

de flexibilidad, y otra cosa distinta ver la regulación de las condiciones de empleo y de trabajo huir del Derecho del Trabajo. Desconfiamos de un debate que opone "autonomía del Derecho del Trabajo" y eficacia jurídica. No existe oposición entre la necesaria reafirmación de la lógica propia del Derecho del Trabajo y una aproximación jurídica transdisciplinar que debe ser revitalizada.

Los juristas del trabajo no debe dimitir. Ellos debe dar prueba de imaginación, pero también de principio en su misión de encuadramiento de las nuevas contradicciones. Unamuno, en su obra "del sentimiento trágico de la vida", recuerda que sólo vivimos de contradicciones y para las contradicciones. Deseamos que conjuntamente nos entretengamos por largo tiempo en la contradicción del Derecho del Trabajo.

ALQUILER Y CESIÓN DE MANO DE OBRA

GIANNI LOY*

ÍNDICE

- 1.1. Orígenes de la disciplina; 1.2. La disciplina en el Código de 1942
- 2.1. La prohibición de interposición; 2.2. La prohibición de interposición e intermediación en la Ley 1369/196; 2.3. Mera cesión de mano de obra o contrata "legítima". Las dificultades interpretativas y las presunciones legales; 2.4. Las vías de escape de la prohibición de interposición mediante algunas formas de contrata
- 3.1. La cesión vía Empresa de Trabajo Temporal; 3.2. El modelo italiano; 3.3. El sistema de garantías; 3.4. Las garantías para los trabajadores en misión; 3.5. La formación profesional
- 4.1. El aparato sancionador en la Ley 1369/1960; 4.2. Continúa. El aparato sancionador según la Ley 196/1997
- 5.1. La transmisión de empresa; 5.2. El procedimiento; 5.3. El derecho de oposición por parte del trabajador

1.1. Orígenes de la disciplina

Los principios de prohibición de interposición de mano de obra y el de irrelevancia para la relación laboral de las vicisitudes subjetivas del empresario, se han ido afirmando progresivamente en el ordenamiento italiano.

Esta disciplina tiene un origen remoto, inspirado ciertamente en la prohibición de *marchandage*, y se presenta, en la primera fase, fragmentada. Desde la promulgación del Código Civil de 1942 tales disposiciones están presentes en las medidas legislativas relativas a sectores particulares, en algunos convenios colectivos de categoría, y con el apoyo de interpretaciones jurisprudenciales¹.

Frente a tal fragmentación se observa, sin embargo, una fuerte iniciativa por parte de las organizaciones sindicales y de numerosas fuerzas políticas, que solicitan que el fenómeno sea reprimido y sancionado también en la esfera penal.

Esta orientación se debe a su vez a la preocupación por la difusión de un fenómeno grave de explotación de la mano de obra, presente sobre todo en

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cagliari. Texto traducido por M^a Cristina Aguilar González.

¹ Una breve ilustración de tales medidas en: Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, págs. 398-400.

algunas zonas del sur de Italia, denominado el "capolarato", que consiste en la selección de mano de obra genérica, preferentemente agrícola, por parte de organizaciones ligadas con frecuencia a la criminalidad organizada, y de su traslado a los campos para ser puesta a disposición de otra persona que es quien utiliza el trabajo, y que, naturalmente, se limita a pagar al "caporale" que le ha suministrado la mano de obra. Este fenómeno es interesante no sólo por la violación de la prohibición de intermediación: en la mayor parte de los casos se trata de trabajo no sólo realizado a favor de un tercero, sino además totalmente irregular y por tanto bajo otros perfiles sancionables.

1.2. La disciplina en el Código de 1942

El Código Civil de 1942 introduce la estructura fundamental de la legislación nacional en materia de interposición y transmisión de empresa. Esta normativa estará sujeta a sucesivas, y significativas, modificaciones que, en lo que respecta a la prohibición de interposición, primero extienden el ámbito de aplicación de la prohibición y después introducen la excepción constituida por las Empresas de Trabajo Temporal; en cuanto a la transmisión de empresa las modificaciones del Código Civil transponen la directiva comunitaria 77/187, de 14 de febrero de 1977. Sin embargo la inspiración de fondo no es modificada.

En resumen el Código Civil establece:

a) en cuanto a la interposición de mano de obra (art. 2127), establece la prohibición general para el empresario de encargar a sus propios trabajadores dependientes trabajos a destajo para ser realizados mediante la asunción de trabajadores cedidos;

b) en cuanto a la transmisión de empresa (art. 2112), establece el principio según el cual en caso de transmisión, si el transmitente no ha rescindido en plazo, el contrato de trabajo continúa con el adquirente y el trabajador conserva los derechos derivados de la antigüedad².

2.1. La prohibición de interposición

La disciplina del Código, aún recogiendo el principio general que se ha señalado, es aún limitada, ya sea porque sólo prohíbe la interposición realizada por un trabajador dependiente del empresario, ya sea por el insuficiente aparato sancionador previsto por la ley. El Código de 1942 introduce el principio de prohibición de interposición, pero sólo con los límites indicados por lo que el debate continúa vivo entre los intérpretes del derecho y entre los operadores sociales y políticos³.

² Según la formulación originaria. Las modificaciones se tratarán en el párrafo 5.

³ Una amplia reconstrucción de los diferentes casos en: M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile commentato*, a cura de Schlesinger, Milano, 2000.

La doctrina elabora teorías según las cuales sería posible deducir del art. 2127 una prohibición de interposición más general⁴, aunque la ley no lo indique expresamente. Estas teorías están sin embargo invalidadas por el hecho de que algunas formas de interposición no están prohibidas por la negociación colectiva, ni son tenidas en consideración por la jurisprudencia o por el propio legislador. Entre el estímulo hacia la generalización de la prohibición y las dificultades interpretativas, se llega a una especie de equilibrio que considera prohibida la interposición también en las hipótesis no contempladas expresamente en el art. 2127 del Código Civil, pero sólo en el supuesto de interposición fraudulenta, destinada a eludir normas imperativas legales⁵. En esta fase se observa una cierta analogía con el debate en el ordenamiento francés, en el que se plantea el problema de establecer la distinción entre formas lícitas o ilícitas de subcontratación.

En la sociedad se observa una iniciativa sindical intensa y por parte de un gran número de partidos políticos, que piden la generalización de la prohibición de interposición de mano de obra mediante una disposición legislativa.

Sobre la base de este debate y de la iniciativa sindical y política se llega a la aprobación de la Ley de 23 de octubre de 1960, la Ley 1369.

2.2. La prohibición de interposición e intermediación en la Ley 1369/1960

La Ley de 1960 regula tanto la prohibición de interposición e intermediación en las prestaciones de trabajo, como la nueva disciplina del empleo de mano de obra en las contrataciones de obras y de servicios. Hay que advertir en primer lugar que esta ley regula aún el fenómeno de la interposición y de la contrata, y que por tanto la reciente introducción de las Empresas de Trabajo Temporal se sitúa, en relación a dicha normativa, como una excepción lícita. La normativa establecida en la Ley 1369/1960, por tanto, no se aplica sólo en el caso en que la interposición de mano de obra se realice de conformidad con lo dispuesto en la Ley 169/1997 en materia de trabajo temporal.

La Ley 1369/1960 si se examina desde la perspectiva de la tutela otorgada a los trabajadores introduce dos grados distintos de tutela, según los intereses que se pretende proteger. La distinción entre las dos hipótesis, es suficientemente clara desde el punto de vista conceptual, sin embargo no se presenta igualmente simple la calificación del tipo concreto.

a) Una primera hipótesis se refiere al encargo por parte del empresario a un tercer sujeto (intermediario) de mano de obra: en caso de violación de la prohibición, las personas que realizan el trabajo son consideradas, a todos los

⁴ Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959, 87 y ss. Más recientemente: De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, págs. 42 y ss.

⁵ Cessari, loc. ult. cit.

efectos, como trabajadores dependientes del empresario que ha utilizado efectivamente sus servicios.

b) La segunda hipótesis se refiere a las contrataciones de obras o servicios que, legítimamente, son llevadas a cabo en las empresas con organización propia del contratista: en este caso el empresario contratante está obligado solidariamente con el contratista a garantizar a los trabajadores de este último un trato mínimo económico y normativo no inferior al que les corresponde a los trabajadores de la empresa y el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de normas legales en materia de protección social.

Al objeto de calificar ambas hipótesis carece de influencia la calificación formal de la relación que existe entre el empresario y el intermediario.

La norma es clara al establecer la irrelevancia de la calificación realizada por las partes, ya sea definida la relación como contrata, subcontrata, o como establece expresamente el art. 1, punto 1, "de cualquier otra forma, incluso como sociedades cooperativas...". Lo que es únicamente relevante es el hecho de que se trate del encargo de "meras prestaciones de servicios".

El legislador describe un tipo preciso al que reconoce determinados efectos. El tipo es el de una relación en la que el empresario se dirige a un intermediario para obtener una prestación de servicios por parte de sujetos puestos a disposición por el propio intermediario.

Para comprobar la existencia del tipo es asimismo irrelevante el elemento subjetivo, esto es, el motivo que lleva al empresario a dirigirse al intermediario antes que asumir directamente los trabajadores que necesita. También es irrelevante verificar si el empresario, en virtud de la interposición, ha eludido obligaciones en materia de protección social. Por lo tanto no conduce a excluir la verificación del tipo, ni siquiera en el caso en que los trabajadores interesados reciban una retribución y un trato no inferior al de los trabajadores dependientes directamente del empresario o que hayan sido empleados regularmente por el intermediario.

