

LA “REFORMA MACRON” DEL CÓDIGO DEL TRABAJO FRANCÉS*

ANTOINE JEAMMAUD

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Université Lumière-Lyon 2*

Centre de recherches critiques sur le droit (Universités de Saint-Etienne et
Lyon 2/CNRS)

EXTRACTO

Palabras clave: Reforma, Francia, negociación colectiva, instituciones representativas del personal, despido

La llegada al poder del nuevo Presidente de la República se tradujo en la adopción de una importante reforma anunciada del Código del Trabajo. El objeto de este texto no consiste en realizar una valoración pormenorizada de las Ordenanzas de septiembre de 2017, sino de esbozar un panorama general y crítico tanto de su contenido como de su proceso de adopción, y de apreciar las principales medidas previstas para implementar el programa presidencial. Entre ellas, se abordan especialmente las modificaciones destinadas a “reforzar” la negociación colectiva, las que proceden a la recomposición de la representación del personal y las que flexibilizan el régimen relativo a las condiciones de extinción de los contratos de trabajo.

ABSTRACT

Key words: Reform, France, collective bargaining, institutions representing personnel, dismissal

The coming to power of the new President of the Republic resulted in the adoption of an important announced reform of the Labor Code. The purpose of this text is not to make a detailed assessment of the Ordinances of September 2017, but to outline a general and critical view of both its content and its adoption process, and to appreciate the main measures planned to implement the program presidential. Among them, the modifications aimed at "reinforcing" collective bargaining, those that proceed to the recomposition of the representation of the staff and those that make the regime related to the termination of employment contracts are addressed.

* Trabajo traducido por Pierre Henri Cialti, profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL PROCESO DE LA REFORMA
 - 1.1. EL RECURSO A LAS ORDENANZAS
 - 1.2. LA REALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN
2. EL CONTENIDO DE LA REFORMA
 - 2.1. EL “REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA”
 - 2.1.1. LA NUEVA POTENCIA DEL ACUERDO DE EMPRESA RESPECTO AL CONVENIO SECTORIAL
 - 2.1.1.1. TRES MODALIDADES DE RELACIONES
 - 2.1.1.2. ¿UNA COMPETENCIA POR LAS NORMAS CONVENCIONALES DE EMPRESA?
 - 2.1.2. INNOVACIONES EN LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS
 - 2.1.2.1. EL ACUERDO DE EMPRESA, ACUERDO MAYORITARIO
 - 2.1.2.2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS VÍAS DE OBTENCIÓN DE UN ACUERDO COLECTIVO
 - 2.1.3. EL ACUERDO COLECTIVO FRENTE AL CONTRATO DE TRABAJO
 - 2.2. LA RECOMPOSICIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL
 - 2.2.1. UNA ÚNICA INSTANCIA
 - 2.2.1.1. CONSTITUCIÓN
 - 2.2.1.2. COMPOSICIÓN Y ELECCIÓN
 - 2.2.2. ATRIBUCIONES Y MEDIOS DE LA NUEVA INSTANCIA
 - 2.2.2.1. ATRIBUCIONES DEL COMITÉ SOCIAL Y ECONÓMICO
 - 2.2.2.1.1. EN LAS EMPRESAS DE AL MENOS 50 TRABAJADORES
 - 2.2.2.1.2. EN LAS EMPRESAS DE MENOS DE 50 TRABAJADORES
 - 2.2.2.2. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO DE EMPRESA
 - 2.3. LA REDUCCIÓN PARCIAL DE LAS “RIGIDECES” PARA EL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN DE TRABAJO
 - 2.3.1. OBSERVACIONES GENERALES
 - 2.3.2. RUPTURAS EN EL DERECHO COMÚN DEL DESPIDO
 - 2.3.2.1. UNA REDUCCIÓN DEL FORMALISMO PROCESAL
 - 2.3.2.2. LA IMPOSICIÓN DE UN BAREMO DE INDEMNIZACIONES DEL DESPIDO IMPROCEDENTE
 - 2.3.3. CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DEL DESPIDO POR MOTIVO ECONÓMICO
 - 2.3.3.1. EL ÁMBITO DE APRECIACIÓN DEL MOTIVO
 - 2.3.3.2. LA RUPTURA POR MUTUO ACUERDO EN EL MARCO DE UN ACUERDO COLECTIVO
3. A MODO DE CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Los distintos gobiernos que se han sucedido desde 1981, año del primer acceso al poder de fuerzas políticas de izquierdas desde 1958 y el nacimiento de la Vª República, adoptaron una o varias leyes que modificaron de forma importante el Código del Trabajo. Incluso después de su “recodificación de derecho constante”, cuya entrada en vigor el 1º de mayo de 2008 iba a garantizar, según algunos, más estabilidad a este texto denso y fuertemente sensible a los cambios políticos o a las políticas tanto económicas como sociales. Más aún, este movimiento de modificaciones-agregaciones prosiguió a partir de agosto de 2008. Bajo la presidencia de François Hollande (2012-2017), varias leyes (sin mencionar los innumerables decretos) modificaron el Código del Trabajo, entre ellas, tres en particular: la ley de 14 de junio de 2013 *relative à la sécurisation de l’emploi*, la

ley de 17 de agosto de 2015 *relative au dialogue social et à l'emploi* y la ley de 8 de agosto de 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (conocida como "loi El Khomri", nombre de la entonces Ministra de Trabajo). Esta última ley suscitó en una parte importante del movimiento sindical mucha hostilidad, que se materializó en numerosas manifestaciones, y preveía en su artículo primero la instauración de una comisión encargada de proponer una "refundición del Código del Trabajo". A esa trilogía legal, se podría añadir la ley de 6 de agosto de 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances* económicas, que afectó de forma marginal al Código del Trabajo, pero que incluía inicialmente una limitación de la cantidad de la indemnización en caso de despido improcedente, entonces declarada inconstitucional, y hoy en día presente en derecho positivo desde la reciente reforma. En todo caso, esa ley traducía la voluntad de su inspirador y defensor ante el Parlamento, Emmanuel Macron¹, de "liberar la iniciativa económica" y de fomentar la competencia, hasta conocerse como "ley Macron".

La reforma, realizada mediante un conjunto de textos legislativos y reglamentarios promulgados en septiembre de 2017, es consecuencia directa de la transformación política que Francia había conocido cuatro meses antes. Es cierto que el fuerte vínculo entre un acontecimiento político y un cambio en el ámbito del Derecho del Trabajo no constituye una novedad en la historia de este país. El cambio político de mayo-junio de 1981 (elección de François Mitterrand, líder del Partido Socialista, a la presidencia de la República, seguida de la disolución de la Asamblea Nacional dominada por la derecha y de la elección de una mayoría de unión de la izquierda en apoyo a un gobierno de la misma tendencia²) había permitido la adopción de una serie de Ordenanzas y de leyes en los años 1982 y 1983 que procedieron a la reforma más amplia del Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y del régimen de las empresas públicas (tras importantes nacionalizaciones) desde 1945.

Ahora bien, las victorias electorales de Mitterrand y de los partidos de izquierdas en 1981 eran más previsibles meses antes que las de Emmanuel Macron en la elección presidencial y de los candidatos de *En Marche!* en las elecciones legislativas. En efecto, dado el debilitamiento político de Hollande y las profundas divisiones de la izquierda, se podía esperar una nueva y clásica "alternancia

¹ Entonces Ministro de Economía del Gobierno Valls.

² La mayoría se constituía de diputados del PS, del Partido Comunista (PCF), del Movimiento de los radicales de izquierda (Mouvement des radicaux de gauche-MRG), y el Gobierno de Pierre Mauroy, de dirigentes socialistas cercanos a Mitterrand y de cuatro ministros comunistas (por primera vez desde 1946 y el fin del Gobierno provisional de la República constituido en la Liberación, la entrada en vigor de la Constitución de 1946 y la elección de la primera asamblea de la IV República).

política”: la elección del candidato del partido “Les Republicains” (LR, nacido en 2015 de una tentativa de *cambio de look* de la “Union pour un Mouvement Populaire”-UMP- que procedía a su vez de una alianza de “gaullistas” –cada vez menos “gaullistas”- y de fervientes defensores del liberalismo económico) a la presidencia de la República, seguida de la victoria de los candidatos de este partido en las elecciones legislativas. Así, la derecha hubiera vuelto al poder de Estado tras cinco años de presidencia de François Hollande y de presencia, en la Asamblea Nacional, de una mayoría inestable de diputados del Partido Socialista (PS) con supuesta vocación de apoyar la acción del Presidente y de su gobierno (dirigido desde 2014 por Manuel Valls)³. La celebración de primarias en cada “bando” desembocó en la designación de François Fillon, candidato de LR, con posiciones muy a la derecha (con el propósito de resistir al crecimiento del Frente Nacional-FN- y de su candidata, Marine Le Pen, hija del fundador de este partido de extrema derecha) y, tras la renuncia de François Hollande a solicitar su reelección, de Benoît Hamon como candidato del PS (con propuestas bastante audaces en materia de trabajo y empleo), preferido a Manuel Valls, etiquetado representante de la tendencia más a la derecha del partido.

Los acontecimientos no han seguido el guión establecido, con determinados hechos destacables.

1º) La aparición en el verano de 2016 de un nuevo candidato, Emmanuel Macron, joven y abiertamente hostil a las visiones clásicas de la social-democracia. Un candidato procedente, como tantos otros políticos franceses, de la Escuela Nacional de Administración (ENA) y miembro del prestigioso cuerpo de la Inspección de las finanzas, con experiencia en la Banca Rothschild. Un candidato miembro del PS de 2006 a 2009, nombrado en 2012 secretario general adjunto en el gabinete del Presidente Hollande, Ministro de Economía, de Industria y del Digital en 2014 en el Gobierno Valls, antes de dimitir de este puesto en 2016 tras haber creado su movimiento “En Marche!”. Una candidatura que contribuyó, sin la menor duda, a convencer a Hollande de no volver a presentarse.

2º) El rápido debilitamiento del candidato Fillon, ganador de las “primarias de la derecha” con posiciones a la vez *pro-business* en el ámbito económico y “societal” (como es lo relativo a modos de vida y coiales; por ejemplo, lo relacionado con el matrimonio del mismo sexo) y conservadoras, incluso reaccionarias, en el ámbito social. Un candidato que reivindicaba su inspiración cristiana pero

³ La reforma constitucional de 2000 reduce de siete a cinco años la duración del mandato presidencial, alineándose con el mandato de los diputados. Así, cada cinco años, en primavera, se celebran la elección presidencial y a continuación las elecciones legislativas, estas últimas fuertemente influenciadas por aquella. Se elige los senadores por nueve años pero la tercera parte del Senado se renueva cada tres años.

que fue acusado de prácticas deshonestas (hasta el punto de ser objeto de investigación penal) y reveladoras de una codicia insospechada. La pérdida de apoyo de este candidato en su propio partido y en su electorado, asqueado por su "inmoralidad" y su evidente ambición personal, debía ayudar a la candidatura Macron.

3°) La progresión constante, observada en cada sondeo, de esta candidatura, "ni de izquierda, ni de derecha", con un programa bastante indefinido en el cual figuraba, sin embargo, una reforma del Código del Trabajo (su "modernización" en búsqueda de "flexiseguridad"), la extensión de las prestaciones por desempleo a los trabajadores "dimisionarios" (que cesaban voluntariamente) y autónomos o la supresión del impuesto sobre la fortuna así como de un impuesto local abonado por personas con pocos recursos.

4°) El peso de dos candidaturas calificadas de "populistas": la de M. Le Pen que se esforzaba en presentar el FN como el partido de la gente modesta, de los obreros especialmente, víctimas de la mundialización, de la Europa liberal y de una inmigración "masiva e incontrolada". A "la izquierda de la izquierda", la de Jean-Luc Mélenchon, antiguo miembro del PS y ex ministro, con el apoyo de su movimiento *La France insoumise*, e impuesta a un Partido comunista muy débil que se presentaba en principio como su aliado.

5°) El éxito de E. Macron, en la primera vuelta con 24% de los votos, ante Le Pen (21,30%), Fillon (20%), Mélenchon (19,50%), Hamon (¡menos de 7%!), seguido de su clara victoria en la segunda vuelta (66%) contra la responsable del partido de extrema derecha, así como, pocas semanas después, el éxito del partido "La République en marche" (LREM), que obtiene mayoría absoluta en las elecciones legislativas, con un gran número de candidatos nuevos en política y algunos tránsfugos del PS, del partido centrista MODEM, del partido ecologista y, más excepcionalmente, de LR.

6°) La formación de un nuevo Gobierno dirigido por Edouard Philippe, hasta entonces diputado de LR, y compuesto de otros miembros de este partido (responsables de la política económica...), de ex-socialistas y de "representantes de la sociedad civil" (especialmente una figura emblemática de la lucha para la defensa del medioambiente y contra el calentamiento global, una profesora de medicina, una rectora de universidad, una campeona olímpica, etc., así como una ex directora de "recursos humanos" de un gran grupo industrial, encargada del Ministerio de Trabajo).

El Presidente Macron y el Gobierno Philippe cuentan, por lo tanto, con una sólida mayoría aritmética de LREM en la Asamblea Nacional y de una indiscutible legitimidad para poner en ejecución el programa presidencial que no se puede calificar de "centro-izquierda" ni tampoco de "centrista". Por otra parte, reciben apoyo de varios diputados del partido oficialmente centrista y, más puntualmente,

de diputados del principal partido de oposición, LR, especialmente cuando se trata de medidas de inspiración neo-liberal. Los diputados del PS que componen el grupo parlamentario “Nouvelle gauche”, han manifestado su preferencia por estar en la oposición a los proyectos del Gobierno. La oposición más completa y determinada es muy heterogénea: diputados de *La France insoumise* (LFI) y del Partido comunista a la izquierda y los del FN a la extrema derecha. Ahora bien, la “derecha republicana” ha accedido recientemente a la mayoría en el Senado, donde los “macronistas” no han conocido el mismo éxito que en la Asamblea Nacional.

