

PRIMERAS NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO EN ITALIA

FABRIZIA SANTINI

*Investigadora de la Universidad del Piemonte Orientale
«A. Avogadro», Alessandria-Novara-Vercelli, Italia*

Extracto:

EN cumplimiento de los compromisos asumidos a nivel europeo, el pasado 27 de junio Italia ha aprobado una reforma del mercado de trabajo que ha sido definida como «histórica» por el presidente del Consejo, Monti. La reforma gira en torno a la búsqueda de un equilibrio entre la rigidez en la entrada y la flexibilidad en la salida del mercado de trabajo con la finalidad de aumentar la calidad y la cantidad del empleo. Desde esta perspectiva, las intervenciones implementadas son múltiples e inciden sobre los tipos de contrato llamados «atípicos» o «flexibles», sobre el régimen jurídico del despido y sobre el sistema de protección por desempleo. Invirtiendo la tendencia mantenida por el legislador italiano durante la última década, caracterizada por enfatizar la flexibilidad en la fase de acceso al empleo (es decir, en la entrada al mercado de trabajo) y multiplicando los tipos de contratos temporales, la reforma trata de flexibilizar la fase de finalización de la relación de trabajo por cuenta ajena y por tiempo indefinido, de modo que sea más atractiva para la empresa. Sin embargo, son numerosos los aspectos controvertidos, que caracterizan el texto legal, producto de un inevitable compromiso político.

Palabras clave: mercado de trabajo, reforma, Italia, flexibilidad, contratos de trabajo y despido.

FIRST NOTES ON THE LABOUR MARKET REFORM IN ITALY

FABRIZIA SANTINI

*Investigadora de la Universidad del Piemonte Orientale
«A. Avogadro», Alessandria-Novara-Vercelli, Italia*

Abstract:

To meet the commitments made at the European level, last June in Italy was approved a labour market reform that has been defined as «historical» by the Council president, Monti. The reform focuses on finding a balance between the rigidity in the access and the flexibility in the exit from the labour market in order to increase the quality and quantity of employment. From this perspective, interventions affect multiple types of contract called «atypical» or «flexible», the legal regulation of dismissal and the unemployment protection system. Reversing the trend maintained by the Italian legislator for the past decade, characterized by emphasizing flexibility in the access to the work (i.e., in the working market entry) and multiplying the types of temporary contracts, the reform aims to make more flexible the dismissal in the open-ended contract, so that it is more attractive to the company.

However, there are many controversial aspects that characterize the legal text, unavoidable product of a political compromise.

Keywords: labour market, reform, Italy, flexibility, contracts of employment and dismissal.

Sumario

1. La reforma del mercado de trabajo en Italia y el improbable equilibrio entre la «rigidez» en la entrada y la «flexibilidad» en la salida.
2. Las intervenciones sobre la rigidez en la entrada: las medidas desincentivadoras del recurso a los contratos de trabajo denominados «atípicos».
 - 2.1. La nueva regulación del contrato temporal, de aprendizaje, «de lavoro a progetto» y del denominado «partite IVA».
3. La flexibilidad en la salida del mercado de trabajo: de la unidad (la readmisión) a la diversificación de las sanciones (la readmisión y el régimen indemnizatorio) en caso de despido antijurídico.
4. La revisión del sistema de protección social.

1. LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO EN ITALIA Y EL IMPROBABLE EQUILIBRIO ENTRE LA «RIGIDEZ» EN LA ENTRADA Y LA «FLEXIBILIDAD» EN LA SALIDA

En respuesta a la carta de Draghi-Trichet de 5 de agosto de 2011¹, mediante la cual el Consejo Directivo del Banco Central Europeo (BCE) instó a Italia a fin de que llevase a cabo una serie de intervenciones en el ámbito económico «para restablecer la confianza de los inversores»², el Gobierno italiano, en la carta de intenciones presentada el 26 de octubre a los presidentes del Consejo y de la Comisión Europea³, se comprometía a aprobar hacia mayo de 2012 una reforma de la legislación laboral «dirigida a garantizar una mayor contratación y las exigencias de eficiencia de la empresa, mediante una nueva regulación del despido económico en los supuestos de contratos de trabajo por tiempo indefinido». Reforma dirigida, según las intenciones de sus promotores, a llevar al país de un equilibrio, podría decirse, «mediterráneo» hacia uno más avanzado, caracterizado por una mayor fluidez y dinámica del mercado.

En respeto a los compromisos asumidos a nivel europeo, como declaró el presidente del Consejo, Monti, el 27 de junio, en la víspera del encuentro del Consejo Europeo, ha sido aprobado mediante voto de confianza el proyecto de Ley 3249.

