
CIEN AÑOS DE ESTABILIDAD Y CRÓNICAS DE UNA MUERTE ANUNCIADA

Antonio Loffredo¹

Resumen

El artículo es una reflexión crítica sobre la mercantilización del derecho al trabajo y la domesticación del derecho del trabajo. El autor presenta su defensa en relación al derecho a un trabajo estable y la estabilidad como derecho y como símbolo. De acuerdo a su punto de vista, la ausencia de estabilidad en el trabajo es una trampa que refleja una modernidad impregnada de un evidente abuso de la temporalidad en la contratación. Se discuten tres razones funcionales principales que han propiciado que la estabilidad haya adquirido centralidad en el debate político y académico moderno. El autor concluye que el desarrollo de la dimensión transnacional de las empresas ha reducido la centralidad y efectividad del Estado en dispensar relaciones laborales positivas. Esto ha resultado en una revalorización de la empresa como lugar autónomo de creación de reglas y como espacio virtualmente exento de cualquier control por parte del Estado. Contexto en el que el derecho del trabajo se le quiere reducir a un derecho del empleo, donde resulta secundaria la tutela de los sujetos más débiles en la relación contractual.

Palabras clave: mercantilización del derecho al trabajo, domesticación del derecho del trabajo, trabajo estable, temporalidad en la contratación, estabilidad, centralidad y efectividad del Estado, relaciones laborales positivas, derecho del empleo

Abstract

This article is a critical reflection on the commodification of the right to work and the domestication of labor law. The author presents his defense in relation to the right to stable employment and stability as a right and as a symbol. According to his view, the lack of job stability is a trap that reflects an impregnated modernity of an obvious abuse of

temporary work contracts. Three main functional reasons are discussed because they have led stability to acquired centrality in modern political and academic debate. The author concludes that the development of the transnational dimension of companies has reduced the centrality and effectiveness of the State in dispensing positive working relationships. This has resulted in a revaluation of the company as an independent entity of creating its own rules and as a virtually free space of any control by the state. Context in which labor law is reduce to employment law, where the protection of the weakest subjects in the contractual relationship becomes secondary.

Keywords: positive labor relations, employment law, commodification of the right to work, domestication of labor law, work stability, temporary work contracts, stability, centrality and effectiveness of the state

1. POR EL DERECHO A UN TRABAJO ESTABLE.

El siglo XX ha sido definido por el famoso historiador Eric Hobsbawn como “el siglo breve” mientras el mundo del trabajo del siglo pasado, caracterizado por la organización taylorista, podría catalogarse como “el siglo de la estabilidad”. Esta última ha constituido normalmente la contraprestación socialmente aceptada a cambio de la subordinación de la persona que trabaja. Por esta razón, cuando se habla de estabilidad es fundamental ubicarla en el contexto correcto de espacio y de tiempo porque ésta no tiene la misma relevancia en Italia que en Alemania. En este último país, se garantiza una prestación en caso de desempleo a quien pierda su puesto de trabajo. En muchas ocasiones, esto permite a las personas no tener demasiados problemas económicos hasta que se encuentre un nuevo trabajo, lo que sucede normalmente pronto gracias a un mercado muy dinámico. La prestación por desempleo y un mercado de trabajo dinámico son dos condiciones que no se dan en Italia y que justifican una reglamentación diferente de los institutos jurídicos de la estabilidad.

En el mismo sentido, no es igual discutir de derecho a la estabilidad en Italia ahora o cuando estaba vigente el código civil de 1865, que contenía la regla de que el trabajo tenía que ser contratado por tiempo definido porque se temía un retorno al trabajo perpetuo y a la servidumbre. Contextualizar el tema nos permite, entonces, otorgar la justa relevancia a las

diferentes funciones que cumple la estabilidad en un ordenamiento jurídico. Aunque su papel pueda cambiar según el lugar desde donde se mire, cabe señalar al menos tres de éstas, que justifican la centralidad que ha adquirido la estabilidad en el debate político y académico moderno.

La primera, y para mí la más importante debido a mi formación de iuslaboralista latino y a mi historia personal como hijo de un obrero del metal, es la función de asegurar un salario fijo a los trabajadores que les permita programar su vida decentemente. Es evidente que esta función resulta más importante en los países que no tienen un sistema eficaz de tutela del nivel de vida del trabajador en caso de pérdida del puesto de trabajo. En estos lugares más que en otros, la distinción entre estabilidad en el puesto de trabajo y estabilidad económica está muy difuminada porque el trabajo sigue constituyendo la puerta de ingreso para que se pueda disfrutar de todos los derechos de ciudadanía. Es por esto que tiene razón quien considera el despido un “acto de violencia” del poder privado que se expresa como tal. La empresa, por medio de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo” (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009, p. 44). En este sentido, deberíamos hablar del papel del trabajo en el mundo moderno más que del papel de la estabilidad y la consecuencia jurídica es que muchas veces el derecho al trabajo se (con)fundes con el derecho a la estabilidad.

