

Cristóbal Molina Navarrete

Riflessione generale sulla “Italian Jobs (Insecurity) Act”:
verso un rozzo e liberale diritto
“produttivista del lavoro”*

*“Si quemáis el papel,
no quemáis el pensamiento a él confiado,
y menos aún el que está en mi cerebro”*

*“Anche se brucerai la carta,
non brucerai il pensiero ivi affidato,
e meno anche quello che abita nel mio cervello”*

IBN HAZM, el mejor poeta cordobés andalusí. Siglo X

1. Por encima de la creciente seducción de las palabras, auténticas “fórmulas mágicas” de la ciencias económicas y empresariales actuales, más cautivadoras si se enuncian en inglés pero igual de vacías de valores que si se expresan en lengua vernácula, como “*flexsecurity*”, “*Jobs Act*”, “*empleability*” (“impiegabilità”), hay una análoga orientación de política jurídica: la reforma del mercado de trabajo nacional, impuesta por “recomendación” del nuevo modelo de gobernanza económica comunitaria, debe devaluar internamente los derechos laborales – y de seguridad social – para favorecer una mayor creación de empleo, aunque este ya sea de mucha menos calidad protectora. La “inseguridad del puesto de trabajo” (“*Job Insecurity*”) es la moneda de cambio – el precio a pagar – para el aumento de empleos (“*empleability*”). Diversos países del Sur de Europa han asumido este falso intercambio, muy presionados por sus problemas financieros. Se impone con ello la lógica pa-

* La versione italiana del presente scritto sarà pubblicata sul sito dell'Editore, al link della Rivista, e sulla proiezione telematica disponibile alla pagina csdle.lex.unict.it.

trimonial del deudor – acreedor, primando la razón de éste sobre la de aquél, por encima de la lógica social de protección del contratante más débil, sobre la que se fundamentaron los Derecho del Trabajo europeos.

Primero fueron Grecia y Portugal, las que se vieron obligadas a reformas de esta guisa, luego fue España la que, junto a algún otro país del Norte de Europa, como Irlanda, asumió, de forma muy sumisa, este desmantelamiento de derechos laborales al servicio de mayor empleo. Ahora le ha llegado el turno a Italia, y también se está produciendo, con menor intensidad, en Francia, que hasta ahora parecía resistirse. En efecto, la mayoría de las personas sabemos que el principal problema de las economías europeas para mantener y crear más empleos es el de la asfixia financiera de las empresas, sobre todo de las pequeñas.

Por eso, la política de EEUU para salir de la crisis generando más empleo ha sido la de asegurar la financiación. En cambio, la Unión Económica, ha apostado por exigir profundas reformas estructurales, en especial de los mercados de trabajo, como condición para poder recibir ayudas financieras y recuperar, en lo posible, la competitividad perdida. Si se quiere analizar la reforma del corazón de las instituciones reguladoras del trabajo promovida por el “*paquete Poletti*” con mirada global es fácil darse cuenta de que el intercambio principal no es flexibilidad en la gestión empresarial por seguridad en la relación de protección en el mercado de trabajo, cuanto más bien de una promesa – incierta – de más empleos por una constatable inseguridad en el trabajo. En efecto, creo que sería mucho más apropiado hablar de la “*Italian Jobs Insecurity Act*”.

A mi juicio, compartiendo la crítica de algunos de los más célebres juristas italianos del trabajo (Rusciano, Romagnoli), hay en ella más ideología que razón – económica y jurídica –, más política que técnica – jurídica –. Como la griega, la portuguesa y la española, sin perjuicio de sus notables diferencias concretas, globalmente considerada, la “*Jobs Act*” implica una reforma autoritaria, regresiva e incoherente con el modelo social europeo de Derecho del Trabajo. Trataré de explicar, brevemente, las razones para tal valoración crítica.

2. Me parece “autoritaria” por el exceso de unilateralidad, de auto – referencialidad que presenta esta legislación de reforma de las instituciones angulares del Derecho italiano del Trabajo. De este modo, contrastaría gra-

vemente con el carácter pluralista y dialógico de la producción de las normas reguladoras de las relaciones de trabajo, pues el Derecho Laboral presenta como una señal de identidad principal un sistema complejo de fuentes, legislativas y extra – legislativas, convencionales y judiciales.

