sede laboral se encuentra en el art. 4.2.e)

del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que establece el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Las tecnologías de la información y el conocimiento han incrementado de manera extraordinaria las posibilidades de difusión de informaciones y opiniones, pues en particular Internet permite expresar opiniones y difundir informaciones a las que pueden tener acceso millones de personas.

Las redes sociales online se han convertido en un canal de comunicación utilizado por un gran número de internautas, ya sea para comunicarse sólo con personas conocidas o con cualquier persona que tenga acceso a Internet. De esta forma, resulta evidente que las redes sociales online constituyen un cauce para el ejercicio del derecho a la información y la libertad de expresión sobre cualquier tipo de materia y, por ende, sobre cuestiones relacionadas con el trabajo.

Igualmente las redes sociales online están siendo utilizadas de manera creciente por sindicatos o comités de empresa mediante la creación de sus propios perfiles o páginas en las cuales se facilita información o se expresan opiniones de contenido laboral a las que puede tener acceso cualquier persona aunque no sea un usuario registrado; y si se trata de usuarios registrados pueden interactuar entre sí y publicar opiniones o informaciones de cualquier tipo.

3.6. Instalación de videocámaras: límites

El marco legal a la utilización de cámaras en el trabajo para ejercer funciones de videovigilancia viene definido por su carácter inespecíficamente laboral. Pueden citarse como normas que lo integran: el art. 18 CE, la LOPD y su Reglamento de desarrollo, 1720/2007, de 21 de diciembre, la Ley Orgánica por la que se

regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, LO 4/1997, de 4 de agosto, el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Ley Orgánica, sobre Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, LO 9/1992, de 5 de mayo, Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, LO 1/1992, de 21 de febrero, Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada, el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre y el Estatuto de los Trabajadores.

Su admisibilidad se limitará a las finalidades previstas en el ET, y/o en la normativa vigente. Deben respetarse los principios que derivan del art. 20.3 ET y del conjunto de esta norma, y en particular los de proporcionalidad y respeto a la dignidad de los trabajadores. Respetará de modo riguroso el principio de proporcionalidad en la misma línea del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, según el cual el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador y cuando se instale un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización y se adoptará esta medida cuando no exista otra más idónea. Se limitarán a los usos estrictamente necesarios para la finalidad de control laboral. No podrán utilizarse para fines distintos salvo que se trate de fines legítimos y se adopten las medidas para el cumplimiento de la normativa que les sea de aplicación. No cabe en espacios como vestuarios, baños, taquillas o zonas de descanso. Se garantizará el derecho a la información personalizada en la recogida de las imágenes. El tratamiento de la imagen y/o sonido constituye tratamiento de datos y desde esa perspectiva se

debe garantizar el respeto a los límites y el cumplimiento de las obligaciones de la LOPD. Se procederá en su caso a la creación y/o inscripción del correspondiente fichero. Se garantizará la cancelación de las imágenes en el plazo máximo de 30 días y únicamente podrán conservarse aquellas que registren una infracción o incumplimiento de los deberes laborales. Se garantizarán los derechos de acceso y cancelación. Se adoptarán las correspondientes medidas de seguridad. Sin que en ningún caso pueda compatibilizarse la existencia de sistemas de videovigilancia laboral con la inaplicación de la LOPD, ya que no se encuentran en ninguna de las excepciones del artículo 2.1 LOPD (STC 29/2013, de 11 de febrero).

Es importante procurar el acuerdo entre empleador y trabajadores o sus representantes en cuanto a la aplicación de medidas, duración de la vigilancia y circunstancias relativas a la grabación de las imágenes (DOCUMENTO, 2002).

4. CONSIDERACIONES FINALES: PROTECCIÓN DE DATOS DEL TELETRABAJADOR (APLICACIÓN DE LA LOPD)

En el ámbito del teletrabajo los empleadores participan del interés por obtener información de sus trabajadores completa y precisa que les permita realizar una gestión eficiente de sus empresas. Ahora bien, el interés del empresario no reside únicamente en planteamientos de eficiencia y rentabilidad sino que el empresario tiene en cuenta otras consideraciones como las exigencias de la legislación, ofrecer respaldo a la selección de candidatos, salvaguardar la seguridad personal y laboral, controlar la calidad de la prestación laboral y del servicio que se presta a la clientela, etc.

En este marco la utilización de técnicas informáticas de recuperación y tratamiento de datos han ampliado de manera importante las posibilidades empresariales de acceder a informaciones relativas a sus empleados.

La gestión informatizada del personal permite que todos los datos concernientes al contrato del trabajo, desde el momento de su constitución a su rescisión, sean incluidos en los bancos de datos de la empresa. Con la informática se multiplica la capacidad de acumulación de información y se permite al empresario reconstruir, a partir de datos aparentemente inocuos, el perfil del trabajador, perfil susceptible de ser utilizado con los fines más variados.

Esa capacidad de los sistemas de gestión informatizada para memorizar y cruzar datos de índole diversa contribuye, sin duda, a reforzar la propensión del empresario a conocer todo lo relativo al trabajador, desde informaciones estrictamente dirigidas a valorar su aptitud profesional, pasando por aquellas necesarias para la correcta administración de su contrato a otras absolutamente desvinculadas de las anteriores como las relativas a las costumbres, aspectos psicológicos y emocionales, situaciones personales y familiares.

A esta capacidad de añadir datos, de establecer las comparaciones más diversas entre ellos, transformando informaciones dispersas en informaciones organizadas y “remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera”, se le denomina poder informático (CIACCI, 1991, p. 672) y éste en manos del empresario recae directamente sobre su facultad de control. Es así como la incorporación de las técnicas informáticas al ambiente de trabajo incide sobre la esfera de ejercicio del poder empresarial, ocasionando un considerable incremento del mismo que se manifiesta, sobre todo, en su capacidad de control; no en vano, se identifica a las tecnologías informáticas con tecnologías de control.

El despliegue de este poder informático incide directamente sobre la esfera de derechos del trabajador y particularmente sobre su intimidad. La protección que el ordenamiento español proporciona

a esta faceta de la intimidad se despliega en dos direcciones, en primer lugar, frente a las intromisiones indeseadas en la privacidad del individuo y, en segundo lugar, frente a su utilización ilegítima. En esa línea se inserta la protección que aporta la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de Desarrollo, aprobado en Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en cuyo ámbito de actuación se incluye el contrato de trabajo (art. 2 LOPD). En relación al teletrabajo, el el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo exige al empleador el cumplimiento de la normativa sobre el tratamiento de datos como de la adopción de las medidas adecuadas para garantizar que los datos del trabajador sean utilizados meramente a efectos profesionales. El empresario informa al teletrabajador de toda legislación o normativa de la empresa referente a la protección de datos, así como de las limitaciones que decida imponer en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet y las correspondientes sanciones, en caso de incumplimiento.

Data de Submissão: 05/07/2016

Data de Aprovação: 05/03/2017

Processo de Avaliação: Open Review com Aprovação do Conselho Editorial

Expedição do Convite: 18/06/2016

Editor Geral: Ernesto Pimentel

Editor de Área: Jailton M. de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERENCIAS

CIACCI, G., Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari, en *Politica del Diritto*, n° 4, 1991.

CONSEJO EUROPEO, Acuerdo Marco Europeo Sobre Teletrabajo, 23 de mayo de 2002. Disponible en: < <http://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf> > . Aceso en: 2º jun. 2016.

_____. Dictamen n.º 5/2009 sobre las redes sociales en línea. Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_es.pdf.

_____. Directiva 90/270 CEE, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Disponible en: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1990L0270:20070627:ES:PDF>>. Acceso en: 20 jun 2016.

_____. Directiva 95/46/CEE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114012>> . Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, Documento 5401/01/ES/Final WP55, aprobado el 29 de mayo de 2002. Disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Documento de Trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el Grupo de Trabajo del art. 29. 11750/02/ES Final WP 67.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo de 2011, Madrid, Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20IGUALDAD/FICHERO/20120330%20STS%20Sala%20Social,%2019-04-2011.pdf>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

ESPAÑA, Estatuto de los Trabajadores (ET). Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Disponible en: < <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

ESPAÑA, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14/12/1999. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

ESPAÑA, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter

personal. Disponible en: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-979>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

RESOLUCIÓN sobre la protección de la privacidad en los servicios de redes sociales, 30 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y privacidad. Estrasburgo, 15-17 de octubre de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia nº. 29, de 11 de febrero de 2013, BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013. Disponible en: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23284>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 37, de 26 de marzo de 1987, BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=17395>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 70 de 3 de abril de 2002, BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002. Disponible en: < <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=14075>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 98, de 10 de abril de 2000, BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000. Disponible en: < <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=13558>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 114, de 29 de noviembre de 1984, BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984. Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/367>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 134, de de 9 de mayo de 1994, BOE núm. 140 de 13 de junio de 1994, Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2651>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 186, de 10 de julio de 2000, BOE núm. 192 de 11 de agosto de 2000, Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4170>> Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 241, de 17 de diciembre de 2012, BOE núm. 19 de 22 de enero de 2013, Disponible en: < <https://www.boe.es/boe/dias/2013/01/22/pdfs/BOE-A-2013-614.pdf>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia nº. 281, de 7 de noviembre de 2005, BOE núm. 297 de 13 de diciembre 2005, Disponible en: < <https://www.boe.es/boe/dias/2005/12/13/pdfs/T00037-00048.pdf>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

_____. Sentencia n.º. 292 de 18 de octubre de 1993, BOE núm. 268 de 09 de noviembre de 1993, Disponible en: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2421>>. Acceso en: 20 jun. 2016.

Control of the Labour Providing oTeleworker

María Belén Cardona Rubert

Abstract: Performing work at a distance from the workplace, as well as the use of information and communication technologies, characterize the concept of teleworking. Most of the information about the process of work implementation and labor comes from tools, devices, and programs used in the workplace. We must determine the limits of the employer's capacity to control laborer's provisions in order to better protect the fundamental rights of the teleworker.

Keywords: Telework; privacy; control; employers' powers; secret of communications; social network; internet navigation; e-mailing; video camera; data protection.

Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social

MARIA ÁUREA BARONI CECATO

Coordenadora e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIPÊ). Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UFPB).

Email: mariaaurea.cecato@gmail.com

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

Coordenador Adjunto e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIPÊ). Docente Colaborador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (UFPB).

Email: armandoalbuquerque@yahoo.com.br

Resumo: A partir de pesquisa conceitual e teórico normativa, este texto objetiva demonstrar a trajetória dos direitos sociais, desde as condições históricas que antecedem seu reconhecimento, mas se referem aos fatos que lhes dão origem; passando pelos caminhos que se vinculam diretamente ao seu surgimento e às instituições que fornecem sustentáculo a este, até a sua conformação no Estado social, notadamente no social democrático. Anota-se que os valores dos direitos sociais não são apenas os que constituem medidas de redução de desigualdades materiais, mas ainda a compreensão de que trazem proposta inclusiva, de reservar oportunidades a todos e de garantir a todos efetiva participação na sociedade, corroborando o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos nortes do constitucionalismo moderno.

Palavras-chave: Democracia social; Desenvolvimento humano; Inclusão social.



Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social

MARIA AUREA BARONI CECATO¹

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA²

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais surgem entre o final do Século XIX e início do Século XX, mantendo trajetória quase paralela aos direitos laborais, estes que se constituem como parte dos primeiros, mas que têm características um tanto distintas, basicamente porque sua efetivação não se configuram, essencialmente, a partir de prestações estatais e, sim, notadamente, de regulamentação estatal que atribui obrigações prestacionais aos tomadores de serviços.

Naturalmente, a História registra, em relação ao tempo que antecede o surgimento dos direitos aludidos, a existência de medidas de arrimo e assistência aos menos favorecidos nas diversas organizações da sociedade. Tais medidas, que não desapareceram da sociedade – e não haveria nem há por que pensar em banilhas –, jamais foram propriamente sistemáticas nem alcançaram todos os que necessitavam de proteção material. De outro lado, não incumbiam ao Estado e, por isso mesmo, seu caráter foi especialmente o da caridade e não o de proposta de inclusão de todos em uma sociedade plural e solidária.

1 Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Trabalho e Desenvolvimento: influxos e dissensões (PPGCJ/UFPB).

2 Coordenador do grupo de pesquisa Instituições da Democracia, do Estado de Direito e da Cidadania no Brasil e na América Latina (PPGCJ/UFPB).

As desigualdades que sempre marcaram a vida em sociedade, dessa forma, foram resolvidas (ou sequer chegaram a sê-lo) de formas distintas, em distintas épocas, culturas e espaços geográficos, até um século após as revoluções burguesas. Foi a partir de então que se iniciou o desenho de um padrão que, surgido na Europa, espalhou-se - ao menos nos contornos do Ocidente - e evoluiu para uma compreensão de sociedade inclusiva. Evidentemente, não se menciona, aqui, nem um modelo único, nem de alcance universal. Com efeito, a concretização dos direitos sociais é uma busca diuturna e passa por revezes que têm idas e vindas constantes, em especial por causa da diversidade de ideologias, mas também das alternâncias econômicas e políticas. Em seu conjunto e interação, esses fatores geram discordâncias na aplicação dos recursos e na elaboração e concretização de ações e políticas públicas. Refere-se, entretanto, à evolução da simplicidade da compreensão anterior para aquela, segundo a qual, o Estado é, em última instância, responsável principal, conquanto não único, pela sorte dos seus cidadãos.

Por outro viés, importa, nesse texto, a compreensão dos direitos referidos, a partir de sua trajetória, a qual desponta e molda-se no Estado liberal, percorrendo o Estado social, ao tempo em que contribui para essa passagem de um modelo de Estado para outro, por um lado conformando este último e, por outro, tornando-se a razão do estabelecimento desse novo modelo de Estado.