La segunda función es la de garantizar que los contratos de trabajo sean utilizados de forma coherente con su naturaleza jurídica. Ésta es una función “universal” de la estabilidad y a través de ella se debería evitar, por ejemplo, que los contratos temporales pudieran satisfacer exigencias que no son coyunturales sino permanentes de la empresa. El abuso de los contratos temporales, tema del que me ocuparé más adelante, ha hecho que el paso del fordismo a las nuevas formas organizativas haya significado para muchos trabajadores el tránsito de la alienación típica de la fábrica a la precarización del trabajo y, por tanto, también de la vida. Esta

situación ha sido favorecida, por un lado, por la flexibilización de las reglas sobre despidos y, por otro lado, por la creación de una multitud de tipologías contractuales, funcionales a los intereses empresariales, que están produciendo una multitud de figuras sociales, forjando sus comportamientos privados, las expectativas de vida y la propia percepción social. Tan es así que de las personas ya no se suele decir tanto que: “es un obrero, es una secretaria, es un panadero”, y cada vez más se dice que: “es un trabajador temporal, un autónomo, una mileurista”², construyendo una verdadera clase social, por no decir “jaula”, constituida por la inestabilidad contractual, de la que se desprende algo tan importante como es la propia identidad de las personas.

La tercera función de la estabilidad es posiblemente la más significativa simbólicamente dentro de un ordenamiento jurídico. Esto porque afecta a su principio de impedir que se admitan lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que se traduce en la tutela frente al despido sin causa justa.

Para entender aún más la relevancia de la estabilidad en el trabajo moderno es suficiente mirar a las consecuencias prácticas de su presencia (Mazzotta, 2007, p. 545). En los países y en las empresas donde está más garantizado el derecho a un trabajo estable nos encontramos con una mayor efectividad de las tutelas de los trabajadores porque tienen fuerza y libertad para reclamar sus derechos. Además, como consecuencia casi natural de aquello, estos lugares se han caracterizado por una más genuina, elevada y estructurada presencia de las organizaciones sindicales en las empresas y en las tomas de decisiones económicas de los gobiernos. Si nos ponemos a mirar el trabajo moderno desde esta perspectiva, una vez más resulta difícil distinguir entre el derecho a la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo porque el programa de vida de quien tiene un puesto precario se parece mucho al de quien no tiene ningún trabajo. Los términos del intercambio que ha fundado socialmente el trabajo típico por cuenta ajena, subordinación a cambio de estabilidad (Pérez Rey, 2004, p. 36), se han puesto en cuestión sin que se hayan redefinido nuevamente (Supiot, 2003, p. 40).

El contrato de trabajo, en su calidad de instrumento que sintetiza jurídicamente los intereses que derivan de las realidades económicas y productivas del trabajo, se está

actualizando según los efectivos intereses de los contratantes, lo cual, en periodo de crisis, quiere decir sobre todo el interés empresarial objetivado en la organización de la empresa (Santos Fernández, 2005, pp. 78-89). Esto ha determinado una pérdida de centralidad del Estado en la disciplina de las relaciones laborales (D'antona, 1998, p. 319) y una revalorización de la empresa como lugar autónomo de creación de reglas (Baylos Grau, 1999, p. 23) y como espacio virtual, exento de cualquier control por parte de los Estados, debido al desarrollo de su dimensión transnacional. De esta forma, algunas empresas se han transformado en gigantes, aunque muchos las siguen confundiendo con inofensivos molinos, que han ocupado una posición dominante en el espacio global (Revelli, 1997, p. 72) y se mueven hacia territorios en el que los derechos de los trabajadores están menos garantizados, con el constante chantaje de trasladarse a otros países si no se aceptan las condiciones laborales impuestas.

En esta situación, el derecho del trabajo ha cobrado un protagonismo inesperado y posiblemente inmerecido, al menos en dos sentidos. Por un lado, se considera el principal culpable de las dificultades que encuentran los sistemas económicos a causa de las tutelas garantizadas a los trabajadores. Por otro, y como consecuencia del primero, parece ser la única posible solución a estas dificultades, a través de una reforma a la baja de sus garantías. Cada día es más evidente la tensión entre una filosofía clásica del derecho del trabajo orientada a la tutela de los sujetos más débiles y otra más moderna, o quizás mucho más antigua, con fines «ocupacionales» y que podríamos denominar derecho del empleo. Esta última opción, además de partir de la dudosa premisa relativa a la influencia de la ley sobre las dinámicas ocupacionales del modelo económico, ha producido profundas laceraciones sociales, obligando a todos a confrontarse con los temas impuestos por “los mercados”, que están cargando al derecho del trabajo con responsabilidades ajenas a su tradición y seguramente superiores a las que puede aguantar con sus fuerzas limitadas.

Los juristas que utilizan esta forma de ver el derecho del trabajo se han apoyado mucho en los números ofrecidos por algunos economistas que, según esta perspectiva, constituyen la prueba empírica de la necesidad de modificar sus reglas, empezando desde aquellas que tienden a garantizar un

puesto fijo en el trabajo. Cualquier intento de ofrecer alguna argumentación en contra de este modo de utilizar el derecho resulta infructuoso en el debate político por la simple razón que las teorías se pueden siempre desmentir mientras los números no mienten. Quien se opone a esta perspectiva sabe bien que, en primer lugar, esta afirmación no es del todo cierta y, en segundo lugar, que reducir los derechos a números implica la reducción de la regla de derecho a una sola función (Martelloni, 2011, p. 118). Cosa que cualquier jurista sabe y que tampoco es cierta, puesto que toda regla jurídica cumple múltiples funciones, que incluso a veces están en contradicción entre sí. Se trata de una simplificación que olvida la multi-funcionalidad de los institutos jurídicos y el despido es un ejemplo muy evidente de esto.

Son estos números los que están en la base del argumento que pide a los gobiernos la aprobación de leyes que promuevan la competitividad de las empresas en el mercado global. Este fenómeno ha adquirido el nombre de “darwinismo normativo” (Supiot, 2006, p. 183) para indicar el esfuerzo de los legisladores para competir entre ellos para reforzar a las empresas de cada país y atraer nuevas inversiones. Importantes instituciones mundiales (Supiot, 2006, p. 188) valoran muy positivamente a aquellos países que garantizan la reducción más fuerte de los derechos de los trabajadores, y en especial de las tutelas frente al despido, como si fuera esta la única decisión política viable para los Estados que quieran asegurarle el éxito comercial a sus empresas.