La reforma se propone, como declara el artículo 1.1⁴, crear un mercado de trabajo comprensivo y dinámico capaz de lograr la creación de empleo, en calidad y cantidad, el crecimiento social y económico y la reducción permanente de la tasa de desempleo.

En la vertiente relativa al reforzamiento de la calidad del empleo, la ley aumenta la rigidez en la entrada mediante el establecimiento de medidas dirigidas a contener el curso al trabajo denominado «precario»: trabajo por cuenta propia («lavoro a progetto»), «associazione in partecipazione» y trabajo autónomo) y la contratación temporal.

En la vertiente del reforzamiento de la cantidad del empleo, la reforma interviene, sobre la base de la ya tradicional tesis que vincula estrechamente la mayor facilidad para el despido con una mayor tendencia a la contratación, sobre el aspecto considerado como el mayor obstáculo, esto es, la readmisión obligatoria en los casos de despido no ajustado a derecho prevista en el artículo 18 del Estatuto dei Lavoratori (en adelante, Stat. Lav.).

¹ El documento puede consultarse en el siguiente enlace: www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera

² Incluida «una profunda revisión de las normas de la contratación y el despido de los trabajadores por cuenta ajena, estableciendo un sistema de protección social para el desempleo y un conjunto de políticas activas para el mercado de trabajo que sean capaces de facilitar la reasignación de los recursos hacia las empresas y los sectores más competitivos».

³ Carta que se puede consultar en el siguiente enlace: www.ilfattoquotidiano.it/2011/10/26/il-testo-integrale-della-lettera-allunione-europea/166579/

⁴ El texto, que no ha variado respecto del aprobado en el Senado, puede consultarse en el siguiente enlace: www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00663278.pdf

Estas intervenciones se acompañan de la reordenación de la protección económica de los trabajadores desempleados, es decir, de la protección por desempleo.

Son tres, por tanto, los importantes temas que la reforma aborda: la flexibilidad en la entrada mediante la reordenación de las tipologías contractuales; la flexibilidad en la salida y la revisión del régimen jurídico del despido; y la protección social por desempleo.

En una primera aproximación, se puede decir que las medidas introducidas poco tienen que ver con el aumento del empleo, tema conexo más bien, siendo realistas, con la política industrial orientada al apoyo del desarrollo. De modo que las modificaciones proyectadas y, en particular, la reforma del artículo 18 del Stat. Lav. juegan un papel más decisivo en la consecución del objetivo de una mayor calidad en el empleo.

Invirtiendo la tendencia que ha informado la actuación del legislador italiano durante la última década, caracterizada por concentrar la flexibilidad en la fase de acceso al trabajo (en la entrada) multiplicando las tipologías contractuales caracterizadas por la temporalidad, la reforma debe (o habría debido, mejor dicho) introducir la justa dosis de flexibilidad en la relación de trabajo por cuenta ajena y por tiempo indefinido en su fase de extinción con la reelaboración de la norma contenida en el Stat. Lav., para, de este modo, hacerlo (más) atractivo para la empresa y contener la huida hacia relaciones de trabajo «non standard».

Se ha dicho que la reforma del artículo 18 del Stat. Lav. habría debido conseguir un determinado objetivo.

En la versión originaria del proyecto de Ley 3249, la atenuación de la rigidez en la salida se combina, en una especie de equilibrio recíproco, con una disminución sobre la flexibilidad en la entrada. Es un dato reiterado en la inmensa mayoría de los primeros comentarios⁵ la desconexión existente entre el proyecto originario aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de marzo de 2012 y la compleja regulación ahora aprobada.

Si en el texto definitivo la reducción de la flexibilidad en la entrada se ha mantenido casi invariable respecto del proyecto originario, las intervenciones sobre la flexibilidad en la salida han sido significativamente revisadas y redimensionadas.

En el contexto de la negociación política de la cual ha nacido la reforma, la readmisión en el puesto de trabajo tras el despido antijurídico regulado en el artículo 18 del Stat. Lav. se ha convertido en un elemento de negociación entre los agentes sociales y los partidos políticos. El problema de lograr un equilibrio entre, de un lado, el derecho al trabajo y, de otro, la libertad de iniciativa económica, verdadero nudo problemático sobre el que ha versado la revisión de la disposición, finalmente ha dado lugar a un compromiso con las posiciones más conservadoras. De este modo, se puede decir que la fuerte viscosidad social y el áurea «moral y ética» conexos al carácter simbólico del artículo 18, han condicionado significativamente el alcance de la reforma respecto al mecanismo de la readmisión en el puesto de trabajo en caso de despido antijurídico.