La doctrina, con escasas excepciones⁶, se muestra de acuerdo en el hecho de que el elemento esencial del tipo "no está en la intención fraudulenta o elusiva del comitente"⁷, superando de este modo el punto de llegada del debate consiguiente a la introducción del art. 2127 del Código Civil. Dicha comprobación no es ni siquiera requerida.

La justificación de la prohibición consiste, también en esto está de acuerdo la doctrina mayoritaria, en el hecho de que no viene reconocida ninguna

función económica a la mera interposición de la mano de obra y, si se quiere indagar en el lado ético, en la consideración de la naturaleza parasitaria de los ingresos de quien especula mediante la intermediación de tales actividades, para acallar el siempre presente reclamo de la actividad criminal difundida a través del "capolarato".

La exposición más clara se encuentra en Carnelutti: "si un empresario paga la jornada de trabajo de sus empleados a 100 y cede a otro su trabajo por 120, sale ganando a su costa. Esto es lo que prohíbe la ley"⁸. Desde una perspectiva más técnica la Ley 1369/1960 "trata de impedir la utilización del trabajo subordinado por parte de quien no sea empresario... trata de evitar la elusión de la normativa protectora y convencional dictada para el trabajo subordinado"⁹. Quizás por ello, al día siguiente de la introducción del trabajo temporal en el ordenamiento italiano, se ha señalado que la Ley 196/1970 "ha hecho posible lo imposible"¹⁰.

A lo largo del tiempo se han ido modificando tanto el sistema económico y los modelos de organización del trabajo, como la percepción cultural del fenómeno: el hecho que lo demuestra es que también en Italia, a pesar de una fuerte resistencia, se ha introducido el trabajo temporal. Sin embargo se observa a su vez que el planteamiento de fondo, al menos para el legislador, no se ha modificado de forma significativa.

2.3. Mera cesión de mano de obra o contrata "legítima". Las dificultades interpretativas y las presunciones legales

En nuestro ordenamiento, una vez en vigor la Ley 1369/1960, no deberían producirse de nuevo las dificultades interpretativas señaladas en el modelo francés a causa de la externalización, en cuanto a la necesidad de distinguir cuándo es lícita y cuándo, por el contrario, ilícita¹¹. A nuestro juez le basta descubrir si está en presencia de una cesión de mano de obra o si, por el contrario, se trata de una prestación que posee las características de una verdadera contrata de obra o de servicio.

La distinción se basa en la naturaleza de la prestación que el proveedor cede al empresario. Si el proveedor, con independencia de la calificación que él mismo le otorgue, posee una organización propia de medios y/o personas y asume el relativo riesgo, el contrato celebrado no estará prohibido, pero si por el contrario sólo cede una suma de prestaciones de servicios "cuando también a esto se añada la dirección o el control desempeñado por él mismo"¹², la prestación estará prohibida.

⁶ Cessari, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in DL, 1961, I, págs. 128 y ss.

⁷ Mazzotta, *Rapporti interpositori e rapporto di lavoro*, Milano, 1979, págs. 134 y ss.; Chiego, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996, págs. 324 y ss. De Simone, cit., pág. 34. Ichino, *loc. cit.*, pág. 418; M.T. Carinci, cit., págs. 13 y ss.; Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in GDLRI, 1995, pág. 626.

⁸ Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, en Riv. Dir. Civ., pág. 503.

⁹ La definición es de M.T. Carinci, cit., págs. 574-575, según la cual la prohibición se dicta para conjurar la explotación del trabajador y, al mismo tiempo, prevenir cualquier debilidad de la garantía de su crédito.

¹⁰ Esposito, *Profili evolutivi dell'appalto di manodopera*, en GDLRI, 1999, pág. 413.

¹¹ G. Auzer, *L'externalisation de l'emploi en France*.

¹² Ichino, *loc. cit.*, pág. 421.

La realidad ofrece una gama de situaciones que, sin solución de continuidad, van desde el "capolarato", en el que no existe ni siquiera un contrato de trabajo con los trabajadores dependientes del intermediario, a formas en las que el intermediario mantiene una relación laboral regular con los trabajadores dependientes que envía a empresas de otros titulares, a situaciones en las que el intermediario (que en este punto se convierte en un contratista "legítimo") suministra una actividad empresarial y por tanto no cae dentro del ámbito de la prohibición.

Puesto que son las zonas de difícil delimitación las que presentan mayores dificultades interpretativas, el legislador se ha preocupado de disciplinar, con una función anti-elusiva, dos tipos concretos.

a) Una primera hipótesis se refiere a la prohibición expresa al empresario, de encargar a intermediarios trabajos a ser realizados a destajo "ya sean trabajadores dependientes, terceros o sociedades incluso cooperativas, empleados y retribuidos por tales intermediarios"¹³.

b) Puesto que la contrata legítima requiere una capacidad organizativa por parte del empresario, y que esta organización esté constituida por capitales, máquinas y equipos, sería cludible fácilmente la prohibición de interposición cuando un intermediario que envía a sus propios trabajadores dependientes a realizar su trabajo a favor de un tercero, adquiera, mediante cualquier título, los medios y los equipos por parte del contratante. El intermediario podría alquilar los equipos que son propiedad del contratante y, con el añadido de la mano de obra asumida por él, estipular una relación de contrata aparentemente regular. Para evitar esto el legislador establece expresamente que en todos los casos en los que el contratista emplea capitales, máquinas y equipos suministrados por el contratante, la relación sea considerada contrata de meras prestaciones de servicios y por tanto entre dentro del ámbito de prohibición legal. Esta presunción legal se aplica también en el caso de que por el uso de los equipos corresponda una compensación al contratista.

La doctrina discute acerca de la importancia de estas previsiones. En nuestra opinión, el punto primero de la ley (que establece la prohibición de "encargo de meras prestaciones de servicios") confirma la disposición general. Respecto de tal principio las hipótesis contenidas en los puntos II y III del art. I (los casos antes expuestos en las letras "a" y "b") no introducen tipos nuevos, pero contienen especificaciones a la prohibición general¹⁴ que, por tanto, establecen una presunción legal absoluta. Naturalmente no puede hablarse de puesta a disposición de medios y de equipos cuando la transmisión afecta a

¹³ Ley 1369/1960, art. 1, punto II.

¹⁴ Rudan, L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'appalto di opere e servizi, en RTDPC, 1961, pág. 856; De Simone, cit., págs. 59-60; Ichino, loc. cit., pág. 429.

medios de relevancia marginal en la ejecución de la prestación respecto del complejo de medios puestos a disposición del contratista¹⁵. Asimismo debe considerarse no operativa la prohibición en el caso en que el empresario cede a otro sujeto una parte de su propia empresa y estipula posteriormente un contrato de colaboración con el adquirente, siempre que la parte de la empresa cedida posea las características de la empresa.

2.4. Las vías de escape de la prohibición de interposición mediante algunas formas de contrata

Partiendo de que la norma se centra en la prohibición de intermediación de mera mano de obra, el legislador precisa por una parte algún supuesto que reconduce de todos modos a la mera intermediación, por otra parte, indirectamente, excluye algún supuesto que podría entrar en la prohibición pero que, siempre que se trate de actividades gestionadas efectivamente por el contratista, no puede ser considerado interposición.

Tal exclusión se extrae del primer punto del art. 3 de la ley. Al indicar las hipótesis de contratas legítimas señala expresamente el supuesto de contrata "de obras o servicios, incluidos los trabajos de transporte, de limpieza y de manutención ordinaria de los empleados a ser realizados dentro de las empresas con organización y gestión propia del contratista". Se trata de actividades que, en ausencia de una exclusión específica, debido a la escasa aportación de medios y de organización, podrían entrar en la "mera interposición", lo que conlleva evidentes reflexiones en el plano interpretativo.

3.1. La cesión vía Empresa de Trabajo Temporal

En Italia la introducción de las Empresas de Trabajo Temporal estuvo precedida de un vivo e intenso debate. Desde el punto de vista técnico-jurídico, se puede afirmar que la solución adoptada se coloca en la misma línea que la legislación preexistente en materia de prohibición de interposición de mano de obra. No se introducen modificaciones en el sistema de interposición y las ETT pueden ser consideradas una excepción legítima a la prohibición general de interposición de mano de obra introducida por la ley 1369/1960: si la interposición de mano de obra se efectúa por los sujetos autorizados y siguiendo las modalidades previstas en la ley, no constituye una violación de la prohibición; si por el contrario tales normas no son respetadas, se aplican íntegramente las sanciones establecidas en la disciplina del año 1960 con algunas especificaciones que, como veremos, refuerzan la prohibición de interposición.

¹⁵ En este sentido una amplia jurisprudencia (todos: Casación, 26 de febrero 1994, n° 1979, en DL 1994, II, pág. 170 (nota de Bettini e Pizzuti. Véase la doctrina antes citada). Entre las últimas adhesiones, Ichino, loc. cit., pág. 428.

No se trata sin embargo de la primera excepción, pero las anteriores no tienen una gran relevancia: la Empresa de Trabajo Temporal constituye la primera excepción importante a la prohibición de interposición.

A pesar de la importancia de la nueva disciplina, cuyo alcance, quizás con un énfasis excesivo, ha sido considerado "transtornador"¹⁶, no creemos que, al menos desde el punto de vista técnico-jurídico, represente una ruptura con el pasado. En general, la valoración negativa por parte del legislador del fenómeno de la cesión de mano de obra continúa: tanto es así que no viene modificado el principio general, sino que se introduce una excepción, aún cuando relevante, caracterizada por la introducción de numerosas cautelas y vínculos¹⁷.