Los juristas no tenemos siempre las herramientas para desvelar los secretos que guardan los números, pero a veces resultan ser tan mentirosos que hasta nosotros nos damos cuenta. En Italia, por ejemplo, es muy conocido el caso de las estadísticas de la OCDE sobre la rigidez del mercado de trabajo de 1999 que incluían, entre los factores de su supuesta rigidez, elementos jurídicos que nada tenían que ver con los costes del despido.³ Durante muchos años, los iuslaboralistas, algunos de buena y otros de mala fe, han usado estos números para argumentar la necesidad de eliminar vínculos a las empresas en el régimen del despido. Años después la mentira fue desvelada, pero ya era demasiado tarde porque ésta al ser repetida mil veces se había convertido en una verdad indiscutible y el mercado de trabajo italiano ya era considerado demasiado rígido por la opinión pública.

Esta idea ha calado, incluso, en algunos grupos de trabajadores precarios que han empezado a visualizar como sus peores enemigos a los que tienen una relación laboral estable, ya que los perciben como unos vagos que gozan de todos los derechos y los quitan a quienes más se los merecerían. Este proceso se fundamenta en la falsa premisa de que los derechos constituyen un bien jurídico limitado, mientras una característica necesaria de los derechos sociales fundamentales es justamente su universalidad (Abramovich y Courtis, 2006, p. 38). En cambio, el pensamiento único liberal de los gobiernos ha pasado por los medios de comunicación hasta llegar a la academia universitaria y ha favorecido que en el equilibrio entre la tutela de los intereses de la empresa y de los trabajadores se conceda mayor preeminencia a la primera. Tal consideración ha ocasionado un ensanchamiento sin precedentes de la horquilla existente entre trabajadores *insiders* y *outsiders* (Ichino, 1996), lo que ha resultado en una profunda fragmentación del interés colectivo de la clase obrera.

2. LA TRAMPA DEL DERECHO A UN TRABAJO SIN ESTABILIDAD.

Una perspectiva privilegiada para mirar este fenómeno es el ordenamiento de la Unión Europea (UE) porque el del trabajo se ha definido como el más “eurocéntrico” de los derechos (Romagnoli, 1999, p. 8). Aunque, quizás ahora se pueda decir que “lo fue” porque en el interior de Europa se está produciendo una verdadera (auto)destrucción del modelo social de algunos países en nombre del mercado, institución que ha sufrido una modificación genética al pasar de ser un medio para alcanzar el bienestar social a un fin en sí mismo al que los hombres y mujeres se tienen que adaptar (Supiot, 2006, p. 187).

La forma de entender el derecho al trabajo en el proyecto político de la UE tiende a garantizar el desarrollo del derecho a “tener” un puesto de trabajo poniendo el acento sobre el “ser” (Dántona, 1999, p. 23), encontrando en la formación profesional el instrumento privilegiado para la actuación del derecho al trabajo en sus múltiples vertientes. Desde el derecho a encontrar un trabajo en el mercado gracias a una mayor “empleabilidad” de los trabajadores hasta la garantía de no perder el trabajo en caso de modificaciones de la organización

empresarial, que debe permitir a sus empleados adaptarse a ella actualizando sus conocimientos o reconvirtiendo su posición en la empresa. Esta modalidad de interpretar el derecho al trabajo pone casi completamente en los hombros de los trabajadores la carga de encontrar y conservar un trabajo. La idea es fruto de una visión política liberal que sería aceptable solamente si fuera acompañada de la “clásica” obligación dirigida a los Estados de empeñarse en crear ocasiones de trabajo y en poner reglas para evitar que el despido se produzca sin una causa que el propio ordenamiento considera “justa”. Sin embargo, esta obligación clásica queda en un segundo plano y, en ocasiones, resulta prohibida por la UE. Esta posición política liberal viene, al menos parcialmente, confirmada hasta en los principios fijados en los Artículos 15 y 30 de la Carta de Niza, que forma parte de los Tratados desde la reforma de 2010 de Lisboa. Del Art. 30, que pone el derecho a no ser despedido sin causa, y de sus escasas consecuencias concretas se tratará en los siguientes epígrafes. En cambio, del Art. 15.1 se puede subrayar la diferencia con las fórmulas del derecho al trabajo contenidas en muchas Constituciones europeas porque la Carta de Niza tiende a tutelar sobre todo su vertiente de “libertad de elegir o aceptar un trabajo”, situándola en la esfera del mercado y de las libertades económicas (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009, p. 80), más que el papel de la UE y de los Estados de crear ocasiones de trabajo con una política económica e industrial adecuada.