Ese reparto de fuerzas en las instituciones políticas alimentó las discusiones y debates de la primera e inmediatamente puesta en marcha reforma de importancia del mandato presidencial: la del Código del Trabajo. Conviene señalar otra variable contextual importante, puesta en evidencia por los sondeos y por las numerosas manifestaciones de apoyo público a favor del candidato Macron: una franja considerable del electorado que le ha votado en la primera vuelta de la elección presidencial no se muestra convencida por su programa pero hizo esta elección, bien por el rechazo a Fillon tras el escándalo ya evocado, bien por oponerse a Le Pen (que tenía posibilidad de llegar en primer lugar a la primera vuelta) un candidato susceptible, más que Fillon, de congregar un electorado lo bastante amplio en la segunda vuelta. En definitiva, de todos los Presidentes de la Vª República⁴, Emmanuel Macron constituye el que ganó con la menor tasa de adhesión a su programa.

Probablemente, esta consideración ha influido el método utilizado por el poder ejecutivo para adoptar y permitir la aplicación cuanto antes de los textos de la reforma. Conviene, pues, formular algunas precisiones al respecto (1), antes de emprender el examen de las principales medidas que provocan una transformación parcial del Código del Trabajo (2).

1. EL PROCESO DE LA REFORMA

Una vez constituido y con el fin de poner en marcha el proyecto presidencial, el Gobierno Philippe desarrolla un programa de seis reformas a llevar a cabo en los dieciochos meses siguientes a su toma de posesión, con el objetivo de “renovar en profundidad (el) modelo social francés con las organizaciones sindicales y patronales de la Nación”. Concretamente, en palabras del ejecutivo:

⁴ Cronológicamente, De Gaulle, Pompidou, Giscard d’Estaing, Mitterrand, Chirac, Sarkozy y Hollande.

- "fomentar la convergencia entre rendimiento social y rendimiento económico", gracias a la evolución inmediata del Derecho del Trabajo "para tomar en cuenta la diversidad de las aspiraciones de los trabajadores y las necesidades de las empresas" así como para proporcionar "seguridad" a las relaciones jurídicas del trabajo (una forma de obsesión de la "seguridad jurídica" - estabilidad de los actos, previsibilidad de las consecuencias, especialmente económicas, de los actos, en particular de los despidos - reclamada por las organizaciones patronales y por los juristas a su servicio);

- aumentar el poder adquisitivo de los trabajadores mediante la reducción de las cotizaciones sociales a su cargo;
- reforzar los dispositivos de formación profesional;
- refundir el aprendizaje para desarrollar masivamente la oferta de las empresas a los jóvenes de menos de 25 años;
- abrir las prestaciones de desempleo a los trabajadores "dimisionarios" (hasta ahora sólo se benefician los trabajadores involuntariamente en desempleo) y a los trabajadores autónomos;
- renovar el sistema de jubilación haciéndolo más transparente y justo.

Por lo que se refiere a la primera de esas reformas, el informe al Presidente de la República relativo a la primera de las Ordenanzas a las que nos referiremos más abajo, ofrece un discurso convenido pero significativo: esta reforma traduce un *"proyecto global de transformación del Código del Trabajo destinado a liberar las energías y ofrecer verdaderas protecciones a los trabajadores, mediante la negociación con los trabajadores y sus representantes"*, un proyecto que *"debe contribuir a favorecer el progreso social y económico para Francia y los franceses, en la línea de nuestra herencia social, conciliando fidelidad al pasado y adaptación a los desafíos de nuestro tiempo"*, a través de *"medidas concretas, pragmáticas"* que *"configuran un nuevo derecho social en nuestro país: en el marco definido por la ley, la negociación fijará, en adelante, las reglas de funcionamiento en la empresa y en el sector"*⁵.

⁵ Extracto del informe relativo a la Ordenanza n° 2017-1385. Igualmente, se puede leer que "esta reforma apuesta por la confianza y la inteligencia colectiva de las empresas, de los trabajadores y de sus representantes, especialmente las organizaciones sindicales" o que reivindica "la confianza dada a las empresas y a los trabajadores a través de la capacidad de anticipar y de adaptarse de manera sencilla, rápida y segura".

1.1. El recurso a las Ordenanzas

La reforma del Derecho del Trabajo mediante la del Código del Trabajo (eliminando reglas jurisprudenciales en determinados puntos) responde a las aspiraciones de la Comisión Europea formuladas en sus “recomendaciones” a los Estados miembros⁶, en las que se insta a Francia, de forma constante, a proceder a una clara “modernización del mercado de trabajo”, eufemismo que nadie puede obviar y que se refiere a una flexibilización de las condiciones jurídicas del uso de la mano de obra. La “ley El Khomri”, precedente más reciente entre muchos otros textos, respondía claramente a esa preocupación.

El Presidente y el Gobierno debían frente, sin embargo, a dos condicionantes.

Un condicionante político en primer lugar: realizar esta reforma del Código del Trabajo antes del final del periodo estival, poco propicio a movilizaciones sindicales que la operación podía provocar, lo que encomendaba recurrir al procedimiento de *las Ordenanzas*, previsto en el artículo 38 de la Constitución⁷. Éste prevé que “el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para adoptar por Ordenanzas, durante un plazo limitado, medidas que corresponden normalmente a la ley”, caso de la fijación o de la modificación de las reglas principales del Derecho del Trabajo. La autorización del Parlamento se materializa en una ley de habilitación que fija la duración de esa modalidad de delegación del poder legislativo y define las materias así como las orientaciones de la producción normativa confiada al ejecutivo.

Las Ordenanzas, cuyo proyecto se somete al previo Dictamen consultivo del Consejo de Estado (en su función de consejero del gobierno⁸), se adoptan en Consejo de Ministros presidido por el jefe del Estado que las firma y prescribe su publicación (con el informe al Presidente que ha de acompañar cualquier Ordenanza para exponer las razones de su adopción y describir sus líneas maestras) al *Journal Officiel* de la República. Entran en vigor en el momento de la publicación pero solo tienen valor reglamentario hasta su ratificación por ley aprobada en el Parlamento⁹. Es decir que, hasta la promulgación de esa ley, quedan expuestos,

⁶ « Loi travail : Bruxelles espère des mesures fortes de la France/ Bruxelles attend Emmanuel Macron sur sa future loi travail », *Le Monde*, 23 mai 2017.

⁷ Fue la vía seguida por el Gobierno Mauroy en 1981 para realizar una primera serie de reformas sociales, especialmente de reducción del tiempo de trabajo, antes de la discusión y la aprobación de las “leyes Auroux”. Otros Gobiernos utilizaron el procedimiento de las Ordenanzas.

⁸ Las secciones denominadas “administrativas” del Consejo de Estado, entre ellas, la Sección Social, ejercen esta función.

⁹ Este mecanismo resulta muy similar al de los artículos 82-85 de la Constitución española de 1978. La “ley de habilitación” (o de “autorización”) corresponde a la ley de bases (se requiere igualmente en caso de delegación de poder legislativo para refundir textos legislativos, especial-

como los decretos presidenciales o ministeriales, a un recurso de anulación por ilegalidad (o *a fortiori* por inconstitucionalidad) ante el Consejo de Estado (sección de lo contencioso), jurisdicción administrativa suprema¹⁰. A partir de la entrada en vigor de la ley de ratificación¹¹, que puede modificarlas, las disposiciones de las Ordenanzas o introducidas por ellas en los códigos o leyes anteriores, tienen valor legislativo y sólo pueden ser anuladas por el Consejo constitucional vía una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" alegada durante un litigio ante la jurisdicción judicial o administrativa.

Otro condicionante para el Gobierno, de tipo jurídico, se desprendía del artículo L. 1 del Código del Trabajo introducido por la ley "de modernización del diálogo social" de 31 de enero de 2007. En virtud de esta disposición, que abre hoy en día el Capítulo Preliminar (titulado "Diálogo social") del Código refundido en 2007-2008, "todo proyecto de reforma contemplado por el Gobierno que se refiere a las relaciones individuales y colectivas de trabajo, al empleo y la formación profesional y que pertenece al ámbito de la negociación nacional e interprofesional, es objeto de una concertación previa con las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios representativas en el ámbito nacional e interprofesional, con vista a la apertura eventual de una negociación". Esta regla especial de procedimiento legislativo que impone, salvo urgencia, una "concertación" --solicitud e intercambios de puntos de vista y pareceres de los interlocutores sociales sobre el proyecto de reforma-- tiene como objetivo garantizar la toma en consideración (por el Gobierno) de la posición de las organizaciones patronales y sindicales, y favorecer la apertura, entre ellas, de una negociación de la reforma legislativa (dicho sea de paso, algo que casi nunca ha ocurrido hasta la fecha).

Así, con la intención de someter al Parlamento un proyecto de ley que le habilita a "legislar vía Ordenanzas" para modificar sustancialmente el Código del Trabajo, el Gobierno Philippe tuvo que empezar previamente por organizar encuentros, para exponer su proyecto global y las principales medidas de la reforma, con cada una de las organizaciones patronales representativas- Movimiento de las empresas de Francia (Medef), Confederación general de las pequeñas y

mente realizar una "recodificación de derecho constante", como se ha producido frecuentemente, en particular en 2006, para la recomposición del Código del Trabajo). Las Ordenanzas se asemejan al decreto legislativo. La Constitución de 1958 no reconoce al Gobierno la facultad de adoptar decretos leyes como los del artículo 86 de la Constitución española.

¹⁰ La CGT y la CFTD han impugnado algunas disposiciones de las Ordenanzas del 22 de septiembre.

¹¹ Como cualquier "ley ordinaria", puede, tras su aprobación y antes de su promulgación por el Presidente de la República, ser objeto de recurso ante el Consejo constitucional que examinará su conformidad a la Constitución. Pueden formular tal recurso el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado o el de la Asamblea Nacional o - lo que ocurre más frecuentemente - 60 diputados o 60 senadores.

medianas empresas (CGPME), etc.- y cada una de las cinco confederaciones de sindicatos de trabajadores actualmente representativas en el ámbito nacional y en todos los sectores de actividad (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CFE¹²). Hecho llamativo, el ejecutivo no ha mantenido reuniones con el conjunto de esas organizaciones, de acuerdo con lo que se podía pensar de la forma de la concertación prescrita por el Código, y ha optado por reuniones bilaterales entre la Ministra de Trabajo y cada una de las organizaciones. Reuniones sobre los proyectos de Ordenanzas que se realizaron hasta el final del mes de agosto. Los interlocutores sociales no abrieron ningún proceso de negociación, ya que ninguna organización deseaba una negociación nacional e interprofesional que asumiera esta reforma del Código del Trabajo prometida por el candidato Macron. La legalidad de esta manera de practicar el procedimiento del “diálogo social” del artículo L. 1 no ha sido contestada por los parlamentarios de la oposición de izquierdas que han recurrido la ley de habilitación ante el Consejo constitucional, y no podrá serlo a través de una eventual cuestión prioritaria de constitucionalidad relativa a una disposición del Código introducida por una Ordenanza ratificada.

Por consiguiente, es bajo una forma jurídicamente discutible – en el marco de lo que se denomina pomposamente “democracia social”¹³ – que los proyectos de textos han sido elaborados, si bien los repetidos intercambios (“más de 300 horas de intercambios profundizados”, se garantiza) entre el Primer Ministro, la Ministra de Trabajo y sus asesores (principalmente procedentes del mundo patronal), por una parte, y las organizaciones sindicales, por otra parte, han permitido a estas últimas conseguir algunas correcciones de los proyectos iniciales. Dichas

¹² CGT : *Confédération générale du travail* (la más importante en efectivos y en resultados electorales si se consideran todos los sectores de trabajadores dependientes, incluso la función pública); CFDT : *Confédération française démocratique du travail* (organización más representativa en el sector privado desde las últimas elecciones profesionales); CGT-FO : *CGT-Force ouvrière* (nacida de una escisión de la CGT en 1947) ; CFTC : *Confédération française des travailleurs chrétiens* ; CGC-CFE : *Confédération générale des cadres-Confédération française de l'encadrement*.

¹³ Varias leyes del principio del siglo XXI utilizan esta expresión en su título (entre otras, la ley de 20 de agosto de 2008 “*portant rénovation de la démocratie sociale*”, que modificó el régimen de la representatividad sindical). Sin embargo, sería razonable y sano hacer un uso más moderado de tal terminología (A. Jeammaud, “Ne rêvons plus de ‘démocratie économique’ ou ‘industrielle’, ne parlons plus de ‘démocratie sociale’ !”, *Revue de droit du travail*, Octubre 2017, p. 577). Las reformas del Derecho del Trabajo realizadas en 1982-1983, que se acompañaron de la ampliación del sector público industrial y comercial (nacionalizaciones), daban una cierta credibilidad a la voluntad proclamada por el primer Gobierno y la primera mayoría de izquierdas, de permitir la eclosión de una “democracia económica” o, al menos, de una forma avanzada de “democracia industrial” (ver : A. Jeammaud y A. Lyon-Caen, « Francia », in *Derecho del trabajo, democracia y crisis, en Europa occidental y en América*, dir. A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, ed. española dir. L. E. De la Villa Gil y M. C. Palomeque López, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 55 sig.).

correcciones han permitido reducir la hostilidad de centrales como la CFDT y FO, con el efecto de evitar lo que temía el Gobierno: la adhesión de esas confederaciones, conocidas como "reformistas", a la posición de la CGT y a su llamamiento, ya anunciado, a la movilización en contra de la "reforma Macron". En todo caso, se trató de correcciones menores que no han tomado en consideración las reivindicaciones o propuestas sindicales esenciales, por lo que la apreciación final del movimiento sindical sobre la reforma ha sido globalmente negativa o reservada aunque no haya sido expresada de forma unitaria.