A partir de abordagem conceitual e teórico normativa, o objetivo desse escrito é demonstrar essa trajetória, alcançando, em rápidas considerações, as razões políticas, econômicas e jurídicas que esculpem o reconhecimento desses direitos, assim como os institutos sustentáculos desse padrão, a exemplo do constitucionalismo social e a Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.).

A abordagem encontra-se dividida em três itens denominados: Relações sociais no Estado liberal; Nos caminhos do Estado social e Estado social e democracia.

2 RELAÇÕES SOCIAIS NO ESTADO LIBERAL

As relações que se estabeleceram entre os sujeitos que viveram o Estado puramente liberal foram fortemente marcadas por dois acontecimentos de especial relevância. De resto, tais acontecimentos determinaram boa parte dos rumos da História até os dias atuais, tal a força de seu impacto em todas as relações que se estabeleceram nas sociedades a partir de então.

Com efeito, duas revoluções – uma de natureza política e outra, econômica – entrecruzaram-se, no Século XVIII, na base constitutiva do Estado Liberal. Dessa feita, foram também esses acontecimentos que definiram as relações que se estabeleceram nesse modelo de organização estatal e, de igual forma, foram eles que afluíram para os fatos que percorreram as trilhas do Estado liberal para o Estado social.

A revolução política do século XVIII foi a revolução burguesa, que tem como ícone a Francesa de 1789.³ E assim o foi porque seus princípios e objetivos se espalharam por toda a Europa e boa parte de outros países do mundo, mais especificamente nos contornos do Ocidente. A idéia de contraposição e derrubada do absolutismo monárquico encontra-se na base do Estado liberal e, assim, do reconhecimento dos direitos civis, os quais representam o respeito do Estado pelo cidadão. Na sequência histórica, os direitos políticos seguiram o

3 Em contextos político distintos, mas também de grande importância e com propostas similares, encontra-se a Revolução Inglesa (Século XVII) e a Americana, de 1776. Os reflexos da primeira no nível mundial são de dimensões inquestionavelmente maiores.

rumo dos civis, razão pela qual há uma tendência – que peca pela ausência de exatidão – a referi-los em conjunto com estes.

Lembra Odalia (2003, 159-160), que o Século XVIII é conhecido como o século do Iluminismo e da razão, fase da História em que o homem passa a ser entendido como centro de todos os processos e passa a tomar consciência de sua posição nessa mesma História, consciência que não é mais exclusividade do intelectual, mas também “[...] da classe ascendente, a burguesia, que percebe sua importância nas transformações sociopolíticas, econômicas e mesmo culturais que estão sucedendo.” Portanto, a investida contra o absolutismo, foi motivada também por “[...] essa mentalidade, atitude cultural e espiritual que não era somente do filósofos, mas de grande parte a sociedade da época, de modo particular, da burguesia, dos intelectuais, da sociedade mundana [...]” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1986, p. 605).

O ideário trológico da Revolução Francesa, entretanto, pretendeu muito mais que a simples conquista da liberdade. Conquanto no contexto do “ancien régime”, o mais desconfortável fosse o Absolutismo – porque se constituía como a mais forte causa de ausência de liberdade – a igualdade e a fraternidade se faziam necessárias dentro da idealização social proposta.

O outro lado da grande transformação social ocorrida no século XVIII é de ordem econômica e concerne à chamada Primeira Revolução Industrial, traduzida pela criação da máquina a vapor. A utilização do invento representou radical mudança, tanto da produção, a partir da exploração de um objeto econômico, quanto das relações que, nesse mesmo contexto, se estabeleceram para a realização das atividades necessárias à efetivação desse intento. Em outras palavras, as relações laborais.

Em termos comparativos com o regime anterior – onde malgrado os limites à liberdade, os trabalhadores contavam com

alimento, moradia e alguma proteção, fosse nas Corporações de Ofício⁴ do trabalho urbano, fosse na lida do trabalho rural – o chão de fábrica foi o cenário da total entrega do trabalhador aos interesses do capital.

A fábrica, com efeito, representou a exacerbação do poder de mando do capital sobre o trabalho: remunerando a força e a energia do trabalhador, o tomador de serviços acreditava comprá-las. Mais que isso, segundo a interpretação equivocada de grande parte dos empresários, essa compra se estendia ao ser humano trabalhador. Colaborava para esse entendimento (o que sempre ocorrerá) o fato de que o trabalho realizado por conta de outrem, em caráter de submissão, não permitia, assim como não permite, a dissociação entre a força de trabalho e o proprietário da mesma.

Dessa forma, no quadro do estabelecimento da revolução industrial, o chão de fábrica passou a ser o *locus* onde a prestação de serviços se efetivou para os empreendimentos daqueles que podiam recebê-la porque dispunham de capital para remunerar a força de labor e o tempo de dedicação. Em outro ângulo do mesmo quadro, o chão de fábrica foi o ambiente onde os trabalhadores se reuniam em torno das máquinas, agregando homens, mulheres e crianças cujas condições de trabalho suscitavam descontentamentos, insatisfações e revoltas. Com efeito, a literatura não deixa dúvidas sobre o fato de que as fábricas dos Séculos XVIII e XIX foram, não raras vezes, palco de práticas desumanas: jornadas exaustivas e extenuantes; salários vis; tratamentos humilhantes e assédios de toda natureza.

Como conseqüência, algum tempo adiante, o chão de fábrica, enquanto *locus* não apenas de trabalho, mas também de convivência, passa a ser igualmente o da constatação de sentimentos e de

4 Nos países europeus, a ordem econômica anterior, assentada no trabalho artesanal edificava um padrão mínimo de cuidados voltados para o prestador de serviços, embora muitas vezes sobretudo destinado à segurança do interesse econômico do tomador de serviços.

interesses comuns, de semelhantes anseios e ideais. Vale lembrar que, segundo as aspirações dos revolucionários burgueses, a intervenção do Estado deveria ser mínima, de forma que a relativa proteção de que outrora o trabalhador gozava não estava mais a seu serviço. O contrato com seu tomador de serviços – e, por óbvio, refletor das vontades deste – era soberano para regular a relação polarmente desigual. O principal aporte das revoluções burguesas – a liberdade – não contemplou as classes menos favorecidas que se transformaram em contingentes de seres humanos em busca de trabalho, quaisquer que fossem as condições oferecidas pelos donos do capital.

Com respeito ao quadro acima traçado, BOUVIER-AJAM (1969, p. 15) registra que “Le nouveau régime de travail se caractérise, avant tout, par l’affirmation du principe de la libre entreprise. L’homme est juridiquement libre de créer ou de racheter ce qu’il veut [...] et conquerra lui-même sa place sur le plan économique [...]. E é ainda o autor referido que complementa: “[...] l’idéologie révolutionnaire donne, candidement, toutes ses chances de promotion au citoyen le plus humble: son travail”.⁵

Dessa feita, para o trabalhador, a imbricação do tratamento aviltante por parte do empregador com o abandono por parte do Estado, construiu o ponto de partida para os movimentos de luta pela criação de sindicatos e deflagração de greves, dentre outras estratégias que tinham o condão de estorvar os tomadores de serviços, causar-lhes prejuízos materiais. Nesse quadro os trabalhadores caminharam para reivindicações de melhores condições de trabalho e vida, mas não apenas: despertaram para a possibilidade de melhor distribuição dos bens existentes e maior participação nos resultados de seu labor.

5 A continuidade desse cenário mostra, entretanto, que, em razão dessas condições extremas de desigualdade [...] “le contrat de travail ne sera pas vraiment l’aboutissement d’une discussion égale, un compromis âprement discuté par les parties en cause” (p.13).

A contribuição das orientações da Igreja Católica – ainda muito fortemente instalada na Europa – e a esquerda nascente, em parte conduzida pelos movimentos de intelectuais, conquanto embasados em fundamentos distintos, encontravam pontos de convergência na preocupação com a dignidade dos trabalhadores e, de forma mais ampla, das populações mais pobres, abrindo caminho para o reconhecimento dos direitos ditos sociais, reconhecimento esse para o qual ainda concorreu o humanismo (embora não tão abundante nem tão produtor) tanto de parte dos empresários quanto da sociedade em geral.

3 NOS CAMINHOS DO ESTADO SOCIAL

A conformação da desigualdade e sua persistência mesmo após se pretender uma sociedade calcada na liberdade, na igualdade e na fraternidade, é sentida ao longo do século XIX e no primeiro quartel do século XX. T. Picketty (2014, p. 228) observa, nesse sentido, que não existiu, ao longo da História, “[...] qualquer força natural responsável pela redução da importância do capital e de suas rendas”. É ainda o referido autor que anota: “A marcha em direção à racionalidade econômica e tecnológica não implica, necessariamente, uma marcha rumo à racionalidade democrática e à meritocracia.” E por uma simples razão: “[...] a tecnologia, assim como o mercado, não tem limite ou moral.” Muito naturalmente, portanto, o capital não faz movimentos no sentido da igualdade, posto que suas premissas são calcadas no indivíduo, na livre e ampla concorrência e na propriedade privada.

Todavia foi nesse cenário do capitalismo que os direitos sociais foram implantados. E o foram, compreensivelmente, porque representaram certeza de frenagem de qualquer possibilidade de avanço do socialismo. Para além do atendimento às pressões dos

trabalhadores, esta foi, indubitavelmente, a maior motivação dos Estados para a adoção de direitos sociais.

A partir de meados do Século XIX, as organizações coletivas de trabalhadores conseguiram demonstrar que existia (e perseverava) uma força subjacente à força de trabalho. A força política dos que movimentam a economia – conquanto, por falta de autonomia, comandados pelo capital –, alcançava a construção dos direitos sociais através do impacto de suas ações reivindicatórias. O reconhecimento dos direitos sociais, registre-se, responderam a fortes e insistentes ações de movimentos sociais – e, nomeadamente, sindicais – de busca por medidas de igualdade. E também atenderam, é bem verdade, a determinados interesses patronais, não só os atinentes a probabilidade, não desprezível, de implantação do socialismo, mas igualmente do efeito de concorrência comercial (de alguma forma, desleal) daqueles que não adotavam medidas de proteção laboral e social.

Desse modo, não existem dúvidas sobre o fato de que os trabalhadores estiveram na base da conquista dos direitos sociais, como um todo, e não unicamente dos direitos laborais. Iniciava-se uma fase da História em que aqueles que não possuíam meios de prover suas necessidades primeiras, não seriam mais, – ao menos em tese – assistidos pela caridade e benevolência de alguns na medida da vontade e da disposição destes, porque o Estado estaria atento às referidas necessidades.

O reconhecimento dos direitos sociais se fez, portanto, a partir de fins do Século XIX, porém mais efetivamente ao início do Século XX. E se fez em um quadro extremamente complexo, tal como lembra Trindade (2002, p. 109), desvendando “[...] um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes, acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis”, quadro esse em que

assumem forte significado as barbáries perpetradas durante os dois conflitos mundiais havidos na metade do século referido.

Em conjunto com princípios e instituições voltados para o mesmo objetivo - o do preenchimento das necessidades materiais de todos e de concessão de oportunidades nesse mesmo padrão de universalidade - os direitos sociais formaram a base do constitucionalismo social e construíram o chamado Estado social. Com efeito, ao menos no Ocidente, os Estados nacionais tenderam a estabelecer normas, assim como ações e políticas públicas voltadas para a igualdade, onde esta aparece como um “valor-guia da ética política, jurídica e social” (PERES LUÑO, 2005 p. 15).

Para tal, os Estados também conformaram suas Constituições à transição do padrão liberal para o social. A criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, dentro desse mesmo quadro, foi e continua sendo arrimo para o estabelecimento de normas sociais e, de certa forma, para a efetivação das mesmas, no intuito de manter certa harmonização entre as normas laborais no nível internacional. Aliás, bem observado por Piovesan (2016, p. 196) é o fato de que “O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos de internacionalização dos direitos humanos”.

Observe-se que não existe contraposição entre os direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração ou dimensão de direitos⁶) - referenciados como direitos de igualdade - e os direitos civis e políticos. Ao contrário, deve-se ter em conta que toda

6 Sempre que se faz alusão às dimensões ou gerações de direitos, tem-se justificado, que não se trata de compreender os direitos humanos divisíveis em dimensões ou gerações, como se se tratasse de um conjunto composto de categorias estanques. A inarredável compreensão dos direitos enquanto unidade não permite cisões. Entretanto, por vezes é preciso mencioná-los segundo a cronologia do aparecimento dos mesmos no cenário mundial ou é mister compreender as peculiaridades de cada um dos conjuntos que eles compõem.

afirmação de direitos essenciais à vida em sociedade aflui para o *lato sensu* da igualdade. Em outros termos, os direitos fundamentais têm o papel de agir sobre as grandes diferenças que separam os sujeitos na convivência social.

Nesse sentido, os direitos civis e políticos são base para os direitos econômicos, sociais e culturais. Estes não poderiam, vale destacar, prescindir do alicerce dos anteriores, o que corrobora a explicação sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e fundamentais. Sobre a questão, aliás, Bucci (2006, p. 3), assevera que os direitos sociais típicos do Século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, são direitos-meio, porque asseguram as condições para que cada um possa gozar dos direitos individuais, de primeira geração.

A construção do Estado social se caracteriza pela intervenção estatal na ordem econômica e social no sentido da redução de desigualdades. A necessária atuação estatal é reconhecida por diversos documentos internacionais, nomeadamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e pela Declaração sobre o direito ao desenvolvimento (ONU, 1986). Assim, dois dos mais significativos documentos jurídicos internacionais voltados aos direitos humanos reconhecem que cabe ao Estado providenciar para que as desigualdades sejam minoradas.