Una primera impresión de cierto desinterés de la UE hacia las políticas económicas y de empleo, aparentemente dejadas en las manos del mercado, es desmentida prontamente por los hechos. Con la creación de la Unión económica y monetaria después del Tratado de Maastricht de 1993, las competencias de la UE han avanzado tanto que los Estados han cedido soberanía sobre los aspectos más importantes de su espacio político, económico y financiero, incluyendo el tema del derecho al trabajo. La firma del Tratado de Ámsterdam de 1997 marcó formalmente el inicio de una época de coordinación en la política de empleo de los Estados miembros a través del Método abierto de coordinación (MAC), que es el instrumento jurídico europeo que se ocupa de las políticas de empleo. Con ello, se tendrían que haber garantizado el derecho social fundamental al trabajo a través de un claro procedimiento de la toma de decisiones en materia. El Consejo es la institución que desarrolla el papel más importante

en el procedimiento que realiza esta estrategia coordinada para el empleo y, también, es la que sufre el mayor déficit democrático en la UE porque no recibe una legitimación directa por parte de los ciudadanos europeos. El Consejo perfila cada tres años las *guidelines* para el empleo que valen para todos los Estados miembros y pueden ser especificadas cada año del trienio. Los Estados, en función de aquéllas, redactan los Planos Nacionales para el Empleo y los envían al Consejo que, finalmente, los valora con juicios sobre su eficacia y su acercamiento a las líneas de política de la UE. Una valoración negativa quedaría contenida en una Recomendación que, como dice su propio nombre, no tiene efectos jurídicos vinculantes hacia los Estados que la reciben. Es fácil, sin embargo, desvelar la doble cara del llamado *soft law*, o sea de un supuesto derecho no vinculante y sin sanciones. Una Recomendación negativa sobre las políticas de empleo no tiene, en la realidad, la misma fuerza vinculante si está dirigida hacia un Estado “fuerte” económicamente y políticamente o si el destinatario es uno pequeño o con dificultades económicas. Sin ir más lejos y pensando en el presente de la UE, es suficiente dirigir la mirada a las reformas del derecho del trabajo que han tenido que realizar, entre otros, Grecia, Portugal, Irlanda, España e Italia, cuyos sistemas económicos y financieros han recibido ciertas ayudas, directas o indirectas, del Banco Central Europeo. Todos sabemos que, en estos casos, la escasa vinculación jurídica del acto de la recomendación, ha sido reemplazada por los efectos políticos indirectos de estas “invitaciones” que, en el plano económico, por fuerza vinculante recuerdan más aquellas “propuestas que no se podían rechazar” de *Il Padrino*, famosa película de Francis Ford Coppola. Tan es así que la troica en algunos casos ha vigilado, mientras en otros hasta ha escrito directamente, la ley de presupuestos y las reformas jurídicas impuestas a los Estados que no cumplen con los vínculos económicos de los Tratados y cuando se ha encontrado con gobiernos que, por distintas razones, se han opuesto a estas reformas, “los mercados” han golpeado fuerte a sus países hasta que se han visto obligados a dimitir.

De un lado, por el Tratado de Ámsterdam el derecho al trabajo ha entrado a formar parte oficialmente de las competencias jurídicas de la UE porque en su Art. 2 se establece una “elevada tasa de empleo” entre los objetivos comunitarios. Por otro lado, la política de empleo ha quedado definitivamente subordinada a la monetaria porque el propio Tratado ha dejado

bien claro que las estrategias ocupacionales tienen que ser en primer lugar anti inflacionistas. Un claro ejemplo de cómo la UE ha entendido su función en las políticas de empleo son las líneas directrices de la Estrategia Europea de empleo que se encontraban especificadas en el libro Verde sobre modernización del Derecho del Trabajo de noviembre de 2006 y en la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de junio de 2007 sobre flexi-seguridad (Landa, 2009).

El Libro Verde reconoce, en su introducción, que la búsqueda constante de la flexibilidad ha causado demasiadas diferencias entre trabajadores *insiders* y *outsiders*. No obstante, la solución propuesta se puede resumir en la fórmula de “contratar y despedir más fácilmente”. Así, mediante la contratación “atípica” las empresas europeas pueden resultar más competitivas en el mercado mundial, con un modelo de competición basado simplemente en una reducción de los costes.⁴ Es evidente que se trata de una competición destinada al fracaso, como demuestran dos décadas de aplicación de este teorema liberista en Europa, si no se busca antes una mejora de la calidad de los productos y de los servicios, según la receta propuesta, por ejemplo, en el Libro Blanco de Jacques Delors de 1993. La Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 sobre flexi-seguridad profundiza y especifica el proyecto porque añade a la necesidad de flexibilizar (o sea reducir) las tutelas contra el despido, que constituye el verdadero punto crucial del proyecto (Zoppoli, 2007), la exigencia de facilitar las “trayectorias de empleo”, que evidentemente no son más que una forma neutra de llamar a un sistema de despido libre. Esta segunda exigencia se traduce nuevamente en más y mejor formación profesional (Loffredo, 2012, p. 100), aunque la propia comunicación admite que frecuentemente las iniciativas formativas se dirigen a trabajadores que tienen una relación laboral estable, creando un círculo vicioso que parece excluir para siempre a los precarios del “mercado de trabajo estable”.

La versión actual de la Estrategia Europea para el Empleo confirma estas líneas políticas porque en las Orientaciones fijadas en la Decisión del Consejo 2010/707/UE, aprobada en plena crisis y confirmada sin modificación alguna en los tres años siguientes, se ha puesto de manifiesto que debían quedarse estables de forma casi permanentes.⁵ La crisis financiera habría exigido una profunda revisión, formal

y de contenidos, de las políticas europeas al menos en tema de derecho al trabajo porque la difícil situación de desempleo presente en muchos países de Europa no se puede solucionar, y ni siquiera mejorar, con un enfoque que quiera incidir sólo en la demanda de trabajo y que deja sin tocar todas las estrategias de política industrial de los Estados miembros. La Comisión Barroso no sólo no ha preparado un cambio de rumbo de las políticas europeas, sino que ha subrayado la necesidad de cumplir con las obligaciones del Pacto de Estabilidad económica. La Comunicación de 3 de marzo de 2010,⁶ llamada Europa 2020, ha otorgado nuevamente a la Estrategia Europea para el Empleo un papel de primer plano en la realización de sus objetivos⁷ de un crecimiento inteligente, sostenible y solidario, a través de instrumentos jurídicos tan genéricos y débiles que no resultan para nada creíbles.

