

Actas del I Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

En la primera semana de mayo de 2017 se celebró en la Universidad de León la International Week, en su segunda edición, con una amplia oferta de conferencias y actividades que tienen como nexo común la internacionalización y como objetivo principal acercar a los alumnos a un ambiente pluricultural. Entre los ponentes y asistentes se contó con la presencia de 48 expertos de universidades de Italia, Portugal, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Bosnia o Rusia. A ellos se unieron emprendedores que expusieron sus ideas de negocio en un universo global de comunicación y emprendimiento.

En este marco, los días 2 y 3 de mayo de 2017, en la Facultad de Ciencias del Trabajo, y bajo la dirección de los Dres. M^a de los Reyes Martínez Barroso, Roberto Fernández Fernández, Henar Álvarez Cuesta y Javier Fernández-Costales Muñiz, se celebró el I Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con un elevado número de asistentes, sucediéndose una serie de ponencias en el marco del análisis de cuestiones de actualidad en el marco jurídico laboral en dos países vecinos y cercanos en costumbres e historia de la Unión Europea, como son Italia y Portugal.

La primera jornada se desarrolló con la celebración del primer panel dedicado a “Las relaciones laborales en Portugal e Italia”, bajo la moderación de las Profesoras Martínez Barroso y Álvarez Cuesta, intervinieron los Profesores José Martins dos Anjos Henriques y José Manuel Vaz Marta de Sampaio e Melo, ambos miembros del Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Port y la Universidad Politécnica do Porto, disertaron sobre el “Despido disciplinario en la Administración Pública en Portugal. Aspectos Prácticos” (Despedimento disciplinar na Administração Pública em Portugal. Aspectos Práticos).

En lo que respecta a las relaciones laborales en Italia, la Prof. Dra. Giuseppina Pensabene Lioni, Profesora de la Universidad de Palermo, pronunció la conferencia “La lucha contra el trabajo sumergido y la experiencia italiana del ‘voucher’, entre flexibilidad y seguridad” (La lotta contro il lavoro sommerso e l'esperienza italiana del "voucher" tra flessibilità e sicurezza), mientras el Profesor Dr. Marco Mocella, de la Universidad de degli Studi del Sannio, en Benevento, expuso las cuestiones básicas sobre “Despido disciplinario en Italia” (Licenziamento disciplinare in Italia).

La segunda jornada, moderada por el Prof. Fernández-Costales Muñiz, y continuando con la cuestión relativa a las relaciones laborales en Italia ya iniciadas en la jornada anterior, contó con un elenco de ponentes en el cual repetía la Profesora Dra. Giuseppina Pensabene Lioni, de la Universidad de Palermo, explicando, al hilo del conflicto de los estibadores portuarios en España, los “Aspectos relevantes del trabajo

portuario en Italia” (Aspetti rilevanti del lavoro portuale in Italia). El Prof. Dr. Marcello D’Aponte, de la Università Federico II de Nápoles, centró su ponencia en “Las reformas de la legislación laboral en Europa: la Ley Jobs Act en Italia” (La riforma del diritto del lavoro in Europa: la Legge Jobs Act in Italia), cerrando la jornada el Prof. Dr. D. Tommaso Pensabene Lioni, quien, desde una perspectiva constitucionalista analizó cuestiones sobre el “Trabajo y tutela multinivel: principios y derechos fundamentales. Una perspectiva constitucionalista” (Lavoro e tutela multilivello: principi e diritti fondamentali. Una prospettiva costituzionalistica).

El interesante contenido de las conferencias pronunciadas en el marco de las jornadas puede conocerse en los resúmenes aportados por los propios ponentes a continuación.

“DESPIDO DISCIPLINARIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PORTUGAL. ASPECTOS PRÁCTICOS” (Despedimento disciplinar na Administração Pública em Portugal. Aspetos Práticos)

Profesor José Martins dos Anjos Henriques. Instituto Superior de Contabilidade e Administração, Universidad Politécnica do Porto.

Profesor José Manuel Vaz Marta de Sampaio e Melo. Instituto Superior de Contabilidade e Administração, Universidad Politécnica do Porto.

Los Profesores José Martins y José Manuel Vaz Marta de Sampaio abordaron con amplitud y gran detalle la temática del despido disciplinario en la Administración Pública portuguesa, tratando su funcionamiento, características y particularidades. Desarrollando todos los aspectos de interés en la materia, ambas ponencias, complementarias una de otra, sirvieron para ilustrar a los presentes sobre todo el proceso disciplinario en un ámbito en el cual las especialidades resultan siempre mucho más marcadas que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena fuera del sector público, al tiempo que, por contraste, pudieron destacarse las diferencias existentes con el sistema existente en España.

“LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO SUMERGIDO Y LA EXPERIENCIA ITALIANA DEL ‘VOUCHER’, ENTRE FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD” (La lotta contro il lavoro sommerso e l’esperienza italiana del “voucher” tra flessibilità e sicurezza)

Prof. Dra. Giuseppina Pensabene Lioni. Doctora en Derecho por los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Valencia y Palermo. Professore a contratto di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Università Ca’ Foscari di Venezia. Professore a contratto di Diritto del Lavoro Comunitario e Internazionale, Università di Palermo (Polo di TP).

El fenómeno del trabajo sumergido es, sin duda, un tema central en el debate acerca de los nuevos retos y perspectivas de la política social y laboral europea y en él se reflejan muchos de los cambios sustanciales que se han realizado en estos últimos años de crisis económica.