⁵ Vid., MAGNANI, M.: *La riforma del mercato del lavoro*, en www.adapt.it, 17 de abril de 2012.

El progresiva «retroceso» respecto de las intenciones originarias⁶ ha dado lugar a una reescritura del artículo 18 del Stat. Lav. realizada mediante capas superpuestas según un orden secuencial, no sistemático, sino cronológico, complejo y complicado, que responde más a compromisos políticos que a una operación de verdadera sistematización de la materia, dando lugar, con una estructura única en Europa, a un régimen de tutela diferenciado según la causa que determine la invalidez del despido.

Por tanto, en el paso de la primera versión sobre la reforma hasta la redacción del articulado definitivo, los cambios no solo están orientados a dotar de una menor flexibilidad en la entrada y de una mayor flexibilidad en la salida del mercado de trabajo; dentro de estos dos bloques se han introducido «compensaciones» fruto de compromisos que han desvirtuado el diseño originario. Con la consecuencia de que la necesidad de aprobar la reforma en su totalidad, como había declarado el Gobierno dada la «fuerte e inescindible conexión sistemática entre las diversas partes de que se compone», ha dado lugar a su reorganización en cuatro bloques finalmente sometidos a cuestiones de confianza separadamente.

Si la reescritura del artículo 18 del Stat. Lav. no se puede decir que suponga un verdadero empujón en la dirección de alcanzar el objetivo pretendido, no se puede negar, sin embargo, su transcendencia política. Ya que, vencida por primera vez la «sacralidad» o «intangibilidad» de la readmisión en el puesto de trabajo como única solución ante el despido no ajustado a derecho, es indudable que la reforma operada resulta idónea para futuras y posteriores intervenciones que amplíen al área de operatividad de la indemnización como única solución.

2. LAS INTERVENCIONES SOBRE LA RIGIDEZ EN LA ENTRADA: LAS MEDIDAS DESINCENTIVADORAS DEL RECURSO A LOS CONTRATOS DE TRABAJO DENOMINADOS «ATÍPICOS»

La ambiciosa finalidad de la reforma declarada en el artículo 1.1 a) que, al encabezar la lista, se puede decir que constituye la medida principal, guía, se llevará a cabo «favoreciendo la instauración de relaciones de trabajo más estables y reafirmando la relevancia paritaria del trabajo por cuenta ajena por tiempo indefinido como la forma normal de prestación de servicios (es decir, como contrato dominante).

Para alcanzar dicha finalidad, la reforma no ha optado por reducir la multitud de contratos flexibles presentes en el sistema⁷ (los imaginarios «47» contratos según los medios de comunicación) ni por ordenar en un único marco las diversas figuras de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, reorganizando su diferente protección⁸, sino que se limita a mantener los tipos existentes («contratto a termine, contratto di apprendistato, lavoro a progetto e prestazioni lavorative rese da persona tito-

⁶ En un principio, la única excepción respecto a la supresión de la readmisión estaba prevista para el «despido discriminatorio»; después se introdujo una segunda para el «despido disciplinario»; a continuación una tercera para el «despido ineficaz» por defecto de motivación o de cumplimiento del procedimiento de conformidad con los artículos 7 de la Ley 604/1966 y 7 del Stat. Lav.; y finalmente una cuarta para el «despido económico».

⁷ El único contrato que ha sido derogado es el de inserción.

⁸ Llevando a buen puerto la idea del «Statuto dei Lavori», elaborado por Treu y Biagni en 1998 y presentado el 2002 con nuevo diseño por Treu y Amato bajo el nombre de «Carta dei lavoratori». Este se centra en una ordenación gradual de la protección, según la relación de trabajo sea en régimen autónomo o de subordinación, con una base mínima de protección también para el grado inicial, ocupado por las relaciones de trabajo parasubordinado, como «collaborazioni coordinate e continuative».

lare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto» denominado «partite IVA») con la intención de hacer más estrictas las condiciones de uso de estas figuras para favorecer, hacer más atractivo, el recurso al contrato de trabajo por cuenta ajena por tiempo indefinido.

El elenco de contratos «atípicos» se conserva casi en su integridad pero, al menos, se hace más restringido y costoso el recurso a estos, puesto que se incrementa el riesgo para el empresario de encontrarse convertido el «contratto di lavoro a progetto, la partite IVA» en un contrato de trabajo por cuenta ajena y por tiempo indefinido.

Por otro lado, se piensa que una maniobra para reducir los contratos temporales hubiera resultado anacrónica, claramente aceptada⁹ la «necesidad» estructural de las modernas organizaciones empresariales de recurrir a contratos de «non standard».