Una clara prueba de esta actitud la hemos encontrado en la inflexible postura mantenida por la nueva Comisión, presidida por Juncker, en el caso griego. En efecto, son las reformas laborales de los países del sur de Europa la verdadera novedad de la “tercera generación” de la Estrategia Europea para el Empleo, aunque concretamente parece tratarse más bien de una *generación X*, que entiende la flexiseguridad como una estrategia política de reforma de los derechos del trabajo y no como un verdadero modelo de regulación jurídica (Carinci, 2012).

3. El abuso de la temporalidad.

El mercado de trabajo es un conjunto de reglas que ocupan un espacio importante en el moderno Estado Social. Como una institución social (Solow, 1994) es preciso que sea regulado conforme a los principios constitucionales y del derecho internacional del trabajo, poniendo especial atención al principio del derecho al trabajo. Sin embargo, las reformas del derecho del trabajo escritas, directa o indirectamente, por las instituciones que gobiernan las políticas de empleo europeas han tenido su eje en la ruptura del principio de la estabilidad en el trabajo a través, sobre todo, de dos instrumentos jurídicos: los contratos a tiempo definido y el despido. El caso italiano es bastante peculiar en ambos casos y puede resultar interesante hacer una breve referencia a ellos.

La modalidad contractual a tiempo definido ha empezado a tener cierta relevancia en el ordenamiento italiano desde el año 2001 porque hasta entonces el contrato temporal se había utilizado exclusivamente en las hipótesis taxativas previstas en la ley, esto es, cuando el empresario necesitaba un trabajador que desarrollase una tarea no estable en su organización productiva. Por esta razón, la tasa de temporalidad en el empleo raramente había superado el 8%, lejos de muchos países de la Unión Europea. La reforma de 2001, a través del decreto legislativo 368/2001, fue el primer acto normativo del gobierno Berlusconi en materia laboral, lo cual demuestra claramente la relevancia que se le ha dado al tema de la ruptura de la estabilidad en el trabajo. Con ello, se modificó el régimen jurídico de la contratación temporal, a través de un recurso a la cláusula general que consiente la celebración de un contrato temporal cada vez que existan “razones de tipo técnico, productivo, organizativo o sustitutivo”.⁸ De tal forma, se ha producido un notable aumento del número de trabajadores temporales, cuya diligencia está garantizada por la voluntad de obtener una mayor estabilidad más de lo que podría hacer cualquier obligación legal (Carinci, 2005).

El decreto legislativo 368/2001 constituye, sin duda, una transposición “equivocada” de la Directiva 1999/70 (Zappala, 2001, p. 633), que era el fruto de un convenio colectivo europeo firmado por las partes sociales para evitar el abuso de los contratos temporales y estaba pensada sobre todo para países como España, cuya tasa de temporalidad en el empleo se ha situado tradicionalmente alrededor del 30%. Esta directiva fue aprobada en una estación política más progresista que la actual y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado en varias ocasiones esta función anti fraudulenta de la Directiva que, aunque con instrumentos jurídicos ciertamente débiles, intentaba reducir el uso de los contratos temporales a los casos de efectiva necesidad de la empresa, fijando el principio que el contrato a tiempo indefinido tenía que ser considerado la forma “normal” de contratación. Estas sentencias han afectado a muchos países de la UE por tener normativas con pocas garantías contra el abuso de los contratos temporales. Entre tantas pronuncias de los jueces de Luxemburgo merece la pena señalar las sentencias Adelener de 4 de julio de 2006 (C-465/2004), Marrosu, Sardino, (C-53/2004) y Vassallo (C-180/2004), ambas de 7 de septiembre 2006, porque establecen principios en el tema de las causas que admiten la

contratación temporal y en el de las sanciones en caso de su abuso (Santos Fernández, 2007, p. 139). En la sentencia “Ade-lener” se ha fijado el principio de la objetiva temporalidad de la exigencia empresarial que ha llevado a contratar a tiempo definido, lo cual excluye que se puedan aprobar normativas en que el empresario tenga absoluta discrecionalidad en la elección entre contrato indefinido o temporal. Este principio es sumamente importante porque una correcta regulación jurídica del derecho al trabajo debería reconocer igual relevancia a las causas que permiten la contratación temporal como a las causas “justas” de despido. Si las primeras resultan demasiado “flexibles” tendrán la virtualidad de vaciar de contenido las segundas, que se pueden fácilmente obviar a través de una contratación temporal *a la carta*, que al fin y al cabo no es más que una forma de permitir un despido sin causa desde el inicio de la relación laboral.

Las sentencias Marrosu, Sardino y Vassallo han establecido el principio que la sanción en caso de abuso de la contratación temporal tiene que ser efectiva y garantizar una eficacia disuasoria frente a comportamientos fraudulentos de las empresas. Las sentencias no han llegado a decir que la sanción debería necesariamente ser la conversión en contrato indefinido, quizás porque se referían a un supuesto derivado del empleo público italiano y en este contexto la sanción de la conversión en indefinido habría chocado con el principio constitucional del concurso para poder ser funcionario de la administración pública. Sin embargo, algunos jueces italianos han entendido el contenido de las sentencias y han condenado a la administración pública italiana en caso de abusos de contratos temporales a la misma sanción que se aplica cuando se producen despidos ilegítimos, así reconociendo la misma naturaleza de los dos institutos jurídicos que desarrollan el mismo principio constitucional del derecho al trabajo.