Punto de partida para cualquier iniciativa europea orientada a la lucha, reducción y prevención del trabajo sumergido es el reconocimiento de la ambigüedad del fenómeno con respeto al cual todavía ni siquiera se ha conseguido alcanzar una definición unívoca –se habla de trabajo sumergido, informal, irregular, en negro, etc.–. Sin embargo, la Comisión Europea en una comunicación de 1998, cuyo contenido ha sido reiterado en 2007, ha especificado lo que entendemos por «trabajo no declarado» (*undeclared work*), de suerte que se trata de cualquier actividad retribuida que siendo legal en cuanto a su naturaleza no es declarada a las autoridades públicas, teniendo siempre en cuenta las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los países miembros. En efecto, como se ha subrayado por parte de la Comisión, existe un elevado grado de heterogeneidad del fenómeno en cuestión en el ámbito de los países miembros de la UE, incidiendo de forma distinta en función del contexto social, del ordenamiento jurídico y de las condiciones estructurales de cada uno de ellos.

A pesar de dichas dificultades, no cabe duda de que un cierto activismo institucional se ha puesto en marcha en estos últimos años. Además la atención prestada al fenómeno por parte de la Comisión Europea, del CESE, del Banco Mundial y de otras organizaciones internacionales e instituciones especializadas (como, por ejemplo, EUROFOND), corrobora la necesidad de luchar contra el trabajo sumergido a nivel europeo, porque incide negativamente no solo en el funcionamiento del mercado laboral, sino también en cuestiones colaterales como, por ejemplo, los viejos problemas del trabajo digno o de la inmigración clandestina.

Tras la Estrategia de Lisboa de 2000, la Estrategia Europa de 2020 sigue persiguiendo el objetivo del «*better job*» también a través de la lucha contra el trabajo sumergido, siendo además el regreso a la economía formal de las empresas sumergidas un factor cierto y duradero de recuperación económica. En el marco de la estrategia europea, la respuesta de los países miembros no abandona el enfoque de la “flexiseguridad” ante los desafíos que suponen la crisis económica en el corto plazo y los retos (presentes y futuros) de la globalización. En este sentido, los modelos más representativos son los mercados laborales danés, suizo, austriaco, alemán (que introdujo la figura del «*mini-job*») y belga (donde existe la institución del «*titres services*»). También debe constatar la existencia de avance en países como Grecia, Francia y Austria (donde se han introducido los «bonos de servicios» para prestaciones de trabajo doméstico ocasional), y en Eslovaquia y Estonia donde se ha combatido la utilización fraudulenta del trabajo autónomo introduciendo una «*flax tax*» para evitar posteriores distorsiones en el régimen fiscal y de seguridad social entre trabajo autónomo y dependiente. Otros países como España han tratado de dar soluciones a muchos problemas pendientes, como, por ejemplo, el exceso de temporalidad en la contratación y el trabajo irregular, a través de nuevos modelos de concertación sindical (*vid.*, por ejemplo, el Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo de 9 de mayo de 2006).

Por su parte, Italia introdujo, con la llamada “Reforma Biagi” (D.Lgs. n° 276/2003), el «*trabajo con voucher*» o «*buoni lavoro*», cuya disciplina ha sido modificada en varias ocasiones, siendo la penúltima de ellas con ocasión de la aprobación de la reforma del mercado laboral italiano a través del conocido como “*Jobs Act*” (D.Lgs. n° 81/2015), aprobado bajo el Gobierno Renzi, y que ha supuesto la derogación expresa de los artículos 70 a 73 del D.Lgs. 276/2003, reformulando integralmente el régimen de los *voucher*, que, a su vez, ha sido derogado por el D.L. n° 25/2017.

Los *voucher* consisten en unos bonos de trabajo con los que se paga el ejercicio de actividades laborales que se desempeñan casi siempre de manera ocasional y, en todo caso, según las exigencias del empleador. Como es bien sabido, el tema de los *voucher* ha sido especialmente debatido en Italia en estos últimos tiempos, ocupándose diariamente de ello la doctrina, la jurisprudencia, las opiniones sindicales y la prensa italiana. Ejemplo de la polémica suscitada lo encontramos en el hecho de que los sindicatos promovieron un referéndum de derogación de la regulación de los *voucher* que al final no se llegó a realizar puesto que, como se ha dicho, el D.L. n° 25/2017 ha derogado la totalidad de la disciplina del *voucher* contenida en los artículos 48, 49 y 50 del D.Lgs. n° 81/2015, manteniendo en vigor solo los bonos ya adquiridos.

El problema de los *voucher* no es su uso en sí, sino el abuso que se ha hecho de ellos, sobre todo tras la entrada en vigor de la “reforma Fornero” (L. n° 92/2012) gracias a la cual la utilización de los bonos de trabajo se generalizó, al permitirse su uso no solo para el trabajo ocasional sino también para prestaciones laborales permanentes, pudiendo derivar en un peligroso aumento de la precariedad y disminución de las tutelas efectivas. Además, como también se ha afirmado por el Presidente del INPS –Sr. Boeri–, esta generalización del uso de los *voucher* ni siquiera ha favorecido que aflore el trabajo sumergido, finalidad ésta –la regularización del trabajo sumergido– que había justificado la introducción en el ordenamiento italiano de esta figura. Ahora bien, la derogación de la regulación de los *voucher* representa la oportunidad para una reconsideración sistemática de dicha figura con el objetivo de aclarar las zonas de claroscuro entre flexibilidad y seguridad.