Una investigación de UIL¹⁰ publicada en el *Corriere della Sera* el 11 de abril de 2012, relativa a los datos sobre contratación durante el primer semestre de 2012, pone de manifiesto que sobre un total del 5,3 por 100 de nuevas relaciones de trabajo iniciadas (que se corresponde con 3,6 millones de trabajadores) el 78 por 100 de las contrataciones se han llevado a cabo mediante formas «débiles» de trabajo, esto es, el 67,7 por 100 con contratos temporales; el 8,6 por 100 con «collaborazioni a progetto»; el 1,7 por 100 con otras tipologías.

De los anteriores datos se desprende como el contrato temporal representa el modo habitual de acceso al trabajo.

El recurso habitual a los contratos temporales, ya sean por cuenta ajena o no, también en otros ordenamientos diferentes al italiano y con diversos grados de rigidez, confirma que una concreta cuota de contratos «non standard» actualmente es una necesidad estructural en la organización de las empresas. Idea esta que encuentra fundamento en la teoría económica según la cual los contratos temporales podrían detectar la capacidad y las características del trabajador contratado, favoreciendo el acoplamiento eficiente entre el puesto y la persona.

Desde esta perspectiva, para satisfacer esta necesidad considerada estructural para la empresa, desde el inicio de los años ochenta el legislador ha hecho frente a la demanda de flexibilidad mediante la oferta de pluralidad de relaciones de trabajo, en gran parte temporales. Y el d.lgs. 276 del 2003 (denominado *Legge Biagi*) junto con una reelaboración de los tipos ya conocidos, ha previsto una multiplicación casi obsesiva de los tipos de relaciones de trabajo que las empresas pueden utilizar para contratar mano de obra (incluyendo, por ejemplo, «il lavoro intermittente», «il lavoro accessorio», «il lavoro occasionale»).

Se trata, más que de criminalizar los contratos «non standard», de actuar para prevenir su uso abusivo, a fin de evitar que el trabajador caiga en la «trampa de la precariedad», como se especifica en el artículo 1.1 c) de la reforma que prevé reordenar «de un modo más adecuado la protección del empleo, de un lado contrarrestando el uso indebido e instrumental de los mecanismos de flexibilidad progresivamente introducidos en el ordenamiento especialmente respecto a los tipos de contratos».

⁹ MAGNANI, M.: *La riforma del mercato del lavoro*, cit.

¹⁰ Siglas del sindicato denominado Unione Italiana del Lavoro.

2.1. La nueva regulación del contrato temporal, de aprendizaje, «de lavoro a progetto» y del denominado «partite IVA»

En relación con el contrato de trabajo por cuenta ajena temporal, en el curso de los trabajos parlamentarios han surgido diversas reglas dirigidas a evitar su uso fraudulento y a favorecer su transformación en contrato por tiempo indefinido por considerarse esta la forma «común de relación de trabajo» [art. 1.9 a)].

En esta línea, el legislador de la reforma incrementa los intervalos de tiempo que deben transcurrir entre la celebración de un contrato temporal y otro, elevando de 10 a 70 días y de 20 a 90 días el periodo de interrupción entre los contratos, e introduce una contribución «adicional» del 1,4 por 100 a ingresar al ASPI¹¹ como una especie de penalización.

Sin embargo, tales restricciones al mismo tiempo se han tornado poco eficaces, dado que se han ampliado los supuestos en los que se puede recurrir al contrato temporal.

En este sentido, la intervención de mayor relevancia se centra en la posibilidad de celebrar «una primera relación temporal de duración no superior al año (...) para la realización de cualquier tipo de tarea» sin «causalidad», es decir, sin la necesidad de justificar el recurso al contrato temporal por razones de carácter «organizativo, productivo o por sustitución» como requiere el artículo 1 del d.lgs. 368/2001.

A esta modificación le sigue otra, aunque de menor importancia, consistente en la dilatación del periodo de legítima continuación de la relación de trabajo tras la finalización de la duración prevista (con la única previsión del incremento de la retribución); por último, también se ha de poner de relieve la atribución a la negociación colectiva de la facultad de reducir los intervalos temporales que deben transcurrir entre la celebración de sucesivos contratos temporales.

Las sanciones en caso de incumplimiento no son más estrictas y se mantiene la cuantía máxima de 12 mensualidades como referente de la indemnización concedida por el juez en caso de conversión del contrato temporal en contrato por tiempo indefinido.

Por tanto, en una primera aproximación, no parece que la reforma, al menos en lo que respecta a este tipo de contrato, haya conducido a un cambio en favor del incremento de la utilización del contrato por cuenta ajena por tiempo indefinido.

