

# ESTABILIDAD “VERSUS” PRECARIEDAD DEL PUESTO DE TRABAJO<sup>1</sup>

POR UMBERTO ROMAGNOLI

**E**l profesor Romagnoli hace una descripción de la estabilidad laboral en el sistema jurídico italiano, concluyendo que los contratos a tiempo indeterminado no son más la regla en materia laboral y que el efecto buscado con los mismos no ha sido el deseado, pues los niveles de desempleo han aumentado, las relaciones individuales se han precarizado produciéndose el efecto de una molecularización social que ha socabado las bases de la organización sindical, todo esto sumado a la falta de una adecuada protección social al empleo.

En el lenguaje jurídico de los contemporáneos “estabilidad en el puesto de trabajo”, es una fórmula verbal que designa la “aspiración del trabajador a ese conjunto de bienes —profesionalidad, continuidad e ingreso digno, posibilidades de hacer carrera— que están, indisolublemente, ligados a la ocupación” a tiempo completo e indeterminado<sup>(2)</sup>: una aspiración que en Italia, tras la puesta en vigencia de la Constitución, ha sido colocada en el vértice del pensamiento sindical y que, finalmente, ha sido protegida también por el legislador.

Alguna vez, sin embargo, si de estabilidad laboral se hablaba, era para desaprobársela.

La ideología jurídica liberal del siglo XIX, en efecto, tuvo una de sus más afamadas expresiones en el artículo 1628 del Código Civil italiano de 1865, según el cual “ninguno puede obligar su propio trabajo al servicio ajeno por un plazo o para una determinada empresa”. Como decir: los contratos de trabajo de por vida son inválidos porque en una sociedad moderna nadie puede privarse de la libertad de cambiar de patrón sino por un período indirectamente predeterminado que, con toda evidencia, no debe ser tan largo al punto de comprometer la libertad personal.

Por lo tanto, el interés del trabajador a la temporalidad de la relación ha sido tutelado antes que su interés a la continuidad del mismo. Ello para el *homme de travail* (el hombre de trabajo en el imaginario liberal francés del ochocientos)<sup>(3)</sup>, cuyo padre o abuelo había estado vinculado al patrón, mejor dicho, su señor, por vínculos feudales tendencialmente perpetuos, debía ser motivo de complacencia.

No parece que los *hommes de travail* del siglo pasado —y, especialmente de éste—, hayan tenido grandes posibilidades de absorber la recuperada libertad de abandonar al patrón sin incurrir en alguna responsabilidad contractual. Dicha li-

bertad, ciertamente, se conjugaba a la no menos amplia libertad de resolución e iniciativa del otro contratante.

“*Sta in diritto*” —se ajusta a derecho—, sentenciaban los jurados a caballo entre el ochocientos y el novecientos, la “regla de acuerdo a la cual el industrial y el obrero tienen siempre la facultad de hacer cesar la locación de obra”, dando un preaviso.

“Está a derecho”, decían, pero no era cierto como también se replicó: “quien se hace servir no sirve, ergo, la ley no ha sido escrita para él”. Para él, es decir, para el empleador, habría debido aplicarse el principio general por el cual la resolución de los contratos “debe demandarse judicialmente si una de las partes no satisface su obligación” (artículo 1165 del Código Civil).

Las cosas, sin embargo, no marcharon así.

La equiparación entre la libertad de disponer en el ámbito de la propia esfera económica y la libertad personal del trabajador, comportaba según la *communis opinio*, un tratamiento igualitario a los fines de extinguir la relación y, dado que la *communis opinio* devino rápidamente *ius receptum*, también al empleador habrá de reconocérsele, de plano, la facultad de echar a la calle a los propios dependientes por cualquier motivo con el único requisito del preaviso. Justamente, como estaba legislativamente prevista en materia de locación de inmuebles la expresión “sin determinación de tiempo” (artículo 1609 del Código Civil). “¿Qué significa hecho de que el legislador se haya expresado explícitamente únicamente para la locación de casas? El espíritu que anima la ley es único: la aversión por los vínculos que entorpecen la libre comercialización de los factores económicos”<sup>(4)</sup>. Por ello, el despido será considerado nada menos como “la rescisión de la locación de casas aplicada por analogía”<sup>(5)</sup>.