Es necesario plantearse la cuestión de si la figura del *voucher* es compatible con los principios rectores de la lucha contra el trabajo sumergido elaborados a nivel europeo, señaladamente con el principio de la flexiseguridad. En otros términos, cabe preguntarse hasta qué punto se garantiza la seguridad del trabajador allí donde se ha introducido tanta flexibilidad. En efecto, el abuso del *voucher* puede determinar la sustitución del binomio “flexibilidad/seguridad” por la dicotomía “hiperflexibilidad/hiposeguridad”, vulnerándose de esta manera aquel “equilibrio sensato” entre ambos conceptos (flexibilidad y seguridad) del cual habla amenudo la OIT en sus notas significativas sobre esta materia. Sentado lo anterior, sería necesario adoptar medidas, no solo preventivas de disuasión del trabajo en negro y de promoción del trabajo regular, sino además, y sobre todo, medidas esencialmente culturales para reducir tanto el atractivo para los trabajadores del trabajo no declarado, como la aceptación social de la economía sumergida, a través de la difusión de una ética fiscal más fuerte y de una mayor sensibilización de la opinión pública, frente a la globalización económica y los cambios sociales y demográficos, a los cuales asistimos en el día a día.

“DESPIDO DISCIPLINARIO EN ITALIA” (Licenziamento disciplinare in Italia)

Profesor Dr. Marco Mocella. Professore Ricercatore della Università degli Studi del Sannio, Benevento.

1. Introduzione

La disciplina dei licenziamenti in Italia era rimasta sostanzialmente immutata dal 1990-1991, quando furono riformate le leggi sui licenziamenti individuali (l. 108/1990) e introdotta quella dei licenziamenti collettivi (l.223/91). La riforma della l. 92/2012 (Legge Fornero) e del d.lgs 81/2015 (Jobs act) hanno profondamente modificato tale assetto.

Le principali novità delle due riforme hanno riguardato la riduzione degli obblighi procedurali, in particolare la comunicazione delle ragioni del recesso e, soprattutto, il regime delle sanzioni, con la scomparsa quasi completa della reintegrazione.

Occorre ancora osservare che la riforma del 2015 si applica soltanto ai lavoratori assunti dopo il marzo 2015, mentre per tutti gli altri trovano applicazione le norme antecedenti come riformate nel 2012.

2. Le sanzioni per i licenziamenti illegittimi

Le maggiori novità delle riforme hanno riguardato la riduzione dell'ambito di applicazione del regime di tutela reale (reintegrazione). In passato, nelle imprese con oltre 15 dipendenti, per qualunque vizio del licenziamento si applicava la reintegrazione. Oggi invece la sanzione è legata alla tipologia di vizio riscontrato nell'atto.

La riforma del 2012, e quindi con applicazione a tutti i lavoratori assunti fino al marzo 2015, ha introdotto quattro tipologie di sanzioni:

La cd. *tutela reale forte*, è oggi riservata, indipendentemente dal numero di dipendenti, ai casi di licenziamento intimati per motivi gravi: matrimonio, maternità (anche adottiva), altri casi di nullità previsti dalla legge, mancanza di forma scritta (M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti*, 384). Dopo il 2015, anche la disabilità fisica o psichica del lavoratore costituisce motivo di reintegrazione forte (articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68). Essa prevede la riammissione in servizio e un risarcimento del danno pari a tutte le retribuzioni perdute dal lavoratore *medio tempore*.

La seconda tipologia sanzionatoria, definita *tutela reale debole*, prevede che il lavoratore sia reintegrato ma limita fortemente le conseguenze risarcitorie per il lavoratore e le conseguenze connesse alla reintegra per il datore. In particolare viene previsto un tetto massimo al risarcimento del danno che non potrà superare le dodici

mensilità. (Consolo C., Rizzardo D., *Vere o presunte novità*, 731; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, 430; A. Vallebona, *La riforma del lavoro del 2012*, 60; L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio*, 240; C. Cester, *I quattro regimi sanzionatori*, 70-71).

Tale sanzione ricorre quanto il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa. Ancora, il giudice può applicare tale disciplina quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. (in dottrina Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo*, 236-7; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare*, 1067; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, 440; M. Persiani, *Il fatto rilevante*, 1ss; F. Carinci, *Ripensando il nuovo articolo 18*, 495-196; M.T. Carinci, *Il licenziamento*, 1058).

Le ultime due forme di tutela sono *la tutela indennitaria forte*, la quale prevede infatti un risarcimento del danno variabile da dodici a ventiquattro mensilità, quella *debole* da sei a dodici mensilità.

L'indennità risarcitoria forte si applica nelle ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ma non si rientri nelle fattispecie per le quali è prevista la tutela reintegratoria.

Diversamente, la tutela risarcitoria debole trova applicazione nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

Con la riforma del 2015, invece, a parte le ipotesi della tutela forte viste sopra, si prevede un'unica sanzione, cioè due mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità).

Unica eccezione è prevista nel caso in cui, nelle ipotesi di licenziamento disciplinare, venga dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (Pessi R., *Il notevole inadempimento*, 26ss). Solo per tale ipotesi, dunque, è ancora sussistente la tutela reale debole. (Carinci F., *Jobs Act*, 1ss).

Per le imprese minori, la reintegrazione è possibile solo per i licenziamenti nulli mentre l'ammontare dell'indennità risarcitoria è dimezzato, con un minimo quindi di una sola mensilità.

3. L'obbligo di forma scritta e di comunicazione dei motivi

La disciplina degli obblighi formali connessi al licenziamento ha subito notevoli cambiamenti in virtù della novella operata dalla l.92/2012. Resta sostanzialmente invariato l'obbligo di forma scritta del licenziamento, introdotto dall'art. 2 della l. 604/66 ed esteso, per effetto della l. 108/1990, a tutti i datori di lavoro, anche non imprenditori, indipendente dal numero di lavoratori occupati, compresi i dirigenti.