Las desventajas respecto del contrato temporal parecen reflejarse, también, sobre el contrato de aprendizaje (art. 16) aunque en las disposiciones iniciales de la reforma [art. 1.1 b)], suprimido el contrato de inserción, se valora como «modalidad prevalente para el ingreso de los jóvenes en el mundo del trabajo».

¹¹ La suma se calcula sobre la retribución imponible y es destinada a ser restituida al empresario, con el límite de seis mensualidades, en caso de transformarse en un contrato por tiempo indefinido

De hecho, en lugar de realizar modificaciones realmente eficaces para facilitar que esta modalidad contractual cumpla con tal objetivo, la reforma parece más bien orientada a realizar intervenciones correctivas del texto del d.lgs. 167/2011 (que reformó recientemente el régimen jurídico del contrato de aprendizaje) dirigidas a prevenir posibles abusos en su utilización. Así, la contratación de nuevos aprendices se condiciona a que, al menos, el 50 por 100 de contratos de aprendizaje celebrados con anterioridad se hayan transformado en contratos por tiempo indefinido en la empresa y a que su duración no pueda ser inferior a seis meses, con la evidente finalidad de impedir su utilización para necesidades temporales en la empresa que no permitan formación alguna.

El trabajo autónomo (art. 1.23) es también objeto de una serie de modificaciones meramente formales. Altamente sospechoso de ser objeto de un uso indebido por parte del comitente (como se especifica en las «líneas de intervención en materia de la regulación de los tipos contractuales» según la cual las intervenciones propuestas sobre el régimen de «collaborazioni a progetto» van en la dirección de restringir el recurso a la figura, que si bien implican un endurecimiento de la regulación de la «normal» colaboración coordinada y continua –todavía en vigor en casos residuales– no se ha mostrado capaz de reabsorber el fenómeno de la «collaborazioni» que enmascara situaciones de prestación de servicios por cuenta ajena), el legislador parece intervenir con el objetivo de su lenta e inexorable reducción.

En primer lugar, se da una definición todavía más restringida de «proyecto», requisito necesario para que la prestación se considere en régimen de parasubordinación, de modo que esté conectado funcionalmente con el resultado final y no identificado con el objeto empresarial considerado en su conjunto y se limite la facultad del empresario de finalizar el contrato antes de la realización del proyecto, si no es por justa causa o por ineptitud profesional del colaborador en el sentido de que devenga imposible la realización del proyecto.

A pesar de la intención de hacer depender de la falta o vicio del «proyecto» la automática inclusión de la relación en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, la jurisprudencia hasta hoy se ha mantenido fiel a la antigua práctica calificadora según la cual la reconducción a una relación de trabajo por cuenta ajena se da solo si concurren en el caso concreto los tradicionales indicios de la prestación de servicios por cuenta ajena.

Ahora bien, la ratio compulsiva de la intervención de la reforma se manifiesta también en la adopción de una presunción absoluta de subordinación, similar a una calificación coactiva: la ausencia de proyecto implica «la constitución de una relación de trabajo subordinado por cuenta ajena y por tiempo indefinido».

Si se trata realmente de una calificación *ope legis* del «tipo» de relación, resulta dudoso si entra en la competencia del legislador: este último solo puede indicar los elementos de un modelo abstracto de «trabajo por cuenta ajena» pero no puede imponer al juez la calificación de un caso concreto como tal prescindiendo de la existencia de tales elementos.

La presunción de la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena, con la consecuente conversión automática en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, pudo, quizá, haberse evitado.

Para tal finalidad, podría haber bastado una aportación contributiva, destinada a aumentar con el tiempo del 27 al 33 por 100, de modo que quede alineado sobre el mismo esfuerzo contributivo respecto de la relación de trabajo por cuenta ajena (no obstante, aunque supone una segura ventaja para el «Inps», no se garantiza que el trabajador «a progetto» pueda obtener en el futuro la correspondiente pensión).

Teóricamente, para hacer que resultase menos «conveniente» el recurso al «lavoro a progetto» respecto del trabajo por cuenta ajena, también lo hubiera conseguido una previsión según la cual la paga a los «collaboratori» debe ser proporcionada a la cantidad y calidad del trabajo realizado y «no inferior al mínimo establecido de modo específico para cada sector de actividad (...) sobre la base del salario mínimo aplicable sobre el mismo campo para tareas equiparables desarrolladas por los trabajadores por cuenta ajena (...) por los convenios colectivos suscritos (...) a nivel confederal, como se prevé para el trabajo por cuenta ajena.

Inmediatamente tras los trabajadores «a progetto», en el elenco de tipos de relación de trabajo sospechosos de ocultar verdaderos contratos de trabajo por cuenta ajena, la reforma interviene sobre los denominados «partite IVA» (art. 1.26) con una previsión que atribuye relevancia jurídica al carácter de la «dependencia económica» del trabajador respecto del empresario, siguiendo la estela de lo que ya ocurrió con la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo en España.