1.2. La realización de la operación

La discusión del proyecto de ley de habilitación ha dado lugar, desde julio, a intensos debates entre la nueva mayoría de la Asamblea Nacional y, principalmente, la oposición de izquierdas (grupos "Nueva izquierda", LFI y PCF). La ley ha sido aprobada de forma rápida con el concurso de algunos diputados de LR (la derecha "republicana") y la oposición del FN en nombre de "la defensa de los trabajadores (franceses)". Tras la decisión del Consejo constitucional que desestimó todas las críticas jurídicas formuladas por los diputados de la izquierda¹⁴. Promulgada el 15 de septiembre, la ley habilita "al Gobierno a adoptar, vía Ordenanzas y durante un plazo de seis meses, diversas medidas de reforzamiento del diálogo social". Preparadas desde el mes de julio, fueron firmadas cinco Ordenanzas el 22 de septiembre por el Presidente de la República con una puesta en escena inusual (periodistas y televisiones invitadas en el Palacio del Eliseo, breve discurso presidencial). De conformidad con el artículo 8 de la ley, el Gobierno ha depositado el 27 de septiembre ante el Parlamento un proyecto de ley única de ratificación de aquellos cinco actos.

Estas Ordenanzas, con números 2017-1385 a 2017-1389 y con tamaños muy desiguales, las integran principalmente artículos que modifican, sustituyen, crean o derogan artículos del Código del Trabajo y, en mucha menor medida, otros Códigos¹⁵. Si la pretensión fue "simplificar" y "modernizar" un Código del Trabajo cuyo volumen, seguramente excesivo, ha sido denunciado con constancia por el sector empresarial, los economistas ortodoxos y la derecha política, el conjunto de la ley del 15 y de las Ordenanzas de 22 de septiembre ocupa un centenar de páginas en el *Journal Officiel*. Otros textos van a complementar o ya han complementado ese conjunto: los Decretos expresamente previstos por algunas disposiciones introducidas por estas Ordenanzas o, en cualquier caso, indispensables para su aplicación. Solo tras su completa publicación se podrá apreciar, en su justa medida, la reducción del volumen del Código.

¹⁴ Decisión nº 2017-751 DC de 7 de septiembre de 2017.

¹⁵ Código Rural y de la Pesca marítima que contienen disposiciones aplicables a los trabajadores del sector agrícola o de la pesca, Código de la Seguridad Social, etc.

2. EL CONTENIDO DE LA REFORMA

De acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia del Consejo constitucional, la ley de habilitación del 15 de septiembre precisa las orientaciones sustanciales de las Ordenanzas por venir: “reconocer y atribuir un papel central a la negociación colectiva de empresa” a través de numerosos medios por precisar¹⁶; “instaurar una nueva organización del diálogo social en la empresa y [...] favorecer las condiciones de implementación sindical y de ejercicio de las libertades sindicales”, según modalidades por precisar; “reforzar la previsibilidad y, así [...] proporcionar seguridad jurídica a la relación laboral o los efectos de la ruptura para los empleadores y para los trabajadores”, etc. La mayoría de las nuevas disposiciones del Código del Trabajo entran en vigor el 1° de enero de 2018; algunas, sin embargo, ya se aplican desde el 24 de septiembre o el 1° de octubre.

Resulta imposible en el marco de este trabajo considerar todas las aportaciones de esta reforma parcial del Código del Trabajo (el Gobierno anunciaba “36 medidas”)¹⁷, por lo que sólo se pretende describir a grandes rasgos las principales innovaciones: las encaminadas, según las propias palabras de la primera Ordenanza, al “reforzamiento de la negociación colectiva”, que parece obsesionar tanto al legislador francés contemporáneo como a los dirigentes de determinadas organizaciones profesionales (2.1.), las relativas a la representación del personal en la empresa, con la “fusión” de las tres principales instituciones representativas

¹⁶ El artículo 1, 3° de la ley (que hubiera podido proceder directamente a esta supresión) encomendaba al Gobierno suprimir la comisión de expertos creada por el artículo 1° de la “ley El Khomri” y encargada de proponer una “refundición de la parte legislativa del Código del Trabajo” (¡sorprendente fórmula!), que debía “atribuir un papel central a la negociación colectiva”, de acuerdo con las recomendaciones del Informe Combrexelle (antiguo Director general del trabajo en el ministerio de Trabajo, y actual presidente de la Sección social del Consejo de Estado) al Primer Ministro Valls. La Ordenanza n° 2017-1385 ejecuta el “mandato” del nuevo legislador y deroga el artículo inicial de la ley de 2016. Se sabe que esa comisión no había podido constituirse o no lo había hecho.

¹⁷ Modificaciones de alcances muy variados han retocado el régimen de la extensión y de “la ampliación” (élargissement) de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, el régimen del teletrabajo (para fomentar su práctica) y el régimen del derecho de expresión directo reconocido a los trabajadores a partir del año 1982 (para facilitar su ejercicio, aparentemente poco utilizado en la práctica, a través de las herramientas digitales). Otras disposiciones se refieren a la valorización de la trayectoria profesional de los trabajadores que dedicaron tiempo y energía al ejercicio de mandatos sindicales o de representación a pesar del riesgo de sacrificar su carrera profesional (se trata de animar las vocaciones sindicales o de representación del personal, de preferencia por la inversión en la negociación de empresa). Finalmente, cabe señalar la puesta en marcha de un “Código del Trabajo digital” para facilitar el acceso gratuito de todos los empleadores o trabajadores (vía el servicio público de difusión del derecho por internet) a las disposiciones del Código y a las de los convenios y acuerdos colectivos aplicables.

(2.2.), y las tendentes a un alivio de las cargas y a una reducción de las rigideces que el Derecho de la relación de trabajo supone para el empleador (2.3.).

2.1. El "reforzamiento de la negociación colectiva"

En Derecho francés, el régimen de la negociación colectiva se caracterizaba durante mucho tiempo por cuatro grandes rasgos: el monopolio de las organizaciones sindicales de trabajadores representativas como agentes de la negociación; el dominio del convenio o acuerdo de sector sobre el acuerdo de empresa, salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; la exclusión de cualquier regulación convencional contraria a las reglas legales (las del Código del Trabajo esencialmente), salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; y una cierta capacidad de resistencia de los contratos de trabajo a las normas colectivas¹⁸. Este perfil ha sufrido varias alteraciones desde hace casi quince años, es decir, desde la reforma del conjunto del derecho a la negociación colectiva operada por una ley de 4 de mayo de 2004 ("ley Fillon", nombre del ministro de Trabajo de aquel entonces) hasta la ley "El Khomri" de 2016. Las disposiciones del Código del Trabajo modificadas o introducidas con vista al "reforzamiento de la negociación colectiva", tal y como se titula la Ordenanza nº 2017-1385, garantiza especialmente el de la negociación empresarial¹⁹.

¹⁸ No parece inútil recordar periódicamente que la capacidad de resistencia según las reglas de derecho no se puede confundir con la capacidad efectiva y la elección (fuertemente dependiente de la información) de ejercer esta facultad (este "derecho").

¹⁹ No se abordarán todos los cambios del régimen de la negociación colectiva: modificaciones de la periodicidad (anual, trianual o quinquenal, etc.) y del contenido de las negociaciones obligatorias con un papel incrementado de la negociación colectiva; modificaciones del régimen de la extensión de los convenios colectivos; "segurización" de la aplicación de éstas (reducción a dos meses del plazo para impugnar el convenio y solicitar su nulidad), etc. Por otra parte, si bien existe desde 1950 un organismo tripartito, la Comisión superior de los convenios colectivos, denominada Comisión nacional de la negociación colectiva desde 1982 (parecida a la *Comisión consultiva nacional de convenios colectivos*), y, desde el año 2008, un Alto Consejo del diálogo social encargado de cuestiones relativas al reconocimiento de la representatividad de las organizaciones sindicales y patronales, la Ordenanza nº 2017-1385 prevé la creación, en el ámbito provincial y por decisión de la autoridad administrativa, de un "Observatorio de análisis y de apoyo del diálogo social", de composición tripartita, encargado de fomentar el diálogo social y la negociación colectiva en las empresas de menos de 50 trabajadores de la provincia, así como de establecer "un balance anual del diálogo social en la provincia".

2.1.1. La nueva potencia del acuerdo de empresa respecto al convenio sectorial²⁰

2.1.1.1. Tres modalidades de relaciones

Las materias susceptibles de negociación se reparten en tres grupos de materias --los comentaristas hablan de “bloques”-- que corresponden a tres relaciones diferentes entre convenio de sector y convenio de empresa.

En trece materias limitadamente enumeradas --*primer bloque*-- *las disposiciones del convenio sectorial prevalecen sobre las del acuerdo de empresa, firmado anteriormente o posteriormente, salvo sobre las que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”*²¹. Integran ese bloque las siguientes materias: las clasificaciones profesionales; los salarios mínimos por cada nivel jerárquico; la igualdad profesional entre hombres y mujeres; las condiciones y la duración de la renovación del periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido; determinadas medidas relativas a la jornada y a su distribución; algunos elementos del régimen del contrato de duración determinada y de los contratos a través de empresas de trabajo temporal sobre los cuales el acuerdo colectivo no podía hasta entonces derogar al Código (duración del contrato, número de renovaciones, etc.); el régimen del nuevo contrato “firmado por la duración de una obra o de una operación”.

En otras materias, *el acuerdo de empresa se aplica de forma preferente al de sector anterior, salvo si éste impone expresamente la solución contraria, en tal caso prevalecen únicamente las normas convencionales de empresa que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”* (se habla de “cláusula de cierre”). Ahora bien, este *segundo bloque* tiene un tamaño relativamente reducido: prevención de los efectos de la exposición a determinados riesgos profesionales (penosidad, exposición a determinados agentes químicos, etc.); inserción profesional de los trabajadores con discapacidad; pluses por trabajos peligrosos e insalubres; y efectivo de la empresa a partir del cual las organizaciones sindicales representativas pueden designar delegados sindicales y su número.

²⁰ En la nueva terminología del Código, la expresión “convenio de sector” se refiere al género que incluye el convenio colectivo de sector, el acuerdo colectivo profesional (acuerdo sectorial relativo a una o varias materias: jornada, salarios, derecho sindical, por ejemplo) y el acuerdo interprofesional; la expresión “convenio de empresa” corresponde al nombre genérico para el convenio o el acuerdo colectivo empresarial o de centro de trabajo. Para más comodidad, nos referiremos a la expresión *acuerdo colectivo* para designar de forma genérica el conjunto de estos actos jurídicos especiales.

²¹ Los juristas y profesionales de las relaciones laborales, acostumbrados a la fórmula clásica “estipulaciones más favorables”, habrán de determinar el significado y alcance de esta nueva fórmula, varias veces utilizada en los textos nuevos: “asegurar garantías al menos equivalentes”.

En todas las demás materias --tercer bloque-- las disposiciones del acuerdo de empresa, firmado antes o después de la entrada en vigor del convenio de sector, prevalecen sobre las de este último que tienen el mismo objeto, incluso más favorables. En defecto de acuerdo empresarial, lógicamente, se aplica el convenio sectorial.

Se observa, por lo tanto, un importante incremento de la autonomía de la negociación en el ámbito empresarial o en el centro de trabajo que se ilustra igualmente por el régimen especial de un tipo de acuerdo de empresa "para responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo". Este acuerdo puede adaptar la jornada de trabajo, sus modalidades de organización y de distribución, modificar la remuneración en el respeto del salario mínimo legal (SMIC) y de los salarios mínimos convencionales de sector (por ejemplo, suprimiendo una ventaja salarial prevista en un acuerdo de empresa anterior, por uso profesional o reconocido unilateralmente por el empleador), determinar las modalidades de movilidad profesional o geográfica interna a la empresa, o abordar varias de estas cuestiones. Estos acuerdos, sin nombre en las nuevas disposiciones y denominados "acuerdos de competitividad" por el Consejo constitucional en su decisión de 7 de septiembre de 2017 relativa a la ley de habilitación, tienen como singularidad desplegar una eficacia especial sobre los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación (ver *infra* 2.1.3).

2.1.1.2. ¿Una competencia a través de las normas convencionales de empresa?

Se dice con excesiva simplificación que la ley de agosto de 2016 y la Ordenanza n° 2017-1385 han conducido a una "inversión de la pirámide de las normas". Realmente, y suponiendo que esta figura de "pirámide de las normas" sea pertinente y correctamente denominada, el diagnóstico es, por lo menos, excesivo. En primer lugar, porque el instrumento convencional sectorial no siempre cede ante el de empresa. Luego porque, si la facultad de establecer una regulación contraria a las disposiciones legales por acuerdo colectivo, incluso menos favorables a los trabajadores, se ha extendido de forma progresiva a través de las reformas de las últimas décadas, permanecen en el Código numerosas normas inderogables *in peius* y sólo derogables *in melius* de conformidad con lo que sigue siendo la regla de principio²². Sin embargo, cabe afirmar que las más

²² El artículo L. 2251-1 del Código permanece intacto: "un convenio o un acuerdo puede contener estipulaciones más favorables a los trabajadores que las disposiciones legales en vigor. No pueden derogar a las disposiciones de orden público". La norma implica que la disposición constituye una regla de principio, frente a la cual existen determinadas reglas especiales como reglas de excepción (por lo tanto, de interpretación restrictiva). Igualmente se trata de una de las normas que han podido servir de punto de

recientes innovaciones nacidas de una voluntad de “flexibilizar” esta legislación, conducen a un debilitamiento significativo de uno de los papeles reconocidos al Derecho del Trabajo: ser un especie de “policía” de la competencia a través de la limitación de la posibilidad, para los empleadores en competencia en un mercado de productos, de buscar una ventaja en el plano del coste de la mano de obra, alterando las condiciones jurídicas de su uso²³. En efecto, las nuevas reglas permiten a un empleador conseguir, por acuerdo de empresa, una ventaja comparativa en una materia correspondiente al tercer bloque de materias. Por ejemplo, puede librarse de todo o parte del coste de un plus o de un incremento salarial previsto en un acuerdo de sector, dado que éste se aplica de forma obligatoria únicamente por lo que se refiere a los salarios mínimos²⁴. Surge, por lo tanto, un factor nuevo de competencia a través de las normas empresariales, siempre y cuando los agentes de la negociación o los trabajadores directamente a través de la ratificación de un proyecto de acuerdo presentado por el empleador, suscriban esta forma de búsqueda de competitividad. No faltaron denuncias por parte de sindicalistas, y con algo de razón, del riesgo de “dumping social” entre empresas de un mismo sector²⁵.

arranque de la inducción amplificadora que ha llevado a la Corte de casación a consagrar el “principio fundamental en Derecho del Trabajo” según el cual “en caso de conflicto de normas, la más favorable a los trabajadores debe recibir aplicación” (respecto a la noción de “principios”, ver A. JEAMMAUD, “L’inexistence en droit français du travail, d’un principe ‘pro operario’”, *Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Ramón Alarcón Caracuel*, Monografías de *Temas Laborales*, Sevilla, 2016, p. 83). La presencia de disposiciones nuevas conduce a poner en duda que esta norma jurisprudencial (que algunos llaman « principio de favor », lo que discutimos) conserve su calidad de principio. Debería mantenerse en derecho positivo (si la Corte de casación no decide olvidarla), pero su aplicación se reduce proporcionalmente al número de reglas de excepción, lo que impediría en adelante hablar de “principio”: se trata, hoy por hoy, de una (mera) regla de principio (cuya presencia implica, eso sí, una interpretación restrictiva de las reglas de excepción).