No se trata de una valoración pacífica. Hay quien considera que los casos en los que "la cesión de mano de obra desarrolla una función estimable económicamente y, si está debidamente disciplinada y controlada, puede no ser peligrosa desde el punto de vista social", eran supuestos que se percibían incluso antes de la aprobación de la Ley 1369/1960 y que han ido multiplicándose progresivamente¹⁸. Sin embargo otro sector doctrinal pone en evidencia el carácter virtual de la interposición, puesto que la ruptura del nexo natural entre quien utiliza la mano de obra, dotado de poder de dirección, y el que presta el servicio, desnaturaría la relación laboral¹⁹.

No se discute que puedan subsistir casos en los que la cesión de mano de obra pueda desarrollar una función valorable económicamente. La cuestión es otra: a) si se mantiene que el ordenamiento debe limitarse a considerar lícito o a favorecer un comportamiento determinado si éste es estimable desde el punto de vista económico; b) si se decide superar el principio de no disociación entre empresario formal y empresario sustancial, según el cual el trabajo humano, como norma, no puede ser objeto de "alquiler"²⁰; c) y por último si tales orientaciones se asumen por el legislador italiano con la introducción de la disciplina sobre trabajo temporal.

¹⁶ Esposito, *loc. cit.*, pág. 413.

¹⁷ En el mismo sentido De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: simul stabunt, simul cadent?*, en RGL, 1998, I, págs. 663 y ss. Obsérvese la revitalización de la Ley 1369/1960 operada implícitamente por la ley que instituye el trabajo temporal, que se señalará en el párrafo 4.

¹⁸ Ichino, *loc. cit.*, pág. 445.

¹⁹ Vallebona, *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, en ADL, 1997, págs. 135 y ss., la crítica se refiere, sin embargo, al hecho de que el trabajo temporal sería un duplicado del trabajo por tiempo determinado y la empresa que lo utilice estaría muy expuesta al riesgo de la conversión de la relación "temporal" en relación por tiempo indefinido; Suppiej, *L'interposizione brevettata*, ADL, 1998, pág. 17 y ss. Rocella, *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge n. 196/1997*, en RDL, 1998, págs. 504 y ss.

²⁰ Un amplio sector de la doctrina consideraba que no era posible externalizar la celebración del contrato de trabajo. Sobre este argumento véase Liso, *Il lavoro temporaneo*, a cargo de Liso, Carabelli, Milano, 1999, págs. 21 y ss.

La respuesta negativa a las dos primeras cuestiones constituye una opción personal (pero creo que no aislada), sin embargo la respuesta negativa a la tercera cuestión significa la lectura correcta del sistema consolidado después de la Ley 196/1997.

El debate que se plantea está en curso, y las soluciones previstas son más bien complejas y articuladas, pero no está mal que el punto de partida se haya constituido de opciones netas, más susceptibles de articulaciones e incluso de matices.

En lo que respecta a la cesión vía Empresa de Trabajo Temporal, no puede considerarse una casualidad el hecho de que el legislador no haya revisado el sistema de prohibición de interposición al introducir la disciplina nueva como excepción al principio general. El debate ha sido áspero, habiendo sido representados de forma clara los intereses contrapuestos en juego, y para demostrar la aspereza del enfrentamiento se debe recordar que en 1993 un Decreto ley había introducido a las Empresas de Trabajo Temporal, pero fue seguido de una fuerte oposición, por lo que nunca fue convalidado por el Parlamento. Tan sólo una vez transcurridos otros cuatro años, después de un debate a puertas cerradas entre las partes sociales, y tras la firma de un Acuerdo interconfederal que indicaba los contenidos de la futura disposición legislativa²¹, se ha llegado finalmente a la aprobación de la Ley 196/1997 que regula la materia.

3.2. El modelo italiano

El debate que se ha señalado y los relativos proyectos de ley que han caracterizado la fase "preparatoria", han determinado una inserción progresiva de condiciones y garantías en la aplicación del instituto que sitúan la normativa italiana entre las más "garantistas" de los modelos inspirados en el sistema francés. La ley italiana pertenece a dicha familia, ya sea porque permite la estipulación del contrato de trabajo por parte de la empresa cedente del trabajador durante el período de duración previsto para la realización de la misión en la empresa usuaria, ya sea por otros rasgos relevantes de su disciplina. En verdad, según lo establecido en la Ley 196/1997, también está permitido estipular un contrato por tiempo indefinido con la empresa cedente²²: en ese caso se prevén garantías especiales para el trabajador empleado de este modo, quien, en caso de falta de utilización, tendrá derecho a una retribución mínima establecida contractualmente (denominada "indemnización de disponibilidad"), y cuando sea enviado en misión tendrá derecho a la diferencia correspondiente.

Esto supone tan sólo una opción para la empresa cedente y no es relevante a la hora de calificar el modelo. Carece asimismo de importancia porque, si se

²¹ Acuerdo interconfederal de 23 de julio de 1993 y, sucesivamente, Acuerdo de 24 de septiembre de 1996, "Patto per il lavoro", que deja la puerta abierta a una ley evidentemente negociada.

²² Cuestión ya inicialmente prevista asimismo en el ordenamiento francés por el art. 4 de la Ley de 3 de enero de 1972.

quisiera establecer una especie de “porcentajes de flexibilidad” del modelo, esto se extrae de la opción más flexible. En otros términos la empresa cedente podría también utilizar exclusivamente la opción del contrato por tiempo determinado, y tal facultad refleja la flexibilidad del modelo.

3.3. El sistema de garantías

Las mayores “garantías” del modelo italiano se ponen de manifiesto en diversos elementos de la disciplina. Indicamos los principales.

Los requisitos exigidos a las empresas de trabajo temporal. De forma análoga al modelo francés (analogía declarada expresamente por el propio Ministro de Trabajo), las empresas que pretendan operar en el ámbito de la cesión de trabajadores deben ejercitar esta actividad de forma exclusiva²³. A diferencia del modelo francés, el procedimiento para la obtención de la autorización del Ministerio de Trabajo es más complejo: se requiere inicialmente una autorización provisional que se convierte en definitiva a los dos años, si subsisten todos los requisitos requeridos y la inscripción en un registro especial constituido en el Ministerio de Trabajo.

Se requiere una forma jurídica concreta (sociedad de capitales o cooperativa) y un capital social de por lo menos 500.000 euros. Por otro lado se exige la constitución de un fondo de garantía en un instituto de crédito con un importe no inferior al 5% de lo facturado en el año anterior, y en todo caso no inferior a 350.000 euros. A partir del tercer año es suficiente una fianza. Además es obligatorio indicar en la denominación social la inscripción “empresa de trabajo temporal”.

Deberán tener su sede principal o una dependencia en el Estado italiano y demostrar que poseen oficinas y competencias profesionales adecuadas en todo el territorio nacional o al menos en cuatro regiones.

Se exigen algunos requisitos para los administradores y directores de las empresas que gozan de poderes representativos: no deben desde luego haber sido condenados penalmente, ni siquiera con condenas de primer grado, por delitos contra el patrimonio, la economía o la fe pública.

Casos en los que no está admitido el contrato de puesta a disposición. La ley italiana establece la prohibición de recurrir a la cesión de trabajadores en las mismas hipótesis que son también establecidas con frecuencia en otros ordenamientos (en particular en el francés), tales como la sustitución de trabajadores en huelga, el desempeño de actividades que conlleven riesgos especiales, en empresas en las que se han producido despidos en un período anterior.

Además de en los supuestos mencionados, está prohibido el recurso a la Empresa de Trabajo Temporal también en los siguientes casos:

a) En unidades productivas en las que se están realizando procedimientos de suspensión de trabajo con derecho a los servicios de el Fondo de Garantía

²³ La exclusividad causa críticas a la ley. Entre las motivaciones de tales críticas se indica también la posibilidad de elusión de la prohibición.

Salarial (“Cassa Integrazione Guadagni”), pero sólo para las tareas en las que actúa este Fondo.

b) En empresas que no han realizado la evaluación de riesgos en el sentido del decreto legislativo 626/1994, que transpone la directiva comunitaria 91/383 por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

c) En las cualificaciones de bajo contenido profesional. En la primera redacción de la ley la prohibición era absoluta y la negociación colectiva no podía establecer qué tareas debían ser entendidas como de bajo contenido profesional. Algunos acuerdos confederales han disciplinado a su vez la materia, estableciendo que deben entenderse de bajo contenido profesional todas las cualificaciones englobadas en el nivel más bajo de la clasificación profesional y, en todo caso, en el penúltimo nivel. Pero el acuerdo no impedía al juez establecer, con independencia de lo previsto, la subsistencia o menos del requisito legal. La disposición ha sido objeto de fuertes críticas y fue modificada pronto.

En la actualidad la función de determinar las tareas que no pueden ser llevadas a cabo mediante el recurso al trabajo temporal está encargada a la negociación colectiva de categoría, que deberá actuar con especial atención “en las tareas cuyo desarrollo puede presentar mayor peligro para la seguridad de quien realiza la prestación de servicios o de terceros”²⁴. Esta modificación ha suscitado de inmediato una cuestión interpretativa: si los límites establecidos en la negociación colectiva anterior a la modificación de la ley deben continuar considerándose válidos. La respuesta no puede más que ser negativa, porque dichos límites han sido establecidos en el ámbito de un marco legal distinto para el que, en todo caso, la prohibición de utilización para cualificaciones de bajo contenido profesional era absoluta.