Em um primeiro momento, essa intervenção se estabelece através de preceitos concernentes a direitos trabalhistas e previdenciários. Encabeçam a idéia (e, por óbvio, a ideologia) as Constituições acima mencionadas, consideradas, no nível mundial, como as primeiras sociais. Elas foram seguidas pelos textos constitucionais de diversos países ocidentais, mas vale ter em conta que tal não garantiu, todavia, a paz social, nem a inclusão dos trabalhadores nos processos de desenvolvimento.

O constitucionalismo social do início do Século XX, com efeito, não se insere, necessariamente, em Estados democráticos, que admitem a participação ampla e inclusiva.⁷ É o que pode ser notado na atuação política de alguns Estados centrais ocidentais, onde algumas medidas de direitos sociais foram introduzidas ou mantidas em um ordenamento autoritário. E o foram, muito provavelmente, não em razão de preocupação com a população e, sim, como instrumento de legitimação ideológica.

Foram necessários anos para que o amadurecimento político denotasse que as sociedades se avizinhavam da compreensão da necessidade de adotar um modelo cujo valor maior fosse estabelecer medidas jurídicas, administrativas e políticas de bem-estar admitindo a participação dos indivíduos em uma sociedade plural, onde todos, sem exceção, pudessem participar das decisões capazes de definir seus interesses, assim como suas esperanças de alcançar patamares de vida digna.

4 ESTADO SOCIAL E DEMOCRACIA

Pode-se afirmar que o reconhecimento de direitos em uma sociedade vincula-se ao nível de democracia que ali há estabelecido. Em outros termos, quanto mais o regime instaurado for tendente para a democracia ou para o autoritarismo, mais os direitos serão, conforme o caso, ampliados ou reduzidos. Isso porque, nos regimes autoritários, costuma prevalecer a idéia de que direitos são concessões do poder estatal e não conquistas da sociedade ou medidas estatais que se inclinam a favorecer toda a sociedade porque destinadas à inserção social de todos.

⁷ Observe-se que, nessa fase da História, sequer os direitos civis e políticos eram amplamente garantidos. E não se quer afirmar que o sejam atualmente. Enfatiza-se, aqui, a expansão do reconhecimento dos direitos e, pela temática proposta, dos direitos sociais.

Lembra, Perez Luño (2005, p. 39), que após a Segunda Guerra Mundial, dentre as inquietações que agitaram a consciência política dos sistemas democráticos, destaca-se o esforço para alcançar níveis progressivos de igualdade na distribuição dos bens e meios materiais de existência.⁸ As sociedades econômica e politicamente mais desenvolvidas empenharam-se, prioritariamente, na maximização e otimização das vantagens do bem-estar material.

O mesmo autor (2005, p. 40) assinala que a luta pela igualdade material foi objeto de duas orientações nitidamente distintas. Nos países denominados “socialismo realmente existente” (expressão de Rudolf Bahroy), a prioridade da igualdade material serviu de critério legitimador para o sacrifício das liberdades.⁹ De outro lado, nas “[...] democracias pluralistas se ha intentado conjugar ambos valores, si bien los avances en el equilibrio de las condiciones sócio-económicas han quedado, muchas veces, a merced de la ideología de las fuerzas políticas que en estos sistemas se alternan en el ejercicio del poder”.

Com efeito, deve-se observar que a democracia social, implantada nos países da Europa central, como modelo que terminou sendo adotado (ou parcialmente adotado) em diversos outros países do mundo, muitas vezes permitiu que houvesse uma alternância no poder, de forma que nem sempre foram mantidas as mesmas ações e políticas de direitos sociais. Entretanto, constata-se que essa alternância não modificou drasticamente o modelo porque manteve-se (e continua a se manter) uma democracia consolidada ao longo de mais de dois séculos.

8 O autor registra que tal se faz “[...] con independencia de la sinceridad puesta por las distintas fuerzas políticas en tal empeño, o de la idoneidad de los medios empleados para su consecución”.

9 Em optando por implantar medidas de melhor distribuição de rendas, alguns países impuseram modelos autoritários, muitas vezes sob reação de parte considerável de suas populações. Ao longo do Século XX, dos países que optaram por implementar medidas de igualdade material alguns fizeram escolhas que, de certa forma, afluíram para a divisão do mundo em dois pólos, situação que perdurou até o final da década de 1980.

Nessa busca da igualdade, os princípios que alicerçam os direitos sociais são todos interligados. No caso brasileiro – como, de resto, em diversos casos dos países ocidentais – eles se encontram nos textos constitucionais aprovados durante o Século XX. Todavia, provavelmente, não existam laços mais estreitos que aqueles que se fazem entre igualdade e a solidariedade. Não se pode, é bem verdade, pensar na criação dos direitos sociais sem compreender o sentido desses dois princípios e seus entrelaçamentos.

E nesse sentido que Peres Luño (2005, p. 101) afirma que “Igualdad y solidaridad vienen a ser como los Géminis de esse peculiar Zodíaco que conforma el universo de los valores jurídicos”. Segundo o autor, ali estão duas categorias que mantêm, entre si, estreita e expressiva conexão, a qual “[...] contribuye a dificultar y hacer borroso su respectivo sentido y alcance, hasta el punto de que es imposible profundizar en ele significado de cualquiera de ellas sin traspasar los limites de la outra.”¹⁰

Em outro ângulo da questão, a escolha da democracia, enquanto regime de governo, tem forte liame com a noção de desenvolvimento em todas as dimensões deste. De fato, a atual noção de desenvolvimento não se conforma com regimes autoritários.

Podem-se perceber os vínculos entre as duas categorias quando se observa a noção de desenvolvimento na Declaração sobre o direito ao desenvolvimento (ONU, 1986). O documento internacional estabelece que a pessoa humana é o sujeito central do direito aludido, devendo ser participante ativo e usufrutuário do processo que a ele deve conduzir (Artigo 2º.1).

10 E ainda complementa, o mencionado autor, referindo-se à dificuldade muitas vezes encontrada para a explicação do que constituem determinadas categorias, como no caso da igualdade e da solidariedade: “De las nociones de igualdad y de solidaridad pudiera predicarse la reflexión apuntada por Agustin de Hipona, en sus *Confesiones*, respecto al concepto del tiempo: ¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; si quiero explicarlo a quien me lo pregunta, no lo sé. (LUÑO, 2005, p. 101).

Todavia, esses vínculos também se encontram em outros estudiosos do tema. Amartya Sen (2002) aborda o desenvolvimento em sua interface com a liberdade, tratando notadamente da liberdade substantiva. No processo de desenvolvimento, assim para como “os modos e meios de promovê-lo”, as liberdades substantivas são essenciais. Por conseguinte, a avaliação dos requisitos do desenvolvimento não se faz sem a remoção das privações de liberdade (2002, p. 49).

Todavia, Sen concebe a liberdade em constituição muito mais abrangente do que nos indicam os estudos tradicionais a propósito da questão. Fala-se, ali, da liberdade (assim como de sua negação) enquanto capacidade de agir, de não se encontrar submetido a privações, de participar dos processos políticos, econômicos e culturais da sociedade da qual se faz parte. Assim, constriem a liberdade, a privação de necessidades básicas, como a fome, o não acesso a serviços de saúde e educação; o desemprego, a insegurança econômica e social.

Como se pode constatar, as liberdades substantivas são basicamente garantidas pelos direitos sociais. Claro que as restrições às liberdades políticas e civis representam, sem qualquer dúvida, outra forma de interceptação do desenvolvimento. Entretanto, é relevante registrar que são os direitos sociais que garantem a substância para que elas sejam exercidas. Em outros termos, não há que se falar em direitos civis e políticos se à população não estão asseguradas as condições materiais básicas para o seu alcance.

No Brasil, os freqüentes períodos de ausência de democracia tiveram forte impacto nos direitos sociais, mais particularmente nos coletivos. Com efeito, os direitos que os modelos democráticos admitem – tais como os que se referem às ações e reivindicações dos trabalhadores, as negociações coletivas, a criação de sindicatos sem exigência de autorização dos poderes públicos e a autonomia dos

trabalhadores para a filiação ou não filiação a estes – foram, no Brasil, objeto de privação ou de restrição. Verifica-se, assim, que os direitos que sofreram constringimentos nas fases não democráticas do Estado brasileiro, foram, em geral, aqueles que concernem à organização dos trabalhadores em associações, o que, em suma, lhes atribui força, assim como aqueles que se relacionam com a representação política dos trabalhadores. Em suma, tratam-se de direitos muito mais fortemente políticos que trabalhistas, conquanto, indubitavelmente, imprescindíveis, tanto ao exercício dos direitos sociais, quanto dos civis e políticos.

A admissão da liberdade sindical ou os embargos a ela impostos denotam, efetivamente, um ponto de democracia ou de autoritarismo. No Brasil, a ausência de liberdade sindical, malgrado o avanço no sentido de sua adoção, a partir da Constituição de 1988, evidencia resquícios do modelo italiano de regulamentação das relações laborais, perfilhado pelo Estado Novo e mantido, um tanto surpreendentemente, mesmo pela constituinte de 1988.

A Constituição brasileira de 1934, primeira social, adotou, em boa parte, o modelo dos principais países europeus, mas teve vida curtíssima, posto que imediatamente interceptada por um golpe de Estado em 1937. Nova Constituição de cunho democrático, em 1946 e novo golpe em 1964. O autoritarismo (nomeadamente militar, mas sustentado pelos civis) registrou vigência de vinte e um anos de ordenamento ilegítimo.

A retomada da democracia no Brasil, a partir de 1985, que tem o marco da Constituição de 1988, foi resultado da reação às duas décadas de repressão e de forte desrespeito aos direitos civis e políticos (e, por conseqüência, muitos dos sociais), tal como ocorreu em diversos países da América Latina, na segunda metade do século XX. O texto constitucional de 1988 teve como norte a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como os modelos dos países

centrais europeus (que, em conjunto, estabeleceram um modelo para boa parte do mundo ocidental): França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949), seguidas de Portugal e Espanha. (Estes, em razão do salazarismo e do franquismo, retardarem para a década de 1970 a retomada da democracia).

No contexto de 1988, é explicável que o novo texto constitucional tenha pretendido preceituar uma sociedade livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos, como arrimo de um Estado Democrático que, para além de afastar as arbitrariedades e o autoritarismo, se destinasse a garantir “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]”.

Pelos mesmos motivos elencados, a Constituição estabeleceu, na qualidade de Direitos e Garantias Fundamentais – afora um conjunto de direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I, Título II) – um elenco de direitos sociais (Capítulo II, Título II) que abrange a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Como esteio dos direitos sociais, a Constituição de 1988 elegeu o trabalho um valor social (Artigo 1º, Título I) e como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É de se notar, de resto, que o labor tem primazia no âmbito dos direitos sociais constitucionais, o que ocorre, aliás, porque historicamente ele sempre capitaneou as demandas relativas aos direitos sociais em seu conjunto. Nessa compreensão, pode-se referir que os preceitos laborais são elencados nos artigos 7º a 11, na sequência do Artigo 6º, anúncio dos direitos sociais. Por isso eles se encontram alojados no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

De outro lado, vale considerar que o núcleo principiológico da organização jurídica brasileira, no intento da consecução da justiça

social no sentido mais amplo desta última, é a dignidade da pessoa humana, em torno do qual orbitam todos os demais. O lugar da pessoa humana é, portanto, o centro de toda a organização estatal e de todos os preceitos constitucionais. Há, assim, um desígnio claro de fazê-la – conforme o que dispõe a Declaração sobre o direito ao desenvolvimento (ONU, 1986) – participar ativamente dos processos do desenvolvimento e, ao mesmo tempo, desfrutar dos resultados desses processos que, em absoluto, não prescindem dos direitos sociais.

Há que se considerar, por outro norte, que o papel do Estado é imprescindível na determinação e efetivação dos direitos sociais, os quais fazem interface nítida com os processos do desenvolvimento, onde, por óbvio, a atuação estatal é igualmente determinante.

O fundamento das políticas públicas, como informa Bercovicci (2006, p. 144), “[...] é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado [...]”, em outros termos, de efetivação dos direitos sociais. “O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais”.

A administração pública deve estar voltada para a implementação de políticas que vinculem a estrutura administrativa aos fins determinados pela Constituição. Ocorre que, conforme observa Bucci (2002, p. 241), conquanto a questão esteja vinculada à gestão, o problema que dela exsurge não é de ordem administrativa e, sim, política. Parece ser também esse o sentido do que anota Bercovicci (2006, p. 158), quando assere que, para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliando suas funções e readequando seus órgãos e estrutura.

Os direitos sociais são suporte para o desenvolvimento e, por isso, tal como o direito ao desenvolvimento, não comportam

exclusões. De resto, a marginalização de uma camada da sociedade constitui obstáculo ao desenvolvimento, sendo igualmente verdade que um país dito desenvolvido não terá jamais parte de sua população à margem da subsistência material e completamente descartada da participação política, em lato sentido.

A avaliação do desenvolvimento, de resto, não mais se faz através dos índices relativos ao Produto Interno Bruto (PIB) – cuja informação se volta basicamente para o crescimento econômico –, mas de outros indicadores que se destinam à verificação do desenvolvimento humano, a exemplo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que estabelece comparações entre países com o objetivo de medir o grau de desenvolvimento econômico e social, como resultado da qualidade de vida oferecida às populações. É nítida, assim, a imbricação que se faz entre os direitos sociais e o desenvolvimento.