La reforma, no obstante, establece una figura híbrida que debe ser reconducida según una presunción *iuris tantum*, a las relaciones de trabajo «a progetto» siempre que se esté en presencia de dos de los tres presupuestos siguientes: duración de la relación superior a ocho meses en el año natural; entidad de las ganancias, cuando estas suponga el 80 por 100 de las ganancias totales del trabajador; y, por último, que se le proporcione un puesto de trabajo permanente en la empresa del comitente.

Han sido excluidas sucesivamente del ámbito de operatividad de la presunción, durante la tramitación de la reforma en el Senado, las relaciones de trabajo entabladas con aquellos sujetos con competencias técnicas de grado elevado o titulares de una renta anual inferior a 18.000 euros.

La presunción de existencia de una relación de «colaboración coordinada y continuada» determina la aplicación íntegra de su régimen jurídico, incluida la disposición del artículo 69.1 del d.lgs. 276/2003 que, a su vez, proporciona una presunción absoluta de existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena, dado que la relación se ha establecido sin la concreción de un específico proyecto.

De ello se concluye que una ejecución de obra realizada de forma continua y bajo la relevante circunstancia de la existencia de un único empresario por un sujeto que no esté inscrito en el correspondiente colegio profesional o registro, titular de una renta anual baja, será reconducido hacia una prestación de trabajo «a progetto», que, a su vez, ante la ausencia del requisito de proyecto, estará sometida a su conversión en un contrato de trabajo por cuenta ajena y por tiempo indefinido.

Cierto es que sigue siendo posible para el comitente aportar la prueba de que a pesar de la presencia de los «presupuestos» no se trata de trabajo coordinado y continuo (la cual se convierte en una relación de trabajo por cuenta ajena ante la ausencia del «progetto») sino de trabajo autónomo. Pero qué deberá ser objeto de prueba: ¿la falta de un vínculo, de horario, de órdenes?

Desde esta perspectiva, la presunción constituye, sin duda, una notable medida disuasoria para el «mal uso» del contrato de trabajo autónomo, con la consecuencia de que se amplía sustancialmente el ámbito del trabajo por cuenta ajena.

3. LA FLEXIBILIDAD EN LA SALIDA DEL MERCADO DE TRABAJO: DE LA UNIDAD (LA READMISIÓN) A LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS SANCIONES (LA READMISIÓN Y EL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO) EN CASO DE DESPIDO ANTIJURÍDICO

Contrapeso a la reducción sobre la flexibilidad en la entrada, se ha dicho, debería haber operado una atenuación sobre la rigidez en la salida, realizada mediante una importante reducción de la operatividad del régimen de la readmisión establecido en el artículo 18 del Stat. Lav. y, en particular, respecto al despido por motivos objetivos o económicos.

Sin embargo, el artículo 1.42 de la reforma reformula el artículo 18 del Stat. Lav. estableciendo un régimen sancionatorio del despido antijurídico lejano respecto de la idea original de reservar la readmisión solo para el despido por motivos discriminatorios: si el despido discriminatorio la impone como única opción; el despido por justa causa y justificado motivo subjetivo la establecen como obligatoria para el juez en supuestos determinados; el despido por justificado motivo objetivo la prevé como facultativa siempre ante concretos casos.

La reforma confirma, o quizá mejor dicho, da por sentado los tipos de despido disciplinario de la Ley 604/1996, con la consecuencia de que se habla siempre en términos de despido por justa causa y por justificados motivos, objetivo y subjetivo, y los tipos de sanciones del artículo 18 del Stat. Lav. combinando la readmisión en el puesto de trabajo y la indemnización resarcitoria¹².

Sin embargo, las dos soluciones sancionatorias están ahora separadas y organizadas *ex novo* según una graduación conectada no a las condiciones del despido sino a los supuestos de su ausencia.

La estructura actual del sistema sancionatorio es consecuencia de las objeciones en contra de la idea original de eliminar la readmisión en el caso del despido por motivos económicos contrario a derecho. Sobre la base de la teoría de que precisamente este supuesto está sujeto a una mayor incertidumbre derivada de la discrecionalidad del juez, la reforma tuvo la intención de sustituir la solución mediante la readmisión por una mera indemnización. Sin embargo, la propuesta chocó de inmediato con las objeciones sindicales, según las cuales el empresario siempre podría recurrir al despido por justificado motivo objetivo para evitar la readmisión. Es por ello que se estableció, que la readmisión continuaría operando en caso de manifiesta ausencia (la expresión «manifiesta ausencia» nace durante una reunión política para responder a las objeciones planteadas, pero su alcance está todavía por determinar) del justificado motivo, pero después en el curso de los trabajos parlamentarios, frente a las presiones políticas y sindicales, se aplicó también al resto de supuestos.