Los límites del recurso al trabajo temporal en el sector de la construcción y de la agricultura. La limitación más importante, aunque no puede hablarse de verdadera prohibición, se refiere a los sectores de la construcción y de la agricultura. En los ordenamientos en los que el legislador italiano se ha inspirado, el recurso al trabajo de duración determinada en estos sectores está permitido normalmente. Más bien parece que tanto en España como en Francia el sistema de la Empresa de Trabajo Temporal es especialmente utilizado en estos dos sectores que, precisamente por sus peculiaridades, requieren con frecuencia actividades por tiempo determinado.

El legislador italiano permite sólo que en la construcción y en la agricultura puedan introducirse formas de cesión de trabajadores, de forma experimental, sobre la base de intereses contractuales estipulados con las organizaciones más representativas a nivel nacional. La experimentación no es sin embargo ilimitada: dichos contratos deberán especificar “las áreas y las moda-

²⁴ Ley 488/199, art. 64.

lidades de experimentación". Por el momento se ha celebrado un solo acuerdo en el sector de la agricultura que permite la experimentación, hasta diciembre de 2001, limitado a algunas regiones y a algunas actividades; dicho acuerdo indica, por una parte, el umbral máximo del 15% de trabajadores en misión respecto del total de trabajadores dependientes en la empresa agrícola. Asimismo este tema es objeto de un vivo debate. La concreta cautela procede del temor a que las organizaciones criminales dedicadas al "capolarato" puedan de algún modo conseguir la cobertura legal de su actividad.

Existen a su vez otros motivos que no hacen especialmente apetecible, a los trabajadores, el recurso a la empresa de trabajo temporal en la agricultura; por ejemplo el hecho de que los trabajadores empleados con un trabajo en misión son encuadrados, a efectos de protección social, en el sector terciario, mientras que para la agricultura está prevista una disciplina distinta en base a la cual las más importantes prestaciones sociales se conceden por el vencimiento de un cierto número de días de trabajo (180 días para las prestaciones más elevadas, 151 días para las principales prestaciones en materia de protección social). Por lo tanto los trabajadores muestran un escaso interés en el recurso al trabajo en misión porque no pueden utilizar dichas prestaciones con el fin de alcanzar el umbral útil para conseguir el derecho a las prestaciones de protección social del sector agrario, o porque habiendo ya alcanzado tal umbral con un número inferior de días de trabajo, los pagos de contribuciones posteriores no les aportan ninguna otra ventaja.

El legislador ha modificado recientemente la disciplina relativa al sector agrario: ha establecido que las limitaciones para el uso la empresa de trabajo temporal no guardan relación con la categoría de los empleados. Se trata de una modificación que no tiene una gran relevancia pero que, según algunos, constituirá el primer paso hacia una liberalización más completa²⁵.

3.4. Las garantías para los trabajadores en misión

Las garantías establecidas para los trabajadores empleados por las empresas de trabajo temporal están asimismo inspiradas en el modelo francés. Nos parece oportuno enumerarlas:

El contrato ha de ser redactado por escrito; en él se indicarán los motivos del recurso al trabajo en misión, se identificará la empresa cedente, su inscripción en el registro de empresas de trabajo temporal, el pago de la caución o la fianza; se identificará la empresa usuaria; las tareas a las que el trabajador es destinado y su clasificación profesional; el posible período de prueba y su duración; el lugar de trabajo, el horario de trabajo, la retribución; la fecha de inicio y de finalización del desarrollo de la actividad laboral en la empresa usuaria. Una copia del contrato debe ser entregada al trabajador interesado.

²⁵ A. Casotti, *Cosa cambia nel lavoro interinale*, en DPL, n° 4/2000.

La posible cláusula que prohíba la asunción del trabajador cedido por parte de la empresa usuaria después del término del contrato de puesta a disposición es nula.

El período previsto inicialmente puede ser prorrogado, por acuerdo con el trabajador y haciéndolo constar por escrito según la disciplina establecida en el convenio colectivo nacional de categoría, y el trabajador tiene derecho a realizar la prestación de servicios durante todo el período que dure la misión, salvo que no supere el período de prueba.

El trato que reciba el trabajador en misión no debe ser inferior al de los trabajadores dependientes de la empresa usuaria que ostenten una categoría profesional similar.

A los trabajadores de la empresa de trabajo temporal se les aplican los derechos sindicales previstos en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto, tienen derecho a disfrutar de tales derechos en las empresas usuarias, en donde, entre otros, tienen derecho a participar en las asambleas del personal dependiente de la empresa usuaria.

3.5. La formación profesional

La disciplina de la formación profesional destinada a los trabajadores en misión es objeto de una especial atención. Está prevista la constitución de un fondo especial para la formación profesional, que será financiado mediante el pago por parte de las empresas cedentes del 4% de la retribución correspondiente a los trabajadores (el porcentaje estaba fijado inicialmente en el 5% y ha sido reducido por la Ley 488/1999). En este Fondo puede participar el Ministerio de Trabajo.

Las tareas del Fondo, limitado en principio a "las iniciativas de formación profesional de quienes realizan prestaciones de servicios temporales", son amplias e incluyen, en la actualidad²⁶, incluso medidas de protección social a favor de quienes realizan las prestaciones de servicios, así como iniciativas destinadas a regularizar situaciones de economía sumergida. Asimismo ha sido modificada la gestión del Fondo: en la actualidad se encarga a un organismo paritario bilateral constituido por las partes sociales, bajo la vigilancia del Ministerio de Trabajo²⁷.

4.1. El aparato sancionador de la Ley 1369/1960

La violación de la prohibición de cesión de mano de obra da lugar a la aplicación de sanciones tanto en la esfera penal como en la civil.

²⁶ Todas las modificaciones a las que se hace referencia han sido introducidas por la Ley 488/1999.

²⁷ En general: Varesi, *La formazione professionale, la prestazione di lavoro temporaneo e i lavoratori in mobilità*, en *Il lavoro temporaneo, commento alla legge n. 196/1997*, a cargo de Liso y Carabelli. Después de las modificaciones véase M.T. Carinci, cit., págs. 410-412; Passalacqua, *La formazione professionale del lavoratore interinale*, en *Il lavoro temporaneo*, a cargo de L. Galantino, Milano, 2000, págs. 367 y ss.

Desde la perspectiva penal son sancionados tanto el empresario que recibe dichas prestaciones, como el intermediario que las suministra, cualquiera que sea la forma jurídica adoptada. Está establecida una multa (10.000 liras) por cada trabajador ocupado y por cada día de ocupación. Esta sanción se suma a otras posibles, en el plano penal, porque el tipo podría suponer, al mismo tiempo, la violación de otras obligaciones propias de la disciplina de empleo.

No son menos relevantes las sanciones previstas en el plano civil: el contrato por el que se produce la cesión de mano de obra es nulo y los que realizan la prestación de servicios, que han sido empleados en violación de la norma, "son considerados, a todos los efectos, bajo la dependencia del empresario que efectivamente haya utilizado sus servicios". Se constituye, por tanto, automáticamente la relación laboral entre quien realiza el trabajo y quien utiliza efectivamente la prestación.

Esta sanción, cuya relevancia es evidente, se encuadra en la dirección jurisprudencial y doctrinal más general, no compartida por todos, según la cual la relación de trabajo se puede constituir, también a falta de una expresión formal de voluntad de las partes en este sentido, cuando un trabajador haya sido integrado de hecho en una organización empresarial. En dicho contexto no sería ni siquiera necesario recurrir al aparato sancionador previsto en la Ley 1369/1960: para que se pueda producir la constitución de la relación de trabajo, en efecto, no es necesario demostrar la subsistencia de una hipótesis de interposición prohibida, basta con verificar si el trabajador ha realizado su propia actividad y si el empresario la ha utilizado efectivamente.

Según esta línea interpretativa no es necesario demostrar ni la subsistencia de una hipótesis de interposición prohibida, ni siquiera alguna otra violación de normas legales o la subsistencia de la simulación, siendo suficiente la integración efectiva del trabajador en la empresa. Según este enfoque la manifestación de voluntad del trabajador, personalizada en el *nomen iuris* del contrato, tendría una relevancia limitada.

Este enfoque expresa una opción general a favor del modelo típico de relación laboral, subordinado, constituido con quien utiliza efectivamente la prestación.

En los últimos decenios, una evolución doctrinal y jurisprudencial progresiva ha puesto en crisis este modelo: consecuentemente, los criterios interpretativos para la verificación de la subsistencia de una relación laboral subordinada a falta de la correspondiente manifestación de voluntad. Ello se ha saldado, por una parte, requiriéndose una más severa selección de los criterios idóneos para demostrar la efectiva integración del trabajador en la empresa, por otra parte volviendo a valorar las manifestaciones de voluntad de las partes y, por consiguiente, el *nomen iuris* del contrato.

Esta nueva orientación ha reflexionado evidentemente en torno a la prohibición de la Ley 1369/1960. Si no es aceptado el criterio de que la integración del trabajador en la empresa conlleva automáticamente la constitución de la relación laboral, es preciso verificar la subsistencia de las condiciones establecidas por la ley de 1960 que prevé, como sanción por la violación de la prohi-

bición, la constitución de la relación laboral con el empresario que haya utilizado efectivamente la prestación.