Em outros termos, os direitos sociais garantem a evolução de compreensão da vida em sociedade, sustentada pelos princípios da igualdade e da solidariedade em simultaneidade. Não se trata, portanto, apenas de atribuir aos mais necessitados os meios de prover sua subsistência. Nem se trata de transferir a caridade dos mais aquinhoados para a responsabilidade do Estado (o que, entretanto, vale dizer, representa um avanço nada desprezível). Significa, também, uma diferença de conceito: os direitos sociais têm uma proposta inclusiva, desde seu surgimento: a abertura de oportunidades para a participação de todos.

Conquanto não esteja nos fitos deste texto uma efetiva abordagem do neoliberalismo e suas conseqüências nos direitos sociais, não se pode deixar de mencioná-los, ainda que brevemente.

Os direitos sociais enfrentam, há algumas décadas, as investidas, em nível mundial, da idealização e inserção no debate e nas práticas políticas, assim como na construção do direito e

no conjunto das instituições que a este dão suporte, da proposta neoliberal e suas repercussões.

Essa proposta perpassa toda a vida em sociedade e, não raras vezes, consegue alterar tanto a dimensão dos direitos sociais como as disposições da atuação do Estado nas ações e políticas públicas voltadas para o norte dos direitos em questão. Isso porque, na ótica do neoliberalismo, os referidos direitos são instrumentos de combate ao capitalismo e de imposição de óbices ao sucesso deste. Assim, a corrente neoliberal nega as narrativas históricas segundo as quais foram os direitos de segunda dimensão e, notadamente, os sociais, que garantiram a justificação e a humanização do capitalismo.

Há de se reconhecer que a referida proposta e sua concretização, em diversos cantos do mundo, impactaram os direitos sociais, não apenas obstaculizando seu crescimento, mas muitas vezes provocando seu real retrocesso. De igual forma – e como conseqüência lógica – produzem o mesmo efeito no direito humano ao desenvolvimento, o qual não se materializa e não se exerce sem a inclusão social, esta que, por sua vez, não prescinde dos direitos sociais.

Em que pese a desigualdade da correlação de condições entre as parcelas das sociedades que, nos mais diversos pontos do planeta, lutam, por um lado, pela adoção universal do modelo neoliberal e, por outro, pela manutenção dos direitos sociais em Estados democráticos de direito, um arcabouço relevantíssimo de direitos previdenciários, assistenciais e laborais tem sido resguardado, ao menos nos países que tradicionalmente adotaram um conjunto consistente de direitos sociais. Dessa mesma forma, um aspecto relevante da questão tem persistido: as constituições sociais dos países mencionados, malgrado o contexto, têm se mantido à margem de perdas drásticas.

5 CONCLUSÕES

A trajetória de surgimento dos direitos sociais, assim como a transição do Estado liberal para o social é marcada por uma tomada de consciência das sociedades europeias, consciência essa que se espalha, notadamente, para boa parte do espaço geográfico Ocidental.

Importante notar que o constitucionalismo social – base do Estado social e sustentáculo dos direitos sociais – denota com clareza que as sociedades, a partir do início do Século XX, reconhecem que o Estado deve ser, em última análise, responsável pela sorte de seus cidadãos. Com efeito, a partir de então, as Constituições não têm mais o papel de tão somente organizar o Estado, mas cabe-lhes, a mais, indicar os deveres deste último para com os seus cidadãos, inclusive e sobretudo, em termos prestacionais.

Ao longo do Século XX, como exposto no corpo deste texto, as Constituições passaram a conter preceitos sociais, iniciando pelos direitos laborais e previdenciários. No que se refere aos laborais, especialmente porque a classe trabalhadora esteve na vanguarda da luta por direitos a melhores condições de trabalho e vida e, no que concerne aos previdenciários (comportando algumas modalidades de prestações sociais), porque tanto satisfazia à classe trabalhadora quanto contemplava os demais membros da sociedade.

Para se desincumbir a contento desses seus deveres, o Estado traça um planejamento de desenvolvimento, assim como estabelece ações e políticas públicas que atendam a todas as necessidades de seus cidadãos, desde aqueles que se tornaram tradicionais – posto que ao longo do Século XX tornaram-se objeto clássico de planejamento, a exemplo da saúde, da educação, da previdência social e da assistência social – quanto aqueles que o Estado pode estabelecer como medidas protetivas daquelas parcelas da população que carecem de maior resguardo.

Todavia, tão importante quanto o estabelecimento dos direitos sociais e a garantia de sua efetivação – o que nem sempre se constata, visto que os direitos sociais são, em grande parte, prestacionais, dependendo, portanto, de recursos públicos para sua concretização – é a mudança de compreensão a respeito do que constituem os direitos de segunda geração ou dimensão. Como já se referiu no corpo do texto, os direitos do indivíduo (civis e políticos) e os direitos sociais não se contrapõem. Ao inverso disso, servem de suporte uns aos outros. Não se deve, entretanto, negar que o adicionamento dos direitos sociais aos civis e políticos inicia a abertura das sociedades para as reflexões sobre a distribuição de rendas e de oportunidades e, em suma, sobre a inclusão social.

As constituições sociais nem sempre foram democráticas, mas a partir do final da Segunda Guerra Mundial, os países ocidentais que passaram por regimes autoritários, restabeleceram suas democracias e as conformaram com preceitos de direitos humanos. Dessa forma, os textos constitucionais reservaram espaço central à dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988 tem-na como princípio nuclear, o que deixa ainda mais patente que os direitos sociais ocupam um lugar de destaque no ordenamento brasileiro. Com efeito, não há que se pensar em dignidade humana quando o Estado não estabelece a justiça social como meta prioritária.

Para alcançar a justiça social, um dos suportes da dignidade humana (princípio que, por óbvio, não comporta exclusão), o texto constitucional de 1988 informa, desde seu Preâmbulo, que ali se está instituindo um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Data de Submissão: 09/08/2016
Data de Aprovação: 05/03/2017
Processo de Avaliação: Open Review com Aprovação do Conselho Editorial
Expedição do Convite: 09/08/2016
Editor Geral: Ernesto Pimentel
Editor de Área: Jailton M. de Araújo
Diagramação: Emmanuel Luna

6 REFERENCIAS

BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dalari et al (Orgs). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: LO MONACO, Gaetano et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BOUVIER-AJAM, Maurice. **Histoire du travail en France: depuis la Révolution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

BUCCI, Maria Paula Dalari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen - 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 26 jun. 2016.

ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In PINSKY, J. e PINSKY, C. B (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES - ONU. **Déclaration universelle des droits de l'homme**. New York, 1948. Disponível em: http://www.unesco.org/education/nfsunesco/doc/droits_homme.htm. Acesso em: 25 jun. 2016.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES - ONU. **Déclaration sur le droit au développement**. New York, 1968. Disponível em: <http://www.un.org/fr/events/righttodevelopment/> 08 jun. 2016.

PERES LUÑO, Antonio Henrique. **Dimensiones de la igualdad**. Madrid: Dykinson., 2005.

PIKETTY, Thomas. **A econômica da desigualdade**. Tradução André Telles. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

Social Rights: from Liberal State to Social State

Maria Aurea Baroni Cecato

Armando Albuquerque de Oliveira

Abstract: Starting from a conceptual and theoretical-narrative research, this text aims at demonstrating the trajectory of the social rights, since the historic conditions which/that precede its acknowledgement, although referring to the facts that originate them; going through the paths that binds directly to their appearance and to the institutions that sustain them, until their conformation as a social State, especially in the social democratic. One observes that the values of the social rights are not only the ones which constitute the means for reducing the material disparities, but also the comprehension that they carry an inclusive proposal, reserving opportunities and guaranteeing effective participation in the society to all, and corroborating the principle of human dignity, one of the North of modern constitutionalism.

Key-words: Social Democracy; Human development; Social inclusion.

La Legitimación en la Impugnación Colectiva de los Despidos por Causas Econômicas, Organizativas, Técnicas o de Producción

MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA

Personal Investigador en Formación (PIF), del Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología da Universidad de València, Espanha

Email: bomade@uv.es

Resumen: Una de las instituciones claves en todo sistema de relaciones laborales es, sin lugar a dudas, la extinción del contrato de trabajo. Y el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción constituye uno de los mecanismos de extinción más importantes y complejos de la regulación del Derecho del Trabajo, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal. El papel autorizante de la autoridad laboral desapareció, salvo en los casos de fuerza mayor que se mantiene, y como consecuencia de ello, la regulación procesal laboral ha tenido que ser adaptada, pues se han visto afectados determinados preceptos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), entre ellos los relativos a la impugnación del despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción regulada en el artículo 124 LRJS. La complejidad de esta nueva modalidad procesal hace indispensable abordar el estudio de la legitimación, siendo el objeto del presente trabajo analizar la regulación normativa respecto de los distintos sujetos que ostentan legitimación para incoar el procedimiento regulado en el artículo 124 LRJS, así como la legitimación pasiva y las principales dudas interpretativas que su aplicación genera.

Palabras clave: Despido Colectivo; Legitimación; Impugnación; Autorización Administrativa.



La Legitimación en la Impugnación Colectiva de los Despidos por Causas Económicas, Organizativas, Técnicas o de Producción

María Desamparados Bohigues Esparza

1 INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones claves en todo sistema de relaciones laborales es, sin lugar a dudas, la extinción del contrato de trabajo¹. Y el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción constituye uno de los mecanismos de extinción más importantes y complejos de la regulación del Derecho del Trabajo, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal.

En efecto, la lectura de la normativa vigente, evidencia que la modalidad procesal para impugnar un despido colectivo es muy compleja y plantea muchos interrogantes interpretativos. De hecho, el legislador ha tratado de resolverlos a juzgar por las diferentes modificaciones que ha sufrido el precepto en un intervalo de tiempo relativamente breve. A pesar de tales modificaciones, el sistema sigue sin tener la claridad necesaria en diferentes aspectos, y entre ellos, el relativo a la legitimación.

Así pues, el tratamiento de la legitimación en el procedimiento del artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS), constituye uno de los puntos que presenta mayores dudas interpretativas. Estas dudas ya estaban presentes en la redacción dada por el RD Ley 3/2012, de 10 de

1 En este sentido, por ejemplo, NORES TORRES, L. E. (2013), "La extinción de contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012", *Arxius de ciències socials*, núm. 28, p. 57.

febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y han tratado de resolverse en las modificaciones posteriores.

No obstante, y aunque se han ido subsanando algunas de las dudas interpretativas que plantea la legitimación, la regulación existente sigue planteando serios problemas. Tales problemas afectan tanto a la legitimación activa como a la pasiva. Alguno de ellos ha sido resuelto mediante los pronunciamientos judiciales que se han ido dictando tras su aprobación.

Pues bien, el objeto de este trabajo, es realizar un análisis normativo de la legitimación para impugnar un despido colectivo regulado en el artículo 124 LRJS, donde se regula la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción. Asimismo, se estudiará el tratamiento de la legitimación pasiva, pues el artículo 124 LRJS confiere legitimación pasiva además de al empresario a diferentes sujetos, dependiendo de quién de ellos ostente la legitimación activa y del acuerdo alcanzado o no, en el período de consultas.

La metodología utilizada para la realización de este estudio, consiste, en la aplicación del método jurídico doctrinal.

Para ello, de entrada, se realizará un análisis normativo de los preceptos previstos en artículo 124 LRJS, donde se regula la legitimación para impugnar un despido colectivo. Por otra parte, una vez identificados los problemas hermenéuticos que esta regulación presenta, para su solución se recurrirá a la interpretación dada por los tribunales que resuelvan las controversias planteadas y la doctrina científica que ha estudiado la materia.

Así pues, en materia de legitimación activa, la cuestión fundamental a tratar es la relativa a quién o quienes están legitimados para incoar el proceso de impugnación colectiva, pues aunque la modalidad procesal regulada en el artículo 124

LRJS, reconoce legitimación a la representación unitaria y a los representantes sindicales, se plantean varias cuestiones en torno a la legitimación de los representantes de los trabajadores.

En primer lugar, la relativa a la legitimación de la comisión *ad hoc* elegida por la plantilla en los supuestos de ausencia de representación de los trabajadores conforme a lo previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), o más recientemente, la relativa a la legitimación de una sección sindical creada *ad hoc* que no participó en el período de consultas.

En segundo lugar, la relativa a la legitimación de los representantes sindicales, pues la misma queda supeditada a que éstos tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, habida cuenta que para poder impugnar la decisión extintiva deben constatar un nivel mínimo de implantación. El requisito de exigir ese nivel de implantación en el ámbito del despido se justifica porque si no fuera así, cualquier sindicato, con independencia del nivel de implantación se convertiría en guardián abstracto de la legalidad².

Otra de las cuestiones que me ha suscitado un interés especial, es la relativa a la legitimación "*subsidiaria*" del empresario, que se configura como un supuesto de acción declarativa. Así pues, el apartado 3 del artículo 124 LRJS concede al empresario legitimación para que su propia decisión extintiva sea o no declarada ajustada a derecho con la consecuencia de los efectos de cosa juzgada que tendrá la sentencia declarativa que se dicte, supeditando esta acción a que la decisión extintiva no haya sido impugnada por los representantes de los trabajadores ni por la autoridad laboral en los casos que ésta aprecie dolo, coacción, fraude y abuso de derecho.

2 Al respecto, vid. GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), "Aspectos procesales de la reforma: Despido Colectivo y otras cuestiones", en A. Montoya Melgar y J. García Murcia, (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, p. 322, y bibliografía por ella citada.

Asimismo, la LRJS también reconoce legitimación a la autoridad laboral para intervenir en el proceso de despido colectivo. Este reconocimiento, resulta coherente con el papel que desempeña la autoridad laboral en la tramitación de los despidos colectivos. En efecto, y aunque tras la reforma del año 2012 haya desaparecido el papel autorizante que antes tenía, algo que mantiene hoy en día de forma marginal para las extinciones por fuerza mayor, la autoridad laboral sigue ocupando un papel de relevancia en la tramitación del despido colectivo.