Restano esclusi dall'obbligo di forma scritta: il rapporto di lavoro domestico (art. 4 della l. 108/1990), i lavoratori ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro (art. 4, comma 2, della l. 108/1990); i lavoratori assunti in prova (art. 10 l. 604/1966).

Notevoli innovazioni sono invece introdotte per la comunicazione dei motivi del licenziamento.

Prima della l. 92/2012, il lavoratore poteva richiedere entro quindici giorni dalla ricezione del licenziamento la comunicazione dei motivi, qualora non contestuali, ed il datore aveva l'onere di comunicarli entro i successivi sette. La conseguenza della mancata o intempestiva comunicazione nei termini era sanzionata con l'inefficacia del recesso, cioè con la medesima sanzione prevista in caso di licenziamento orale.

La riforma interviene in due direttrici per gli aspetti formali: da un lato, imponendo al datore di comunicazione contestualmente al recesso le motivazioni dello stesso; dall'altro limitando, nonostante la lettera della legge, alla mancanza di forma la sanzione dell'inefficacia e riconducendo invece alla minore delle sanzioni previste dal novellato art. 18 l'omissione della motivazione, vale a dire una sanzione da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità (art. 18 comma sesto).

4. Licenziamento disciplinare

Risultano affievolite anche le conseguenze della violazione delle procedure di cui agli artt. 7 dello Statuto in tema di licenziamento disciplinare (A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, 425; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, 305 ss.; Vallebona A., *La riforma del lavoro*, 65); F. Carinci, *Il licenziamento inefficace*, 73).

Sebbene la procedura prevista non sia stata modificata, il mancato rispetto dei primi tre commi dell'art. 7 St. Lav., che era precedentemente comportava la reintegrazione nelle aziende con più di 15 dipendenti (Corte Cost. 23/11/94 n. 398 in Dir. Lav., 1994, II, p.515ss), comporta ora l'applicazione la sola applicazione del sesto comma dell'art. 18vale a dire la sola sanzione indennitaria dimezzata (C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge 92 del 2012*, 264ss).

Con la riforma del 2015, in caso di mancata comunicazione della motivazione del licenziamento o della procedura dei licenziamenti disciplinari il datore di lavoro viene condannato esclusivamente al pagamento di un'indennità pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

5. Licenziamento per ragioni economiche

A seguito della riforma del 2012, per il licenziamento individuale per ragioni economiche che fosse risultato privo di giustificazione occorre distinguere il caso in cui il fatto posto a base del recesso fosse risultato inesistente da quello in cui, pur esistente, non fosse stato ritenuto sufficientemente grave. Nella prima ipotesi si avrà

la reintegrazione cd. affievolita (reintegrazione con risarcimento del danno forfettario), nella seconda indennità risarcitoria forte (12-24 mensilità ma senza reintegrazione).

Con la riforma del 2015, invece, per i licenziamenti per ragioni economiche individuali viene del tutto meno la possibilità di ottenere la reintegrazione anche nel caso in cui si dimostrasse l'assoluta inesistenza della ragione oggettiva posta a base del recesso.

6. Licenziamenti collettivi

Anche la disciplina dei licenziamenti collettivi, ed in particolare la procedura di consultazione, è stata modificata dalla l. 92 del 2012. In particolare, la novella ha previsto la possibilità per l'imprenditore di inviare la comunicazione finale non più necessariamente contestuale ai licenziamenti degli elementi previsti dall'art. 4 comma nono; delle modifiche al regime sanzionatorio; l'efficacia sanante di eventuali vizi della procedura dell'accordo raggiunto in sede sindacale; l'applicabilità del nuovo termine di decadenza previsto per i licenziamenti individuali.

La previsione in base alla quale il raggiungimento di un accordo ha effetto sanante di eventuali vizi della procedura recepisce un'interpretazione già fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, che aveva riconosciuto tale possibilità alle parti nel corso della procedura.

Le modificazioni operate al regime sanzionatorio rispondono invece all'esigenza di raccordare le novità in tema di sanzioni per i licenziamenti ai vizi dei licenziamenti collettivi. Viene quindi previsto, oltre ad una espressa applicazione della tutela forte in caso di inosservanza della forma scritta, un ridimensionamento della tutela accordata in caso di violazione della procedura (da 12 a 24 mensilità) e l'applicazione di un regime di tutela reintegratoria debole in caso di violazione dei criteri di scelta (Lambertucci P., *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, 242ss; L. Lorea, *Riduzione di personale e articolazione della disciplina del licenziamento: le tutele procedurali*, 487ss).

La riforma del 2015 ha confermato la sanzione della nullità per il licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta, ma prevedendo che, in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applichi esclusivamente il regime risarcitorio laddove il precedente sistema prevedeva la reintegrazione in caso di violazione dei criteri di scelta.

7. Conclusioni

Appare evidente come, soprattutto a seguito delle riforme del 2015, siano presenti per i lavoratori rischi di abusi nella fase di individuazione dei lavoratori da licenziare. Con la riforma del 2012, un licenziamento intimato ad un lavoratore privo del tutto di fondamento, e quindi probabilmente frutto di un abuso diretto specificamente nei suoi

confronti, era sancionato sempre con la reintegrazione, sebbene debole. In particolare, la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, l'assoluta inesistenza del fatto che provocava il licenziamento disciplinare o per ragioni economiche, tutte ipotesi che possono nascondere un abuso del datore di lavoro, sono sanzionate con la reintegrazione. Diversamente, per i lavoratori assunti dopo il 2015, soggetti quindi al Jobs Act, tali ipotesi non daranno mai luogo a reintegrazione ma solo a risarcimento del danno, con eccezione dell'inesistenza assoluta del fatto posto a base del licenziamento disciplinare.