¹² Hasta la actualidad para las empresas con más de 15 trabajadores por cuenta ajena la sanción aplicable en caso de despido antijurídico es única: la readmisión en el puesto de trabajo prevista en el artículo 18 del Stat. Lav. a la cual se añade el resarcimiento integral de daño derivado de la pérdida de la retribución (y de las correspondientes contribuciones) y la posibilidad reconocida solo al trabajador de transformar la readmisión judicial obtenida convirtiéndola en una indemnización igual al salario de 15 meses.

En otras palabras, el enfoque innovador adoptado por el nuevo artículo 18 del Stat. Lav. ha sido resultado principalmente de las incertidumbres interpretativas que caracterizan la valoración de la legitimidad del despido, remitida a la discrecionalidad de los jueces llamados a verificar la existencia en el caso concreto de una justa causa o de un justificado motivo de despido, de modo que resulta muy difícil para cualquiera poder pronunciarse por adelantado sobre su posible legitimidad. A la incertidumbre judicial se suma la lentitud del proceso que ha terminado por volver muy gravoso y poco previsible el coste empresarial de un despido antijurídico.

Tras la Ley 108/1990, que permitió al trabajador optar por la indemnización en lugar de la readmisión, el sistema de tutela contra el despido contrario a derecho ha transmutado en un sistema esencialmente resarcitorio en el que, sin embargo, el grado de compensación del trabajador ha estado ligado, en buena medida, no al daño causado por el mismo, sino a la duración del proceso¹³.

El valor simbólico o ideológico de la disposición ha obstaculizado cualquier intervención sobre la norma. La aplicación durante más de 40 años del artículo 18 del Stat. Lav. ha creado y después consolidado la convicción más cultural que técnico-jurídica de que la readmisión era la única solución en caso de despido ilegítimo, sin posibilidad alternativa.

Al menos hasta hoy. La reforma interviene sobre esta problemática y, no queriendo intervenir sobre el poder de decisión del juez sobre la existencia de la causa de despido, opta por prever una sanción «fuerte» (la readmisión) más rigurosa e incisiva si el hecho que dio lugar al despido no existe, es decir, cuando la verificación de su existencia por el juez se lleva a cabo sin discrecionalidad alguna; mientras que la sanción se «reduce» (la indemnización resarcitoria) cuando el juez decide si tal hecho constituye o no causa legítima para el despido, estableciendo al mismo tiempo un límite máximo para la cuantía de la indemnización correspondiente.

El resultado de la intervención legislativa es la articulación de un sistema sancionatorio que no tiene parangón en Europa. Ahora se pueden identificar cuatro niveles de protección en los cuales la indemnización resarcitoria representa la regla mientras que la readmisión es destinada a operar de forma residual cuando concurren los supuestos predeterminados.

La tutela reintegradora plena: acompaña a la readmisión con el pago de una indemnización proporcional a la última retribución devengada desde el día del despido hasta que se produzca la efectiva readmisión. Se aplica al despido nulo por discriminación; por matrimonio; por violación de los derechos derivados de la tutela de la maternidad y de la paternidad; para el despido realizado verbalmente; por causa ilícita ex artículo 1.345 del Código Civil (por ejemplo, el despido retorsivo); y en otros casos previstos en la ley.

¹³ La indemnización conectada a la readmisión no es de hecho «proporcional a la última retribución del día del despido, sino a aquel correspondiente a la fecha de la efectiva readmisión, deducido cuanto el trabajador hubiera percibido en periodo de despido, por el desarrollo de otra actividad laboral o de lo que hubiera podido percibir si se hubiera dedicado con diligencia a la búsqueda de una nueva ocupación. En todo caso, la cuantía de la indemnización resarcitoria no podrá ser superior a 12 mensualidades de la retribución». Los datos estadísticos muestran una duración media para la primera instancia de 26 meses y para la segunda instancia de 23 meses (datos IStat, 2006) y para la «Cassazione» de 36 meses. Lo que significa que un proceso dura una media próxima a los 85 meses.