Por último, el art. 124 LRJS en principio, deja fuera de la legitimación activa en el proceso colectivo, la impugnación por los trabajadores individuales. Éstos deberán presentar sus demandas individuales que se rigen por lo establecido en los artículos 120 a 123 LRJS, con las especialidades previstas en el apartado 13 del artículo 124 LRJS.

No obstante, una parte de la doctrina³ ha cuestionado esta afirmación con motivo de una sentencia⁴, que permitió, que en el proceso colectivo seguido a instancia del empresario, se personasen los trabajadores afectados individualmente.

Éstas son las cuestiones que se estudiarán en este trabajo. Para ello se ha recurrido a la doctrina científica que ha estudiado la materia y a la interpretación dada por los tribunales que resuelven las controversias planteadas.

No será objeto de este estudio, la legitimación en la impugnación de los despidos colectivos por fuerza mayor, para los que se sigue manteniendo la exigencia de autorización administrativa, mediante resolución de la autoridad laboral que

3 TARREGA POVEDA, J. (2012), "Legitimación activa en la nueva modalidad procesal del despidos colectivos", *Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 402-403.

4 STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012, proc. 2/2012.

constate la existencia de la causa alegada por la empresa como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo.

2 ESTADO DE LA CUESTIÓN

El control judicial de los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE en adelante), para la impugnación de la autorización administrativa que resuelve un expediente de regulación de empleo, había estado tradicionalmente reservado al Orden Contencioso-Administrativo⁵.

La Disposición Adicional quinta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, modificó el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (LPL) y atribuyó al Orden Social la competencia sobre la revisión de los actos administrativos en materia laboral, entre ellos, la impugnación de las autorizaciones en materia de despidos colectivos, que pasan a depender del Orden Jurisdiccional Social, tal como había venido reclamando con insistencia un sector de la doctrina científica⁶.

Sin embargo, las cosas no sucedieron como se preveía. Así, la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo un nuevo párrafo en el art. 3 LPL, en el que se preveía que en el plazo de 9 meses el gobierno presentaría un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento laboral unas modalidades específicas para tramitar este tipo de litigios⁷.

El plazo de 9 meses establecido en la Ley 50/1998 no llegó nunca a materializarse y de esta forma, quedó aplazada la entrada en vigor de la atribución competencial al Orden Social.

5 BLASCO PELLICER, A. (2005), "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en A. Blasco Pellicer, (dir.), *El proceso laboral*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 657-658.

6 *Ibid, op. cit.*, p. 657-658.

7 *Ibid, op. cit.*, p. 659.

No fue sino hasta el año 2011, cuando se hace efectivo ese traspaso de competencias. En efecto, la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, materializa la atribución al Orden Social del control de los expedientes de regulación de empleo y eso se ejecutaba mediante la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral. La vía para llevar a cabo esa impugnación era doble. Por una parte a través del art. 2 n) LRJS mediante el procedimiento previsto en los artículos 151 y 152 LRJS de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales. Por otra parte, siguiendo una tradición previa, el art. 124 LRJS regulaba la impugnación de los expedientes de regulación de empleo no autorizados.

Unos meses más tarde, la reforma del mercado de trabajo aprobada por el RD Ley 3/2012, al suprimir la necesidad de la autorización administrativa para llevar a cabo un despido colectivo, modificó completamente este régimen de impugnación. Al desaparecer la autorización administrativa, por una parte se altera el sistema de impugnación del art. 151 y 152 LRJS, por otra parte se reforma el art. 124 LRJS diferenciando la vía colectiva de la individual, regulando la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo, en la Sección 2ª, del capítulo IV, del Título II de la LRJS, bajo la rúbrica: *Despidos Colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*.

Posteriormente, la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, volvió a incidir en este precepto, aprobando algunas de las enmiendas durante la tramitación parlamentaria del RD Ley 3/2012.

Otras reformas posteriores han vuelto a reincidir en esta materia, como por ejemplo, la operada por el RD Ley 11/2013 de 3 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Así pues, las modificaciones introducidas en la LRJS, según el preámbulo de la Ley 3/2012, se justifican en la necesidad de introducir mejoras técnicas en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos, para evitar la litigiosidad y la saturación de los órganos jurisdiccionales del orden social, cumplir con el principio de celeridad consagrado legalmente y propiciar una mayor seguridad jurídica.

Sin embargo, el art. 124 LRJS no ha parado de sufrir modificaciones, justificadas en su mayoría por necesidades de urgencia, lo cual ha creado un panorama normativo muy complicado, que en ocasiones, presenta problemas de coordinación por falta de precisión, con vacíos legales, creando, cuando menos, una elevada inseguridad jurídica para empresarios y trabajadores.

Pues bien, la modalidad procesal para impugnar un despido colectivo es muy compleja y plantea muchos interrogantes interpretativos. En efecto, el tratamiento de la legitimación en el procedimiento del artículo 124 LRJS constituye uno de los puntos que presenta mayores dudas interpretativas.

3 LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 124 LRJS reconoce legitimación para incoar el proceso de impugnación colectiva, a distintos sujetos. En efecto, de entrada, a los representantes de los trabajadores, en segundo lugar, también se le reconoce al empresario y por último a la autoridad laboral que también aparece como sujeto legitimado para iniciar el proceso.

3.1 Legitimación de los representantes de los trabajadores

De entrada, como decía el artículo 124 LRJS en la redacción introducida por el RD Ley 3/2012, atribuía la legitimación activa, a los “representantes legales o sindicales”, por lo que parecía

distinguir, a unos de otros, dando a entender que los representantes sindicales no son legales. Ahora bien, está claro que no es así, pues ambas figuras han sido creadas por el legislador.

La explicación puede deberse a que cuando fue aprobado el Estatuto de los trabajadores (ET en adelante), en 1980, norma anterior a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto, de 1985, (LOLS en adelante), en la que se regula la representación sindical, los únicos representantes regulados por ley, eran los unitarios, pero posteriormente con la aprobación de la LOLS, esto ya no fue así. Por ello, la expresión legal debe entenderse omnicomprendiva de la representación unitaria (delegados de personal, comité de empresa o comité intercentros, en su caso) regulada en los artículos 62 y ss. ET y de la representación sindical.

De hecho, esto fue modificado por la Ley 3/2012, que ya no distingue entre representantes legales o sindicales, siendo la redacción del mismo: *La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.*

3.1.1 Representación unitaria

Por lo que respecta a la representación unitaria, para determinar que sujetos ostentan legitimación activa, habrá que distinguir si el período de consultas ha concluido con acuerdo o no.

En el caso de que el período de consultas haya concluido sin acuerdo, estarán legitimados activamente los representantes unitarios, delegados de personal o comité de empresa.

Para el caso de que el período de consultas concluya con acuerdo, serán los representantes unitarios no firmantes o disidentes del mismo, los que ostentarán la legitimación activa. Puesto que

el apartado 4 del art. 124 LRJS establece un litisconsorcio pasivo necesario debiendo demandar a los firmantes del mismo. Y si éstos fueran los representantes unitarios no podrían actuar como demandantes y como demandados, pues lo contrario contraviene el principio general del derecho que prohíbe *venire contra factum proprium*, a no ser que hubieran existido vicios en el acuerdo (dolo, coacción, fraude o abuso de derecho) por quienes suscribieron el mismo y hubieran sido constatados con posterioridad a la firma, en cuyo caso habría que conferirles la posibilidad de impugnarlo⁸. Pues aunque se ha previsto un cauce específico a través de la autoridad laboral, nada impide a los representantes unitarios impugnar la decisión extintiva por vicios en el consentimiento sufridos en el período de consultas y constatados posteriormente a su finalización.

Otra cuestión más específica que se plantea referente a los representantes unitarios, es si los miembros del comité o delegados de personal en su caso, tienen legitimación activa para accionar la impugnación del despido colectivo de manera mancomunada o por mayoría en caso del comité.

Pues bien, la SAN⁹ establece que no tienen legitimación activa, dos miembros del comité de empresa para actuar como órgano colegiado y por tanto, sólo puede ejercer acciones administrativas o judiciales en lo relativo a sus competencias por decisión mayoritaria de sus miembros. Asimismo, la STS¹⁰ resuelve un supuesto de falta de legitimación activa en el que se interpuso demanda por el presidente del Comité de empresa sin que se acreditara de manera fehaciente que actuaba como órgano colegiado.

8 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), "El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012", *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 2, *op. cit.*, p. 19.

9 SAN de 11 de marzo de 2013, proc. 10/2013.

10 STS de 21 de enero de 2016, rec. 200/2015.

En el mismo sentido, se pronuncia el TS¹¹ en demanda interpuesta por un delegado de personal, apreciando la excepción de falta de legitimación activa, no pudiendo en consecuencia actuar unilateralmente, puesto que estamos ante un órgano unipersonal de carácter mancomunado y un delegado de personal no puede actuar en representación del resto, en cuanto son titulares de una representación colectiva.

Para el caso de que la empresa cuente con varios centros de trabajo y exista en la misma comité intercentros, éste ostentará legitimación activa para incoar el proceso, siempre que se le haya previsto dichas funciones mediante la negociación colectiva, es decir mediante convenio colectivo.

En relación también con las mayorías, en el caso del comité intercentros, alguna sentencia¹² ha señalado que estarán legitimados activamente para impugnar la decisión extintiva bastando para ello, que la certificación del acta que emite dicho comité y relativa a la decisión de impugnar la medida extintiva, se halle debidamente firmada por el Presidente y por el Secretario del Comité, lo que ya sería suficiente para considerar correctamente adoptada la decisión con la conformación de la mayoría, según previene el artículo 65.1 ET en relación con los apartados dos y tres de su art. 63 para los comités intercentros.

3.1.2 Representación sindical.

En la anterior redacción del art. 124.1 LRJS, dada por el RD Ley 3/2012, se establecía la legitimación activa para impugnar la decisión empresarial a los representantes legales o sindicales de los trabajadores sin efectuar alusión alguna al nivel de implantación en el ámbito del despido.

11 STS de 25 de febrero de 2015, rec. 36/2014.

12 STSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2012, proc. 13/2012.

Posteriormente, y tras la implementación de la Ley 3/2012, el art. 124.1 LRJS reconoce legitimación activa a los representantes sindicales. Ahora bien, se supedita la legitimación a que éstos tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, pues para poder impugnar la decisión extintiva deben constatar un nivel mínimo de implantación. El requisito de exigir ese nivel de implantación en el ámbito del despido se justifica porque sino fuera así, cualquier sindicato, con independencia del nivel de implantación, se convertiría en guardián abstracto de la legalidad¹³.

Así pues, el primer punto a tratar será qué significado tiene el concepto de implantación.

El concepto de implantación, no es un concepto novedoso, fue definido por el TC¹⁴ y ha sido desarrollado tanto por la doctrina constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵. Posteriormente éste fue importado por la LOLS y por la LRJS en su artículo 17 y se puede traducir como *el vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, entendiéndose que también se tiene legitimación suficiente para accionar cuando el sindicato en cuestión posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto*¹⁶.

Una vez definido el concepto de implantación, hay que tener en cuenta que las secciones sindicales están constituidas por los trabajadores afiliados a un sindicato. De acuerdo con el art. 8 LOLS éstas podrán actuar como interlocutores ante la dirección de la empresa cuando así lo acuerden, siempre que tengan la

13 Al respecto, vid. GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), *op. cit.*, p. 322, y bibliografía por ella citada.

14 STC 101/96 de 11 de junio de 1996, rec. 1849/1994.

15 STS de 20 de marzo de 2012, rec. 71/2010.

16 LLUCH CORELL, F. J. (2012), "La impugnación de los despidos colectivos tras la Ley 3/2012, de 6 de julio: una aproximación al art. 124 LRJS (I)", *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, EDB 2012/215725, p. 3.

representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del art. 51.2 ET. A este respecto, el ET otorga a los sindicatos la facultad de negociar en el período de consultas, pero al mismo tiempo, exige a dichos sindicatos o secciones sindicales, una mayoría a nivel de empresa o centro de trabajo.

A partir de ahí, alguna postura¹⁷ basándose en la mayoría exigida por el art. 51.2 ET, entiende que las secciones sindicales podrán presentar demanda, asimilando dicha mayoría al nivel de implantación suficiente que exige la LRJS. En otras palabras, sólo contarían con legitimación las secciones sindicales que tuviesen mayoría en los órganos de representación unitaria.

En contraposición¹⁸ a esta postura, también se ha defendido que la representación sindical estará legitimada aunque no tenga mayoría en los órganos de representación unitaria, y es que, esta exigencia sólo aparece para su intervención como interlocutores en el período de consultas ante la dirección de la empresa, pero no en el precepto de la legitimación procesal. Desde esta perspectiva, las secciones sindicales, podrán impugnar la decisión extintiva, pudiendo hacerse ello, por diferentes vías, como por ejemplo acreditando su presencia, no necesariamente mayoritaria en los órganos unitarios, o, en su caso, un nivel de afiliación adecuado entre los trabajadores afectados.

Esta interpretación, a mi juicio, parece más respetuosa, y es acorde con la regulación contenida en el artículo 17 LRJS, que otorga a los sindicatos legitimación activa para accionar en cualquier proceso siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate.

17 MANEIRO VÁZQUEZ Y. (2013), "La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012 (1)", *Actualidad Laboral*, núm. 3, p. 4.

18 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), "El procedimiento de impugnación...", *op. cit.*, p. 19.