Sebbene qualora il lavoratore riesca a provare un'eventuale discriminazione nei suoi confronti potrà beneficiare della tutela reale forte, è noto come la prova di tale discriminazione o motivo illecito sia estremamente difficile, per cui la posizione del lavoratore nel rapporto esce sensibilmente indebolita, in particolare dalla riforma del 2015.

“ASPECTOS RELEVANTES DEL TRABAJO PORTUARIO EN ITALIA” (Aspetti rilevanti del lavoro portuale in Italia)

Giuseppina Pensabene Lioni. Doctora en Derecho por los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Valencia y Palermo. Professore a contratto di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Università Ca' Foscari di Venezia. Professore a contratto di Diritto del Lavoro Comunitario e Internazionale, Università di Palermo (Polo di TP).

La posibilidad de reflexionar sobre el trabajo portuario italiano surge con ocasión de lo que ha pasado muy recientemente en España con referencia a la conocida y agitada reforma de la estiba. Dicha reforma se enmarca en la tendencia europea, desarrollada en estas últimas décadas, hacia la liberalización del sector de la estiba, un sector tradicionalmente controlado de forma monopolística en los países europeos.

Igual que ha ocurrido a España, Italia también tuvo que modificar su legislación en 1994 como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1991 (c. n. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova y Siderurgica Gabrielli*) que dictaminó que los estibadores italianos no se regían por las normas de «libre competencia». En efecto, antes de la entrada en vigor de la Ley nº 84/1994 que regula el trabajo portuario en Italia, existía un modelo particular, en virtud del cual tanto la gestión directa como la administración de los principales puertos italianos venían atribuidas a los «entes portuarios», cuyo *modus operandi* no era muy diferente respecto al de las “SAGEP” españolas, puesto que dichos entes gozaban de derechos exclusivos para suministrar mano de obra para todas las operaciones portuarias que implicaban un contacto entre los productos y el muelle. Así pues, se trataba de un sistema parasitario, que además de conllevar la vulneración de los principios europeos relacionados con la libertad de establecimiento, tenía una vertiente negativa en términos de ausencia de un régimen competitivo en el sector

italiano de servicios de estiba portuaria, caracterizado por su debilidad, derivada de un exceso de plantilla y baja productividad.

En atención a lo establecido por el TJUE, el legislador italiano, con la Ley nº 84/1998, de «reordenación de la legislación en materia portuaria», suprimió los entes portuarios, sustituyéndoles por las «autoridades portuarias» –sujetos públicos encargados de funciones de administración, vigilancia y dirección–, y dejó a los operadores privados –en el ámbito del libre mercado competencial– la tarea de suministrar las operaciones y los servicios portuarios, siempre que hubiesen obtenido la necesaria autorización administrativa.

A este respecto, verdaderamente se debe destacar que la Ley nº 84/1994 ha tenido el mérito de abrir el sistema portuario italiano a las lógicas del mercado libre y competencial; como es verdad también que, hoy en día, ello ya no es suficiente para permitir a los puertos italianos ajustarse a los más modernos y eficientes modelos existentes en el resto de Europa, sobre todo en países como Reino Unido y Holanda que se abrieron al mercado de forma voluntaria sin hacerlo a petición de Bruselas como en el caso de Italia o España. En especial, el modelo italiano de estiba portuaria presenta dos aspectos problemáticos. Por un lado, hay aspectos de la actividad de estiba que no están regulados o están mal regulados: piénsese, por ejemplo, en el suministro de la mano de obra temporal o en las prácticas de «heredar» los puestos de estibadores o en el veto tácito a las mujeres para trabajar como estibadoras o en la endémica escasez de la presencia sindical o en la mala integración de los puertos italianos con el resto del transporte terrestre. Por otro lado, la fragilidad y la fragmentación del sistema portuario hace que Italia no utilice el transporte marítimo en todo su potencial. A ello se añade que la realidad portuaria italiana es muy variada, de suerte que cada puerto presenta su particular problemática, siendo inevitable la dispersión de la financiación ante un número tal vez excesivo de muelles de interés nacional (debe recordarse, entre otros, los muelles de Trieste, Venecia, Gioia Tauro, Palermo, Genova, Naples).

A la luz de todo lo dicho, habría que «agitar las conciencias» y volver a plantear la reordenación jurídica del trabajo portuario en Italia, no solo por el valor vital de la estiba –lo que concierne todos los países europeos– sino también por algo que interesa específicamente a Italia: su posición estratégica, que todavía hace falta valorar adecuadamente.

El reto es incrementar la competencia de los puertos nacionales con la finalidad también de captar los tráfico de los «nuevos mercados» (China, Japón, América), desarrollando tanto nuevos modelos de *governance*, como un mercado laboral de servicios portuarios basados sobre el concepto de competitividad, para que el sistema portuario italiano elimine su debilidad frente a la globalización del comercio marítimo y a la creciente utilización de los contenedores.

**“LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EN EUROPA:
LA LEY JOBS ACT EN ITALIA” (La riforma del diritto del lavoro in
Europa: la Legge Jobs Act in Italia)**

Profesor Dr. Marcello D’Aponte. Patrocinante in Cassazione. Professore di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Nell’ambito del I Seminario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, il Prof. Marcello D’Aponte dell’Università di Napoli Federico II-Dipartimento di Scienze Politiche, ha tenuto una lezione su “*La riforma del lavoro in Europa: la legge Jobs Act in Italia*”.