Según algunos, en función de la nueva dirección jurisprudencial en materia de subordinación, habría que volver a valorar la teoría, minoritaria, según la cual la prohibición de intermediación debería sancionar únicamente la interposición fraudulenta²⁸. En realidad la jurisprudencia ha mostrado una cierta desorientación: se ha afirmado una perspectiva "pragmática", basada "en el buen sentido práctico"²⁹, según la cual, cuando la relación laboral es constituida formalmente de manera regular, cuando se respetan los mínimos contractuales establecidos en los convenios colectivos, cuando se respetan las obligaciones en materia de protección social, "se acepta la calificación de la relación entre proveedor y comitente en términos de contrata, sin caer en sutilezas y renunciando a resolver el problema insoluble de si la prestación de servicios se integra en la empresa del proveedor o en la del comitente"³⁰.

4.2. El aparato sancionador según la Ley 196/1997

La ley 196/1997 ha introducido algunas sanciones nuevas pero, sobre todo, ha confirmado las previstas en la ley de 1960. Esto parece confirmar la teoría, aquí mantenida, según la cual el trabajo temporal se sitúa como excepción legítima dentro de un sistema que se mantiene centralizado en la prohibición de cesión de mano de obra.

La única sanción nueva está establecida en el último punto del artículo para quien exija o de cualquier modo perciba compensaciones del trabajador por ofrecerle prestaciones de servicios temporales. Se trata de una sanción penal que establece, alternativamente, la pena de arresto hasta un año o la multa de un mínimo de 5 millones a un máximo de 12 millones.

En cuanto al resto, en todos los casos de violaciones de la Ley 196/1997, se dispone simplemente que "continúa siendo de aplicación la Ley 1369, de 23 de octubre de 1960."

La conversión del contrato en relación por tiempo indefinido está además prevista para el caso de incumplimiento de la forma escrita.

Finalmente, en caso de continuación de la relación más allá del término, de forma análoga a lo dispuesto para los contratos por tiempo determinado, para los primeros 10 días está establecido un recargo retributivo del 20% y, en caso de una continuación posterior, el trabajador se considerará contratado por tiempo indefinido.

En las Administraciones públicas, sin embargo, no es de aplicación la sanción de la conversión del contrato en por tiempo indefinido.

²⁸ Cessari, In tema di interposizione delle prestazioni di lavoro, DL, 1961, I, págs. 128 y ss.

²⁹ Ichino, *loc. ult. cit.*, pág. 438.

³⁰ *Ivi.*

La Ley 196/1997, no sólo confirma la prohibición establecida ya en 1960 sino que, en algunos aspectos, amplía su alcance. Sobre la base de la Ley 1369/1960, por ejemplo, la doctrina mayoritaria mantenía que la prohibición afectaba a quien utilizase la prestación, sólo en el caso en que éste fuera empresario³¹. Se trata de una interpretación literal de la ley (está prohibido al empresario...) a la que contradecían algunas interpretaciones de carácter sistemático³².

La formulación del art. 11 de la Ley 196/1997 resuelve la cuestión de forma inequívoca: las disposiciones que se refieren a la empresa que utiliza la mano de obra se aplican también a sujetos no empresarios. Entre los sujetos no empresarios deberían incluirse también a las administraciones públicas. Si en efecto, como se ha visto, la ley excluye para las administraciones públicas la "conversión *ope legis* de la relación temporal en relación de empleo estable... se confirma la referencia a cualquier sujeto empresarial, independientemente de su naturaleza privada o pública"³³.

La Ley 196/1997, no sólo "extiende" el alcance de la prohibición a los sujetos no empresariales y a las administraciones públicas, sino que "refuerza" la prohibición misma. Pretende en efecto "abrir un pase muy bien delimitado en la barrera de la prohibición general de interposición... pero al mismo tiempo afirmar e incluso reforzar la prohibición misma"³⁴.

Las consecuencias, como bien explica el propio Ichino, atacan profundamente el enfoque que, individualizando el objeto de la prohibición únicamente en la interposición fraudulenta, reducen su ámbito de aplicación. Se trata de un enfoque, no compartido aquí, que ha encontrado un amplio seguimiento en la jurisprudencia sobre la base de un razonamiento privado de bases interpretativas sólidas pero *con un buen sentido práctico*.

En cada caso, a pesar de la opinión en contrario por parte de la doctrina, entre la que destaca quien sostiene que la Ley 196/1997 habría derogado tácitamente toda la Ley 1369/1969, manteniendo en vigor sólo las sanciones entonces previstas³⁵, puede bien considerarse que "la vuelta a la prohibición de interposición fraudulenta únicamente sería posible, hoy, en sede de reforma legislativa"³⁶.

Probablemente la valoración de Ichino, que fue expresada al día siguiente de la aprobación de la ley³⁷, tiene un carácter "provocador", como han mantenido algunos³⁸.

Es cierto que la jurisprudencia no parece haber cambiado el rumbo y prosigue "de modo desenvuelto... probablemente convencida de la superioridad socio-jurídica de los modelos económicos y empresariales respecto a los cánones más rigurosos de la tutela del trabajo"³⁹ pero también, siendo más precisos, respecto a los cánones más rigurosos de la hermenéutica. Sin embargo una reciente sentencia de Casación afirma que la finalidad de la Ley 1369/1960, es la de "evitar la disociación entre el autor de la asunción y el beneficiario efectivo de la prestación de servicios... prescindiendo de la comprobación de la intención fraudulenta"⁴⁰.

5.1. La transmisión de empresa

De forma análoga a lo que ha sucedido con la prohibición de interposición, el Código Civil de 1942 ha regulado la transmisión de empresa delineando los trazos esenciales de su disciplina. El art. 2112 del Código Civil ha sido modificado posteriormente por la Ley 428, 29.12.1990, que transpone la Directiva del Consejo CEE 187/1977, y cuya disciplina originaria se encuentra en el art. 47 de dicha ley.

Las modificaciones introducidas en el texto originario, sobre las que no es necesario detenerse, no alteran el planteamiento de fondo, pero concretan algunos aspectos de la disciplina. Confirma lo anterior el hecho de que el legislador italiano, cuando con la Ley 428/1990 ha transpuesto la Directiva comunitaria, no ha tenido la necesidad de dar una definición nueva y distinta de la institución⁴¹.

La noción de transmisión de empresa en el derecho interno y en el comunitario no coinciden, pero tienden a acercarse. El art. 2112 del Código Civil equipara a la transmisión el supuesto de "usufructo o de arrendamiento de empresa" (punto II), sin embargo la jurisprudencia admite pacíficamente que la transmisión de empresa puede actuarse en todos los casos en los que "permaneciendo inalterada la estructura y la unidad orgánica de la empresa se haya cambiado sólo el titular, con independencia del medio técnico-jurídico a través del cual se ha realizado la transmisión", excluyendo por tanto el caso de la empresa que, una vez finalizada la relación laboral entre el contratante y el

³¹ Véase por todos Mannaccio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Padova 1997, págs. 15 y ss.

³² De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., págs. 75 y ss.

³³ Ichino, *loc. cit.*, pág. 463.

³⁴ *Ivi*, pág. 447.

³⁵ En el último sentido: Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, en *Flexibilità e diritto del lavoro*, a cargo de G. Santoro Passarelli, Torino, 1998, III, págs. 180 y ss. Entre los otros: Papaleoni, *Intermediazioni di manodopera: sanzionabilità penale*, en MGL, 1999, págs. 992 y ss.

³⁶ Ichino, *loc. cit.*, pág. 450, quien, sin embargo, critica juiciosamente la prohibición misma de interposición y auspica su superación. Véase sobre todo en: *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del proceso produttivo ed i suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relación en el convenio sobre "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 3-4 junio 1999.

³⁷ Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, en DLRI, 1997, págs. 514 y ss.

³⁸ Esposito, *loc. cit.*, pág. 417.

³⁹ *Ivi*.

⁴⁰ Casación, *Sez. Lav.*, 10 julio 1999, n° 7304, en DPL, 1999, págs. 2375 y ss.

⁴¹ Así, por ejemplo, Casación, 16.10.1996, n° 9025, en DL, 1992, II pág. 198, con nota de Silvano.

contratista anterior, constituya una nueva relación de contrata⁴², y valorando no sólo los bienes materiales e inmateriales afectados, sino también el vínculo final de los mismos⁴³.

De este modo se acerca a la extensa noción de la disciplina comunitaria, tal y como es reformulada por la Directiva 50/1998, que no pone límites a la técnica con la que se opera la transmisión, siempre que se mantenga una identidad "entendida como la totalidad de los medios organizados" para el desarrollo de una actividad económica, no representada necesariamente sólo por los elementos patrimoniales.

Esta nueva formulación parece siempre ser más restrictiva⁴⁴ respecto de la noción elaborada con anterioridad por el Tribunal de Justicia Europeo, y una vez tenido todo en cuenta, "no parece muy lejana de la noción seguida por nuestro Código Civil, el cual identifica la empresa con el complejo de bienes organizados por el empresario para el desarrollo de la misma" (art. 2555 Código Civil)⁴⁵.

Un "stop" a la tendencia expansiva progresiva producida por el Tribunal de Justicia Europeo se puede leer en la sentencia Susen (11.3.1997, n. c-13/95) según la cual no se puede configurar una transmisión de empresa "cuando la operación no se acompaña ni de una cesión entre uno y otro empresario de elementos patrimoniales, materiales o inmateriales, ni de la asunción por el nuevo empresario, en términos de número y de competencias, del personal destinado ya por el predecesor a la ejecución del contrato". Y parecería aún más restrictiva, a pesar de las contradicciones internas que se han señalado⁴⁶, la posterior sentencia Hernández-Vidal (10.12.1998) que define la entidad económica transmitida como todo organizado de personas y de medios que permite el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio.