²³ En Francia, esta consideración inspiró la creación de la técnica de la extensión del convenio colectivo sectorial (en el sentido de la terminología legal señalada supra, nota 18) por decreto del Ministro de Trabajo. Conviene apuntar una innovación, discreta pero significativa, de la Ordenanza n° 2017-1388: en adelante, el ministro puede rechazar la extensión de cláusulas de un acuerdo colectivo “por motivo de interés general, especialmente por una vulneración excesiva a la libre competencia” (eventualmente, tras haber solicitado a un grupo de expertos la apreciación de los eventuales efectos económicos y sociales de la extensión).

²⁴ Todo dependerá de lo que el acuerdo de sector entienda por “salarios mínimos jerárquicos”, puesto que los firmantes pueden incluir en ellos elementos de remuneración cuya fijación corresponde, *a priori*, al bloque 3. Así fue lo que sucedió en octubre de 2017 en el sector del transporte por carretera.

²⁵ Por ejemplo: J. Decaillon y E. Martin, « Ordonnances : non au dumping social ! », *Le Monde*, 16 septembre 2017.

Sin embargo, la práctica de esta gestión de la mano de obra llevada a cabo por las direcciones de las empresas y el cumplimiento del riesgo evidente de una degradación de las condiciones de empleo, dependerán en gran medida del poder de negociación de los interlocutores sociales. El traslado del lugar principal de negociación colectiva del sector hacia la empresa --se habla de descentralización-- se presenta con mucho agrado por sus partidarios como un factor de dinamización del sindicalismo en la empresa, y algunos sindicalistas la contemplan como un recurso suplementario para la defensa de los intereses de los trabajadores, incluso como un tipo de "contrapoder" en la organización productiva. A pesar de ello, no faltan motivos para temer que estos representantes sindicales, más solicitados que nunca en la mesa de negociación, tengan menos poder de resistencia a las "propuestas-reivindicaciones" del empleador que los negociadores sindicales en el sector frente a la representación patronal.

2.1.2. Innovaciones en las condiciones de validez de los acuerdos colectivos

La regla de principio permanece sin cambios y contempla que *una o varias organizaciones sindicales representativas* de trabajadores, a través de los delegados sindicales por ellas designados, negocian, firman y revisan los convenios y acuerdos colectivos de trabajo en las empresas o centros de trabajo²⁶. Sin embargo, de forma progresiva, se ha introducido diferentes fórmulas para permitir la celebración de acuerdos en empresas --pequeñas y medianas sobre todo-- sin delegado sindical, sea que su plantilla no alcance el umbral mínimo para proceder a su designación, o sea que ninguna organización haya estimado útil designarlo. En este marco, se abren posibilidades de negociar a través de los representantes elegidos (delegados del personal, miembros del comité de empresa) o de trabajadores "ordinarios" con un mandato a tal efecto por parte de sindicatos representativos.

Los redactores de la última reforma han querido ir más allá y "proporcionar soluciones pragmáticas en las muy pequeñas y medianas empresas", llegan a hablar de un "derecho a la negociación colectiva de las pequeñas y medianas empresas", garantizado por un "acceso directo y simple" a la negociación para "todas las empresas del país", así como de un "derecho universal", es decir, relativo a todos los temas abiertos a la negociación²⁷. La terminología empleada es reveladora de la concepción de las relaciones laborales y de la vocación del Derecho del Trabajo: la "empresa" como tal, y no el empleador que sigue siendo en Derecho

²⁶ Se ha modificado profundamente el régimen de la representatividad sindical en 2008. En adelante, el reconocimiento de esta cualidad depende fuertemente de los resultados obtenidos por la organización sindical en las elecciones profesionales (de los representantes del personal en la empresa).

²⁷ Informe ya citado con la Ordenanza n° 2017-1385.

francés una de las partes de las relaciones jurídicas de trabajo²⁸, sería titular de derechos subjetivos, especialmente del derecho a la negociación colectiva, cuando el Código del Trabajo consagra únicamente un “*derecho de los trabajadores a la negociación colectiva del conjunto de sus condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo, así como de sus garantías sociales*” (art. L. 2221-1).

En todo caso, antes de abordar la diversidad de las vías para obtener un acuerdo, es importante señalar que en este aspecto la reforma se desarrolla de forma paralela al aceleramiento de un cambio adoptado hace apenas un año: el acuerdo de empresa sólo podrá ser un acuerdo adoptado por mayoría.

2.1.2.1. El acuerdo de empresa, acuerdo mayoritario

Se ha introducido paulatinamente una modalidad de exigencia mayoritaria para reconocer la validez a un convenio o acuerdo colectivo²⁹. Para simplificar, se presentó primero bajo la forma de una doble condición: firma de uno o varios sindicatos minoritarios según los resultados más recientes a las elecciones profesionales --con la exigencia de una audiencia de al menos el 30 % de los votos-- y ausencia de oposición de uno o varios sindicatos mayoritarios según el mismo criterio. Guiada por la preocupación de reforzar la legitimidad de los acuerdos colectivos, la ley de agosto de 2006 consagró el requisito de firma mayoritaria: desde el inicio del año 2017 se subordinó la validez de un acuerdo de empresa o centro de trabajo en materia de jornada de trabajo, de descanso y de vacaciones, a su firma por uno o varios sindicatos mayoritarios o, en caso de firma de sindicatos minoritarios, a su aprobación por referéndum de los trabajadores. Esta exigencia debía extenderse a todos los acuerdos de empresa a partir del 1° de septiembre de

²⁸ En derecho francés, el contrato de trabajo se celebra entre un “trabajador” y un “empleador”, persona física o moral. El sujeto empleador- a menudo una sociedad comercial o civil, o igualmente una asociación, un establecimiento público del sector industrial o comercial, o cualquier otro tipo de “persona moral”- es jurídicamente dueño, salvo excepción (el particular empleador en el sector de la asistencia domiciliaria, por ejemplo), de una “empresa”, por la titularidad de diferentes derechos (derecho de propiedad en primer lugar). Esta empresa no tiene como tal personalidad jurídica, lo que no significa que el derecho francés, como se suele afirmar, “ignore la empresa”. El lenguaje del derecho y del Derecho del Trabajo en particular, utiliza en abundancia este término, especialmente y de forma estricta, para referirse al ámbito jurídico en el cual se celebran los contratos de trabajo, se firman y aplican acuerdos colectivos y se organizan y funcionan las “instituciones representativas del personal” (delegados del personal, comité de empresa, en adelante el comité social y económico o el consejo de empresa) y las representaciones sindicales (secciones sindicales y delegados sindicales). Sin embargo, existe otra representación de las relaciones laborales que procura convencer de definir la empresa como una “comunidad” de vida y de futuro en la cual capital y trabajo están naturalmente destinados a colaborar en vez de oponerse (“doctrina de la empresa”, defendida en Francia por Paul Durand, o visión de la “asociación capital-trabajo”, elemento central de la doctrina social de Charles De Gaulle). Convertir la “empresa”, y no el empleador, en parte de la relación de trabajo resulta ilustrativa de aquella representación ideológica de la empresa y la nutre.

²⁹ Se introduce en 1982 en las “reformas Auroux”.

2019, pero la Ordenanza nº 2017-1385 adelanta la fecha al 1º de mayo de 2018. Igualmente reconoce al empleador la facultad de solicitar que el acuerdo minoritario se someta a la aprobación de los trabajadores.

Por lo tanto, en adelante, *el régimen de derecho común del acuerdo de empresa o de centro de trabajo* es sustancialmente el siguiente:

- su validez se subordina a la firma de uno o varios sindicatos representativos que cuenten con más del 50 % de los votos emitidos a favor de organizaciones representativas durante las últimas elecciones de los miembros titulares del comité de empresa o de la delegación única del personal o, en su defecto, de los delegados del personal (pronto se tratará de elecciones al comité social y económico, ver infra), sea cual sea el número de votantes;
- si firman el acuerdo sindicatos representativos que cuentan con más del 30 % de los votos, una o varias de estas organizaciones disponen de un plazo de un mes para solicitar la consulta a los trabajadores;
- al finalizar el plazo sin iniciativa sindical, el empleador puede solicitar la organización de la consulta, salvo oposición del conjunto de las organizaciones firmantes
- la consulta ha de celebrarse en un plazo de dos meses y se puede organizar de forma electrónica;
- el acuerdo es válido si lo aprueban los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos, sea cual sea el número de participantes;

La posibilidad reconocida al empleador de solicitar la consulta traduce, entre otras innovaciones, la clara y firme voluntad de favorecer la obtención de acuerdos colectivos, ¡más que de manifestar una devoción por la democracia en la empresa!

2.1.2.2. La diversificación de las vías de obtención de un acuerdo colectivo

Esta cuestión se plantea en las empresas sin delegados sindicales o consejo de empresa. En efecto, el o los delegados sindicales, designados por cada organización sindical representativa en una empresa o centro de trabajo de al menos cincuenta trabajadores, desempeñan un papel esencial en todas las negociaciones en ese ámbito. Igualmente, el delegado del personal que cualquier sindicato representativo puede designar en una empresa de menos de cincuenta trabajadores, tiene la facultad de asumir las funciones de delegado sindical y convertirse en agente de la negociación en nombre de su organización. En este marco, si ningún sindicato ha podido, jurídica o fácticamente, designar un delegado sindical o al menos confiar este papel a un delegado del personal, la negociación de un acuerdo de empresa o de centro de trabajo parece imposible. Pues bien, el legislador

ha previsto fórmulas alternativas que habilitan para negociar a los representantes elegidos del personal o, en su defecto, a uno o varios trabajadores con intervención o control de una o varias organizaciones sindicales representativas en el sector. Estas alternativas han sido objeto de modificaciones en las Ordenanzas de 2017, que toman en cuenta, por otra parte, las modificaciones realizadas en materia de representación electiva del personal, es decir, la sustitución de los tradicionales órganos de representación (delegados del personal, comité de empresa y consejo de higiene y seguridad de las condiciones de trabajo-CHSCT) por el comité social y económico que puede convertirse en consejo de empresa, entonces con competencia exclusiva para negociar, firmar y revisar acuerdos de empresa o de centro de trabajo (ver *infra*).

Las nuevas disposiciones del Código del Trabajo contemplan varios supuestos y ofrecen, para cada uno de ellos, una o más soluciones, cuyo contenido es, en esencia el siguiente:

En las empresas o centros de trabajo de menos de 11 trabajadores, y en los de menos de 20 sin miembros del consejo social y económico (CSE), el empleador puede proponer a los trabajadores “*un proyecto de acuerdo colectivo*” que se convierte en “*un acuerdo colectivo válido*” si lo ratifica la mayoría de los dos tercios del personal. En tal caso, ¿sería posible considerar un “acuerdo colectivo”, cuando sólo pueden observarse adhesiones individuales?

En las empresas sin delegados sindicales que ocupan entre 11 y 49 trabajadores, pueden negociar, firmar y revisar los acuerdos de empresas o de centros de trabajo, o bien uno o varios miembros elegidos del CSE, o bien uno o varios trabajadores, miembros o no del CSE, con mandato a tal efecto de una o varias organizaciones sindicales representativas. El acuerdo firmado por miembros del CSE (estén o no con mandato de uno o más sindicatos) ha de ser firmado, para su validez, por miembros elegidos que “*representen la mayoría de los votos emitidos*” en las **últimas** elecciones profesionales. Si firman trabajadores ordinarios con mandatos sindicales, el acuerdo, para ser válido, ha de ser aprobado por consulta a los trabajadores, con la mayoría de los votos emitidos.

En una empresa o centro de trabajo sin delegados sindicales de al menos 50 trabajadores, uno o varios miembros elegidos del CSE pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo colectivo si tienen mandatos de una o varias organizaciones sindicales representativas, pero la validez del acuerdo se subordina a la aprobación de los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos. Si los representantes elegidos no cuentan con un mandato sindical, sólo pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo relativo a determinadas materias (la jornada de trabajo en particular) cuya puesta en marcha necesita la existencia de tal acuerdo. La validez del acuerdo supone la firma de miembros elegidos que representan la mayoría

de los votos emitidos durante las últimas elecciones al CSE. En ausencia de representación elegida³⁰, o si ningún miembro desea negociar, el empleador puede negociar y firmar con uno o varios trabajadores con mandatos sindicales en las mismas condiciones que el CSE con mandato, por lo que el acuerdo alcanzado ha de recibir la aprobación de los trabajadores de igual manera.