In particolare, il Prof. D’Aponte ha evidenziato come il nuovo quadro giuridico derivante dall’imponente riforma del diritto del lavoro italiano, sia destinato a mutare profondamente il quadro del mercato del lavoro nazionale, nell’ambito di un più ampio sistema di riforme che hanno interessato negli ultimi anni i sistemi giuridici del lavoro dei principali paesi europei.

La riforma del c.d. *Jobs Act*, con una pluralità di provvedimenti emanati nel volgere di circa due anni, dalla legge delega con cui il Parlamento ha incaricato il Governo di emanare una serie di decreti legislativi, fino ai provvedimenti attuativi succedutisi in tale arco temporale, ha completamente ridisegnato il sistema di regole e di protezione sociale italiano. Ciò si è verificato attraverso misure intervenute in almeno cinque direzioni:

- Riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti esclusi dal lavoro;
- Riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti in attività;
- Riforma della disciplina dei licenziamenti individuali;
- Riforma della disciplina della maternità e dei tempi di lavoro;
- Riforma dei contratti di lavoro.

A queste iniziative si sono poi aggiunte riforme riguardanti i servizi di controllo; riforme dei servizi per l’impiego e, infine, una serie di riforme di carattere amministrativo.

La logica del provvedimento consiste in una più agevole possibilità di ricorrere al licenziamento individuale dei lavoratori, a cui corrisponde l’introduzione di elementi di maggiore protezione sociale per le conseguenze della perdita del posto di lavoro.

In poche parole, il legislatore italiano ha inteso introdurre marcati elementi di c.d. *flexicurity*, con la finalità di rendere il mercato del lavoro più agile e cioè di agevolare la possibilità delle aziende di avvalersi di meccanismi di flessibilità, in ragione della necessità di assecondare i cicli economici e produttivi, compensati tuttavia con dosi più massicce di misure di protezione sociale allo scopo di evitare che tali opportunità riconosciute alle imprese finiscano con l’incrementare la precarietà. Allo stesso tempo, è intervenuto anche sulla valorizzazione della capacità del lavoratore di essere occupabile nell’intero arco della propria vita professionale, incrementando la sua

inclinazione alla formazione e all'arricchimento delle conoscenze acquisite: il principio che si è così inteso favorire è quello della realizzazione di meccanismi di più agevole incontro tra domanda e offerta di lavoro, tutoraggio ed assistenza all'impiego, per realizzare un mercato del lavoro al contempo più flessibile e dinamico, anche attraverso un ruolo più significativo e propulsivo rimesso alle agenzie per il lavoro, il cui ruolo è stato ulteriormente accresciuto e rafforzato.

Il risultato è, tuttavia, quanto meno discutibile, sia perché a fronte di un'immediata semplificazione delle possibilità di procedere al licenziamento individuale dei lavoratori non corrisponde un altrettanto efficace sistema di protezione sociale, rimesso all'implementazione di complessi meccanismi organizzativi e, non di rado, di trasformazione culturale, sia in quanto questi ultimi, peraltro senza che ad essi siano attribuite adeguate risorse finanziarie, non sembrano comunque idonei a compensare in maniera altrettanto significativa ed efficace il bene ed i valori che dovrebbero proteggere.

Orbene, per quanto riguarda le c.d. *reforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti esclusi dal lavoro*, l'intervento più significativo ha riguardato la c.d. «NASPI» che, in sostituzione della precedente indennità di disoccupazione, costituisce un'indennità mensile da riconoscere a tutti i lavoratori, con eccezione dei funzionari pubblici, avente la funzione di costituire uno strumento di sostegno al reddito per i salariati che abbiano perduto involontariamente il loro posto di lavoro. Il sistema di calcolo è particolarmente complesso e, comunque, è riconosciuta per un periodo di tempo che non può superare un arco temporale pari ad un anno e mezzo.

L'aspetto più interessante è costituito dalla previsione che l'erogazione di tale indennità sia condizionata alla regolare partecipazione alle iniziative dei corsi di lavoro e di ricollocazione organizzati dai servizi di impiego pubblici e a tale scopo la legge prevede anche la possibilità che con il lavoratore sia sottoscritto un apposito contratto con l'erogazione di una specifica dote economica che sia idoneo a favorire l'acquisizione di più agevoli possibilità di trovare impiego. Senonché, a distanza di circa tre anni dall'entrata in vigore di tale previsione non risulta che siano stati attivate iniziative adeguate in tale direzione, con la conseguenza che il precariato in caso di disoccupazione involontaria dovuto a crisi aziendale o licenziamento ingiustificato costituisce una ragionevole probabilità, a fronte della carenza di iniziative di sostegno, mentre comunque, di fatto, l'indennità viene erogata ugualmente.

La conseguenza, tuttavia, è quella di un indennizzo che si protrae per 18 mesi dalla perdita del posto di lavoro, senza alcuna forma di sostegno alla futura ricollocazione sul mercato del lavoro che, soprattutto ad una certa età, diviene sempre più scarsamente ipotizzabile, rimettendo solo all'iniziativa privata e a notevoli sacrifici, la possibilità che essa si verifichi.

Per quanto riguarda poi le c.d. *reforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti in attività*, l'intervento più rilevante riguarda la riforma dei c.d. ammortizzatori sociali, con estensione delle prestazioni di sostegno al reddito e integrazione salariale ordinarie, cioè in caso di crisi aziendale temporanea e straordinarie, cioè in caso di contratti di solidarietà, ristrutturazione o riconversione, ad esclusione della cessazione

di attività, in favore anche di collaboratori occasionali e degli apprendisti e l'estensione ad un più ampio numero di imprese ed attività.