Estas sentencias han tenido el efecto de anular casi completamente el abuso de los contratos temporales en la administración pública italiana. En cambio, en el sector privado no se ha conseguido el mismo resultado porque, incluso, el actual gobierno, de mayoría política supuestamente de centro-izquierda, está apostando por convertir el contrato a tiempo definido en una especie de largo período de prueba, habiendo permitido una contratación temporal libre por los primeros tres años de contrato basado en el decreto legislativo

81/2015, saltando todas las reglas sustantivas de la Directiva 99/70 y los principios en materia de despido.

4. La estabilidad como derecho y como símbolo.

La disciplina del despido, y en especial del despido por causas objetivas, representa la materia en que más se ha centrado la “obsesión reformadora” de la UE. A pesar de que el Art. 30 de la Carta de Niza establezca el derecho a una tutela contra el despido sin causa, el principio se inspira claramente en el Art. 24 de la Carta Social Europea, que especifica los casos de despido legítimo y el derecho a una indemnización adecuada u otra reparación de la misma eficacia en caso de ilegitimidad del despido (Alessi, 2004, p. 36 y 37).

Además, aplicando la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, las sanciones por un despido ilegítimo tendrían que resultar efectivas y con capacidad disuasiva respecto a comportamientos fraudulentos, como se ha visto también en el caso de los contratos temporales. Es nuestra opinión que para alcanzar este objetivo no hay una sanción mejor que la reintegración en el puesto de trabajo porque así se garantiza que el acto ilegítimo del empresario pierda completamente efectos jurídicos.

A modo de resumen puede decirse que la UE, por un lado, reconoce el principio de estabilidad en el empleo, entendido como el derecho a no ser despedido sin causa y a tener una tutela efectiva en caso contrario (De Simone, 2007, p. 561). Mientras, por otro lado, en sus políticas de empleo y económicas demuestra moverse en una dirección opuesta a ese principio. Esta doble moral resulta especialmente grave en la materia de los despidos porque es allí donde se establece el equilibrio entre las exigencias de la empresa y los derechos de los trabajadores. Tal discusión implicará un análisis del mismo derecho del trabajo y un ejemplo paradigmático de ello es lo sucedido en el ordenamiento italiano (Napoli, 1996, p. 282).

En caso de despido ilegítimo, el sistema italiano proporciona una tutela diferenciada a los trabajadores, basada fundamentalmente en la dimensión de la empresa en que trabajan.⁹ Esta tutela puede ser real u obligatoria. La tutela real, que se aplicaba solamente en las empresas grandes y medianas y está garantizada por el “famoso” Artículo 18 de la ley 300/1970, conocida como *Statuto dei lavoratori*, consiste

en la reintegración en el puesto de trabajo, de tal forma que la relación laboral sigue como si no se hubiera interrumpido nunca. Las normas constitucionales que el propio Tribunal Constitucional italiano ha utilizado como fundamento del Artículo 18 han sido el Art. 4 de derecho al trabajo y el Art. 35 de tutela del trabajo en todas sus formas y aplicaciones. Además de la reintegración en el puesto de trabajo, el coste económico del despido ilegítimo para el empresario se calcula en los salarios globales de hecho, o sea los salarios con todas sus voces y complementos, que el trabajador no ha recibido desde el momento del despido hasta su efectiva reintegración y que, en cualquier caso, no pueden ser inferiores a 5 meses, incluidas todas las contribuciones a la Seguridad Social. Fuera de este ámbito de aplicación, en las pequeñas empresas, los despidos ilegítimos están sancionados con la tutela obligatoria, que resulta ser bastante más reducida que la real y que consiste en una elección del empresario entre la *riassunzione* del trabajador. Esto es que el despido se considera eficaz y habría que empezar una nueva relación laboral o se opta por una indemnización fijada en la sentencia que puede variar entre 2 meses y medio y 6 meses del salario global de hecho. Sólo en caso de trabajadores con más de 10 o 20 años de antigüedad se puede llegar a 10 o 14 meses de indemnización. En esta área donde no se aplica la tutela real se ha reforzado la existencia de un mercado de trabajo precario, con escasas tutelas, donde no se reclaman los derechos y donde el sindicato tiene cada vez más dificultad para entrar.

El Artículo 18, más allá de sus efectos concretos,¹⁰ ha tenido una enorme relevancia en el debate político, sindical y académico italiano porque es un multiplicador de derechos. El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 174/1972, ha reconocido que sólo en estos casos el trabajador se puede sentir libre para ejercer sus derechos y, por esto, ha previsto dos diferentes plazos para la prescripción de los derechos. En las relaciones caracterizadas por la estabilidad real, la prescripción empieza durante la relación, mientras en los demás escenarios de relaciones laborales sólo después de que ésta se haya concluido porque puede existir el temor de reclamar derechos en un sistema que permite despedir pagando una suma de dinero. Por esta razón, ha habido varios intentos de reformar el área de la estabilidad real y el más vigoroso fue un proyecto de ley del gobierno Berlusconi del 2002 en el que estaba prevista una suspensión de la aplicación de la norma

durante algunos años y en algunas zonas del país, sobre todo en el sur que sufre una mayor tasa de desempleo. La respuesta sindical fue aún más vigorosa a través de una manifestación que tuvo lugar el 23 de marzo de 2002 en Roma en la que un sólo sindicato, la CGIL, consiguió movilizar a más de 3 millones de personas en defensa del Artículo 18 y del derecho de todos los trabajadores del país a ver su relación garantizada por un sistema que le permita vivir como un ciudadano libre.