El tenor de esas normas, nuevas o modificadas, confirma que el objetivo del Gobierno ha sido ofrecer a los empleadores el máximo de medios para conseguir la firma de acuerdos --o la aprobación de actos que tiene igual valor-- que permiten la tan reivindicada flexibilidad de organización y un mayor grado de autonomía respecto a los estándares de condiciones de trabajo resultantes de las normas convencionales sectoriales. Los seguidores del nuevo Presidente, el mundo patronal y los dirigentes de empresa que acogieron con entusiasmo las reformas sostienen, por supuesto, que las recientes Ordenanzas "*alientan a los interlocutores sociales a reiniciar el diálogo social en el seno de la empresa*". Sin embargo, no podemos sino repetir que la cuestión central es saber si, en el marco de la empresa o del centro de trabajo, los encargados de la representación de los intereses de los trabajadores --o los propios trabajadores, invitados a pronunciarse mediante referéndum-- disponen con la experiencia sindical o de representantes del personal, y hasta con el apoyo (que venga a la par de un "mandato") de un sindicato representativo, de un poder de negociar con el empleador comparable al de las organizaciones sindicales de sector frente a las organizaciones patronales del mismo ámbito. Parece legítimo dudar de ello y, por consiguiente, dudar de *la justicia y de la pertinencia de estas modificaciones del régimen de la negociación colectiva*.

2.1.3. *El acuerdo colectivo frente al contrato de trabajo*

La regla general, heredada del primer Código del Trabajo, permanece vigente: "cuando se aplican a un empleador las cláusulas de un convenio o acuerdo colectivo, estas cláusulas se aplican a los contratos de trabajo firmados con él, salvo disposiciones más favorables" (art. L. 2254-1). Por otra parte, dado que el artículo L. 1121-1 acoge una disposición procedente de una ley de 1891 --"El contrato de trabajo se somete a las reglas del derecho común"-- el principio de la fuerza vinculante de los contratos, que era el significado del artículo 1134, párrafo 1º del Código civil (texto de 1804) y es, hoy en día, el del artículo 1103 completado por el artículo 1193 del mismo código (desde octubre 2016)³¹, se

³⁰ En esta hipótesis, no se han podido celebrar las elecciones por falta de candidaturas y el inspector de trabajo ha constatado formalmente una "carencia".

³¹ Art. 1103: "*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*". Art. 1193: "*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*".

aplica a aquel contrato especial. La Corte de casación deduce de ello que un acuerdo colectivo “no puede modificar el contrato de trabajo de un trabajador” o, formulado con más exactitud, que “un convenio colectivo no puede permitir a un empleador realizar una modificación del contrato de trabajo sin el acuerdo expreso del trabajador”. Así, conviene plantearse qué cambios de las condiciones de empleo o de trabajo de un trabajador constituyen una modificación de su contrato.

La misma Corte de casación tuvo oportunidad de afirmar, por ejemplo, que la instauración de una distribución irregular del tiempo de trabajo en aplicación de un acuerdo firmado a tal efecto, constituía una modificación del contrato de trabajo que requiere el acuerdo expreso del trabajador. Como reacción a esa jurisprudencia y para eliminar sus efectos derivados de la aplicación del principio de inmutabilidad de los contratos y considerados como causantes de una rigidez que penaliza a los empleadores, una ley adoptada en 2012 por una mayoría parlamentaria de derecha introdujo en el Código del Trabajo una disposición especial: “la puesta en marcha de una distribución de los horarios en un periodo superior a la semana y como máximo anual prevista en un acuerdo colectivo, no constituye (para un trabajador a tiempo completo) una modificación del contrato de trabajo”. Por lo tanto, el rechazo por parte del trabajador de someterse a esta distribución podía conducir a un despido procedente (“justificado por una causa real y seria”), concretamente a un despido disciplinario (“por falta”). Naturalmente, la ley de 8 de agosto de 2016 ha mantenido esta disposición pero ha atribuido igualmente al acuerdo colectivo “con vista a la preservación o al desarrollo del empleo” una autoridad especial que consiste en garantizar su primacía respecto a los contratos individuales de trabajo. En efecto, las disposiciones del acuerdo sustituyen de pleno derecho a las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, y se considera procedente el despido del trabajador que rechaza la modificación de su contrato.

Este régimen fue el modelo seguido por la Ordenanza n° 2017-1385 que lo ha extendido a una nueva modalidad de acuerdo de empresa, que sustituye a los acuerdos de preservación y de desarrollo del empleo, así como al acuerdo de mantenimiento del empleo y de movilidad interna, al acuerdo de distribución de la jornada y al acuerdo de reducción del tiempo de trabajo. Este nuevo *acuerdo de competitividad*, tal como lo ha denominado el Consejo constitucional, adapta “con el fin de responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo” la duración de la jornada de trabajo, sus modalidades de organización o de distribución, adapta la remuneración en el respeto del salario mínimo interprofesional de crecimiento (SMIC) y de los salarios mínimos de sector (por ejemplo, suprimiendo o suspendiendo un plus de antigüedad o el abono de una gratificación extraordinaria en navidad), pone en

marcha un dispositivo de movilidad funcional o geográfica interna a la empresa, o incluso contempla varias medidas referentes a estas cuestiones.

En su nueva redacción, el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo dispone que³² :

- las estipulaciones del acuerdo de competitividad sustituyen de pleno derecho a las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, incluso en materia de remuneración, de duración de la jornada y de movilidad funcional y geográfica interna a la empresa;
- cada trabajador puede rechazar la modificación de su contrato e informar al empleador de su elección por escrito en un plazo de un mes;
- si el empleador decide despedir al trabajador, se trata de un despido procedente (con beneficio de la llamada "indemnización de despido", es decir indemnización legal por antigüedad para todo trabajador despedido por cualquier motivo distinto a la falta grave) que descansa sobre "un motivo específico que constituye un causa real y seria", que no puede calificarse como despido económico y que se somete a las reglas aplicables al "despido por motivo personal", es decir en relación con el trabajador³³;
- el trabajador despedido se convierte en "demandante de empleo" y se beneficia (lógicamente) de la indemnización por desempleo así como de un "acompañamiento" para un retorno al empleo. El empleador debe abonar la cuenta personal de formación del trabajador (según condiciones que ha de precisar un Decreto).

Este trato relativamente benevolente con el trabajador privado de empleo por haberse negado a aceptar un cambio de sus condiciones contractuales justificado por el interés de la empresa o la colectividad de los trabajadores, no puede sino inspirar algo de preocupación dado el carácter muy comprensivo de las exigencias causales de este acuerdo colectivo: bastaría alegar "necesidades de funcionamiento de la empresa". La obligación que el preámbulo del acuerdo "determine sus objetivos" constituye una garantía manifiestamente pobre. En tales condiciones, cabe plantearse si un acuerdo que afecta directamente a la condición

³² Según este artículo, el acuerdo ha de precisar las condiciones en las cuales los *dirigentes asalariados* que ejercen en el perímetro del acuerdo, así como los altos directivos (*mandataires sociaux*) y accionarios, "proporcionan esfuerzos proporcionados a los exigidos a los trabajadores". ¡Loable deseo de equidad!

³³ Por efecto de esta forma de presunción *iuris et de iure*, el Consejo de *prud'hommes*, juez del contrato de trabajo frente al cual el trabajador impugna su despido, no dispone de poder de apreciación sobre el carácter serio de las razones alegadas por el empleador para buscar la firma de este acuerdo con los representantes de los trabajadores.

contractual de cada trabajador y que permite con más comodidad el despido de los recalcitrantes no se firma con demasiadas facilidades.

2.2. La recomposición de la representación del personal

El segundo ámbito que experimenta importantes cambios corresponde a las *instituciones representativas del personal* (en adelante IRP), reguladas en el libro III de la segunda parte del Código del Trabajo. Esa transformación, que se opera por fusión de los tres órganos de base de la representación de los intereses y puntos de vista de los trabajadores en una sola, se contempla en la Ordenanza n° 2017-1386 *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*.

Es verdad que el Derecho del Trabajo francés se caracterizaba por un “solapamiento” de estructuras representativas que hacía complejo el dispositivo nacional respecto a otros países europeos. Desde el año 1945, se han creado: los delegados del personal (en todos los centros o empresas de al menos 11 trabajadores), el comité de empresa (a partir de 50 trabajadores)³⁴ así como los comités de centros de trabajo y el comité central de empresa compuesto por miembros de aquellos en caso de empresa de estructura compleja, y finalmente, el comité de grupo en 1982. Por otra parte, y por otra de las “leyes Auroux” de aquel año, el CHSCT se independizó del comité de empresa del cual constituía hasta entonces una mera comisión y se convirtió en IRP especializada, y se instauró (en cumplimiento de la conocida Directiva europea de 1994) el comité de empresa europeo o el procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario³⁵. Además, la ley de diciembre de 1968 sobre derecho sindical en la empresa, “conquista” del movimiento social de mayo 68, había facultado a cualquier sindicato representativo en una empresa de al menos 50 trabajadores a constituir una sección sindical y designar uno o más delegados sindicales.

La rigidez, las trabas y el coste producidos por este “doble canal”³⁶ de representación de los intereses de los trabajadores, así como la variedad de órganos con base electiva, han sido objeto de constantes quejas por parte de las organizaciones patronales que reivindican una simplificación de esta “carga para las empresas”. Por otra parte, el dispositivo no resultaba tampoco exento de dificultades para las propias organizaciones sindicales. Primero, necesitan disponer de

³⁴ A diferencia del derecho español, se eligen delegados del personal en las empresas de al menos 50 trabajadores, por lo que coexisten con el comité de empresa.

³⁵ Otras directivas han determinado la introducción en el Código del Trabajo de dispositivos de “implicación” o de participación de los trabajadores en las sociedades europeas o las sociedades nacidas de fusiones transnacionales.

³⁶ Expresión evidentemente inspirada en la doctrina *iustlaboralista* española.

militantes, afiliados, incluso simpatizantes, aptos y comprometidos por ejercer funciones representativas que suponen adquirir una formación sindical indispensable y exponerse a eventuales represalias de varias índoles. Segundo, se exponen al riesgo de perder o perjudicar su actividad militante absorbida u obstaculizada por sus funciones institucionales de representación. En este marco, el legislador había introducido determinadas correcciones: posibilidad por los delegados del personal de ejercer determinadas prerrogativas económicas del comité de empresa y así permitir a los sindicatos representativos no exigir la constitución de ese último; facultad reconocida al empleador en las medianas empresas de optar por la modalidad de la delegación única del personal en la cual los delegados del personal desempeñan el papel de representantes de los trabajadores en el comité de empresa (leyes de diciembre de 1993 y de agosto de 1995); y reagrupación de las principales IRP mediante un acuerdo de empresa específico (ley de 2015 ya citada). La reforma de 2017 satisface en gran medida, sin bien no del todo, las reivindicaciones patronales y sus posicionamientos más ávidos de "flexibilidad" y de "simplificación".

Las disposiciones nuevas o modificadas del Código del Trabajo regulan una nueva institución, *el comité social y económico* (en adelante CSE) que hereda las atribuciones de las IRP anteriores y que puede convertirse en *consejo de empresa* entonces dotado de una función no reconocida a las "viejas" instituciones: llevar a cabo negociaciones de acuerdos colectivos de empresa. Las otras instancias o procedimientos de representación de los trabajadores previstos de forma excepcional no sufren modificaciones: comité de grupo, comité de empresa europeo o procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario, etc.

2.2.1. Una instancia única

2.2.1.1. Constitución³⁷

Se constituye un CSE en todas las empresas de al menos 11 trabajadores. En las empresas que cuentan con al menos dos "centros de trabajo distintos", se constituyen *comités sociales y económicos de centros* y un *comité social y económico central de empresa*. A través de una modalidad de acuerdo de empresa, firmado según el nuevo Derecho común, se determina el ámbito y el número de los "centros de trabajo distintos". En defecto de acuerdo y en ausencia de delegado sindical (ninguna organización puede o quiere designar uno), el mismo CSE puede negociar tal acuerdo, que requiere la firma de la mayoría de sus miembros elegidos titulares. En defecto de acuerdo, corresponde al empleador fijar el núme-

³⁷ Al final del mandato de las IRP constituidas a partir del 1º de enero de 2018 y, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019.

ro y el ámbito, “tomando en cuenta la autonomía de gestión del responsable [...] especialmente en materia de gestión del personal” de cada centro, lo que significa una extensión del poder del empleador. Sin embargo, la decisión empresarial puede ser impugnada y corresponde entonces a la autoridad administrativa de la sede de la empresa proceder a la división que, a su vez, puede ser impugnada ante la autoridad judicial (nueva excepción a la norma general de reparto entre las competencias de las “jurisdicciones” judiciales y administrativas)³⁸.

De igual manera que el comité de empresa, el CSE se puede constituir, en su caso, no de acuerdo con la persona jurídica del empleador, sino respecto a la unidad económica y social (UES) “que cuenta con al menos once trabajadores [...], reconocida por acuerdo colectivo o por decisión de justicia entre varias empresas jurídicamente distintas”. En su caso, se habrán de constituir CSE de centros de trabajo distintos.

Las mayores innovaciones se centran en dos aspectos. En primer lugar, se introduce la facultad de constituir, por acuerdo colectivo interempresas, un *comité social y económico interempresas*, “cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un mismo sitio o de una misma zona lo justifican”. Se trata de la continuidad de los delegados del personal de “sitio” previstos desde 1982, si bien en adelante esta organización se establece por acuerdo mientras que en el dispositivo anterior su constitución procedía de una decisión de la autoridad administrativa. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de instaurar, por acuerdo de empresa similar al relativo a los centros de trabajo distintos, *representantes de proximidad* en los centros de la empresa que no son centros de trabajos distintos y que, por lo tanto, no cuentan con comité. El acuerdo fija el número de representantes que pueden ser miembros del CSE o designado por él (se establecen por lo tanto las modalidades de designación), sus atribuciones y las modalidades de funcionamiento.

La posibilidad de transformar por vía convencional el CSE en *consejo de empresa* resulta más llamativa respecto a la historia de la representación del personal en Derecho francés. El consejo de empresa ejerce las atribuciones del CSE pero dispone en exclusiva de la competencia para negociar la mayoría de los acuerdos colectivos existentes en el ámbito empresarial o del centro de trabajo.