Asimismo, la doctrina¹⁹ ha señalado que resulta más respetuoso con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Por el contrario, si el sindicato no acredita esa implantación por alguna de las vías señaladas, se entenderá que carece de legitimación. Así, se ha pronunciado ya la SAN²⁰ aplicando la doctrina del TS²¹ en materia de conflicto, a propósito de un despido colectivo que afecta a dos centros de trabajo, rechazando la legitimación de un sindicato por no acreditar que contase con representantes ni afiliados en dichos centros y ello a pesar de tener presencia en otros centros no afectados.

En el mismo sentido, se pronuncia el TS²² en un supuesto cuya demanda se interpone por un sindicato minoritario, que cuenta con una sección sindical que se constituye tres días antes de la primera reunión del período de consultas, sin que la misma acreditara un nivel de implantación suficiente, pues según el número de afiliados (10 trabajadores de una plantilla de 125; 8% en total) no permite el cumplimiento de lo exigible al respecto y la mera constitución de una sección sindical no acredita dicho nivel de implantación, pues tan sólo evidenciaría que la sección sindical cuenta con algún afiliado.

Asimismo, carece de legitimación activa, por no acreditar representatividad ni implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, un sindicato constituido con posterioridad a las elecciones sindicales, ya que sus representantes fueron elegidos por otro sindicato antes de su constitución, aun cuando cuenta con 14 representantes unitarios, la existencia de una sección sindical y habiendo formado parte de la comisión negociadora, no siendo

19 PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), *El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/2012, de 6 de julio*, Albacete, Bomarzo, p. 33.

20 SAN de 12 de junio de 2013, proc. 143/2013.

21 STS de 12 de mayo de 2009, rec. 121/2008.

22 STS de 21 de octubre de 2015, rec. 126/2015.

relevante el número de representantes unitarios pues no permite medir la representatividad al haber accedido éstos a su cargo en un momento anterior a la propia constitución del sindicato, dado que en el momento en que dichos trabajadores optaron a esos cargos y fueron elegidos, pertenecían a otro sindicato, por lo que los electores no pudieron avalar a un sindicato entonces inexistente²³.

Otro de los problemas que se ha planteado en materia de legitimación activa, es la intervención como interesados en el proceso de aquellos representantes sindicales que pudieron impugnar la decisión extintiva y no lo hicieron. Así, la SAN²⁴ interpretó, que si bien los sindicatos accionantes ostentaban un interés legítimo, en virtud del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC en adelante) y 17 LRJS, no es posible dicha intervención, pues ésta, queda supeditada a que esté prevista expresamente en la Ley. Aunque literalmente el artículo 17 no alude única y exclusivamente a la LRJS, sino a que dicha intervención esté establecida en las leyes.

Y según la SAN²⁵ el artículo 124 LRJS no contempla tal posibilidad, por lo que estima la excepción de falta de legitimación de los sindicatos que fueron llamados como interesados. Asimismo, argumenta la Sentencia, que no cabe la extensión por analogía a la regulada en los procedimientos de conflicto colectivo, cuya previsión se establece en el artículo 155 LRJS, que expresamente confiere a los sindicatos más representativos o representativos personarse en un proceso aun cuando no lo hayan promovido.

Sin embargo, esta sentencia fue anulada por el TS²⁶, que interpretó, la actitud “proactiva” del legislador respecto de la intervención procesal de los sindicatos, argumentando que el

23 STS de 17 de junio de 2015, rec. 232/2014.

24 SAN de 8 de julio de 2013, proc. 180/2013.

25 SAN de 8 de julio de 2013, proc. 180/2013.

26 STS de 28 de enero de 2015, rec. 35/2014.

artículo 124 LRJS no puede ser interpretado al margen de otras normas procesales cuya *integración sistemática es ineludible*. Así pues, el TS desestima la excepción de falta de legitimación, aplicando los artículos 17.2 y 155 LRJS, sobre intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, el artículo 7 de la Constitución Española y el art. 13 LEC, este último supletoriamente aplicable para los aspectos concretos que no estén contemplados en las normas laborales citadas.

En consecuencia, el TS anula la sentencia dictada en la instancia²⁷, a fin de que dicte nueva resolución en la que tome en consideración mediante la figura de intervención adhesiva, las alegaciones así como las pruebas articuladas y practicadas por los sindicatos llamados al proceso, aunque su posición quedará subordinada a la de los demandantes, no pudiendo variar el contenido de la pretensión ni hacer modificaciones sustanciales puesto que ni siquiera el propio demandante puede hacer (art. 85.1 in fine LRJS).

En el mismo sentido, se pronuncia el TS²⁸ en una cuestión similar a la anterior, siendo esta sentencia objeto de singular atención, pues un sindicato que no suscribió el acuerdo alcanzado en el período de consultas, fue demandado, y desde su posición de no firmante, se allanó a la decisión del sindicato demandante. Pues bien, la SAN²⁹ en la instancia permitió que dicho sindicato permaneciera en el proceso, considerando que la irregularidad cometida por los sindicatos accionantes no desvirtuaba la pretensión de la demanda, pues su posición en el mismo fue en calidad de demandante adhesivo, haciendo suyas las alegaciones de estos sindicatos, pero sin entrar a conocer sobre causas nuevas de pedir, no pudiendo posteriormente en el recurso de casación interpuesto,

27 SAN de 8 de julio de 2013, proc. 180/2013.

28 STS de 28 de enero de 2015, rec. 16/2014.

29 SAN de 4 de julio de 2013, proc. 169/2013.

sostener autónomamente la pretensión subordinada del sindicato en cuestión, pues la parte demandante desistió al llegar a un acuerdo con la empresa posteriormente a la admisión del recurso de casación, siendo éste desestimado por carencia sobrevenida de objeto.

En fin, para concluir con la representación sindical, al igual que sucede con la unitaria, habrá que diferenciar la legitimación dependiendo de cuál ha sido el resultado final del período de consultas.

Si el período de consultas concluyó sin acuerdo, la legitimación activa la ostentarán las secciones sindicales con implantación en el ámbito del despido, independientemente de que hayan intervenido o no en la negociación, pues podría existir alguna sección sindical que hubiera sido apartada del mismo, por tanto se le debe conceder la posibilidad de impugnar siempre que su nivel de implantación sea suficiente.

Si el período de consultas concluyó con acuerdo, también las secciones sindicales con implantación suficiente que no hayan firmado el mismo, estarán legitimadas activamente para impugnar la decisión colectiva extintiva, pues como se ha visto, si firmaron el acuerdo deberán ser demandadas de acuerdo con el art. 124.4 LRJS.

3.1.3 Comisión *ad hoc*.

Para el caso de que en la empresa o centro de trabajo afectado por el despido colectivo, no exista representación unitaria ni sindical, uno de los interrogantes que se ha planteado, es si la comisión de representantes de los trabajadores *ad hoc* elegida por la plantilla conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 y 51.2 párrafo sexto del ET, ostenta legitimación activa para interponer la demanda colectiva del art. 124 LRJS, pues nada dice la ley a este respecto.

En principio, podría entenderse que las citadas comisiones carecen de capacidad para intervenir como parte demandante en

cualquier tipo de proceso. En este sentido, el silencio del art. 16 LRJS llevaría a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Pues bien, el art. 6.1.5 LEC dispone que las entidades sin personalidad jurídica sólo tendrán capacidad para ser parte, cuando la ley se la reconozca.

Algún autor³⁰ defiende, que el ordenamiento laboral no reconoce expresamente legitimación activa para demandar a las comisiones *ad hoc*, pues sólo les reconoce legitimación pasiva en el supuesto de que hubieran intervenido en el período de consultas y el mismo haya finalizado con acuerdo.

En la misma línea³¹, se argumenta que el artículo 51.2 ET carece de toda mención procesal y tiene como propósito dotar a los trabajadores de representación “para el período de consultas” así como que el apartado 2 del artículo 51 ET, es un precepto sustantivo y no contiene referencia alguna al posible y futuro enjuiciamiento de la decisión de la empresa, por tanto, extender esta representación al ejercicio de acciones y deducir de ella una legitimación activa procesal, es añadir un plus a esa representación, que podría carecer de fundamento legal. Además no puede razonarse la indefensión de los trabajadores afectados porque el artículo 124.13 LRJS contempla la posible impugnación individual de la extinción del contrato decidida por la empresa, por los cauces previstos para la impugnación de la extinción del contrato por causas objetivas (artículos 120 a 123 de la propia ley).

30 PALOMO BALDA, E. (2013), “Puntos críticos del despido colectivo. Aspectos sustantivos y procesales y propuestas de reforma”, *Jornadas sobre “la devaluación de las garantías colectivas en el gobierno de las relaciones de trabajo” organizadas por UGT y el CGPJ*, p. 10.

31 GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), “Aspectos procesales de la...”, *op. cit.*, pp. 323-324.

Otro sector doctrinal³², científico³³, y judicial³⁴, ha defendido la postura contraria, concluyendo que la legitimación activa debía entenderse en términos amplios y que las comisiones *ad hoc* estarían comprendidas en el concepto de “representación legal” de los trabajadores siempre que hayan intervenido como sujetos negociadores en el período de consultas, pues si no fuera así, no ostentarían dicha representación, que es la que le otorga la capacidad para impugnar, ya que la comisión *ad hoc*, como indica su nombre, es elegida por los trabajadores de la plantilla y por tanto se podría equiparar a la representación unitaria.

Así, se destaca la amplitud de los términos empleados por el legislador, que da a entender que cualquiera de los “representantes legales” de los trabajadores podrá interponer la demanda. También, aunque no se haya previsto expresamente, la comisión *ad hoc* en defecto de representación legal³⁵.

En efecto, así lo ha entendido algún pronunciamiento³⁶ que desestima la excepción de falta de legitimación activa que alega la empresa y confirma que la comisión *ad hoc* ostenta legitimación activa al no contar los trabajadores con representación legal o sindical.

Un segundo argumento³⁷ que se ha aportado para defender esta interpretación, ha sido que no tiene sentido que la comisión *ad hoc* tuviera capacidad para extinguir los contratos y no para impugnar de forma colectiva la decisión extintiva empresarial, lo cual llevaría a una diferenciación no querida por el legislador entre las distintas

32 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), “El procedimiento de impugnación...”, *op. cit.*, p. 19.

33 PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), *op. cit.*, pp. 34,37; LLUCH CORELL, F. J. (2012), *op. cit.*, p. 4; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), *op. cit.*, 19.

34 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012; STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012, proc. 22/2012.

35 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012.

36 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012.

37 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012.

representaciones para poder accionar bajo esta modalidad procesal y que además, sería contrario al principio de tutela judicial efectiva.

Por último, y como tercer argumento, hay que recordar que la finalidad del proceso de despido colectivo es dictar una sentencia que permita dar una solución homogénea. Pues bien, negarle a la comisión *ad hoc* legitimación activa, impediría que en tales casos, en los que ésta ha intervenido, se pueda alcanzar tal solución. Por otra parte, no conferir legitimación a dichas comisiones elegidas por los propios trabajadores vulneraría el derecho de tutela judicial efectiva, y así lo ha apreciado la doctrina del TSJ³⁸ y posteriormente el TS³⁹.

En el mismo sentido ha tenido ocasión de pronunciarse el TS⁴⁰, en demanda interpuesta por el empresario, afirmando que no es causa de nulidad la no constitución de una comisión *ad hoc*, en una empresa en la que no existe ni representación unitaria ni sindical, en la que optaron por intervenir todos los trabajadores como interlocutores en el período de consultas. Pues si bien la comisión no fue creada como tal, en cierto modo existió una comisión *ad-hoc*, aunque constituida al margen de los cauces legales establecidos en el artículo 41.4 ET.

A mi juicio, el TS ha interpretado la falta de la comisión *ad hoc* de manera flexible, basándose en las circunstancias concretas del supuesto de hecho, pues si bien la empresa no advirtió a los trabajadores de su opción para constituir la comisión, el procedimiento de consultas se llevó a cabo, por lo que no pueden rechazarse las reuniones llevadas a cabo por los propios trabajadores y no por los tres representantes que podían haber sido comisionados, *siendo insostenible - en el campo de la representación voluntaria - negar*

38 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012; STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012, proc. 22/2012.

39 STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

40 STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014.

*validez a los que negocian "in proprio nomine", en contra de la posición que sostuvo la SAN⁴¹, que entendió la falta de la creación de la comisión *ad hoc*, como un vicio procedimental que conllevaría la nulidad del despido.*

No obstante, el TS⁴² aclara que no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo, que las concretas circunstancias del caso como el número reducido de trabajadores afectados; la voluntad de los mismos para negociar personalmente los despidos; y el allanamiento de casi la mitad de los trabajadores, han llevado a excluir que tal defecto pueda comportar la nulidad que le atribuye la sentencia de instancia.

En fin, en mi opinión, coincidente con la denunciada por el Ministerio Fiscal, la sentencia de instancia debió declarar la inadecuación del procedimiento por falta de legitimación pasiva, pues no existe sujeto colectivo en la posición de demandado, ya que los trabajadores individualmente considerados no pueden ser parte en el proceso colectivo tal y como se verá en el apartado siguiente y en el de legitimación de los trabajadores singularmente considerados, por lo que la empresa carece de acción quedando al margen del proceso regulado en el artículo 124 LRJS.

3.2 Legitimación del empresario

Una de las cuestiones más novedosas que presenta el art. 124 LRJS es la relativa a la legitimación *subsidiaria* reconocida al empresario, algo que se configura como un supuesto de acción declarativa o de jactancia, que puede interponerse en el plazo de

41 SAN de 20 de diciembre de 2013, proc. 401/2013.

42 STS de 23 de marzo de 2015., rec. 287/2014.

veinte días siguientes desde la finalización del plazo que tienen los representantes de los trabajadores.