Primero, porque usa y abusa de la técnica de la delegación en el poder ejecutivo con fórmulas demasiado genéricas y abiertas – mandatos en blanco –, por lo que prima la posición de aquél respecto del legislativo. El resultado es una mayor inseguridad jurídica, generando amplias dudas de legitimidad constitucional, incluso internacional. La OIT ha reprobado esta técnica unilateral de reformas al Gobierno español, que se vale en exceso de la técnica del “Real Decreto Ley” – norma con valor legal pero del Poder Ejecutivo –; sorprendentemente ha sido avalada esta técnica por el Tribunal Constitucional español – S. 119/2014 –. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales – CEDSE –, órgano máximo de garantía de la Carta Social Europea – CDE –, ha reprochado el uso de la misma técnica en las reformas griegas.

Segundo, porque ha prescindido, al igual que ha sucedido en las reformas laborales griega, portuguesa y española, de cualquier forma de diálogo social. La *Jobs Act* no sólo carece de cualquier forma de concertación social, sino que debilita el papel del sindicato en el sistema de fuentes de las relaciones de trabajo (F. Carinci, Liso), dejando un escaso papel a la contratación colectiva. De nuevo, la OIT ha considerado ilegítima esta opción para el caso de España, porque una reforma de tal calado requiere siempre de, al menos, consultas con las partes sociales¹, así como el CEDSE respecto de la reforma análoga griega. La doctrina de la OIT es seguida tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – como por el CEDSE – caso Laval n. 85/2012 –.

Tercero, porque pretende recortar significativamente el espacio interpretativo de los Jueces, por considerar que éstos mantienen una lógica *de garantismo jurídico social* clásico, individual y colectivo, opuesta a la flexibilidad de gestión que precisaría la productividad. La “tiranía del valor de la productividad” exigiría reducir el control judicial material de las decisiones económicas, limitándose a un control de pura legalidad. También esta desconfianza hacia los jueces, reconocible en reformas precedentes pero reforzada en el decreto legislativo n. 34/2014 y más aún en la ley n. 78/2014,

¹ Vid. Informe 371, Caso número 2947, Consejo Administración de la OIT en su 320ª reunión, celebrada en mayo de 2014.

está presente en el resto de reformas nacionales marcadas por las recomendaciones económicas comunitarias. Como es sabido, se trata de una usual tentación del legislador, que se remonta a la aspiración burguesa y liberal decimonónica de la Codificación. Pero la experiencia enseña, en Italia (F. Carinci), en España (Valdés dal Rè) y en cualquier país con un Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli), que es imposible tal restricción en la práctica, además de ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, hoy reconocido también como un derecho fundamental comunitario. La Sala Social del Tribunal Supremo español, al igual que otras altas jurisdicciones europeas, ha corregido expresamente este intento, lo que está siendo objeto de fuertes críticas por las organizaciones económicas internacionales y, en cambio, de valoración positiva por la OIT y el CEDSE.

3. La reforma es también, entrando ya en el fondo, *regresiva*. Más que una reforma orientada a la, siempre necesaria modernización de las relaciones de trabajo, promoviendo su desarrollo, supone una clara involución, una vuelta atrás varias décadas, invirtiendo el sentido de una buena parte de las instituciones nucleares del Derecho italiano del Trabajo (Liso). Referiré dos ejemplos, muy conocidos para la prestigiosa doctrina italiana, para confirmarlo.

De un lado, la liberalización del requisito causal para los contratos temporales, sin más límite que el plazo máximo de tres años y un determinado porcentaje, supone una quiebra del principio de seguridad, que erosiona el derecho constitucional al trabajo, así como el Convenio n. 158 de la OIT, sin que haya razones estructurales, más allá de la coyuntura de empleo, que lo justifiquen. La flexibilidad de entrada desplaza la seguridad en el acceso al empleo. De otro, lo mismo sucede con las facilidades dadas para el despido, a fin de favorecer la flexibilidad de salida para el despido por causas de interés empresarial – económicas, técnicas, productivas u organizativas – y para el disciplinario, y en especial la novedad relativa al “contrato indefinido de tutelas crecientes” en relación con la antigüedad del servicio. Con ello, la “tutela real” se convierte en excepción y la “obligatoria” en regla, pero a costes cada vez menores: “*Se prima la relazione ...fra tutela reale e obbligatoria restava problematica... ora è affermata a piene lettere la natura di regola della tutela obbligatoria*” (F. Carinci).

En suma, se libera la posición de quien decide ya contratar ya despedir,

que ocupa una posición socio – económica más fuerte, reforzada jurídicamente, y se transfieren mayores riesgos al trabajador. Éste, además, debe hacerse más disponible y dócil para aumentar sus expectativas de empleabilidad. Las limitaciones establecidas, al mismo tiempo, al control del juez, potencia ese desequilibrio de poderes. La norma laboral deja de orientarse hacia la “ley del más débil” – principio de favor – para devenir cada vez más “ley del más fuerte” – principio pro empresario –, intentando justificar concretos sacrificios individuales por meras promesas de más empleo, en todo caso siempre de menos calidad.