³⁸ La “autoridad administrativa” es, en esta materia, el director regional de las empresas, de la competencia, del consumo, del trabajo y del empleo (*directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi-DIRECCTE*), como autoridad regional de la Inspección de trabajo. Será muy probablemente el juez judicial civil competente (juez de instancia, magistrado profesional actuando como juez único y competente para los contenciosos civiles más modestos, así como para los litigios relativos a las elecciones profesionales y a la designación de los delegados sindicales).

La puesta en marcha de tal posibilidad de reagrupar las misiones de reclamación, información, consulta y la función de negociación, se ha de realizar mediante la firma de un acuerdo de empresa entre el empleador y uno o varios sindicatos representativos que cuenten con al menos el 50 % de los votos en las últimas elecciones del CSE³⁹. Un acuerdo sectorial, con eficacia general por extensión de la autoridad administrativa, puede prever la constitución del consejo de empresa en lugar del CSE o la transformación de los CSE existentes en consejos de empresa, en las empresas sin delegado sindical, es decir, fácticamente, en las pequeñas empresas.

2.2.1.2. Composición y elección

El régimen del CSE resulta en gran medida similar al del comité de empresa. El CSE, o el consejo de empresa, se compone del empleador o de su representante⁴⁰ y de una *delegación del personal* constituida por un número de miembros (tanto titulares como suplentes) fijado por decreto en función de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo. Se puede incrementar el número de miembros por acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales representativas que han manifestado su voluntad de participar en las elecciones. Cada organización sindical representativa en la empresa o el centro de trabajo puede designar un *representante sindical en el comité* con voz pero sin voto. En las empresas de menos de 300 trabajadores, es el delegado sindical eventualmente designado por su organización quien asume también el papel de representante sindical de la misma en el comité.

Los trabajadores distribuidos en dos colegios, el de los obreros y empleados y el de los "ingenieros, jefes de servicios, técnicos, mandos intermediarios o asimilados", eligen a los miembros, titulares y suplentes, de la delegación del personal (se constituye un tercer colegio de ingenieros y de personal directivo si su número alcanza una cuarta parte de la plantilla). El reparto del personal entre los colegios, la fijación de su número y de su composición, el reparto de escaños entre los colegios, así como la organización de las elecciones, es objeto de negociación entre el empleador y los sindicatos representativos. El régimen electoral, por ejemplo las condiciones del electorado y de elegibilidad, no sufre

³⁹ Sin posibilidad de buscar validar el acuerdo minoritario (con un porcentaje de 30%) a través de un referéndum de los trabajadores, posibilidad abierta en el régimen general del acuerdo de empresa (*supra*, 2.1.2.1).

⁴⁰ La presencia del empleador o de su representante en el seno del comité de empresa, así como su presidencia de oficio, no deja de sorprender, considerando que este órgano representa los intereses de los trabajadores frente al empleador que, por otra parte, lo consulta sobre varias cuestiones. Los reformadores de 2017 no han aprovechado la oportunidad de poner fin a esta construcción paradójica. Consecuencia de este conservadurismo, es el número de disposiciones legales que se refieren a la "delegación del personal en el CSE" y no al comité como tal.

modificaciones importantes respecto al dispositivo relativo al comité de empresa. La duración del mandato sigue siendo de cuatro años.

2.2.2. Atribuciones y medios de la nueva institución

Tanto los miembros elegidos como los representantes sindicales disponen de medios clásicos: crédito de horas (tiempo durante el cual pueden suspender la ejecución de su contrato de trabajo, sin pérdida de salario, para cumplir sus funciones) cuyo volumen se fija por Decreto (la Ordenanza fija en todo caso un mínimo en el Código), libertad de desplazamiento y de circulación en la empresa, libertad de colocar carteles y derechos en materia de formación. La ley impone una periodicidad de las reuniones del CSE (una vez cada dos meses o una vez al mes según si la dimensión de la empresa es inferior o al menos de 300 trabajadores) al cual el empleador ha de abonar una subvención legal de funcionamiento. Los representantes elegidos de los trabajadores pueden recurrir a la asistencia de expertos, cuya remuneración corresponde en determinados casos al empleador⁴¹, y gozan de una protección del empleo, especialmente a través de la autorización previa de la inspección de trabajo en caso de despido.

2.2.2.1. Atribuciones del comité social y económico

El CSE aglutina las atribuciones hasta entonces reconocidas por el Código del Trabajo a los delegados del personal (principalmente la presentación de quejas individuales y colectivas, así como la transmisión a la inspección de trabajo de las quejas y observaciones relativas a la aplicación de las disposiciones legales cuyo control le corresponde), al comité de empresa y al CHSCT.

2.2.2.1.1. En las empresas de al menos 50 trabajadores

El CSE tiene como misión, según la fórmula introducida en 1982 para el comité de empresa, “garantizar una expresión colectiva de los trabajadores que permita tomar en cuenta de forma permanente sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económica y financiera de la empresa, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”. Salvo excepción, sus atribuciones son meramente consultivas y dan lugar a consultas y emisión de sugerencias. El CSE ha de ser informado y consultado sobre los mismos puntos, cuestiones y proyectos que lo era el comité de empresa

⁴¹ La fijación del número de recursos a la asesoría de un experto para el CSE corresponde en gran medida al acuerdo de empresa o al acuerdo firmado entre el empleador y la mayoría del CSE. Respecto al pago de los gastos inherentes, en determinados y limitados casos previstos legalmente, corresponde al empleador o principalmente al empleador con el CSE (20 %). En los otros casos, el comité puede recurrir a un experto de su elección que deberá remunerar con sus fondos propios. Este régimen resulta menos favorable que el anterior aplicable al comité de empresa y puede conducir a desigualdades entre comités y a dificultar el recurso a expertos.

y el nuevo texto precisa, retomando las palabras del anterior, que "las decisiones del empleador han de contar con la consulta previa del CSE"⁴². Se regula con minuciosidad las consultas e informaciones, "recurrentes" o "puntuales", precisando lo que corresponde al ámbito del orden público, al ámbito de la negociación empresarial (o de grupo) que puede definir las modalidades de los intercambios con la dirección de la empresa (por ejemplo, los datos económicos y sociales que contiene el conjunto de las informaciones necesarias y debidas que el empleador ha de poner a disposición del CSE), y enunciando disposiciones supletorias en caso de ausencia de acuerdo colectivo⁴³.

El texto modificado y adaptado al CSE aborda también varios derechos de advertencia hasta entonces reconocidos a los delegados del personal, al comité de empresa o al CHSCT⁴⁴. Por otra parte, si el empleador es una sociedad, se reconoce el derecho de asistencia a dos o cuatro miembros del CSE, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración o del consejo de vigilancia.

Siguiendo igualmente la regulación anterior, el CSE desempeña lo que fue la misión primera (en el texto fundado de 1945) del comité de empresa, pues "asegura, controla o participa a la gestión de todas las actividades sociales y culturales de la empresa" que se benefician de una subvención anual abonada por el empleador.

Finalmente y como consecuencia manifiesta de la fusión de las instituciones representativas, el CSE ejerce en adelante las atribuciones del CHSCT⁴⁵. Se encarga de analizar los riesgos a los que se exponen los trabajadores, de participar

⁴² Con una sola excepción: con el fin de proteger el secreto comercial de sus protagonistas, la oferta pública de adquisición no da lugar a consulta previa del CSE de la empresa del autor de la oferta, tampoco de aquel de la empresa destinataria.

⁴³ Estas disposiciones regulan el derecho de información del CSE en varias materias: forma jurídica y organización de la empresa, eventual pertenencia a un grupo, sus perspectivas, consultas sobre las orientaciones estratégicas de la empresa, situación económica y financiera, política social, condiciones de trabajo y de empleo, métodos de contratación y medios de control de la actividad de los trabajadores, reestructuración o reducción de efectivos, operación de concentración, cualquier procedimiento en caso de dificultades económicas, etc.

⁴⁴ Derecho de alerta en caso de vulneración de los derechos de las personas, en caso de peligro grave e inminente para la salud o la seguridad de los trabajadores, para la salud pública o el medioambiente, o en caso de utilización irregular de deducciones de impuestos (en cuanto incentivos para la inversión), así como "derecho de alerta económica" en caso de situación económica preocupante de la empresa, y "derecho de alerta social" en caso de incremento importante del empleo precario.

⁴⁵ La expresión "comité social et économique" sustituye a la de "comité d'hygiène (...)" en las disposiciones del código, especialmente en el segmento de la cuarta Parte dedicado a la salud y seguridad en el trabajo.

en la prevención del acoso moral o sexual y de los comportamientos sexistas, etc. La desaparición de esta institución especializada, cuyo papel no ha dejado de crecer desde 1982, constituye uno de los principales motivos de inquietud del mundo sindical así como de los juristas del trabajo y de los especialistas de las condiciones de trabajo o de las relaciones laborales, más sensibles a la salvaguardia de los intereses de los trabajadores.

En todo caso, el peso y la utilidad del CSE dependerán en gran medida del número de miembros de la delegación del personal que ha de fijarse por Decreto y que será, sin duda alguna, inferior, a número constante de trabajadores, al número total de representantes del personal según la regulación precedente⁴⁶. Ahora bien, quienes asuman la condición de representantes del personal constituyen el recurso básico para garantizar el cumplimiento útil de las misiones de las instituciones de representación, especialmente cuando se trata de realizar estudios, prever adaptaciones, analizar críticamente proyectos y concebir mejoras o alternativas, anticipar riesgos o investigar sobre incidentes o accidentes. En este sentido, la existencia de un órgano especializado, integrado por trabajadores con real experiencia en la materia, parecía caer por su propio peso en un momento en el que se intensifica legítimamente la preocupación por la salud (tanto psíquica como física) y la seguridad en el trabajo. Los defensores de la fusión alegan que la única comisión de obligatoria constitución en el seno del CSE es precisamente la *comisión de salud, seguridad y condiciones de trabajo*, cuando la creación de otras comisiones dependerá del contenido del acuerdo de empresa firmado con los sindicatos mayoritarios⁴⁷. Ahora bien, esa comisión resulta obligatoria únicamente en las empresas o centros de trabajo de al menos 300 trabajadores (anteriormente, se constituía el CHSCT en todas las empresas o centros de al menos 50 trabajadores) y en los centros que presentan peligros específicos (químicos o nucleares), y el inspector de trabajo puede imponer su creación, incluso si la plantilla no alcanza 300 trabajadores, si lo estima necesario por la naturaleza de las actividades, las condiciones de lugar de trabajo o de los equipamientos utilizados.

2.2.2.1.2. En las empresas de menos de 50 trabajadores

La delegación del personal del CSE, además de las atribuciones más clásicas de los delegados del personal (presentación de las reclamaciones individuales y colectivas, vínculo con el inspector de trabajo), debe contribuir a fomentar la salud y la seguridad, a mejorar las condiciones de trabajo y a realizar las investi-

⁴⁶ La reducción del número de “delegados” es una exigencia patronal constante.

⁴⁷ Solo en defecto de acuerdo, se impone, bajo condiciones variables de efectivos, la constitución de una comisión económica (en las empresas de al menos 1000 trabajadores), de una comisión de la formación o de una comisión de igualdad profesional (en las empresas de al menos 300 trabajadores), etc.

gaciones en caso de accidente laboral o enfermedad profesional. Sin embargo, a diferencia de los delegados del personal, el CSE no dispone del poder de iniciar un procedimiento de advertencia en caso de vulneración de los derechos de las personas, de su salud física o psíquica o de las libertades en la empresa (procedimiento interno a la empresa pero que puede dar lugar a intervención judicial)⁴⁸.

2.2.2.2. Atribuciones del consejo de empresa

Este consejo dispone de las mismas prerrogativas que el CSE y se presenta como un resultado de este último. Dispone además de un monopolio de negociación, firma y revisión de los convenios y acuerdos de empresa o de centro de trabajo, con la salvedad de determinados acuerdos sometidos a condiciones de validez específicas (por ejemplo y lógicamente, los acuerdos relativos a la elección de la delegación del personal). Por lo tanto, el consejo de empresa se erige, salvo para estos acuerdos específicos, en agente exclusivo de la negociación aunque existan, en la empresa, delegados sindicales designados por sindicatos representativos.

El acuerdo que lo instaura dispone de un amplio margen de maniobra en cuanto a la organización y regulación de su funcionamiento. Puede incluso fijar la composición de la delegación ("delegación de la delegación del personal" en su seno) que negocia los acuerdos colectivos con aquel otro miembro del consejo que es el empleador o su representante. La validez del acuerdo firmado por el consejo de empresa se subordina a la firma, o de la mayoría de sus miembros elegidos titulares, o de uno o varios de sus miembros que representan más del 50 % de los votos emitidos en las últimas elecciones profesionales.

Otra disposición llama la atención: el acuerdo que instaura el consejo fija la lista de "*los temas sometidos al parecer conforme del consejo de empresa*". El texto da como ejemplo la igualdad profesional entre hombres y mujeres y añade que la formación profesional ha de figurar obligatoriamente en la lista convencional. El carácter más o menos extenso de esta lista dependerá, por lo tanto, de la práctica negociada en cada empresa. En todo caso, este procedimiento no se puede equiparar con un proceso de codecisión o de codeterminación. Se trata más bien del reconocimiento de un derecho de oposición a una decisión empresarial o a la adopción de una regla que se desea imponer, es decir, a un derecho de veto. Los optimistas pueden, no obstante, apreciar en la posibilidad de optar por esa figura del consejo de empresa, una apertura hacia una modalidad de cogestión. Si bien la idea de consagrar una organización del poder en la empresa que se inspira en

⁴⁸ A la hora de publicarse el presente estudio, parece probable que el CSE recuperará aquella facultad mediante una modificación del texto de la Ordenanza por la ley de ratificación que se está discutiendo en el Parlamento.

derechos de otros países (Alemania en especial) experimenta una cierta progresión entre los partidarios de una democratización de la empresa al servicio de su competitividad como de una mayor justicia social, cabe afirmar que la reforma de 2017 no recoge tal perspectiva o, en otras palabras, que la reforma del poder en la empresa no fue una preocupación de sus autores.