Umberto Romagnoli  
• Profesor de la  
Universidad de  
Bologna

1 Traducido por el profesor Carlos Ramos Núñez.

2 D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, en *Giornale dir. lavoro e rel. ind.*, 1990, p. 544.

3 Nota del traductor.

4 CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, en *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 399.

5 BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milán, 1917, p. 262.

En la época de la codificación de 1942, las reglas parecen ya constituidas. Operadores jurídicos, operadores económicos, sindicalistas, comunes mortales, todos, en menor o mayor grado, se hallan persuadidos que el interés del trabajador a la continuidad de la relación no es tutelable de modo alguno. Acaso se sigue percibiendo la misma exigencia de tutelar el interés a la temporalidad por parte del trabajador subyacente en el artículo 1628 del Código anterior. Exigencia que en el Código Civil de 1942, es satisfecha mediante un ingenioso “hibridismo jurídico”<sup>(6)</sup>, que asigna a largo o a larguísimo término convencionalmente fijado la naturaleza de límite de duración mínima o máxima del contrato de trabajo sólo frente al empresario. El trabajador, en cambio, puede marcharse *ante tempus*, usando también el preaviso, transcurridos cinco o (si se trata de dirigentes) diez años<sup>(7)</sup>. Para él, en suma, el término convenido superior a cinco años (o, diez) tiene sólo la naturaleza de límite de duración máxima<sup>(8)</sup>.

Legislado así, los autores del Código Civil eran doblemente temerarios.

Primero, admitiendo (a diferencia del artículo 1628 del Código Civil), la validez de los contratos de trabajo a término largo o larguísimo, se estaría avalando la práctica degenerativa del recurso al contrato a plazo —cuya formulación era vinculante porque derivaba de la forma escrita de la cláusula respectiva— y aplicando normas que ellos mismos habían previsto como típicas del contrato a tiempo indeterminado.

Segundo, dado que su sagacidad habría hecho feliz a esa minoría de juristas del ochocientos, según los cuales la obsecuencia al principio de la temporalidad de la relación no imponía que fuese atribuida a ambas partes el poder de rescisión unilateral. Habría bastado reconocérselo a la parte

en ventaja de la cual el principio había sido históricamente formulado: necesaria y suficiente era entonces la prohibición dirigida al trabajador de privarlo de la rescisión *ad nutum* por un período tan prolongado, tan mortificante hasta el extremo de destruir su libertad personal<sup>(9)</sup>. De esta manera, por ello, insinuaban en el Código el embrión de la asimetría característica de la materia hoy vigente sobre licenciamiento (despido) y dimisiones (renuncias) que, en efecto, es la única solución lógicamente impecable del problema consistente en saber si y cómo la tutela de la irrenunciable libertad personal del trabajador pueda conciliarse con la tutela del interés del mismo a la continuidad de la relación.

En suma, el Código reconocía —implícita pero claramente— que la garantía de la rescisión *ad nutum* constituye una medida de orden público sólo si la parte favorita es aquella frente a la cual la necesidad de evitar un ligamen prácticamente perpetuo se coloca con urgencia de modo incomparablemente mayor y, por lo tanto, terminaba por reconocer la artificiosidad de la equivalencia entre las libertades contractuales de las partes del contrato de trabajo, simbolizado por la unidad de la regulación de su receso.

De manera involuntaria y, tal vez, inconciente, la imprudencia del Código Civil asomaba tres vistosas incoherencias.

Al trabajador renunciante, en efecto, no le espera la indemnización de ancianidad (Art. 2120). Lo cual no iría sólo contra el buen sentido (¿como se puede creer que la disolución voluntaria de la relación de trabajo *sine die* sea susceptible de causar daños a cargo del empleador?). No se concilia ni siquiera con la propensión del Código a tutelar la libertad de cambiar de empleador.