No obstante, como escribiera a finales del siglo XIX un magnífico jurista francés, F. Gény, toda asignación de facultades que expresen autonomía de la voluntad, debe mostrarse dominada, cuando entra en tensión con derechos de otros sujetos, por un principio general que se manifiesta de una manera constante en el mundo jurídico, más en el social. Se trata, del principio del equilibrio de los intereses opuestos. Este principio no sólo debe ser una guía para el legislador, sino que debe constituir la pauta de la interpretación judicial, sobre todo si en juego hay derechos constitucionales, como es el caso, e incluso internacionales. Para ello, hay que reconocer los valores, derechos e intereses opuestos, evaluar su fuerza respectiva, pesar o ponderarlas en la balanza de la justicia, a fin de asegurar la primacía de los más importantes, según un criterio social, no sólo economicista; y, finalmente, establecer entre ellos el equilibrio deseado en el tiempo en que deben ser aplicados.

La normativa internacional refleja este principio y forma de proceder. Así se refleja en el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE –. También lo han aplicado algunos Tribunales Supremos nacionales, es el caso del español, e internacionales, en especial el CEDSE, para corregir los excesos de las reformas de devaluación de derechos laborales con las vagas promesas de mejorar las tasas de empleo, a cambio de rebajar su calidad. Con ello, advierten unos y otros, no se trata de dejar inaplicadas leyes nacionales como rebeldía del juez frente a la Ley, sino sencillamente como exigencia de responsabilidad y coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos sociales suscritos por Italia, o España, o Grecia.... Por eso, el CEDSE, en sus decisiones recientes respecto a Grecia, y también para España (conclusiones xx-3, 2014), sin llegar a garantizar un rígido principio de no regresividad de los derechos, sí recuerda que la CSE significa un compromiso jurídicamente significativo de progreso no sólo económico, sino social.

Se afirma que aquí el equilibrio, el intercambio, es una garantía de se-

guridad dinámica, porque lo que el trabajador pierde en seguridad en el trabajo lo ganaría en oportunidades de recolocación, primero porque tendría seguridad económica – una renta: políticas pasivas – y luego porque tendría servicios de recolocación – políticas activas –. Ahora bien, se trata más bien de un espejismo, una pura ilusión, una falacia. Lo explico con datos económicos y jurídicos.

Este tipo de intercambios procede de los países del norte de Europa, en los que siempre han tenido un desempleo bajo – por debajo del 7 por cien – y una fuerte presión fiscal para asegurar el pago de los servicios públicos. Pero en los países del Sur, sucede lo contrario, altas tasas de desempleo y baja capacidad de recaudación fiscal. En Italia, hay ahora más del 13,4 % del desempleo, que llega casi al 50 por cien para jóvenes. Mantiene una altísima tasa de evasión fiscal – como España – y su deuda llega al 135% del PIB, la segunda más elevada de la Unión Europea, solo por debajo de la de Grecia (176%), y muy superior a la de España. La Jobs Act establece como condición para la “seguridad en el mercado de trabajo” – inseguridad laboral, empleabilidad de mercado – que no haya un coste económico global superior al actual. Pero si son más los desempleados ¿cómo se va a hacer para mantener esa carga global?

Es manifiesto que, como ha ocurrido en España, lo que se hará es reducir la protección contributiva, primero, y luego redistribuirla entre otros conceptos de base universal, pero con menor intensidad protectora. La experiencia española enseña que se reduce la tasa de cobertura contributiva, se incrementa la disponibilidad para aceptar cualquier empleo ofrecido por unos, ineficientes, servicios públicos y se deteriora el patrimonio profesional.

La fiabilidad de un intercambio de este tipo – inseguridad en el trabajo por seguridad en la continuidad de un estatuto profesional de la persona (Supiot) –, pasa por asegurar tanto derechos incondicionados como fondos suficientes, en un contexto de mayor desempleo y mayor transferencia de riesgos desde la empresa a la sociedad. Pero las políticas de austeridad impuestas por Europa exigen un equilibrio financiero de las cuentas públicas que impiden que ese intercambio tenga los recursos necesarios, por lo que sólo es posible con la devaluación de los derechos sociales.