2.3. La reducción parcial de las “rigideces” para el empleador en la relación de trabajo

2.3.1. Observaciones generales

Los cambios que afectan el régimen de la relación jurídica que surge del contrato de trabajo entre un empleador y cada uno de sus trabajadores⁴⁹, figuran esencialmente en la Ordenanza **n° 2017-1387 de 22 de septiembre**, *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*. Su objetivo, como repite el informe al Presidente de la República que acompaña el texto, consiste en “dar seguridad a las relaciones de trabajo, tanto para los empleadores como para los trabajadores”, o en garantizar “la seguridad esperada tanto por las empresas para liberar las energías creadoras de crecimiento y de empleo, como por los trabajadores para ver garantizados sus derechos”.

Efectivamente, se trata más de garantizar “los derechos” de los trabajadores, con mayor seguridad que sus empleos, a la vista de las alteraciones del marco normativo del despido que estabiliza el contrato de trabajo indefinido. Desde luego, la utilidad de un marco normativo que convierte la ruptura a iniciativa del empleador en medida de “último recurso” se ha visto mermada desde los años 70 por la introducción de una variedad de contratos de trabajo especiales (entre ellos, y en primer lugar, los contratos de duración determinada) que no se someten a

⁴⁹ Este régimen, al cual una tradición tan discutible como tenaz denomina “relación individual de trabajo” en oposición a las “relaciones colectivas de trabajo, se regula principalmente en la primera Parte del Código. Sin embargo, importantes elementos de las vicisitudes de esa relación contractual (jornada, descanso, vacaciones, salarios, remuneración, formación profesional, etc.) se encuentran regulados en otras Partes, especialmente en la cuarta “Salud y seguridad en el trabajo”, modificada en algunos puntos por la Ordenanza n° 2017-1389, *relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels*. En especial, se ha reducido, para satisfacer otra exigencia de las organizaciones patronales, el alcance del dispositivo de la cuenta profesional de prevención creada en la leyes de 2010 y 2014 que consiste, para el trabajador expuesto a lo largo de su vida laboral a factores de penosidad al trabajo (manutención manual de cargas, posturas penosas, exposición a agentes químicos, polvo, humos o ruidos, trabajo nocturno o a turnos, etc.), en acumular puntos que le permiten financiar una formación profesional para una reconversión, reducir su jornada sin pérdida económica o reducir la edad de su jubilación sin reducción de la pensión. La reforma de septiembre ha disminuido fuertemente la contribución de los empleadores a la financiación de las cuentas y las exigencias en torno a las declaraciones de riesgos del empleador (si bien podía reprochar una excesiva complejidad), en detrimento de la dimensión preventiva del dispositivo.

dicho marco. En este sentido, cualquier muestra de tolerancia o de favor legal a esas alternativas a la contratación indefinida que sigue siendo la modalidad contractual de derecho común, puede interpretarse como una confesión de dudoso interés para la seguridad del empleo⁵⁰.

Desde este prisma, cabe lamentar la ausencia de avances en la Ordenanza hacia el objetivo, constantemente evocado, de "simplificación" del Derecho del Trabajo que implicaría, sin lugar a dudas, una reducción de aquellas modalidades especiales de contratación laboral. Al contrario, la reforma de 2017 favorece de alguna manera el uso del contrato de duración determinada, permitiendo a un acuerdo sectorial adaptarlo a las especificidades del sector de actividad (modificando su duración y el número de renovaciones posibles), y, sobre todo, introduce una nueva modalidad de contrato de trabajo, *el contrato de obra o de operación*, en respuesta a una particular reivindicación de flexibilidad. Ese contrato puede ser previsto --"ofrecido a los actores"-- por un convenio o acuerdo sectorial entendido que fija sus condiciones de aplicación, o puede ser concluido en los sectores de actividad (construcción por ejemplo) donde su uso es habitual y conforme al ejercicio regular de la profesión. La ruptura a iniciativa del empleador de este nuevo contrato de trabajo especial que "se firma por una duración indefinida", se produce al finalizar la obra o realizada la operación y descansa, según el Código del Trabajo, sobre "una causa real y seria", lo que excluye cualquier demanda judicial por parte del trabajador. El procedimiento de despido sigue el procedimiento del despido por motivo personal y da lugar a un preaviso y al abono de una indemnización por despido.

Por lo demás, la regulación del despido que ha sido objeto desde las leyes de 1973 y 1975 de varias modificaciones, a veces contradictorias entre sí, y de intervenciones jurisprudenciales a veces muy constructivas (o atrevidas), conoce con esta Ordenanza una profunda transformación que se refiere al derecho común del despido como al régimen particular del despido por motivo económico.

2.3.2. *Rupturas en el Derecho común del despido*⁵¹

Desde la conocida ley de 1973, el Código del Trabajo somete la extinción del contrato de trabajo de duración indefinida a iniciativa del empleador a un procedimiento que garantiza, por una parte, un intercambio de posiciones entre

⁵⁰ Sin perjuicio del gran debate europeo de nuestra época y de la concepción más positiva de la "flexiseguridad" o "flexiguridad": se trata de garantizar, en lugar de la permanencia en un empleo, el retorno a un nuevo empleo tras la pérdida de otro y la sostenibilidad de ingresos que permiten una vida digna.

⁵¹ Las disposiciones de base del derecho común del despido se encuentran en el Código en un capítulo titulado "el despido por motivo personal", aunque se apliquen en gran medida para el "despido por motivo económico", objeto de otro capítulo.

las partes antes de la decisión y, por otra parte, un mínimo de certeza y claridad a través de la notificación de la decisión por carta certificada. Desde entonces, esta carta debe indicar “el o los motivos alegados por el empleador”, y se trata de un formalismo lógicamente impuesto, ya que el Código del Trabajo exige que el despido esté “justificado por una causa real y seria”. Si el tribunal paritario del trabajo (*conseil de prud’hommes*) o la Corte de apelación constata incumplimientos en el procedimiento, independientemente de que el despido sea o no correcto en cuanto al fondo o parezca justificado, condenará al empleador a pagar una indemnización que no puede exceder un mes de salario. En cambio, si se considera que el motivo alegado por el empresario no constituye una causa real y seria, se condena al empleador a abonar a su antiguo trabajador una indemnización --“indemnización por despido sin causa real y seria”, es decir, improcedente-- que repara el perjuicio sufrido por el despido y la consecutiva privación injustificada de empleo (esta indemnización tiene por lo tanto naturaleza de daños y perjuicios)⁵². Según el Código, esta indemnización no puede ser inferior a los salarios de los últimos seis meses para un trabajador con al menos dos años de antigüedad en una empresa de al menos 11 trabajadores y debe, en todo caso, asegurar la reparación integral del perjuicio sufrido⁵³.

Pues bien, la reciente reforma afecta o transforma estos elementos constitutivos de la regulación del despido.

2.3.2.1. Una reducción del formalismo procesal

La Ordenanza 2017-1387 rompe con una regla jurisprudencial, fruto de una interpretación rigurosa del texto hasta entonces en vigor. En efecto, la Corte de casación consideraba que el defecto de indicación del motivo de ruptura en la carta de despido o la indicación de un motivo impreciso, provoca la improcedencia del despido. El razonamiento es el siguiente: si el empleador no hace mención del motivo en la carta que notifica la ruptura, se ha de inferir que no lo tenía en el momento de tomar la decisión de despedir y, si la alegación carece de precisión, significa que el motivo de la decisión también, por lo que no es serio ni real. Esta firme doctrina jurisprudencial, fuente a la regla considerada elemento de derecho positivo y comúnmente aplicada por los tribunales paritarios y las salas de lo social de las cortes de apelación, traduce la voluntad de la Corte de incitar a los empleadores a cumplir con las exigencias procesales elementales a través de la amenaza de una sanción económica más importante que el mes de salario debido en caso de despido irregular.

⁵² El juez ordena igualmente el reembolso por el empleador de toda o parte de las prestaciones de desempleo percibidas por el trabajador.

⁵³ De acuerdo con el principio general del derecho francés que la Corte de casación recuerda desde varios años con una cierta constancia, y que su Sala de lo social aplica en materia de despido.

Muy exigente para los empleadores, que reprochan a la Corte de casación de "reescribir la ley", esta posición parecía muy asentada e inmune a cualquier intervención legal. Pues bien, la reforma de septiembre da motivos de satisfacción a los críticos de esta jurisprudencia constructiva.

En adelante, los motivos que figuran en la carta de despido pueden, tras su notificación, ser precisados por el empleador, bien a iniciativa propia, bien a solicitud del trabajador⁵⁴. Si éste no formula tal demanda, la irregularidad que constituye una insuficiencia de motivación de la carta de despido no genera por sí mismo la improcedencia del despido y sólo abre derecho a una indemnización que no puede ser superior a un mes de salario. En cualquier caso, el mantenimiento de la jurisprudencia antes referida hubiera tenido menor consecuencia para los empleadores responsables puesto que la Ordenanza nº 2017-1387 procede, a la par, a la reducción del monto de las indemnizaciones en caso de despido improcedente.

2.3.2.2. La imposición de un baremo de indemnizaciones del despido improcedente

He aquí el punto de la reforma que más críticas ha provocado. Tiene su origen en otro reproche formulado por las organizaciones patronales que denunciaban una fuerte variación de la cuantía de las indemnizaciones en función de los tribunales que resuelvan y, a la vez, el monto excesivo de numerosas condenas. Los comentaristas del sistema en vigor desde el año 1973 evocan también problemas de previsibilidad, de igualdad de trato entre empleadores y por lo tanto de justicia, precedentes de la práctica de jueces no profesionales de primera instancia en los *prud'hommes* así como de magistrados profesionales de las cortes de apelación. Más allá, y según la clásica tesis del "análisis económico del Derecho del Trabajo", los temores a consecuencias judiciales y al coste importante del despido constituirían un freno a la contratación laboral, y a la contratación de duración indefinida en particular. En su calidad de Ministro de Economía durante una parte del mandato de F. Hollande, E. Macron impulsó la adopción de la "ley para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas" que contemplaba una limitación del monto de la indemnización por despido improcedente. Sin embargo, antes de la promulgación de la "ley Macron" de 6 de agosto de 2015, este dispositivo fue declarado inconstitucional, en razón de las modalidades del baremo⁵⁵, y se estableció "un referencial indicativo" propuesto

⁵⁴ La Ordenanza prevé la creación, por decreto, de modelos de cartas de despido puestos a disposición de los empleadores.

⁵⁵ Los mínimos y máximos de la indemnización variaban en función de dos variables: la antigüedad del trabajador y el efectivo de la empresa (distinguiendo tres categorías). En su decisión de 5 de agosto de 2015, el Consejo constitucional admite que el legislador pueda limitar la indemnización en caso de despido improcedente, siempre y cuando aplique criterios que presenten un

a los jueces. El anteproyecto de lo que se iba a convertir un año más tarde en la “ley El Khomri” introducía a su vez una limitación en función, únicamente, de la antigüedad. Frente a la hostilidad del conjunto de las confederaciones sindicales representativas, incluso de las que no se manifestaron en contra de la ley⁵⁶, la medida desapareció del texto definitivo. Hoy por hoy, la introducción de un baremo que se impone a los jueces es una realidad, con un régimen de indemnización al cual se dedican las próximas consideraciones⁵⁷.

En adelante, si los jueces consideran que el despido es improcedente y si una de las dos partes rechaza la reintegración del trabajador, se condena al empleador a abonar una indemnización cuyo monto se sitúa entre un mínimo y un máximo. Los montos mínimos y máximos varían, según una tabla introducida en el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, en función de la antigüedad del trabajador. Por ejemplo, para un trabajador con un año de antigüedad, la indemnización se eleva entre uno y dos meses de salario bruto⁵⁸; para un trabajador con una antigüedad de 29 años o más, la indemnización se sitúa entre 3 y 20 meses de salarios. Sin embargo, por excepción a la regla, los montos mínimos no se aplican a los despidos realizados en las empresas de menos de 11 trabajadores⁵⁹.

Cabe señalar que la limitación legal no se aplica cuando el juez aprecia una causa de nulidad del despido prevista por otras disposiciones del Código (en materia de protección contra el acoso moral o sexual, de igualdad profesional entre mujeres y hombres, de ejercicio de un mandato de representación electiva o sindical, etc.) o por violación de una libertad fundamental⁶⁰. En tal caso, si el trabajador no solicita su reincorporación o si resulta imposible, los jueces deben condenar al empleador a abonar una indemnización que no puede ser inferior a los salarios brutos de los últimos seis meses de trabajo.

vínculo con el perjuicio sufrido. Considera que el criterio de la antigüedad del trabajador cumple la exigencia pero que el criterio del efectivo no presenta tal vínculo, por lo que constituye una diferencia de trato entre empleadores y vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley.

⁵⁶ Especialmente la CFDT, interlocutora privilegiada del “diálogo social” en el ámbito nacional, que los sucesivos gobiernos procuraron convencer y cuidar.

⁵⁷ Esta limitación legal de la reparación podría chocar con el principio de la reparación integral del perjuicio si tuviera rango constitucional. Sin embargo, el Consejo constitucional no se ha pronunciado en tal sentido a pesar de demostrar, en numerosas ocasiones, un cierto atrevimiento en una interpretación extensiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁵⁸ Si el trabajador no dispone de al menos un año de antigüedad, no se establece mínimo pero la indemnización no puede ser superior al equivalente a un mes de salario.

⁵⁹ Esta diferencia entre las pequeñas empresas y las demás parece compatible con la crítica formulada por el Consejo constitucional del dispositivo de la ley de 2015.

⁶⁰ La Corte de casación ha consagrado, en una serie de sentencias desde hace 20 años, la regla de la nulidad, incluso en ausencia de disposición legal, del despido por vulneración de derechos fundamentales.