Otro intento, con un objetivo político completamente diferente, fue el referéndum del 2003 en el que se intentó extender el ámbito de aplicación de la norma a los trabajadores contratados en las empresas con menos de 15 empleados. El referéndum no llegó al *quórum* necesario para que fuera válido, pero consiguió más de 10 millones de votos a favor. Un resultado político que parecía desaconsejar a cualquier gobierno en volver a intentar una reforma “in pejus”. Reconociendo esta dificultad, el gobierno Berlusconi ha buscado otras vías para conseguir el mismo objetivo de vaciar de contenido la norma con leyes que, a través de una liberalización de muchas tipologías contractuales (temporales, tiempo parcial precario, trabajo autónomo a proyecto) y, sobre todo, del abuso de contrataciones y subcontratas, han determinado un abandono del área en la que se aplica la tutela real al ampliar cada vez más el mercado precario y formar un verdadero ejército de reserva de trabajadores. La elección de incidir en la “fuerza de los vínculos débiles” ha precarizado parte del sistema sin tener que modificar directamente las tutelas frente al despido, pero vaciándolas de efectividad.

Una vez conseguido el objetivo de crear un mercado de trabajo con pocos trabajadores garantizados y la mayoría que se mueve entre el desempleo y las relaciones laborales precarias, sólo faltaba la reducción de la tutela frente al despido ilegítimo y, concretamente, la eliminación de la estabilidad real. Desde siempre, en el debate político y jurídico europeo y comparado, el Art. 18 ha sido considerado el ejemplo de una anomalía del derecho del trabajo italiano. Sin embargo, raramente se ha subrayado que la verdadera anomalía italiana en tema de despidos es la ridícula indemnización a la que tienen derecho los trabajadores ilegítimamente despedidos de las empresas con menos de 15 empleados. Un análisis más objetivo del mercado de trabajo italiano llevaría, sin embargo, a pensar que su verdadero problema nunca ha sido la tutela

real, a pesar de lo que suelen repetir la patronal y, en la misma línea, las orientaciones de las políticas de empleo europeas, sino justamente el área donde no se aplica la estabilidad real, ya que la economía italiana se basa en la pequeña y mediana empresa, o sea justo en las que no aplican la tutela real contra los despidos ilegítimos.

Reconocida la imposibilidad de modificar formalmente el Art. 18 por parte de los gobiernos de Berlusconi, y a pesar de haberlo ampliamente vaciado de eficacia al reducir de hecho su campo de aplicación, la Unión Europea ha “promovido” el nombramiento como primer ministro en Italia de Mario Monti, que había sido anteriormente Comisario a la competencia de la propia UE. Su gobierno de tecnócratas ha realizado una reforma, tan profunda como complicada, del derecho del trabajo y, entre otras cosas, del Art. 18, para reducir la posibilidad de aplicar la tutela real sólo a los despidos discriminatorios. Además de facilitar el uso de los despidos objetivos por parte del empresario, limitando en estos supuestos la actuación judicial, que había reducido al mínimo el abuso de este tipo de despidos por la parte empresarial.

Los efectos de esta reforma no han tenido tiempo para manifestarse en el mercado de trabajo porque en el 2015, con el decreto legislativo número 23, después de otro cambio de gobierno, se ha producido una nueva reforma de las sanciones en caso de despido ilegítimo. Un gobierno supuestamente de centroizquierda, con Matteo Renzi como primer ministro, ha modificado nuevamente todo el derecho del trabajo italiano al poner punto final sobre la posibilidad de una reintegración en el puesto de trabajo en caso de despido ilegítimo y mantener esta sanción sólo en caso de despido discriminatorio. En los otros casos, la sanción será siempre una indemnización que, en las empresas con menos de 15 dependientes, seguirá siendo la ridícula suma de antes de la reforma. En las otras empresas se aplicará, en cambio, el eufemísticamente llamado “contrato con tuteladas crecientes” que garantiza dos mensualidades de salario por cada año trabajado con un máximo de 24. Sin embargo, esta cuantía se reduce casi a la mitad, un mes por año de trabajo con un mínimo de dos y un máximo de 18 mensualidades, si el empresario se ofrece a pagarla sin pasar por el juzgado, con una conciliación promovida por el hecho que la suma que recibe el trabajador será libre de cualquier impuesto y contribución social (Zoppoli, 2015).

Más allá de cualquier consideración sobre el contenido regresivo y de la posible inconstitucionalidad de la reforma, del caso italiano me parece importante subrayar como, una vez reconocida la imposibilidad de efectuar las reformas que la UE requería, la propia UE ha tomado la decisión de intervenir directamente a través de una verdadera “sustitución” de sus instituciones democráticamente elegidas para conseguir el objetivo que las orientaciones europeas en materia de empleo habían pedido desde hace más de una década. El hecho de que, al menos en parte, el área de la estabilidad real fuese ya muy reducido, gracias a las políticas que habían precarizado el mercado de trabajo italiano, demuestra que esta petición de modificar la norma, que había sido un símbolo del derecho del trabajo que quería tutelar a los trabajadores, no tenía nada que ver con supuestos objetivos de política de empleo porque se trataba solamente de la voluntad de recuperar el botín de un robo: la licencia para despedir libremente (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009, p. 13).¹¹

La reforma de las sanciones en tema de despido ilegítimo representa una cuestión totalmente ideológica (Baylos Grau, 2000, p. 12). La enésima batalla de un conflicto entre clases sociales que la clase capitalista está ganando no solamente con la fuerza del poder económico sino también a través de una hegemonía cultural, incluso en el sector jurídico, que no se puede aceptar porque quiere acabar con una historia de derechos fundamentales del trabajo. Estos derechos se encuentran garantizados en la mayoría de las Constituciones y de los Tratados internacionales si es verdad que, como se ha visto, incluso en la UE la protección frente a un despido sin justa causa constituye un límite insuperable a la acción de los legisladores de sus Estados miembros (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009, p. 87).