4. Pero es que, además, este tipo de reformas son *contradictorias* o *contra-productivas*, esto es, irracionales e incoherentes con los objetivos que dicen

perseguir. No comparto la opinión, siempre respetable, de los colegas – ni italianos ni españoles – que consideran que la eliminación de garantías laborales compensadas con fuertes incentivos fiscales cree más puestos de trabajo, porque reduce el coste del empleo, según el típico ideario liberal (Maresca). Una vez más, pondré un par de ejemplos.

En primer lugar, se ha recordado que la nueva legislación laboral de la crisis, según su inspiración liberal, elimina el principio de causalidad para los contratos a tiempo determinado. Pues bien, la experiencia española de hace tres décadas – 1984 – enseña que una opción de ese tipo – en España también se prescindió de causa y se limitó a 36 meses el máximo del contrato – tan sólo sirve para aumentar la precariedad en el empleo. En esa reforma está el origen de que España sea el país de la UE con más temporalidad. Por tanto, multiplica la dualidad de los mercados de trabajo. Cierto que crea empleo, pero muy voluble, de modo que al menor viento desfavorable se pierden muchos empleos, por eso España ha perdido tanto empleo en esta crisis. En segundo lugar, acogiendo un sucedáneo del célebre mito del contrato único, el citado contrato indefinido de tuteladas crecientes, se pretende fomentar el contrato indefinido con un coste menor, convirtiéndolo en regla común. Ahora bien, la experiencia española enseña, una vez más, que ese tipo de medidas, asentadas en multiplicar las modalidades contractuales y ampliar los incentivos fiscales, tan sólo tienen un efecto de sustitución de contratos, de modo que no se crea nuevo empleo verdadero, sino que los que ya se iban a crear se reconducen or las modalidades que ahora se incentiven. Por eso los economistas del trabajo lo llaman el “efecto de peso muerto”, que expresa el hecho de que se incentivan puestos de trabajo que se iban a crear de todas formas, aun en ausencia de incentivo.

Paradójicamente, este tipo de reformas – sucede lo mismo en la española – siempre remiten a otras reformas para “racionalizar”, tanto los tipos contractuales como los incentivos. La realidad es que a cada reforma crecen unos y otros, por tanto se abre un círculo vicioso, de remisiones sin fin. El efecto práctico, real, tangible, es que aumenta la inseguridad jurídica y también la segmentación de los mercados de trabajo, por tanto, la desigualdad. España, como Italia, ven crecer peligrosamente sus tasas de pobreza, incluso de aquellos que tienen empleo, que no propiamente trabajo decente. Se difunden los “trabajadores pobres”, un fenómeno antes sólo de EEUU y Reino Unido, se decía.

5. El resultado final, globalmente valorado, es que este tipo de reformas – al igual que la española, la portuguesa, e incluso la griega, aunque esta comparación sea incómoda para los españoles, y para los italianos, pero es inevitable – no suponen una modificación más de las normas laborales, habituadas a experimentar – sufrir – continuos cambios. Aquí hay algo más profundo. En la reforma italiana laboral que valoro globalmente, por la amable invitación de mi querido amigo y colega Marco Esposito – al que agradezco esta oportunidad de volver a escribir un artículo también en italiano, evocando mi paso hace más de 30 años por la Universidad de Bolonia –, al igual que en la española, y por encima de ciertas diferencias de medidas concretas, hay escrito un cambio cultural, una deconstrucción, sino una auténtica desestructuración, muy profunda del orden jurídico – laboral y la búsqueda de un modelo diferente. Se dice que se trata de modernizar el viejo y caduco sistema, pero en realidad supone, por lo dicho, una vuelta al pasado. Las reformas de los mercados impuestas por la “tiranía del valor” de la productividad y por el “principio del ajuste total de mercado” (Supiot) llevan el germen de una nueva época, impulsan un “cambio de las dos almas” del Derecho clásico del Trabajo.

Así, en el plano jurídico, el “alma constitucional” muta por otra típicamente “civil”, y en el plano sociológico, el “alma social” cambia por la propia del “*homo economicus*”. La lógica o razones del mercado tienden a triunfar sobre las razones de la persona, invirtiendo la norma laboral clásica su papel redistributivo para potenciar su función productiva (Treu). Para eso no duda en convertirse en el instrumento de transferencia de los riesgos de empresa, típicos del empresario según el esquema clásico de la economía de mercado, al trabajador y a la sociedad en general – socialización de los riesgos –, al tiempo que se transfiere rentas desde el trabajo – ciudadanía – al capital – beneficios –, para asegurar la rentabilidad de las inversiones.