Por otra parte, aún concediendo la licencia de despedir que hace tan sólo virtual la continuidad ilimitada de la relación; se presume que hace de ésta una relación instaurable mediante un contrato de trabajo subordinado (“el contrato de trabajo se reputa a tiempo indeterminado si el término no deriva de la especialidad de la relación o de acto escrito”: artículo 2097). Es decir, el Código ve con buenos ojos la difusión de la relación de trabajo sin establecimiento de límites a su duración, evidentemente, confirmando un factor de orden social deseable; pero, al mismo tiempo, no considera un factor de turbulencia, de malestar o y de sufrimiento la concepción de la autorización

6 MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 916.

7 El último inciso del artículo 2097 ha sido sustituido por el artículo 4 de la ley del 18 de abril de 1962, Nro. 230, que ha reexaminado *ex novo* el contrato de trabajo a tiempo determinado. En base a tal dispositivo normativo, la estipulación de un contrato del género “es consentida, siempre que la duración no sea superior a cinco años, con los dirigentes administrativos y técnicos, los cuales pueden, sin embargo, cortar el vínculo transcurrido un trienio, observando las disposiciones del artículo 2118 del Código Civil”. La ingeniosidad del “hibridismo jurídico”, como se ve, ha sido por añadidura acentuada para aumentar la tutela de la libertad contractual del trabajador.

8 MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milán, 1985, p. 246.

9 PERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milán, 1985, p. 246.

para despedir. En consecuencia, el favor legislativo para la relación de trabajo *sine die* no se halla animado por un indiscutible intento protector del trabajo. Por el contrario, parece motivado por la exigencia de los empresarios de poder contar con niveles constantes de mano de obra sin por ello renunciar al control del *turn-over*, el cual, más bien, es reforzado por la discrecionalidad de decidir las modalidades.

En definitiva, el instituto del despido *ad nutum* en cuanto tal “representa una vistosa contradicción en un Código que atribuye relevancia jurídica al nexo instrumental de la relación de trabajo con el interés de la empresa”<sup>(10)</sup>, porque tal relevancia implica la posibilidad de confirmar los presupuestos de ejercicio de los poderes típicos del empleador; todos e incluso el poder de licenciar válidamente, ejercitable siempre y, aún al margen de los mecanismos y funciones propias a las exigencias de la organización productiva. Es decir, supeditarlo a un control sobre los motivos respecto al fin técnico de la organización no es, en el fondo, sino una “racionalización” del Código<sup>(11)</sup>.

Por tanto, acentuando drásticamente la aversión frente al trabajo por tiempo determinado, eliminando la penalización infligida a la libertad de dimitir y reevocando la autorización de licenciar al término de un fatigosísimo *iter* de reforma que ha durado medio siglo, el legislador —se entiende que el legislador que legisló después de promulgada la Constitución— se ha mantenido sintonizado en su misma tendencia, en la que se colocaba el Código Civil para transmitir sus incoherentes mensajes. Los ha captado, descifrado, desarrollándolas lúcidamente hasta sus últimas consecuencias.

En efecto, el contrato de trabajo no solo demostrará —y en el interés más del trabajador que del empleador— una creciente alergia a la predeterminación de la duración de la relación, pero que se enmendará también de la falseadora identidad del tratamiento normativo del receso o conclusión, porque a la intocable libertad de dimitir le saldrá al encuentro una libertad de licenciar condicionada en diversos modos.

Ahora, en cambio, el contrato estable, a tiempo pleno e indeterminado, no es más la estrella polar del Derecho del Trabajo. El contrato de trabajo, en la actualidad, se halla circundado por una pluralidad de figuras o tipos contractuales caracterizados por la temporalidad de la relación que generan. En particular, el recurso al contrato a tiempo determinado ha sido sustancialmente liberalizado y el contrato de (poca) formación y (mucho) trabajo a término *ope legis* es aquél del cual más se sirven los jóvenes entre los dieciséis y veintinueve años en busca de su primera ocupación.

Ciertamente, también la relación de trabajo a tiempo determinado es estable y lo es en base al Derecho Común de los contratos porque el receso *ante tempus* desprovisto de causa justa equivale *per se* a un incumplimiento y expondría al incauto a las consecuencias propias de la responsabilidad contractual.