La tutela reintegradora atenuada: acompaña a la readmisión con una indemnización resarcitoria proporcional hasta un máximo de 12 mensualidades y el pago íntegro de las cuotas del sistema de «previdenza sociale», aplicable en los casos en los cuales no se cumplen los requisitos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa por inexistencia del hecho, o porque el hecho entra entre las conductas punibles con una sanción que no dé lugar a la extinción de la relación laboral prevista o bien en el convenio colectivo o bien en el código disciplinario, o también en caso de manifiesta inexistencia del justificado motivo objetivo; pero también por la falta de idoneidad física del trabajador; por violación de los criterios de elección en caso de despido por reducción de personal. El aspecto innovador de la disposición es la previsión de un techo máximo para la indemnización que resuelve, del lado del empresario, el problema de la duración del proceso.

La tutela indemnizatoria plena: prevé la resolución de la relación con efectos desde la fecha del despido y la condona por una indemnización resarcitoria exhaustiva determinada entre un mínimo de 12 y un máximo de 24 mensualidades de la última retribución, según la antigüedad del trabajador y teniendo en cuenta el número de trabajadores por cuenta ajena ocupados, las dimensiones de la actividad económica, el comportamiento y las condiciones de las partes, debiendo el juez motivar la cuantificación de la indemnización, sin el pago de las contribuciones al sistema de «previdenza sociale»; opera en los casos en los cuales las causas no existen, es decir, como reza la norma «en todos los otros supuestos» de despido carente de justa causa, justificado motivo subjetivo, justificado motivo objetivo o en los casos de violación del procedimiento de información y consulta sindical o de comunicación del despido colectivo por reducción de personal.

La tutela indemnizatoria atenuada: comporta la condena a una indemnización resarcitoria exhaustiva determinada en función «de la gravedad de la violación formal o procedimental cometida por el empresario, entre un mínimo de 6 y un máximo de 12 mensualidades de la última con expresa motivación al respecto»; opera en los casos de despido ineficaz por vicios de la forma o del procedimiento (violación del requisito de motivación y de procedimiento establecido para los despidos disciplinarios).

La nueva redacción del artículo 18 del Stat. Lav habría debido garantizar que el problema de la duración del proceso y la incertidumbre asociada a la arbitrariedad judicial, si no resueltos, podría ahora decirse que están «bajo control». Sin embargo, el legislador ha intervenido disponiendo una «cuarta instancia judicial», una fase «tutela urgente» de carácter sumario, reservada para la impugnación de los despidos. Con la intención de satisfacer a quienes reivindicaban un iter procesal más rápido parecía que el legislador había cumplido con el establecimiento de esta nueva instancia, no obstante, la multiplicación de los procesos acompañada de una objetiva restricción del conocimiento y de la valoración de la controversia por parte del juez parece que van a dar lugar a una inevitable reducción del derecho de defensa del empresario y del trabajador.

4. LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Finalmente, algunas consideraciones sobre el tercer bloque de la reforma, que revisa el sistema de protección social: la «Cassa integrazione guadagni» (instituto típicamente italiano) en las formas extraordinaria/ordinaria/excepcional y de la indemnización de desempleo y de movilidad.

No obstante, a pesar de que se habló de un retorno a la finalidad originaria de la institución, de intervención excepcional de mantenimiento de la renta, debido a la situación general de crisis, el legislador ha realizado una intervención verdaderamente cauta sobre la «Cassa integrazione guadagni» y la ha extendido, en sectores que no están cubiertos, a la «*istituzione di fondi di solidarietà*».

La verdadera novedad se manifiesta en la unificación del tratamiento del desempleo en el ASPI (*assicurazione sociale per l'impiego*) que, a partir del 1 de enero del 2013 tendrá la función de proporcionar a los trabajadores, que hayan perdido involuntariamente el empleo, una prestación mensual de desempleo (una cantidad próxima al 75 por 100 de los ingresos mensuales respecto a una retribución máxima de unos 1.180 euros mensuales) financiada con las contribuciones realizadas por todos los trabajadores por tiempo indefinido y temporales en la medida del 1,31 y del 1,4 por 100.

Permanecerán cubiertos por el nuevo seguro todos los trabajadores por cuenta ajena del sector privado y los trabajadores de la Administración pública con contrato de trabajo por cuenta ajena temporal.

Los requisitos para el acceso son 2 años de carencia de los cuales al menos 52 semanas habrán tenido que tener lugar en los dos últimos años para poder disfrutar de un periodo de ASPI de 12 meses para trabajadores con menos de 55 años de edad, y de 18 meses para trabajadores con al menos 55 años de edad.

La reordenación de la protección social constituye uno de los aspectos más ambiciosos de la nueva ley y la unificación en el ASPI supone un decisivo paso hacia una homogenización de la protección necesario por razones de eficiencia y equidad.

Cierto es que incidiendo sobre la modalidad de indemnización por desempleo se torna necesario reformar también los servicios de empleo, de modo que se garantice una rápida reabsorción de los desempleados con el objetivo de obtener una mayor eficiencia.