El Gobierno italiano no esconde este vuelco. Como en 2012 el Gobierno español, ahora es Italia la que quiere presentarse como el mejor alumno de las políticas de reformas liberales exigido por el nuevo modelo de crecimiento económico impuesto por la austeridad alemana a los Estados deudores. La historia se repite. Cuando la reforma laboral española se preparaba, el Ministro de Economía y Competitividad, se mostró orgulloso ante sus colegas europeos por la intensidad de sus reformas, que seguro le traería una huelga general, como así sucedió. Ahora, es el homólogo Ministro italiano, Pier Carlo Padoan, quien, antiguo alto cargo del Fondo Monetario In-

ternacional – FMI –, saca pecho con ese mismo efecto de la “*Jobs Act*” y no tiene ningún reparo en mostrar en público su satisfacción: “La huelga es la señal de que vamos en la dirección correcta. Los sindicatos se han dado cuenta y, gracias a esta huelga, también Europa comprobará que el Gobierno italiano está haciendo lo que tiene que hacer”.

Después, cuando ya se puso en marcha la reforma laboral, la canciller alemana felicitó al presidente del Gobierno español por un cambio tan sustancial de las reglas jurídicas sobre el mercado de trabajo. Y ahora, el presidente español pregona por todo el mundo las virtudes de esa reforma, pese a que mantiene más de un 23 por cien de desempleo – análogo al de la reforma dos años después –, habiendo empeorado notablemente la calidad de esos empleos. Con esa reforma, y con un crecimiento estimado para España del 20 por cien, sólo en el 2019 sería posible volver a situaciones similares de desempleo anteriores a la crisis – un 10 por cien de desempleo –. Pues bien, ahora es el primer ministro italiano, Renzi, el que ha sido felicitado, durante el Foro económico de Davos, por la canciller alemana Angela Merkel, que reconocía satisfecha: “*Por fin, también Italia está haciendo las reformas*”.

El despegue económico, pues, se ha iniciado, aunque para ello haya sido “necesario” un sésimo en el Derecho clásico del Trabajo. Las críticas a esta mutación constitucional de hecho suelen reconducirse expresando las dudas de constitucionalidad de la reforma y, al tiempo, reclamando los recursos ante los Tribunales Constitucionales nacionales. Sin embargo, esta es una vía de defensa del orden constitucional e internacional de valores poco segura, como prueba la diversidad de orientaciones. En Portugal sí ha tenido éxito, si bien la política se encarga de vaciar de efectos prácticos los límites puestos por los jueces. Pero en España, el TCO ha asumido plenamente este tipo de reformas, sin reparo alguno, al menos por la mayoría del Tribunal, pues algunos Magistrados expresan votos particulares.

Por eso, es más prometedor y eficaz el camino de implicar a los jueces nacionales en una labor de corrección, e incluso inaplicación, de las Leyes de reforma nacionales a través de la invocación de las normas internacionales, que son de aplicación preferente. Para eso hay que tener en cuenta la doctrina fijada por sus órganos de garantía, más que el TJUE, o el TEDH, el CEDSE. La defensa del empleo y de la productividad, valores a tener en cuenta en el actual Derecho del Trabajo, no puede hacerse a costa de la institucionalización de la inseguridad laboral. De lo contrario, estaremos ante una evolución que se deja el futuro a las espaldas.

En última instancia, no sólo el legislador es falible, sino que no tiene la última palabra. Buena prueba de ello, es que el Comité Europeo de Derechos Sociales y económicos - CEDSE - acaba - diciembre de 2014 - de declarar contrarios a la CSE varias medidas de reforma laboral (conclusiones xx-3, 2014). Ahora toca no sólo a la doctrina científica - función crítica -, sino también y sobre todo a los jueces promover una racionalización de este proceso de devaluación de los derechos laborales fundamentales. A tal fin, desmantelados una parte significativa, no toda por supuesto, de las garantías en el orden nacional, es necesario desarrollar un principio de civilización jurídico-laboral, no sólo europeo - reivindicación del espíritu y la letra de la Carta Social Europea -, sino internacional - principios de la OIT o "espíritu de Filadelfia" (Supiot) -. En él queda claro que la inseguridad en el trabajo y su empobrecimiento no puede ser la moneda de cambio para crear más empleo, porque el trabajo no es una mercancía, tampoco sólo un recurso productivo, es un derecho humano fundamental y un valor esencial para una sociedad civilizada y decente. En definitiva, y como escribiera un gran jurista normativo-realista:

“Vivimos en medio de incertidumbres entre las cuales debemos elegir; la ley puede limitar nuestras posibilidades de elección, pero no podría elegir por nosotros” (Hart).