La riforma della disciplina dei licenziamenti individuali rappresenta tuttavia l'aspetto più rilevante e significativo dell'intera revisione delle regole del mercato del lavoro.

Come si è detto in precedenza, infatti, il legislatore italiano, pur senza intervenire sui concetti di c.d. «giusta causa» e «giustificato motivo» di licenziamento, ha provveduto a modificare il meccanismo sanzionatorio, soprattutto in caso di licenziamento disciplinare, rendendo molto più agevole, quindi, ricorrere ad un licenziamento in quanto, in caso di declaratoria di illegittimità del provvedimento, le conseguenze non consistono più, come in passato, nella c.d. reintegrazione nel posto di lavoro, salvo quando questo non sia nullo perché ad esempio adottato per ragioni ritorsive o discriminatorie, bensì nell'erogazione di una somma di danaro attraverso la quale poi il rapporto di lavoro viene dichiarato comunque risolto.

L'introduzione generalizzata del pagamento di una somma di danaro a titolo risarcitorio, determinata automaticamente in base alla pregressa anzianità di servizio, pari a due mensilità per ogni anno di servizio fino ad un massimo di 24 e non più nemmeno individuata secondo una valutazione discrezionale del giudice, diviene quindi la regola, lasciando alla reintegrazione nel posto di lavoro uno spazio residuale in casi precisi previsti dalla legge.

Tale meccanismo, quindi, mira ad agevolare sia i licenziamenti disciplinari, sia, soprattutto, quelli economici, prevedendo quindi la possibilità di reintegrazione sono all'ipotesi residuale della c.d. insussistenza del fatto materiale, su cui la giurisprudenza e la dottrina vanno ampiamente interrogandosi per meglio circoscrivere e definire la fattispecie.

Il risultato complessivo, come può vedersi, è quello di rendere molto più agevole il licenziamento individuale, così come va ormai delineandosi nei principali sistemi europei ma la conseguenza è quella, senza dubbio, del rischio di un sensibile incremento della precarizzazione, in quanto il legislatore si preoccupa di tutelare le esigenze di protezione economica del datore di lavoro piuttosto che quella sociale del prestatore di lavoro, posto al di fuori del mercato del lavoro.

La riforma della disciplina della maternità e dei tempi di lavoro interviene invece in una prospettiva di parziale compensazione dell'irrigidimento delle conseguenze protettive per la perdita del posto di lavoro, provvedendo invece ad incrementare il sistema di garanzie a protezione del valore della conciliazione de tempi di vita e lavoro: possibilità di fruizione non soltanto a giorni ma anche ad ore, estensione ad entrambi i genitori, allargamento fino ai dodici anni di età del bambino rispetto agli otto previsti dalla disciplina previgente.

Anche tale misura si inserisce nel solco delle indicazioni provenienti a livello comunitario, allo scopo di uniformare le misure di sostegno alla maternità tra i Paesi membri, sul presupposto che la crisi dell'occupazione femminile costituisce uno degli aspetti più critici di un'equilibrato sviluppo del mercato del lavoro.

Infine, un ulteriore aspetto della lezione del Prof. D'Aponte, ha riguardato il tema della *riforma dei contratti di lavoro*.

Anche da tale punto di vista, infatti, come in materia di licenziamenti individuali, la finalità del legislatore è quella di introdurre massicce dosi di flessibilità gestionale che possono essere solo parzialmente compensate da una diversa articolazione delle relazioni sindacali, tuttavia influenzate da una posizione certamente più debole delle organizzazioni sindacali rispetto al passato, essendo infatti queste ultime chiamate a contrattare le maggiori dosi di flessibilità nel mercato del lavoro introdotte dalle nuove norme, gestendone le conseguenze anche in termini di opportunità di protezione sociale e sviluppo.

Per effetto delle modifiche introdotte da uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*, si assiste infatti, adesso, ad una riscrittura delle norme in materia di mansioni, con il riconoscimento, in favore del datore di lavoro, della possibilità di modificare le mansioni del lavoratore, nell'ambito della qualifica attribuita, anche in senso inferiore: anche da tale punto di vista, ciò influenzerà in misura sensibile la contrattazione collettiva, con la probabile tendenza alla riscrittura dei profili professionali previsti in ciascun ambito.

Sempre nel quadro delle indicazioni provenienti dall'UE, la norma poi amplia la possibilità di ricorrere al contratto di lavoro part-time; l'ampliamento ed il rafforzamento del ricorso al contratto di apprendistato; individua un limite di 400 giorni nell'arco di un triennio per il c.d. job on call; pone un argine al ricorso indiscriminato al contratto a tempo determinato, stabilendo la previsione del limite massimo di 36 mesi nell'ambito della percentuale del 20% dei lavoratori assunti a tempo indeterminato e del ricorso alla somministrazione, per la quale viene stabilito un limite invece del 10%.

Ciò consente di continuare a ritenere che il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisca lo strumento principale di riferimento, seppur in un quadro di sensibile attenuazione dei sistemi di protezione e tutele per come sono stati introdotti in Italia, in misura crescente, a partire dalla fine degli Anni Sessanta.