Seguramente, este dispositivo pretende garantizar más la seguridad de los empleadores que la igualdad de trato entre empleadores ante los tribunales o la eliminación de los "obstáculos a la contratación". Mientras parece lógico que el empleador conozca, de antemano, la duración de un preaviso que habrá de respetar si despide a un trabajador, el monto de la indemnización que deberá abonar si incumple este preaviso o el monto de la indemnización en función de la antigüedad, resulta verdaderamente difícil comprender la necesidad de que, por "razones de justicia", pueda calcular lo que le costaría como máximo un despido improcedente. ¿Puede considerarse legítima esta obstinación con permitir el "cálculo" de las consecuencias de un acto ilícito? ¿No se trataría, en el fondo, de una voluntad de reducir el poder de apreciación del juez⁶¹?

Algunos no olvidaron resaltar que esta limitación de la indemnización por despido improcedente se acompaña, a modo de compensación de alguna manera, de una mejora de la indemnización por despido (procedente): en adelante, el trabajador despedido debe contar con una antigüedad de ocho meses sin solución de continuidad, en vez de un año (eran dos años hasta 2008), y un Decreto publicado pocos días después de la Ordenanza ha incrementado un 25 % el monto de la indemnización. Sin embargo, es importante precisar que la Ordenanza permite al juez tomar en cuenta esta indemnización en el momento de determinar, en los límites antes señalados, la indemnización por despido improcedente.

2.3.3. Cambios en el régimen del despido por motivo económico

La Ordenanza n° 2017-1387 afecta a varios puntos del capítulo, complejo y varias veces modificado, del Código del Trabajo relativo a esta clase de despido (obligación por el empleador de recolocación de los trabajadores, criterios de designación de los trabajadores despedidos, transmisión de entidades autónomas de una empresa para salvaguardar el empleo). Estos cambios no significan una reducción espectacular de las obligaciones empresariales. El aspecto que más polémicas y debates ha suscitado se refiere a la apreciación del motivo económico alegado por la empresa para justificar el despido. Sin duda, el alcance de la reforma tiene una dimensión y una inspiración pro-empresarial. En el mismo sentido, con el propósito de ofrecer más flexibilidad a las direcciones de empresas, se admite y reglamenta una nueva *ruptura convencional colectiva* que permite poner en jaque la aplicación del régimen legal relativo al despido.

2.3.3.1. El ámbito de apreciación del motivo

Conforme a una interpretación no discutida de la disposición básica en la materia, el párrafo primero del artículo L. 1233-3 del Código del Trabajo en su

⁶¹ Hipótesis reforzada por la tendencia legal, que se inició años atrás y presente en la Ordenanza, a reducir los plazos de impugnación de los despidos.

redacción procedente de una ley de 1989, la justificación de un despido presentado como despido económico, supone primero que el o los motivos alegados, “no inherentes a la persona” del o de los trabajadores, resulten de una supresión o transformación de empleo o de una modificación de su contrato de trabajo rechazada por el o los trabajadores afectados, “consecutivas, especialmente, a dificultades económicas o mutaciones tecnológicas”. La Corte de casación consagra reglas adicionales relativas a las condiciones de esta justificación y encaminadas a encuadrar u orientar su apreciación por parte de los jueces. Una de ellas, sensible al punto de vista empresarial, admite que “la necesidad de salvaguardar la competitividad de la empresa” justifique el despido. Según otra, sin embargo, si la empresa pertenece a un grupo de empresas, las dificultades económicas no han de apreciarse en el ámbito empresarial, tampoco al nivel del grupo en su totalidad, sino respecto a todas las empresas del grupo que pertenecen al mismo sector de actividad. Pero, respecto al ámbito geográfico de apreciación, la doctrina de la Corte es que no se limita a las unidades y empresas del grupo establecidas en territorio francés. Con el objetivo de otorgar seguridad a los empleadores, la ley de 8 de agosto de 2016 había precisado e establecido en el Código las condiciones de reconocimiento de la procedencia del despido por motivo económico pero sin romper con la exigencia jurisprudencial de una apreciación que toma en consideración el conjunto de los componentes del grupo transnacional, incluso en el extranjero.

La reciente Ordenanza va más allá. Integra en el texto del Código la distinción entre la empresa fuera de un grupo y la empresa perteneciente a un grupo, manteniendo el “sector de actividad” como ámbito de apreciación de las dificultades económicas, de las mutaciones tecnológicas o de la necesidad de salvaguardar la competitividad, pero *opta por reducir el ámbito geográfico a las empresas del grupo “establecidas en el territorio nacional”*. De tal modo que, si una filial francesa de un grupo con sede en Francia o en otro país conoce dificultades económicas, la apreciación de estas se realizará, en adelante, sólo respecto a las empresas del grupo del mismo sector radicadas en Francia. Por lo tanto, el despido por motivo económico en la filial francesa podría justificarse a pesar de que el grupo prospere internacionalmente. Es verdad que, como consecuencia de aquel cambio en el **ámbito** de apreciación, no se podría justificar un despido en una filial francesa que goce de buena salud en razón de dificultades experimentadas por el grupo en otros países.

No existen dudas respecto al objetivo que inspiró el rechazo de la regla jurisprudencial. El informe que acompaña la publicación de la Ordenanza en el *Journal Officiel*, señala que esta disposición alinea el derecho francés con el de “la gran mayoría de los países europeos” y vaticina que va a permitir *“incrementar la capacidad de atracción del territorio francés para las inversiones inter-*

nacionales, lo que tendrá un impacto beneficioso sobre el empleo". A la vez, con la voluntad de tranquilizar las legítimas preocupaciones, el informe se convence de que "el juez controlará los fraudes, por ejemplo la práctica de los precios de transferencia que conduce a penalizar artificialmente a la filial francesa".

2.3.3.2. La ruptura por mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo

Las organizaciones firmantes del acuerdo nacional interprofesional del 11 de enero de 2008 sobre "la modernización del mercado de trabajo" habían estimado oportuno clarificar el papel de la ruptura convencional del contrato de trabajo por tiempo indefinido y habían previsto un régimen especial cuyos objetivos eran garantizar la integridad del consentimiento del trabajador y del empleador, establecer el abono al primero de una indemnización análoga a la del despido, así como el derecho a la prestación por desempleo, y garantizar un control de la inspección de trabajo sobre la veracidad y la regularidad del acuerdo. La ley de 25 de junio de 2008 introdujo en el Código varias disposiciones procedentes de este acuerdo. Esta ruptura convencional ha conocido un notable éxito que ha superado las expectativas de sus promotores. Si bien interviene en la mayoría de los casos a iniciativa del empleador (pues impide un litigio y un examen de las causas que le han conducido a buscar la ruptura contractual), no es infrecuente que los trabajadores tomen la iniciativa por motivos de varia índole.

El éxito de esta clase de acto convencional animó a los redactores de las Ordenanzas a ampliar el ámbito de aplicación de la ruptura por mutuo acuerdo, considerando, por otra parte, la práctica de los "planes de bajas voluntarias" que han aparecido al margen del régimen los despidos colectivos por motivos económicos. El informe que acompaña la Ordenanza resulta muy transparente a este respecto y enuncia que "en la medida en que permite limitar el número de despidos sufridos y no queridos y fomenta los proyectos profesionales y personales de los trabajadores, el fomento de la voluntariedad debe ser incentivado" a través de una clarificación del régimen de la ruptura convencional colectiva.

Las nuevas disposiciones establecen que, en adelante, un acuerdo colectivo relativo a la gestión previsional de los empleos y de las competencias o a la ruptura convencional colectiva, puede fijar las condiciones y modalidades de esta ruptura de mutuo acuerdo y precisar los objetivos del dispositivo en materia de supresión de empleos. Este acuerdo relativo a la ruptura convencional colectiva determina las modalidades de información del CSE, el número máximo de bajas y de supresiones de empleos asociadas, las condiciones que han de cumplir los trabajadores para beneficiarse de esta regulación, los criterios de selección de los candidatos y las modalidades de cálculo de las indemnizaciones que no pueden ser inferiores a las legales en caso de despido (indemnización de preaviso, e "indemnización por despido", es decir, por antigüedad). Igualmente, en la misma línea que el

plan de salvaguardia del empleo en caso de despido económico colectivo, debe prever las medidas que facilitan la recolocación externa de los trabajadores en empleos equivalentes (acciones de formación o reconversión, convalidación de las competencias, creación de actividades nuevas o recuperación de actividades existentes). El acuerdo se transmite a la autoridad administrativa (DIRECCTE) para su “validación” tras comprobar su regularidad. Se debe también proceder a la consulta del CSE para su puesta en marcha. Finalmente, en la nueva normativa se dispone, de manera sobria, que “la aceptación por el empleador de la candidatura del trabajador en el marco de la ruptura convencional colectiva conduce a la ruptura del contrato de trabajo *por* mutuo acuerdo de las partes”.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio que aquí se concluye ha dado la oportunidad de presentar y analizar, si bien de manera somera, algunas de las modificaciones del Código del Trabajo procedentes de la ley y de las Ordenanzas del pasado mes de septiembre. Las modificaciones evocadas constituyen a nuestro parecer las modificaciones más importantes y significativas considerando los debates y controversias que han suscitado. Tras el análisis, cabe una apreciación justificada, más bien negativa, de las innovaciones decididamente queridas por el nuevo Presidente de la República, su Primer Ministro y su Ministra de Trabajo sobre todo. Indiscutiblemente, el proyecto de esta reforma anunciado por el candidato Macron no se presentaba como un proyecto “de izquierda”. Entonces, parece perfectamente lógico que el contenido de la reforma, realizada con la diligencia prometida, satisfaga más a los ámbitos patronales y financieros, a los partidarios de un liberalismo económico cada vez más puro, a los economistas ortodoxos (es decir, la mayoría de los economistas franceses) y a todos los que se alegran por tener la convicción de formar parte de “un mundo nuevo”⁶².

Sin embargo, parece absurdo hablar de “destrucción del Derecho del Trabajo” como se ha llegado a afirmar. Conviene leer detenidamente y comprender los textos que modifican el Código del Trabajo, a pesar de su carácter indigesto, incluso para los juristas que se dedican al estudio o a la práctica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo francés, que en un momento dado ha podido ilustrar un modelo de derecho social-demócrata, experimenta desde el principio del siglo una evolución globalmente favorable a los empleadores, aunque todas las innovaciones, incluso las más recientes, no vayan en el mismo sentido. En todo caso, ¿cabe esperar que el Derecho del Trabajo contribuya, de forma decisiva, en la construcción de una sociedad más igualitaria y verdaderamente más

⁶² Referencia a una oposición “nuevo mundo”/“viejo mundo”, que gusta a E. Macron.

democrática en todas sus dimensiones, de la esfera pública a la de la producción de bienes y servicios⁶³?

Existen, sin lugar a dudas, aspectos seriamente discutibles en los cambios operados por la reforma de septiembre de 2017. La esperanza de sus promotores reside en que la supresión de los obstáculos a la contratación permita mejorar la competitividad de las empresas implantadas en el territorio nacional y, por lo tanto, el nivel de empleo. Así, aunque el Derecho del Trabajo siga siendo, en Francia como en muchos otros países, un Derecho que tiene como objeto regular el empleo y las relaciones laborales, se convierte cada vez más en una especie de puesto de pilotaje (o de intento de pilotaje) del mercado de trabajo que, por otro lado y antes que nada, contribuye a constituir. La "reforma Macron" quiere ser juzgada, a corto y medio plazo, en función de sus efectos sobre la actividad económica y el empleo⁶⁴. Ahora bien, esta operación se enfrentará, una vez más, a la dificultad de evaluar los efectos sociales y económicos de los cambios normativos. ¿Qué expertos? ¿Qué instrumentos de medición? Y, ante todo, ¿qué teoría plausible del papel de las normas jurídicas en las acciones en sociedad?

ADENDA

Se adoptó en primera lectura el proyecto de ley de ratificación de las cinco Ordenanzas, a principios del mes de diciembre de 2017, con algunas enmiendas que modifican determinados puntos secundarios de las disposiciones introducidas en septiembre en el Código. Esta ratificación contó con el voto a favor de los diputados de "La République en marche" (el partido del Presidente) que disponen de mayoría absoluta en esta Asamblea, los "centristas" del MODEM y los diputados de derecha del partido "Les Républicains", mientras todos los representantes de izquierdas votaron en contra. El Senado ha de examinar el proyecto de ley y debería aprobarlo sin modificaciones en enero de 2018. Es probable que antes de la promulgación de la ley los diputados y senadores de izquierdas acudan al Consejo constitucional para impugnar la constitucionalidad de algunas disposiciones, especialmente respecto a los acuerdos de empresas o al baremo

⁶³ El escepticismo que denota tal interrogante encuentra su fundamento en la tesis de la *ambivalencia del Derecho de Trabajo*, desarrollada, en otro tiempo, en escritos nuestros tendentes a dilucidar las funciones del Derecho del Trabajo en una formación social como la sociedad francesa (en especial: "Les fonctions du droit du travail", in A. Jeammaud, A. Roudil et alii, *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, Col. "Critique du droit", 1980, pp. 149-254).

⁶⁴ Para una primera valoración de la reforma, ver el número monográfico de octubre de 2017 de la *Revue de droit du travail*. En su editorial, Antoine Lyon-Caen considera que se trata de una reforma del mercado de trabajo destinada a permitir su fluidez y que será juzgada en función de este objetivo. Igualmente, apunta que conlleva claramente una política de reducción del coste del trabajo (p. 573).

de indemnizaciones por despido improcedente. Las posibilidades de éxito son escasas; sin embargo la “respuesta jurídica” a la reforma podría manifestarse más tarde bajo la forma de cuestiones prioritarias de constitucionalidad formuladas a través de litigios ante las jurisdicciones judiciales o administrativas, o mediante impugnación, de nuevo en el marco de litigios, ante estas jurisdicciones ordinarias con poder de apreciación de la conformidad de las normas nacionales con los convenios internacionales; por ejemplo, la Carta Social Europea revisada. Al margen de ello, la CGT y otras organizaciones sindicales que emprendieron el camino de la contestación de principio y en su globalidad a las Ordenanzas Macron, no consiguen movilizar a los trabajadores para organizar huelgas o manifestaciones. La protesta sindical global no tiene un alcance comparable con la que había suscitado la “ley El Khomri” en el año anterior, ¡pero obviamente, las cosas pueden cambiar!