La finalidad de la ley ha quedado por tanto invariable: garantizar la indiferencia sustancial de las relaciones laborales respecto a las vicisitudes "circulatorias" de las empresas o de sus partes⁴⁷. Con tal fin, en caso de transmisión de

empresa, la relación laboral continúa con el adquirente y el trabajador conserva todos sus derechos derivados de la relación laboral (punto I); el adquirente y el transmitente están obligados solidariamente en relación a todos los créditos que el trabajador tenía en el momento de la transmisión y el trabajador puede liberarlos de tales obligaciones sólo en sede de conciliación, según lo establecido en los artículos 410 y 411 del Código Procesal Civil (punto II); el trabajador tendrá derecho a la aplicación del convenio colectivo en vigor hasta su término, salvo que haya sido sustituido por convenios colectivos aplicables en la empresa del adquirente (punto III).

El art. 47 establece el procedimiento que el adquirente y el transmitente deben respetar, bajo la aplicación del art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (conducta antisindical). Tal procedimiento, inspirado en el establecido para el despido colectivo, prevé la obligación de información acerca de los motivos y las consecuencias de la transmisión, y la obligación de un examen conjunto a petición de las organizaciones sindicales que, sin embargo, concluye en todo caso si no se llega a un acuerdo, el décimo día desde su inicio.

La norma afirma expresamente que la transmisión de la empresa no puede ser causa de rescisión, y establece que los trabajadores que no pasan a la dependencia del adquirente tienen un derecho de preferencia para su ingreso durante el período de un año desde la fecha de la transmisión o durante un período más amplio si lo establece el convenio colectivo.

El propio art. 47 prevé una derogación importante para las empresas que se encuentran en una situación de crisis reconocida regularmente por el Ministerio de Trabajo, así como para aquellas en las que ha sido declarado el estado de quiebra, convenio preventivo, liquidación forzosa o administración extraordinaria.

En ese caso, cuando se haya celebrado un acuerdo sindical, es posible derogar (total o parcialmente) ya sea el mantenimiento de los derechos del trabajador, ya sea la responsabilidad solidaria entre el adquirente y el transmitente. En cuanto al contenido: a cambio del mantenimiento del puesto de trabajo, es posible que los trabajadores pierdan total o parcialmente derechos derivados de la antigüedad en el servicio. Desde la vertiente del adquirente: éste acepta asumir la carga de una empresa en situación de crisis, o declarada ya en quiebra, a cambio de ser exonerado de una parte de las obligaciones para con los trabajadores transmitidos. Esta derogación, que entraba en contradicción con la Directiva comunitaria en su formulación originaria, es ahora admisible después de las modificaciones introducidas por la Directiva 50/1998, que ha propuesto de nuevo el modelo italiano⁴⁸.

Nos detendremos en algunos puntos que, en la actualidad, son objeto de un intenso debate en Italia.

⁴⁸ Lailoni, *loc.cit.*, pág. 829.

⁴² Nappi, *Liquidazione coatta amministrativa di banche, cessione dell'organizzazione d'impresa e trasferimento d'azienda*, en RIDL, 2000, II, págs. 477 y ss.

⁴³ Orientación consolidada por la Corte Suprema. Véase, por último, Casación, 3 junio 1998, n° 5466, en DL, II, pág. 807. Ivi: Fedele, *Sempre più ampia la nozione di trasferimento d'azienda*. Véase de la doctrina reciente: Lambertucci, *Le tutele dei lavoratori nella circolazione d'azienda*, Torino, 1999, págs. 5 y ss.

⁴⁴ Sin embargo no es así en opinión de Pizzoferrato, *L'impatto della direttiva 89/50/UE en materia de transmisión de empresa sobre el sistema normativo e giurisprudenziale italiano*, en ILLEJ, I, 1, 2, 3, y según Pelissero, *L'individuazione della fattispecie*, en RGL, 1999, pág. 806, a la que se remite para una panorámica amplia sobre el tema, págs. 799 y ss.

⁴⁵ Ivi.

⁴⁶ Lailoni, *Les dialogues entre juges communautaire et juges nationaux en matière d'entreprise*, en Droit Social, 1999, págs. 821 y ss. El examen de la jurisprudencia europea no es objeto específico de este ensayo. Se remite al cuidadoso examen comparado de la autora.

⁴⁷ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro, 2, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998, pág. 574.

5.2. El procedimiento

El art. 47 de la Ley 428/1990, de forma coherente con lo establecido en el art. 6 de la Directiva 77/187, prevé obligaciones de información y consulta. Se observa que, según lo permitido en el punto V del art. 6 de la Directiva, los procedimientos de información y consulta se aplican en las empresas que emplean a más de 15 trabajadores dependientes.

El legislador italiano ha establecido además que las informaciones al sindicato se suministren al menos 25 días antes, mientras que la directiva se limitaba a establecer que se deben suministrar “en tiempo útil antes de hacer efectiva la transmisión”.

Se ha discutido acerca de cuál es el momento desde el que tiene efecto, hacia atrás, el plazo para la información. El tenor de la norma interna (art. 47) es claro: “Cuando se pretenda efectuar... el transmitente y el adquirente deben comunicarlo al menos 25 días antes”. El plazo empieza a correr desde la intención de efectuar la transmisión y sería difícil mantener lo contrario, tal y como hace un sector de la doctrina destacando con sutileza: que la precisión que se exige de las informaciones que se deben transmitir al sindicato hace que sólo se pueden suministrar cuando existe una hipótesis de transmisión ya elaborada⁴⁹; que 25 días en relación al acto formal de transmisión son suficientes para permitir al sindicato intervenir con el objeto de realizar un control adecuado y para la tutela de los trabajadores⁵⁰; que establecer cuál es el momento de la intención “confiaría la identificación del *dies a quo* a valoraciones subjetivas e inciertas”⁵¹.

La tercera objeción es difícilmente practicable; referirse al momento de la intención que, obviamente, se entiende en sentido objetivo, requiere al menos el inicio de los trámites; además la intención se atribuye tanto al transmitente como al adquirente en relación a un mismo procedimiento (¿cómo se hace, en realidad, para determinar cuándo “da comienzo” la intención de vender una empresa o una parte de la misma?). Sin embargo no vemos lo defendido por la doctrina citada, sobre todo si, al elemento literal exigido se añade otro: el hecho de que la ley hace referencia a una transmisión “programada”⁵². Será ciertamente difícil demostrar cuándo se ha iniciado el proceso; al menos en los casos patentes (como un trámite público evidente sin que se haya comunicado al

sindicato), no vemos cómo no se pueden considerar los incumplimientos del transmitente y el adquirente⁵³.

La otra interpretación, por otra parte, equivaldría simplemente a decir que los dos contrayentes no pueden estipular el contrato antes de que hayan transcurrido 25 días desde que se lo han comunicado al sindicato, dejando totalmente a su libre elección cuándo informarlo. Pero es evidente que la norma, a pesar de las incertezas que se han señalado, se refiere a algo más objetivo.

La violación de la obligación de información ha sido sancionada por el legislador italiano mediante la aplicación del art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (represión de la conducta antisindical), haciendo de este modo no necesaria, aparentemente, una modificación de la ley como consecuencia de la aprobación de la Directiva 98/50 CE, art. 1, 2, mediante la que el legislador comunitario impone a los Estados miembros la adopción de medidas idóneas “para permitir a todos los trabajadores y a sus representantes que se sientan lesionados por la inobservancia de las obligaciones derivadas de la directiva, tutelar sus derechos mediante una acción judicial...”.

En realidad no es así, o no del todo, el procedimiento del art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, porque es accionable sólo por los sindicatos nacionales, mientras que la directiva impone que pueden accionar judicialmente los representantes sindicales de los trabajadores que sean lesionados, sindicatos que podrían incluso no tener dimensión nacional.

El art. 28, además, de forma contraria a lo dispuesto en la directiva, no permite la acción individual de los trabajadores. El debate anterior a la aprobación de la Directiva comunitaria 98/50 no ha sido resuelto y entre los primeros comentarios que le siguen se señalan distintas opiniones⁵⁴.

Mantenemos que la Directiva no impone la extensión de la titularidad de la acción *ex art. 28* del Estatuto a los trabajadores individualmente considerados (en las materias contempladas en la propia directiva), pero sí, como alternativa, la obligación de prever para los trabajadores otra posible acción judicial adecuada. Si, sin embargo el legislador no lo prevé, podría admitirse el recurso individual *ex art. 28* del Estatuto, siguiendo el principio de interpretación conforme a la directiva comunitaria.

Se discute asimismo en relación al contenido de la conducta antisindical. Después de que el art. 47 de la Ley 428/1990 define la conducta antisindical como “la falta de respeto... de la obligación de examen conjunto”, nos preguntamos si sólo este tipo supone una violación del art. 28 del Estatuto o si, por el contrario, incluye también otros comportamientos, como por ejemplo la falta de

⁴⁹ Tosi, *Due nodi della legge, informazione e consultazione*, Lav. Inf., 1991, págs. 10 y ss.

⁵⁰ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *loc. ult. cit.*, pág. 581.

⁵¹ *Ivi*.

⁵² Sin embargo, en sentido contrario, Juzgado de Primera Instancia de Brindisi, 5 octubre 1996, según el que el término previsto debe tener efectos desde el momento en que se perfecciona el negocio con la firma del acto público, sometido a crítica por Santagata, *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, en MGL, 2000, pág. 6.