Este proceso hacia una liberalización del derecho del trabajo, o sea hacia un “derecho del trabajo mercantilizado” (Gaeta, 2010, p. 19), tiene sobre todo el objetivo de poner a todos, trabajadores, sindicatos e iuslaboralistas, en una posición defensiva que desnaturaliza completamente el derecho del trabajo, desde siempre caracterizado por su valentía y por una clara propensión a desafiar lo existente sin miedos (Romagnoli, 2006, p. 18).

Notas

1. Catedrático en la Universidad de Siena, Italia.
2. Se habla de “mileurista” haciendo referencia a jóvenes trabajadores con contratos más o menos precarios que tienen que llegar a fin de mes con un máximo de 1,000 euros de sueldo.
3. Como son el *Trattamento di fine rapporto* y la indemnización por el despido que, en el caso de la estabilidad real, era sólo substitutiva de la reintegración.
4. Y en primer lugar sobre los costes del trabajo, del Libro Verde, p. 7, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0708es01.pdf
5. Punto 3 de la Decisión del Consejo de 26 de abril de 2012 (2012/238/UE).
6. COM 2010 (2020).
7. Punto 2 de la Decisión del Consejo de 26 de abril de 2012 (2012/238/UE).
8. Sobre el uso de esta cláusula en el derecho del trabajo italiano.
9. El ámbito de aplicación es a las empresas (o centros productivos) que empleen más de 15 trabajadores (o 60 en total).
10. El problema principal reside en la incoercibilidad e infungibilidad de las obligaciones de hacer, que ha creado cierta dificultad a garantizar el derecho a desarrollar la prestación laboral. Esta dificultad ha llevado a veces a los trabajadores a elegir una indemnización a cambio de la reintegración. Ha sido la reforma de 1990 (Art. 1 l. 108/90) que ha ofrecido la posibilidad al trabajador de elegir una indemnización de 15 salarios globales de hecho a cambio de la reintegración en su puesto. La posibilidad del trabajador de elegir entre indemnización y reintegración fue objeto de una polémica importante cuando se produjo la reforma en 1990, porque parte de la doctrina iuslaboralista sostenía que la elección entre las opciones no debía ser tan libre.
11. Tal y como lo ha definido Umberto Romagnoli en sus escritos.

Referencias

- Abramovich V., y Courtis, C. (2006). *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid, España: GPS.

- Alessi, C. (2004). *Professionalità e contratto di lavoro*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Baylos Grau, A., y Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid, España: Trotta.
- Baylos Grau, A. (2000). Por una repolitización de la figura del despido. *Revista de derecho social*, (12), p. 12.
- _____. (1999). Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, (15), p. 23.
- Carinci, M. T. (9 de junio, 2012). *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*. Ponencia al Congreso Aidlass de Pisa. Recuperado de www.aidlass.org
- _____. (2005). *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padua, Italia: Cedam.
- D'antona, M. (1999). Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, (3), p. 23.
- _____. (1998). Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità? *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*.
- De Simone, G. (2007). Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate. La stabilità come valore e come problema (seconda parte). *Lavoro e Diritto*, p. 561.
- Gaeta, L. (2010). Una presentación. La merma de los espacios para el derecho laboral. En Gaeta L. y Gallardo R. (Coord.), *Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo*, Albacete, España: Bomarzo.
- Ichino, P. (1996). *Il lavoro e il mercato*. Milán, Italia: Mondadori.
- Landa, J. P. (2009). *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete, España: Bomarzo.
- Loffredo, A. (2012). *Diritto alla formazione. Realtà e retorica*. Bari, Italia: Cacucci.
- Martelloni, F. (2011). Mercato del lavoro senza diritto, giuristi del lavoro senza mestiere. En AA.VV., *Il diritto sociale del lavoro. La funzione dei giuristi*. Bari, Italia: Cacucci.

- Mazzotta, O. (2007). La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità. *Lavoro e Diritto*, p. 545.
- Napoli, M. (1996). Flessibilità e tutela contro i licenziamenti. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. Turín, Italia: Giappichelli.
- Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid, España: Trotta.
- Revelli, M. (1997). *La sinistra sociale*. Turín, Italia: Bollati Boringhieri.
- Romagnoli, U. (2006). ¿Desde el estado de bienestar hacia el estado de malestar? *Revista de Derecho Social*, (36), p. 18.
- Romagnoli, U. (1999). Globalización y derecho del trabajo. *Revista de Derecho Social*, (5), p. 8.
- Santos Fernández, M. D. (2007). La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Revista de Derecho Social*, (37), p. 139.
- _____. (2005). *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete, España: Bomarzo.
- Solow, R. (1994). *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*. Bologna, Italia: il Mulino.
- Supiot, A. (2006). Per una critica del darwinismo normativo. *Rivista di Politica Sociale*, p. 183.
- _____. (2003). *Il futuro del lavoro*. Roma, Italia: Carocci.
- Zappalá, L. (2001). Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola. *Il Diritto del mercato del lavoro*, p. 633.
- Zoppoli, L. (2007). *Flexicurity e licenziamenti: la strict employment protection legislation*. Working Papers, CSDLE Massimo D'Antona INT, 57. Recuperado de www.lex.unict.it