Con todo ello, esta forma de estabilidad no puede impedir el retorno de la remoción; es decir, el mismo miedo a la desocupación que se apoderaba del trabajador tomado a tiempo indeterminado, pero licenciable por motivos no sindicales; en el fondo, un moderno *capitis diminutio*<sup>(12)</sup> y que con la abolición del despido discrecional se quería remover. En efecto, el trabajador tomado a tiempo determinado se halla frente a un sujeto que, si no puede licenciarlo *ad nutum*, se encuentra en grado, sin embargo, de no ofrecerle más otra

ocasión de trabajo cuando la relación en curso se haya extinguido. Para esto, el trabajador a término se considera —y es considerado— precario, como un ave en la rama. Su futuro será incierto como lo era anteriormente el del trabajador contrato a tiempo indeterminado ante la regulación del despido.

Diríamos que no es el caso sobrevalorar la Ley No. 108, del 11 de mayo de 1990, la cual, universalizando las tutelas contra el despido injustificado, ha vibrado ante el golpe del oscuro final del despido *ad nutum* que ofrecía resistencia como una encina. Por el contrario, es el caso decir que hace más rumor al árbol que cae que el que pueda hacer el bosque que crece alrededor. Y alrededor se está desarrollando un fenómeno de

Ahora  
el contrato  
estable no es  
más la estrella  
polar del  
Derecho  
del Trabajo.

10 MINGONI, *I poteri dell'imprenditore*, en ID. *Diritto e valori*, Boloña, 1985, p. 395.

11 MENZONI, cit, p. 396.

12 MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit, p. 340.

molecuralización social de proporciones nunca vistas por efecto no sólo de la precariedad de las relaciones de trabajo subordinado, sino también por una impresionante resurrección del contrato de trabajo autónomo sostenido a veces por el mismo legislador y, con discreta continuidad, por una jurisprudencia improvisadamente dispuesta a creer que la autonomía negocial de las partes (de ambas partes) no es una ficción jurídica.

A ello se agrega que la Ley No. 223, del 23 de julio de 1991, ha dado luz verde a la expulsión de la mano de obra excedente. En suma, ha cesado la hostilidad del legislador hacia las soluciones propias de las crisis fiscales que mediante simples resoluciones disponía la reducción de personal: una hostilidad que se expresaba en la orientación dominante también en sede legislativa, dirigida a bloquear los despidos colectivos y, por lo tanto, a congelar de hecho las disposiciones fiscales, aún a costo de crear relaciones de trabajo aparentes y blindadas. Blindadas porque estaban caracterizadas por una práctica que impedía la cesión del trabajador a la iniciativa del empleador privado hasta que los trabajadores que perdieron el empleo encuentren donde colocarse. Aparentes, mejor dicho, fingidas o simuladas, puesto que los trabajadores asignados a empresas quebradas eran estacionados, ahuesándose en espera nada menos de que de un imposible o altamente improbable reingreso al empleo o, en

espera del pre-pensionamiento, manteniendo hasta ese momento el *status* jurídico-formal de ocupados. Situación que, por otro lado, los impulsaba a ofrecer su propia fuerza de trabajo para empleos irregulares y clandestinos.

Portadora de una impopular verdad que de esa manera escondía la desocupación sin combatirla, la Ley N° 223 de 1991, enfrenta la realidad y se propone intervenir directamente sobre el tejido económico-productivo con medidas de política activa para la creación de empleo. El trabajador excedente es restituido al mercado. Se incentiva la recolocación productiva. Así mismo, por algún tiempo razonable no permanecerá sin renta.

Pero, la reforma fracasó y fracasó en medio de una crisis de las que ni si quiera se salvan las empresas menores, las cuales, se pensaba que, como en el pasado, tendrían una función anticíclica y compensativa de la compresión ocupacional de las grandes unidades productivas.

Así, después de haber celebrado los elogios, el legislador alistó los funerales del contrato de trabajo estable y *sine die*, incluso bajo la hipótesis de que la pérdida de puestos de trabajo cree un caso político de envergadura. Dadas las dimensiones cuantitativas del problema y frente a la presión que, en economías enteras, esta situación suele ejercer, el límite mismo de tolerancia social ante las consecuencias que provoca el desempleo se restringe pavorosamente.