Así, el apartado 3 del artículo 124 LRJS concede al empresario legitimación para interponer demanda, solicitando que su propia decisión extintiva sea declarada ajustada a derecho, con la consecuencia de los efectos de cosa juzgada que tendrá la sentencia declarativa que se dicte, supeditando ésta (por ello el carácter de subsidiado) a que la decisión extintiva no haya sido impugnada por los representantes de los trabajadores, ni por la autoridad laboral, en los casos que ésta aprecie dolo, coacción, fraude y abuso de derecho.

El reconocimiento de legitimación al empresario, pretende evitar una falta de acción colectiva que propicie que en la impugnación individual de despido, pueda discutirse sobre nulidad o ajuste a derecho del despido colectivo, con riesgo de sentencias contradictorias, al no haber sido éste impugnado. Así, la falta de interposición de la demanda por el empresario provocará que en los procesos individuales de despido se aleguen las causas no ejercitadas por dicho sujeto en el proceso colectivo⁴³.

No obstante, hay que tener en cuenta que el riesgo que asume el empresario es elevado, pues si interpone demanda se expone a que la decisión de la Sala invalide el despido adoptado⁴⁴.

En el caso de que los representantes de los trabajadores no interpongan demanda porque el período de consultas ha concluido con acuerdo y el proceso se inicie a instancia del empresario, se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁴⁵ declarando la inadecuación del procedimiento colectivo del art. 124.3 LRJS, ya que la empresa carece de acción, puesto que al existir acuerdo en el período de consultas,

43 PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), "El nuevo proceso de...", *op. cit.*, p. 36.

44 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), "El procedimiento de impugnación...", *op. cit.*, p. 20.

45 STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013.

ningún sujeto colectivo pasivamente puede entrar en el proceso para oponerse a su pretensión. No existe, por tanto, un conflicto actual sobre el despido colectivo, pues tampoco los trabajadores individualmente considerados pueden entrar en el proceso, como se verá más adelante en el apartado de la ¿legitimación de los trabajadores individuales?

Así, en estas condiciones, no puede producirse un proceso sin contradicción real del que derive una eventual decisión sobre la procedencia de los despidos, que tendrá efecto de cosa juzgada en los procesos individuales, de manera que los trabajadores quedan sin posibilidad efectiva de defensa, pues en el proceso individual la sentencia colectiva lograda sin oposición, será vinculante.

En el mismo sentido, se pronuncia el TS⁴⁶ en un supuesto en el que la empresa solicitó concurso voluntario posteriormente a la finalización del período de consultas, que finalizó con acuerdo del comité de empresa por mayoría de tres de sus miembros, impugnando la decisión extintiva la administradora concursal contra los miembros del comité de empresa, siendo éstos demandados a título individual, por lo que el TS estima la falta de adecuación del proceso al no existir sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a su pretensión, pues no se demandó al comité de empresa como tal.

No obstante, esta última sentencia⁴⁷ cuenta con un voto particular⁴⁸ que pone de manifiesto lo expuesto anteriormente, siendo irrelevante que se demandara a los miembros del comité de empresa a título individual o al comité de empresa como tal, pues en ambos casos, el proceso carecería de interés real ya que los demandados son los firmantes del acuerdo y la única finalidad del proceso sería

46 STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014.

47 STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014.

48 Magistrada Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahun.

extender los efectos positivos de la cosa juzgada a los procesos individuales promovidos por los trabajadores.

A raíz de estos pronunciamientos⁴⁹ surge la duda de cuando podrá el empresario iniciar el procedimiento, pues según el art. 124.3 LRJS sólo podrá hacerlo en el caso de que ni la autoridad laboral ni los representantes de los trabajadores lo hayan impugnado. Por tanto, si no se ha impugnado por los representantes de los trabajadores, deduciéndose que ha habido acuerdo, éstos se allanarán en la decisión extintiva ocupando la posición de demandados, por lo que el procedimiento será inadecuado. Y para el caso de que no hubiera habido acuerdo, se puede presumir, que los no firmantes del mismo habrían demandado, por lo que el empresario ya no ejercitaría su acción.

Por ello, parece que la acción del artículo 124.3 LRJS está diseñada para los supuestos en el que el período de consultas hubiera finalizado sin acuerdo, frente a aquellos que no lo suscribieron o frente aquellos que debieron formar parte del período de consultas y fueron apartados del mismo. Sin embargo, esta tesis es difícil de configurar, pues dudosamente el empresario presentará demanda contra aquellos que no han impugnado y que al mismo tiempo no formaron parte del período de consultas o no lo suscribieron, pues en mi opinión esto sería, conceder una “segunda oportunidad” a aquellos que pudieron impugnar y no lo hicieron.

Por otra parte, y al margen de lo anterior, se ha criticado que se supedite el ejercicio de la acción empresarial a la impugnación que pueda presentar la autoridad laboral, pues el objeto de ambas acciones no tiene por qué coincidir: La ejercitada por la autoridad laboral se limita a solicitar la nulidad del despido por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, mientras

49 STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013, STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014.

que lo que pretende la demanda empresarial es que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, “lo que exige un examen más amplio de la medida”⁵⁰. Pues bien, la explicación a mi juicio, puede deberse, no en cuanto al objeto de la acción sino a la finalidad de la misma, ya que el legislador ha querido dar prioridad frente al empresario, a la autoridad laboral para interponer demanda de oficio.

También ostentará legitimación para instar el despido colectivo, el grupo de empresas según la SAN⁵¹, en la que se pretendía la declaración de nulidad del despido colectivo porque se promovió por el grupo de empresas en su conjunto, y no empresa por empresa, la sentencia desestima dicha pretensión porque se acreditó que el grupo de empresas era laboral y no mercantil.

Asimismo y aunque nada dice el artículo 124 LRJS, ostentará legitimación activa la administración concursal⁵² en aquellos procesos ya iniciados por el empresario y posteriores a la declaración de concurso de la empresa, siendo necesaria su intervención de acuerdo con el artículo 51.3 de la Ley concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio, en adelante LC), sustituyendo al empresario en su posición procesal y supeditando la actuación del mismo a la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente.

3.3 Legitimación de la autoridad laboral

La LRJS también reconoce legitimación a la autoridad laboral para intervenir en el proceso de despido colectivo. Este reconocimiento se efectúa a través de dos vías diversas:

50 LLUCH CORELL, F. J. (2012), *op. cit.*, p. 5.

51 SAN de 25 de febrero de 2012, proc. 324/2012.

52 BALLESTER LAGUNA, F. (2013-c), *La impugnación del despido colectivo: en el marco del artículo 124 de la ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la jurisdicción Social*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 143.

Por un lado, la autoridad laboral está legitimada para incoar el proceso a través del procedimiento de oficio regulado en el artículo 148. b) LRJS. Ello tendrá lugar en los casos en que la misma haya apreciado dolo, coacción, abuso de derecho o fraude en la conclusión del acuerdo adoptado en el período de consultas del despido colectivo, a efectos de su declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación de desempleo.

Este reconocimiento resulta coherente con el papel que desempeña la autoridad laboral en la tramitación de los despidos colectivos. En efecto y aunque tras la reforma del año 2012 haya desaparecido el papel autorizante que antes tenía, algo que mantiene hoy en día de forma marginal para las extinciones por fuerza mayor, la autoridad laboral sigue ocupando un papel de relevancia en la tramitación del despido colectivo.

En este sentido, el papel de la autoridad laboral consiste en velar por la efectividad del período de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones pero que en ningún caso supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento. También podrá durante dicho período, a petición conjunta de ambas partes, desarrollar labores de mediación con el fin de buscar soluciones a los problemas que se planteen en el despido colectivo. Al igual podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por voluntad propia.

Al margen de lo anterior, por otro lado, el art. 124.7 LRJS permite deducir que la autoridad laboral puede intervenir en los procesos de impugnación de despidos colectivos incoados por los representantes de los trabajadores o, incluso, por el empresario. Y es

que el precepto mencionado prevé que si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores, se plantease demanda de oficio por la autoridad laboral de conformidad con lo previsto en el art. 148 b) LRJS, ésta quedará en suspenso hasta que haya sentencia firme en el proceso de impugnación del despido colectivo, sentencia que producirá efectos de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución. Por ello, este proceso de oficio no es acumulable a la demanda de despido colectivo⁵³, si bien, se permite que la autoridad laboral sea parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario.

Por lo demás, en el caso de la impugnación del empresario, hay que señalar como ya se ha visto anteriormente, que tal impugnación está subordinada a la acción de la autoridad laboral y a la de los representantes de los trabajadores y sólo en el caso de que éstos no interpongan demanda o proceso de oficio, podrá el empresario interponer demanda.

Pues bien, surge la duda, de qué sucede en el caso de que no se haya iniciado el proceso de oficio una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral pues el *dies a quo* del empresario comienza una vez transcurrido el mismo.

Por su parte, el art. 148 b) LRJS no establece ningún plazo de caducidad para ejercitar la acción de la autoridad laboral y por la redacción del art. 124.3 LRJS puede parecer que es el mismo que el de los representantes de los trabajadores, y no es así, pues ésta tiene quince días más que los representantes de los trabajadores para incoar el proceso.

Así, desde que la Inspección de Trabajo recibe la comunicación de la decisión adoptada, dispondrá de quince días para evacuar

53 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), "El procedimiento de impugnación...", *op. cit.*, p. 21.

informe, y a partir de la fecha de evacuación del mismo, en el plazo de veinte días de caducidad, la autoridad laboral podrá ejercitar la acción de incoar el proceso⁵⁴.

Por tanto, el *dies a quo* y por ende el *dies ad quem*, de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral no es el mismo, pues sólo así se entiende que pueda darse el caso de ser parte del proceso una vez iniciado por el empresario. De esta forma, sucede que el empresario habrá interpuesto demanda antes de que la interponga la autoridad laboral, no coincidiendo con la previsión del citado apartado tres, que supedita la acción del empresario a la no acción de la autoridad laboral.

En fin, si la intención del legislador que a mi juicio, era dar prioridad a la autoridad laboral frente al empresario a través de la subordinación del ejercicio de su acción, esto ya no tendría fundamento, pues no se ha previsto que el plazo de ejercicio de la acción por parte de la autoridad laboral, se superpone con el del empresario, pues si no fuese así, el empresario tendría que esperar quince días más para iniciar el procedimiento hasta que finalice el plazo de que dispone la autoridad laboral.

3.4 ¿Legitimación de los trabajadores individuales?

Como ya se ha comentado, el art. 124 LRJS en principio, deja fuera de la legitimación activa, la impugnación por los trabajadores individuales en el proceso colectivo. Éstos deberán presentar sus demandas individuales que se rigen por lo establecido en los artículos 120 a 123 LRJS, con las especialidades previstas en el apartado 13 del artículo 124 LRJS.

54 STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de Mayo de 2013, proc. 12/2013.

Una parte de la doctrina⁵⁵ ha cuestionado esta afirmación con motivo de una sentencia⁵⁶ que permitió, que en el proceso colectivo seguido a instancia del empresario, se personasen los trabajadores afectados individualmente. Los razonamientos empleados son los criterios hermenéuticos presentes en el artículo 3.1 del Código Civil (En adelante CC).

Así pues, esta postura⁵⁷ defiende en lo relativo a los antecedentes históricos, que los trabajadores individuales tradicionalmente han impugnado el despido colectivo cuando era competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a través del art. 191. a) de la Ley 29/1998, LRCA, ya que ostentaban un derecho o interés legítimo y en consecuencia se les reputaba legitimación activa. En términos parecidos, siendo ya competente el Orden Social, se pronuncia el artículo 151 LRJS en el que hasta la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, reconocía la legitimación a los destinatarios del acto impugnado.

Por una parte, respecto de la interpretación gramatical, en la redacción dada por el artículo 124.1 LRJS resulta evidente que la representación de los trabajadores “podrá” impugnar el despido colectivo, ahora bien, ello no impide las posibles impugnaciones por los propios trabajadores individuales pues el precepto no indica “sólo”.

Ciertamente, los defensores de esta postura son conscientes de que el artículo 17.1 LRJS reconoce legitimación a los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo para ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del Orden Social pero *en los términos establecidos en las leyes*, pues bien, el artículo 124.1 LRJS no

55 TARREGA POVEDA, J. (2012), “Legitimación activa en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 402-403.

56 STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012, proc. 2/2012.

57 TARREGA POVEDA, J. (2012), *op. cit.*, p. 403.

alude expresamente a los trabajadores individualmente, sino a sus representantes⁵⁸.

Por otra parte, en relación con la realidad social en la que se inserta la norma, se apela a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE que, teniendo en cuenta los antecedentes legislativos, obliga a realizar una interpretación extensiva de quienes son los sujetos legitimados para impugnar la decisión extintiva, incluyendo a los trabajadores individuales por afectarles a sus intereses y derechos legítimos, pues lo contrario, les causaría una situación de probable indefensión. Asimismo, desde el contexto jurídico donde se ubica esta norma se afirma que según literal del apartado 4 del art. 124 LRJS en caso de acuerdo también deberá demandarse a los firmantes del mismo y los que demanden deben ser “otros” y éstos no pueden ser otros que los propios trabajadores⁵⁹.

Ahora bien, esta postura es discutible y existen distintos argumentos⁶⁰ que evidenciarían que los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimación en el proceso colectivo.

En primer lugar, la ley no menciona en ningún momento que la decisión empresarial colectiva pueda impugnarse por los trabajadores individuales quienes, por lo demás, no ostentan representación alguna de los otros trabajadores para cuestionar una decisión que les atañe a todos y que afecta a un colectivo de trabajadores.