⁵³ En una posición intermedia, considerando caso por caso también en función del negocio con el que se opera la transmisión, Izzi, *La dimensione collettiva della tutela*, en RGL, 1999, págs. 885-887.

⁵⁴ En sentido contrario Ruzzenenti, *Trasferimento di ramo d'azienda e informazione sindacale*, en DPL, 1999, pág. 1374. En sentido sustancialmente conforme con lo defendido en este artículo: Santagata, *Informazione sindacale e trasferimento d'azienda*, cit., pág. 531, en nota.

respeto de las obligaciones de información, como constitutivos de una conducta antisindical.

Una lectura correcta indica que con tal fórmula el legislador se habría limitado a agilizar el recurso al procedimiento destinado a reprimir la conducta antisindical, “pero sin excluir que cualquier otro comportamiento antisindical en el desarrollo del procedimiento sea de todos modos reprimible siempre que limite o reprima la acción sindical”⁵⁵. Una lectura distinta, como observa el mismo autor, contrastaría con lo establecido en el art. 47 de la Ley 428/1990 que, siguiendo al Tribunal de Justicia, privilegia, cuando se presenten alternativas exegéticas, la lectura que se ajuste lo más posible a la letra y finalidad de la directiva⁵⁶.

La Directiva 98/50, en este punto es importante ya sea porque, aunque aprobada posteriormente, vincula al intérprete, ya sea porque es suficientemente precisa al indicar que la acción judicial puede proponerse ante la inobservancia de todas las obligaciones derivadas de la directiva, y no sólo ante la negativa del transmitente y del adquirente a realizar el examen conjunto. Puesto que el legislador italiano, en lo que se refiere a la violación de las obligaciones procedimentales, ha elegido el instrumento previsto en el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá que aplicarse en la violación de cualquier norma procedimental que conlleve la violación de las obligaciones que se han señalado.

En cuanto a lo demás, si no fuera así, tendríamos que deducir que la disposición del art. 47 tendría el efecto no de ampliar el ámbito de aplicación del art. 28, sino de reducirlo, excluyendo hipótesis que son seguro constitutivas de conducta antisindical en el sentido del art. 28 del Estatuto, sin necesidad de una posterior previsión del legislador respecto a lo establecido ya en la Ley 300/1970. Incluso la falta o la información incompleta por parte del transmitente o del cedente pueden por tanto, si limitan la acción sindical, ser constitutiva de conducta antisindical⁵⁷.

En este punto se plantea una nueva cuestión: ¿cuándo la información puede ser considerada incompleta? Una parte de la doctrina considera necesaria la exposición de todos los motivos, incluidas las estrategias económicas que determinan la decisión de vender o comprar la empresa o una parte de la misma⁵⁸. Limitarse a los únicos motivos que se reflejen en la relación laboral “vaciaría de contenido las demás previsiones legislativas”⁵⁹.

⁵⁵ *Loc. ult. cit.*, pág. 521.

⁵⁶ *Ivi.*, pág. 525. En este tema Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, págs. 11 y ss.

⁵⁷ En este sentido una consolidada orientación de la Casación. Sobre el tema, por último, Santagata, *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, cit., págs. 15 y ss.

⁵⁸ Maresca, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, en DLRI, 1991, págs. 13 y ss.

⁵⁹ Conti, *Il trasferimento d'azienda...*, pág. 898.

Otros excluyen que deba ser objeto de la información a los sindicatos las decisiones relativas a las estrategias económicas y financieras del empresario⁶⁰; la primera jurisprudencia de mérito parece sin embargo dividida, inclinándose en líneas generales a favor de la tutela al sindicato⁶¹.

La referencia es incierta: se trata de la fórmula “motivos de la transmisión”, común a la norma italiana y a la directiva comunitaria⁶², criticada por “infeliz y atécnica”⁶³.

Es cierto que puede reconocerse la existencia de una zona de reserva a favor del empresario en cuanto a la divulgación de noticias que pudieran causarle perjuicios. Pero no puede reducirse la interpretación sólo a las decisiones relativas a la organización del trabajo, puesto que, no es extraño, que las perspectivas de los trabajadores transmitidos bien puedan ser influenciadas por las decisiones estratégicas de más amplio respiro⁶⁴.

Y por último, una cuestión que está al orden del día: en caso de conducta antisindical por violación de las obligaciones procedimentales el juez, ordenando el cese de los efectos, impone a las partes reformular el acuerdo respetándose esta vez los vínculos procedimentales⁶⁵. Pero ¿podrá el juez destituir el propio negocio de transmisión declarándolo nulo?

También en este supuesto se han formulado diversas soluciones. Recientemente la Corte Suprema ha afirmado que la verificación de la conducta antisindical no produce la invalidez del negocio de transmisión⁶⁶, pero también hay pronunciamientos judiciales anteriores en sentido contrario⁶⁷.

La complejidad de los perfiles no permite un tratamiento sintético⁶⁸. Se observa, sin embargo, que cuando no se produzca la ineficacia, ni siquiera

⁶⁰ Tosi, *Due nodi della legge, informazione e consultazione*, Lav. Inf., 1991, págs. 10 y ss.

⁶¹ En cuanto a una lectura extensiva véase, por todos, Juzgado de Primera Instancia de Lodi, 28 julio 1995, en RIDL, 1996, II, págs. 615 y ss. En sentido restrictivo: Juzgado de Primera Instancia de Milano, 19 enero 1999, en OGL, 1999, pág. 125.

⁶² De forma más precisa, pero con un fórmula exactamente equivalente, el art. 47 de la Ley 428/1990 dice: “los motivos de la transmisión de empresa programada”.

⁶³ Santagata, *loc. ult. cit.*, pág. 2. El autor, en cualquier caso, no considera admisible un control sindical sobre las elecciones empresariales, a pesar de reconocer la necesidad de algunas extensiones pero siempre de forma limitada a los perfiles funcionales de la aceptación de la recaída de tales operaciones sobre los trabajadores dependientes. *Ivi.*, pág. 13.

⁶⁴ Para una interpretación extensiva de los contenidos de los “motivos”, véase también Izzi, *loc. ult. cit.*, págs. 882-884.

⁶⁵ *Ivi.*, pág. 17.

⁶⁶ Casación, *Sez. Lav.*, 4 enero 2000, n° 23, en OGL, 2000, págs. 605 y ss.

⁶⁷ Véanse en Santagata, *loc. ult. cit.*, pág. 17.

⁶⁸ Una gran parte de la doctrina parece orientada a compartir la orientación de la Casación. En este sentido, por último, Maresca, “*Fruibilità*” della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda, en MGL, 2000, págs. 610 y ss. Sin embargo en sentido contrario: Izzi, *loc. ult. cit.*

temporal, del acto de transmisión, difícilmente puede considerarse cumplida la obligación derivada de la disciplina comunitaria que, según el Tribunal de Justicia Europeo, debería poseer una "capacidad disuasoria" que no parece deducirse según la interpretación prevalente.

5.3. El derecho de oposición por parte del trabajador

Hemos de señalar en primer lugar que en el derecho interno italiano falta una norma específica que prevea un derecho de oposición del trabajador a la transmisión. Sobre esta base se ha afirmado, y se afirma, que el trabajador no tiene el derecho de negarse a seguir los efectos de la transmisión de empresa y de pretender ser asignado a otra unidad productiva⁶⁹.

En el pasado, la hipótesis de una negativa del trabajador a la transmisión podía parecer remota; era en todo caso la empresa la que intentaba evitar un proceso en el que asumía todos los costes de la transmisión. Hoy, sin embargo, en caso de transmisión de una parte de la empresa, se está en presencia de un fenómeno opuesto, en cuanto a que la transmisión de la empresa puede representar una modalidad de externalización de actividades o de servicios, "cuando no incluso de medio para realizar una reducción sustancial de personal actuada mediante una modalidad de expulsión elusiva de la disciplina legal de los despidos colectivos"⁷⁰, en el que las obligaciones procedimentales y las garantías de los tratamientos económicos y normativos de los trabajadores, constituyen "un coste pagado con mucho gusto por el objetivo de la flexibilidad organizativa perseguido con el modelo de la terciarización interna"⁷¹.

Es comprensible asimismo la posible negativa del trabajador a la transmisión: el consiguiente, verosímil, despido por causas objetivas, si bien apoyado en oportunas amortizaciones, podría resultar al final más ventajoso que la garantía de un puesto de trabajo en una empresa con menores garantías en el supuesto de crisis empresarial.

Es preciso recordar que el art. 2112 del Código Civil ha sido introducido estando en vigor una disciplina de libre desistimiento de las partes y de una casi total ausencia de amortizaciones sociales, en un contexto económico en el que la transmisión de empresa significaba, como norma, transmisión de toda la empresa. En este contexto se podría considerar completamente obvio el interés del trabajador en la continuidad de la relación laboral, con el mantenimiento de todos los derechos adquiridos, y entender por qué el legislador no había previsto el derecho de oposición del trabajador.

⁶⁹ Carabelli, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda: la dimensione individuale*, en RIDL, 1995, págs. 51 y ss.

⁷⁰ Ciucciovino, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, en ADL, 1998, pág. 912.

⁷¹ Scarpelli, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, en GDLRI, pág. 493.

La automaticidad de la cesión prevista en el art. 2112 del Código Civil, aparentemente en contraste con la regla del art. 2558 del Código Civil por la que los contratos de carácter personal no se transmiten, estaba dispuesta justo como garantía del trabajador, y "sería verdaderamente paradójico pretender que la automaticidad de la cesión de la relación operara también en contra del trabajador en el sentido de que también él deba someterse a la cesión sin posibilidad de disociarse"⁷².

Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia continúan manteniendo que la transmisión de la relación laboral se produce automáticamente, sin que el trabajador interesado pueda oponerse, sobre la base de la falta de una disciplina legislativa expresa.

Sin embargo a favor de tal argumento "agitano una cartina di tornasole" que cambia de color repentinamente. ¿Cómo es esto posible si la transmisión del contrato es en contra de la voluntad del titular? Se ofrecen dos respuestas: la primera es interesante porque, en sustancia, termina afirmando que la disciplina de la transmisión de empresa, *rectius* la continuación de la relación laboral, no está establecida como tutela del trabajador, y no sólo, sino que "por el contrario garantiza al adquirente la transmisión de la empresa entera (o de una parte) con (todo) el personal empleado y el relativo *know how*. Este último aspecto es particularmente importante en empresas del sector terciario, en las que el elemento trabajo y *know how* es preponderante respecto al elemento capital"⁷³.

En un sentido no distinto, quizás más expreso, aboga la afirmación reciente de una sentencia del juez de Ivrea, según la cual "la *ratio* de la disposición del art. 2112 del Código Civil corresponde a la exigencia de conservar el valor económico de la parte de la empresa o de la empresa cedida"⁷⁴. Nos resulta verdaderamente difícil leer en la formulación del art. 2112 la voluntad de tutelar al adquirente, nada lo deja entender, a menos que lo consideremos un obsequio reciente a las exigencias de aquellas reglas económicas ante las que el derecho del trabajo debe inclinarse.

No menos sorprendente parece el segundo razonamiento: "para tutelar las razones de los trabajadores que no quieren pasar al adquirente de la empresa basta el recurso a la institución de la rescisión"⁷⁵. Lo que significa decir que no se discute la automaticidad de la transmisión, pero que si el trabajador no se encuentra bien, siempre puede renunciar al puesto de trabajo. En un exceso de generosidad se concede incluso al trabajador "si el paso provoca una modificación notable de sus condiciones de trabajo"⁷⁶, que pueda rescindir con causa

⁷² Chiusolo, *Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c. e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore*, nota al Juzgado de Primera Instancia de Milano, 14.5.1999, en D&L, 1999, pág. 361.

⁷³ Runggaldier, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, en GDLRI, pág. 537.

⁷⁴ Juzgado de Ivrea, 23.1.1998, en D&L, 1999, pág. 154.

⁷⁵ Runggaldier, *cit.*, pág. 539.

⁷⁶ *Ivi*.

justa, de otro modo deberá rescindir simplemente dando el preaviso en el sentido del art. 2118 del Código Civil⁷⁷.

Y sin embargo es más consecuente reconocer que el art. 2112 está destinado a tutelar al trabajador y que en tal sentido es interpretado. Por lo tanto, cuando la realidad socio-económica cambiada (en concreto la transmisión de una parte de la empresa, las externalizaciones, un contexto normativo distinto en el que las tutelas se distribuyen de otra manera) pone de manifiesto que la interpretación tradicional de la norma no es ya la más idónea para conseguir el fin para el que fue dictada, deberá ser interpretada en el sentido de garantizar la finalidad originaria que, en nuestro parecer, es la tutela del trabajador y no el interés económico del adquirente.

Esto, obviamente, siempre que no exista una disposición taxativa que, en este supuesto, falta seguro. No se puede mantener en realidad que el legislador, al establecer que "el contrato de trabajo continúa con el adquirente" haya querido excluir, esto es prohibir, el derecho de oposición a la transmisión por parte del trabajador. El derecho de oposición que, atención, no significa el derecho a la conservación de la relación con el transmitente, ni por supuesto, como alguno ha planteado, como crítica a la tesis aquí seguida, derecho a ser transmitido a otra actividad productiva⁷⁸. El legislador, de forma más verosímil, no ha previsto expresamente ese derecho porque, en dicho contexto, no resulta necesario.

La mejor doctrina, por otro lado, teniendo en cuenta la razón de ser de la disposición, ha recurrido en otros casos a interpretaciones análogas incluso más arduas. En el caso del art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo, frente a la fórmula expresa con la que, en materia de modificación de tareas "todo pacto en contrario es nulo", no ha establecido quizás que siendo la norma dictada como tutela de los trabajadores, debe entenderse que tales pactos no están sin embargo prohibidos si se estipulan en interés del trabajador⁷⁹.

⁷⁷ Solución, la de la rescisión, ampliamente seguida por la doctrina.

⁷⁸ Un razonamiento análogo en Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, págs. 34-35, según el que "debe excluirse que quien realiza la prestación pueda negarse a pasar a la empresa del adquirente pidiendo ser destinado a otra actividad productiva del cedente, porque una perspectiva distinta equivaldría a conceder al trabajador un derecho a la transmisión que el ordenamiento, en líneas generales, no le reconoce". Es evidente que el derecho de oposición es sin embargo completamente autónomo respecto al de la transmisión y no puede ser negado sólo porque no existe un derecho de transmisión. La relación que se conserva con el cedente seguirá su destino, incluso el despido, según las reglas. En el sentido criticado en el texto también Romci, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112. En Il Codice civile, Commentario*, dirigido por Schlesinger, Milano, 1993, págs. 105 y ss. y la precisa y articulada réplica de Scarpelli, *cit.*, pág. 503. Parece adherirse a tal orientación también Aimo, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, en RGL, 1999, pág. 863, a la luz de un revés funcional de la disciplina protectora que solicita un replanteamiento por parte de los intérpretes.

⁷⁹ Romagnoli, *Art. 13, en Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1979, págs. 254-255; Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda, il quadro legale*, Milano, 1982, pág. 193.

El derecho del trabajador a oponerse a la transmisión debe ser reconocido simplemente desde la base de una interpretación evolutiva (es cierto que asimismo sistemática) del art. 2112 del Código Civil y significa que la transmisión automática, tal y como ha sido descrita desde el art. 2112, no procede⁸⁰.

Según esta interpretación no es extraño el ojo avizor del art. 4 de la Constitución italiana que al proclamar el derecho al trabajo y el derecho a la elección de profesión, impide una lectura del art. 2112 que permita la modificación de la titularidad de la relación de trabajo independientemente de la voluntad del trabajador. La interpretación propuesta parece coherente con las orientaciones más recientes del Tribunal de Justicia Europeo.

Es interesante destacar que algunas sentencias recientes⁸¹, han reconocido de forma expresa el derecho del trabajador a oponerse a la transmisión, siendo bien recibidas por una parte de la doctrina.

Las motivaciones de los jueces italianos están inspiradas claramente en los pronunciamientos de la Corte de Justicia, en particular en la sentencia Katsikas (16.2.1992) pero no pueden considerarse en actuación del principio según el cual la norma comunitaria dotada de un contenido preciso e incondicionado es idónea para constituir por sí mismas posiciones jurídicas singulares, siendo tales normas invocables directamente ante los jueces⁸². La propia Corte de Justicia, en efecto, reconoce que la directiva 77/187 no obliga necesariamente a los Estados a adoptar una medida concreta, aunque "il semble considérer qu'en application de la directive le salarié peut refuser le changement d'employeur"⁸³. Se está en presencia de una evidente evolución respecto a las decisiones precedentes, aunque, como se ha observado, la Corte tiene cuidado de "situer ses décisions par rapport aux arrêts précédents et évite ainsi la contradiction"⁸⁴.

Sólo con posterioridad (sentencia Mercks, 7.3.1996) indica como única obligación para los Estados miembros la de considerar responsable de la eventual resolución del contrato de trabajo al empresario, si la transmisión va acompañada de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁸⁵.

⁸⁰ Scarpelli, *loc. ult. cit.*

⁸¹ Sin embargo, en sentido contrario, recientemente: Juzgado de Primera Instancia de Ivrea, 23.1.1998, en D&L, 1999, según la cual el art. 2112 únicamente permitiría al trabajador la facultad de rescindir el contrato de trabajo. Véase como comentario la crítica precisa de Porchia, *L'incidenza del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 2112 del codice civile: rilevanza della manifestazione di volontà del lavoratore*, *cit.*, pág. 32 y ss.

⁸² Mazcaud, *Transfert d'entreprise: brèves observations à la lecture de la directive du 29 juin 1998*, en *Droit Social*, 2000, pág. 418, quien advierte que la sentencia Katsikas "continue de poser angoissantes questions sur la conformité de notre droit aux exigences communautaires".

⁸³ Laulom, *cit.*, pág. 829.

⁸⁴ *Ivi.*

⁸⁵ Magnani, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, en GDLRI, 1999, pág. 489.

En lo que se refiere a la sentencia de la Corte de Justicia, es significativo el recurso a la categoría de los derechos fundamentales del trabajador, “quien debe ser libre de elegir a su empresario y no puede ser obligado a trabajar para un empresario que no ha elegido libremente”. Principios que en el ordenamiento italiano encuentran sin embargo contradicción, además de en el art. 4 de la Constitución, en los arts. 1406 y 2558 que, en lo que entendemos, excluyen que pueda haber cesión del contrato sin el consenso del cedente y excluyen los contratos de carácter personal (¿cuál si no es el contrato de trabajo?) de la categoría de aquellos que se transmiten al adquirente entre los contratos estipulados por el ejercicio de la empresa.

En cuanto al ordenamiento italiano es relevante la consolidación de la tendencia a seguir las interpretaciones del Tribunal de Justicia Europeo y a hacer propios sus argumentos jurídicos.

A.

Contratas y Subcontratas de Obras y Servicios