“TRABAJO Y TUTELAS MULTINIVEL: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA”
(Lavoro e tutela multilivello: principi e diritti fondamentali. Una prospettiva costituzionalistica)

Profesor Dr. Tommaso Pensabene Lioni. Professore a contratto di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo (Polo di AG). Già Assegnista di Ricerca di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

El artículo 1 de la Constitución italiana (en adelante CI) se abre estableciendo que “*Italia es una República democrática basada sobre el trabajo*”. Así pues, la opción de los padres constituyentes ha consistido en señalar el “trabajo” como fundamento del mismo ordenamiento constitucional.

Todo ello significa no sólo que se califica el derecho al trabajo como derecho fundamental (en efecto, se encuentra en el *incipit* de la primera parte de la Constitución dedicada a los “principios fundamentales”), sino también que el “derecho al trabajo” se utiliza como *parámetro* en base al cual se determina la extensión de todo el sistema de valores constitucionales (a este propósito, es suficiente recordar, por ejemplo, los arts. 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 CI).

A dicho variado cuadro normativo se suman, además, otros principios constitucionales que, a través del derecho del trabajo, extienden con amplitud su ámbito de aplicación: el derecho a la salud *ex* art 32 cost. (que llega a ser el fundamento constitucional de la obligación de seguridad); el art 2 CI, al cual se conecta la naturaleza del derecho del trabajo como “derecho *inviolable*” (constituyendo, pues, el fundamento constitucional de la tutela resarcitoria, por ejemplo, por daños causados por la práctica del *mobbing*), el principio de igualdad sustancial *ex* art. 3, apartado 2º, CI, que representa el fundamento constitucional del “principio antidiscriminatorio en materia laboral” (entre hombre y mujer, entre trabajador temporal y trabajador indefinido; entre trabajador a tiempo completo y trabajador a tiempo parcial, etc.).

Así bien, dicha “centralidad” del derecho al trabajo en el sistema constitucional italiano corrobora que su naturaleza es el “*centro y el arquetipo de los derechos sociales*”, como afirmaba Isensee en una definición a la cual reenvía W. Schmidt (*vid.* “I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Sociale Tedesca”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981), y la doctrina constitucionalista italiana en general (v. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, en *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., p. 14).

Así pues, según la postura doctrinal tradicional, en base al sistema dibujado por la CI, el trabajo habría tenido que constituir “el fundamento” de todos los fenómenos dependientes: del trabajo habrían tenido que depender las políticas económicas y ocupacionales, y de dichas políticas habría tenido que depender la regulación de la economía.

No obstante –como ha sido destacado en doctrina– hoy en día, dicho paradigma se ha invertido, representando la *economía* (y no el *trabajo*) el fundamento de todo. En especial, lo que ocurre (siendo aceptado a nivel constitucional) es que la *lex mercatoria* prevalece sobre cualquier derecho que sea incompatible con la misma (incluido el derecho al trabajo según su concepción tradicional).

En efecto, no se puede negar que el impacto del ordenamiento de la Unión Europea (con el consecuente cambio del papel económico del Estado en el ámbito del fenómeno de integración europea) y fenómenos, incluso económicos, como la globalización han determinado la ausencia de principios claves sobre los que fundamenta nuestro “sistema constitucional clásico”, llevando a cabo, en consecuencia, la radical debilidad de las tutelas del trabajador, y en especial: a) la reducción del sistema del *welfare*; b) la reducción de las formas de empleo asistencial; c) la (cada vez mayor) *derogabilidad* de los convenios colectivos; d) y, sobre todo, la amplia flexibilidad del empleo y la consecuente debilidad de las tutelas para los trabajadores a tiempo

indefinido (en este sentido, ejemplo emblemático en Italia es el “*contratto a tutele crescenti*”, introducido por el *Jobs Act*).

A la luz de todo ello, cabe preguntarse si es todavía posible reconocer en el “derecho al trabajo” un papel central, *rectius* “*fundamental*”, bajo el perfil constitucionalista.

Probablemente, se puede todavía contestar a esta pregunta afirmativamente.

En efecto, aunque se reconocen los cambios sustanciales del sistema histórico –económico y la consecuente e inevitable evolución de la misma “forma” de relaciones laborales (trabajo flexible, inmaterial, etc.)– es posible volver a considerar la centralidad del “derecho al trabajo”, valorando su “dimensión incompresible” (es decir, su dimensión de “derecho fundamental”). Dicha dimensión va más allá de la “visión mercantilista”, y consiste en la idoneidad del “trabajo” al ser un instrumento constitucional dirigido a la materialización de la “dignidad social” y de la “personalidad” del trabajador.

Así pues, dicha perspectiva ofrece una interpretación constitucionalmente orientada del nuevo sistema económico compatible con la CI y con la conservación de la centralidad del derecho al trabajo.

En efecto, la *lex mercatoria*, la economía globalizada y las “nuevas formas de trabajo” (con las consecuentes *flexibilidad del empleo* y *reducción de las tutelas*) no constituyen, en sí, fenómenos contrarios a la configuración constitucional italiana; sino que al contrario, pueden encontrar pleno reconocimiento en la Constitución (cabe recordar, a este propósito, que el art 35, de hecho, tutela el trabajo “*en todas sus formas*”).

No obstante, todo ello puede ser plausible solo bajo una condición: que las reglas del mercado no superen nunca el límite de la “dignidad humana”, expresamente reconocido también por el derecho de la Unión Europea.

Así pues, dicha configuración vuelve a atribuir “centralidad al trabajo”, haciendo que ello represente el “límite constitucional” entre lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer en nombre de la economía; puesto que el cambio del sistema económico, si, por un lado, puede legítimamente determinar unas desventajas para el trabajador, por otro lado, nunca podrá justificar –en base a las exigencias económicas del mercado– formas de trabajo degradantes, opresivas o alienantes.