En segundo lugar, la ley distingue expresamente entre la demanda colectiva y las demandas individuales que se sustancian por el cauce de los arts. 120 a 123 y 124.13 LRJS y no existe duda de que cuando la ley indica en su art. 124.4 LRJS que deberá demandarse a los firmantes del acuerdo se refiere a los no firmantes

58 *Ibid, op. cit.*, p. 403.

59 *Ibid.*

60 PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), “El nuevo proceso de...”, *op. cit.*, p. 38.

del acuerdo o disidentes y no como defiende la postura contraria a los trabajadores individuales.

Por ultimo, carece de sentido que un trabajador pueda interponer demanda colectiva e individual si se sigue la tesis de que está legitimado activamente, de esta forma la distinción entre la vía colectiva y la individual que con toda nitidez separa el legislador en la redacción del artículo 124 LRJS no tendría ningún sentido. Por ello, la ley anticipa que se notifique la interposición de demanda colectiva a los trabajadores para que únicamente faciliten el domicilio pero no para que se personen en el proceso⁶¹.

Y es que la propia regulación del art. 124.13 LRJS se mueve en esta línea, cuando dispone que en el caso de que nadie interponga demanda colectiva, el trabajador podrá, a través del procedimiento establecido en el apartado 13 previsto para la impugnación individual, invocar las causas previstas en el artículo 124.2 LRJS (nulidad y no ajustada a derecho) en su demanda individual, “pues no existe resolución alguna con fuerza de cosa juzgada que se lo impida y, de esa forma, no quedará sin acción, como sugieren los partidarios de la legitimación del trabajador individual en las demandas del despido colectivo⁶²”.

Por lo demás, esta postura es la que finalmente ha asumido el Tribunal Supremo⁶³ que confirma la falta de legitimación activa y pasiva de los trabajadores singularmente afectados, y revoca la sentencia⁶⁴ que fue la que suscitó la controversia, remitiendo a la acción individual, a través del procedimiento previsto en los arts. 120 a 123 LRJS para el despido objetivo.

61 *Ibid, op. cit.*, p. 39.

62 *Ibid, op. cit.*, p. 38.

63 STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013.

64 STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012, proc. 2/2012.

4 LEGITIMACIÓN PASIVA

El artículo 124 LRJS confiere legitimación pasiva además de al empresario a diferentes sujetos, dependiendo de quién de ellos ostente la legitimación activa y del acuerdo alcanzado o no en el período de consultas.

Así, en el caso de que la demanda la interponga la representación unitaria o sindical o la comisión *ad hoc* en su caso, habrá que distinguir si el período de consultas ha concluido con acuerdo o sin acuerdo.

Si el período de consultas finaliza con acuerdo, se establece un litisconsorcio pasivo necesario de acuerdo con lo previsto en el art. 124.4 LRJS, debiendo demandarse a los firmantes del mismo, por lo que serán los representantes firmantes del acuerdo los que ostentarán la legitimación pasiva.

Si el período de consultas concluye sin acuerdo y los representantes de los trabajadores impugnan la decisión extintiva, la legitimación pasiva la ostentará el empresario. Al igual que ocurrirá si se considera que el empresario real es un grupo de empresas⁶⁵ (grupo patológico), habrá de demandarse a todas las sociedades que forman parte del grupo⁶⁶, ocupando éstas el lugar del empresario en cuanto a la legitimación pasiva.

Para el caso en que la demanda la interponga el empresario, la legitimación pasiva la ostentaran los representantes de los trabajadores, tanto sindicales como unitarios, como la comisión *ad hoc*. Así, el artículo 124.3 LRJS establece un litisconsorcio pasivo necesario para los representantes “legales”, y éste, se extenderá, al igual que en el caso de la legitimación activa, a la representación

⁶⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), “El procedimiento de impugnación...”, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁶ STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, proc. 17/2012.

legal, sindical o a la comisión *ad hoc*⁶⁷, esta última confirmada por el TS⁶⁸.

Asimismo, en el caso de que se hubiese declarado el concurso de acreedores y el despido colectivo se hubiese llevado a cabo sin la preceptiva autorización del Juez del concurso, habrá de demandarse en régimen de litisconsorcio pasivo necesario a la administración concursal de acuerdo con el artículo 64.1 LC. Además de que la falta de autorización del Juez del concurso constituye uno de los posibles motivos de impugnación y de pretensión de nulidad previstos en el artículo 124 LRJS⁶⁹.

La legitimación pasiva del FOGASA, no se contempla en la redacción del artículo 124 LRJS. Ello se ha basado en el carácter declarativo de la sentencia, que hace que nunca le afecte directamente y que será en las impugnaciones individuales donde se dirimirá su responsabilidad en los casos que se estime y en los que pueda estar interesado⁷⁰.

No obstante, conforme al art. 23 de la LRJS se puede desprender que ostenta legitimación pasiva, pues el contenido de la sentencia, aunque declarativo, conlleva innegables efectos de cosa juzgada en los procesos individuales, perjudicando al FOGASA pues éste sólo los puede combatir a través del proceso impugnación colectiva⁷¹.

67 BLASCO PELLICER, A; GARCÍA TESTAL, E. (2013), "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en A. Blasco Pellicer, (dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 864.

68 STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

69 BALLESTER LAGUNA, F. (2013-c), *La impugnación del despido colectivo...*, *op. cit.*, p. 54.

70 PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), "El nuevo proceso de...", *op. cit.*, p. 42.

71 *Ibid*, *op. cit.*, pp. 42-43.

5 CONCLUSIONES

El análisis desarrollado evidencia que el tratamiento de la legitimación regulado en la modalidad procesal de impugnación de despidos colectivos es muy complejo y plantea muchos interrogantes interpretativos. A pesar de las modificaciones que ha sufrido el precepto y respecto de la legitimación, el sistema sigue sin tener la claridad necesaria en diferentes aspectos.

1. En primer lugar, se han rechazado por completo las posturas que se posicionaban a favor de la legitimación activa que pudieran ostentar los trabajadores individualmente afectados por la medida, pues el TS⁷² ha dejado claro que no son ni parte, ni legitimados en el proceso de despido colectivo, a diferencia de la comisión *ad-hoc*, que el mismo TS⁷³ le ha conferido legitimación para los supuestos en los que no existe representación legal.

2. En segundo lugar, en cuanto a la legitimación subsidiaria o acción de jactancia, que la ley ha querido otorgar al empresario para que su decisión extintiva sea declarada ajustada a derecho, considero que esta previsión debería modificarse, puesto que genera muchos problemas interpretativos. Algunos han sido solventados también por el TS⁷⁴, tachando de inadecuado un procedimiento en el que no existía sujeto legitimado para accionar, ni activa ni pasivamente, rompiendo el principio de contradicción, por lo que el interés legítimo que tiene el empresario en este caso se pone en entredicho.

3. En ese mismo sentido, los problemas de coordinación entre el susodicho apartado 3 y el apartado 7 del art. 124 LRJS, me han generado la duda, de cuando el empresario podrá iniciar el procedimiento, pues el plazo que tiene para ejercitar la acción de

72 STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013.

73 STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

74 STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013.

jactancia, coincide prácticamente como se ha visto según doctrina del TSJ⁷⁵ con el que tiene la autoridad laboral, por lo que no se entiende que la autoridad laboral pueda ser parte en un proceso que no se ha iniciado o que no debería de haberse iniciado, si la norma lo hubiera previsto.

4. En cuarto lugar, se ha dotado de legitimación activa a la comisión *ad hoc*, para impugnar la decisión extintiva⁷⁶, inclusive en un supuesto en que dicha comisión no se creó, o se formó por todos los trabajadores afectados, dejando claro el TS⁷⁷, que es un supuesto atípico envuelto por unas circunstancias concretas, por lo que hay que tomar con excesiva prudencia dicho pronunciamiento.

5. En quinto lugar, en mi opinión, el requisito de nivel de implantación suficiente respecto de la legitimación que ostentan los sindicatos, puede afectar a la tutela judicial efectiva de aquellos sindicatos minoritarios que no acreditan la representatividad exigida por la doctrina jurisprudencial, pues a mi juicio puede ser en algunos casos arbitraria y crear una cierta inseguridad jurídica.

6. Otro de los problemas que se ha planteado en materia de legitimación activa, es la intervención como interesados en el proceso de aquellos representantes sindicales que pudieron impugnar la decisión extintiva y no lo hicieron. El TS⁷⁸ ha resuelto de manera favorable dicha intervención, pues interpretó la actitud “proactiva” del legislador respecto de la intervención procesal de los sindicatos, argumentando que el artículo 124 LRJS no puede ser interpretado al margen de otras normas procesales cuya integración sistemática es ineludible.

75 STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de Mayo de 2013, proc. 12/2013, STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de marzo de 2013, proc. 9/2013.

76 STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012; STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

77 STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014

78 STS de 28 de enero de 2015, rec. 35/2014.

7. Por último, y respecto de la legitimación pasiva, se han despejado algunas dudas o vacíos legales que presenta el artículo 124, pues el mismo presenta algunas limitaciones que se han puesto de relieve en el apartado de la legitimación pasiva. Así pues, aunque nada dice expresamente la norma, tanto el FOGASA como la administración concursal ostentaran la legitimación pasiva en aquellos supuestos que les afecte.

Por todo ello, considero que es necesario modificar ciertos aspectos que se han puesto de relieve a lo largo de este trabajo, puesto que algunos de ellos siguen generando controversia, teniendo que ser aclarados en su mayoría por los órganos judiciales.

Data de Submissão: 05/07/2016

Data de Aprovação: 23/02/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Ernesto Pimentel

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BALLESTER LAGUNA, F. (2013), *La impugnación del despido colectivo: en el marco del artículo 124 de la ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

BLASCO PELLICER, A. (2005), "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en A. Blasco Pellicer, (dir.), *El proceso laboral*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 633-693.

BLASCO PELLICER, A; GARCÍA TESTAL, E. (2013), "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en A. Blasco Pellicer, (dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 815-877.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), "El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012", *Aranzadi Social Doctrinal*, Vol. 6, núm. 2, pp. 15-37. Consultado en formato electrónico.

GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), "Aspectos procesales de la reforma: Despido Colectivo y otras cuestiones", en A. Montoya Melgar y J. García Murcia, (dirs). *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, pp. 313-340.

LLUCH CORELL, F. J. (2012), "La impugnación de los despidos colectivos tras la Ley 3/2012, de 6 de julio: una aproximación al art. 124 LRJS (I)", *Revista de jurisprudencia*, núm. 1, EDB. 2012/215725, pp. 1-6. Consultado en formato electrónico.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2013), "La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012 (1)", *Actualidad Laboral*, núm. 3, p. 1-11. Consultado en formato electrónico.

NORES TORRES, L. E. (2013), "La extinción de contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012", *Arxius de ciències socials*, núm. 28, pp. 57-71.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), *El nuevo proceso de despido colectivo en la ley 3/2012, de 6 de julio*, 1ª ed., Albacete, Bomarzo.

TARREGA POVEDA, J. (2012), "Legitimación activa en la nueva modalidad procesal del despidos colectivos", *Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 339-404.

PALOMO BALDA, E. (2013), "Puntos críticos del despido colectivo. Aspectos sustantivos y procesales y propuestas de reforma", *Jornadas sobre "la devaluación de las garantías colectivas en el gobierno de las relaciones de trabajo" organizadas por UGT y el CGPJ*, pp. 1-12. Consultado en formato electrónico.

Jurisprudencia citada.

Tribunal Constitucional.

STC 101/96 de 11 de junio de 1996, rec. 1849/1994.

Tribunal Supremo.

STS de 12 de mayo de 2009, rec. 121/2008.

STS de 20 de marzo de 2012, rec. 71/2010.

STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013.

STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013.

STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014.

STS de 28 de enero de 2015, rec. 35/2014.

STS de 28 de enero de 2015, rec. 16/2014.

STS de 25 de febrero de 2015, rec. 36/2014.

STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014.

STS de 17 de junio de 2015, rec. 232/2014.
STS de 21 de octubre de 2015, rec. 126/2015.
STS de 21 de enero de 2016, rec. 200/2015.

Audiencia Nacional.

SAN de 25 de febrero de 2012, proc. 324/2012.
SAN de 11 de marzo de 2013, proc. 10/2013.
SAN de 12 de junio de 2013, proc. 143/2013.
SAN de 4 de julio de 2013, proc. 169/2013.
SAN de 8 de julio de 2013, proc. 180/2013.
SAN de 20 de diciembre de 2013, proc. 401/2013.

Tribunal Superior de Justicia.

STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de marzo de 2013, proc. 9/2013.
STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de Mayo de 2013, proc. 12/2013.
STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012.
STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, proc. 17/2012.
STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012, proc. 22/2012.
STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012, proc. 2/2012.
STSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2012, proc. 13/2012.

The Legitimation in the collective challenge of lay-offs due to economic, organizational, technical or production

María Desamparados Bohigues Esparza

Abstract: One of the key institutions in all industrial relations system is, without doubt, the termination of the employment contract. And the collective of lay-offs due to economic, organizational, technical or production is one of the most important mechanisms of extinction and complex regulation of labor law, both substantive and procedural perspective. The authorizing role of the labor authority disappeared, except in cases of force majeure continues, and as a result, labor procedural rules had to be adapted, as they have affected certain provisions of the Law Regulating Jurisdiction Social (LRJS), including those relating to the challenging of the collective of lay-offs due to economic, organizational, technical or production regulated in Article 124 LRJS. The complexity of this new procedural modality is essential to address legitimate, being the object of the present work analysing the normative regulation regarding different subjects which have standing to initiate proceedings regulated in article 124 LRJS, as well as the passive legitimisation and the major interpretative doubts that your application generates.

Keywords: Collective Dismissal; Legitimacy; Challenge, Administrative Authorization.