

La refundación del Derecho del Trabajo: la conciliación de la protección de los trabajadores y la eficiencia económica

Resumen del informe CAE n° 88 (11/02/2010)

Informe de Gilbert Cette y Jacques Barthélemy

Sinopsis

Este informe trata una cuestión cuyo reto económico y social es evidente, y tiene la ventaja de combinar e integrar los puntos de vista del economista y del jurista.

El Derecho del Trabajo en Francia, basado principalmente en la ley, no garantiza ni una excelente protección de los trabajadores ni una buena eficiencia económica.

Hace falta una refundación de este Derecho del Trabajo para conciliar mejor los objetivos de la protección social y la eficiencia económica. Esta refundación exige reducir el peso de la ley en beneficio de los convenios colectivos y la práctica de los contratos. No obstante, hace falta que se satisfagan varias condiciones: el refuerzo de la legitimidad de los actores implicados, la mejora del funcionamiento de la negociación colectiva, la mejor resolución de los litigios, otorgando un mayor papel a los procedimientos de conciliación y mediación, etc.

Innovar sin recortar los derechos: este es el espíritu general del planteamiento adoptado en este informe.

Christian de Boissieu

Las profundas transformaciones de la vida económica, entre ellas las que comporta el progreso de las tecnologías de la información y la comunicación, exigen modificar sustancialmente el Derecho del Trabajo. Y no solo el Derecho del Trabajo, sino también el relativo a la protección social. En efecto, el Derecho del Trabajo tiene que poder conciliar su vocación protectora y su capacidad de adaptarse a las transformaciones económicas y sociales. Tiene que integrar en su propia estructura esta capacidad de adaptación y de anticipación. Aunque Francia se inscriba en una cultura de Civil Law propicia al desarrollo de un Derecho del Trabajo más basado en la ley que en los convenios, los autores de este informe argumentan que es deseable refundir el Derecho del Trabajo mediante el desarrollo de la concertación colectiva y la reducción del papel de la ley. Esta refundación se basa en una idea fuerte: la mayor capacidad de la negociación, y en particular la colectiva, para conciliar la eficiencia económica y la protección social.

Con esta óptica, Jacques Barthélemy y Gilbert Cette proponen dar más preponderancia a la negociación colectiva y analizan las condiciones necesarias para llegar a este resultado. Para empezar, se interesan por las condiciones que permiten una verdadera legitimidad de los actores y las normas para llevar a cabo la negociación. ¿Cómo se puede mejorar y desarrollar el diálogo social? A continuación, abogan por un replanteamiento de los métodos de resolución de conflictos y del incumplimiento del Derecho del Trabajo; en particular la elección entre sanciones civiles, penales o administrativas, pero también el recurso a medidas de incitación y a la negociación colectiva. Así, según

los autores, habría que mejorar la eficacia de los consejos de prud'hommes [tribunales de lo social], establecer las condiciones para un recurso importante a la mediación y facilitar el arbitraje. Finalmente, tratan el tema de la flexiseguridad, que obliga a enfocar de otra manera la protección social y desvincular los derechos del empleado del contrato de trabajo, fomentando el recurso a mutuas.

Este informe fue debatido el 19 de enero de 2010, en presencia del Ministro de Trabajo, Relaciones Sociales, Familia, Solidaridad y Asuntos Urbanos. Este boletín, publicado bajo la responsabilidad de la célula permanente, presenta las principales conclusiones extraídas por los autores.

La necesidad de una refundación

El Derecho del Trabajo en Francia se basa esencialmente en la ley (comparado con el de otros países). Los autores recuerdan los efectos de un Derecho del Trabajo demasiado regulado por ley, en particular los de las rigideces de la ley sobre el mercado laboral. Los indicadores a los que se hace referencia para demostrarlo son variados, pero sus conclusiones son convergentes. Las consecuencias negativas sobre el equilibrio macroeconómico de un Derecho del Trabajo regulado sobre todo por ley tienen un doble filo: éste influye tanto la productividad como el equilibrio del mercado de trabajo, sin que ambos efectos sean independientes. Así, un papel demasiado importante de la ley en el Derecho del Trabajo impide que se llegue a unos mejores compromisos locales, limita las ganancias de los rendimientos y reduce el nivel de empleo. Quienes se incorporan al mercado laboral, especialmente los jóvenes, son las primeras víctimas de ello debido a un acceso más difícil al empleo y una mayor precariedad.

Aunque la protección del empleo tenga unos efectos más bien negativos en términos de equilibrio macroeconómico, podría justificarse por otro lado si tuviera un impacto favorable sobre el bienestar, mediante la reducción del sentimiento de inseguridad de los trabajadores respecto a su empleo. No obstante, los estudios disponibles examinados en este informe llegan claramente a la conclusión opuesta: el sentimiento de inseguridad parece aumentar cuanto mayor es la protección del empleo. La explicación de esta paradoja es que la seguridad del empleo protege a las personas con un trabajo estable (los *insiders*)

pero, al reducir la fluidez del mercado laboral y las transiciones, hace más difícil la inserción o la reincorporación al mercado de trabajo de quienes lo han perdido (los *outsiders*).

Al mismo tiempo, se observa en Francia una tasa muy baja de sindicalización y una mala calidad del diálogo social, como demuestran varios estudios. El rechazo relativamente importante de la economía de mercado indica la expectativa de una fuerte intervención del Estado.

Por consiguiente, el punto de partida de este informe es constatar que Francia se caracteriza por una situación altamente contradictoria: un Derecho del Trabajo muy regulado por ley y una baja sindicalización combinados con un fuerte sentimiento de inseguridad, una mala calidad de las relaciones sociales y una falta de confianza hacia las instituciones. El peso de la ley en Francia es sin duda una de las principales razones de la baja sindicalización. Sin embargo, una fuerte sindicalización es indispensable para promover los derechos del trabajador y elaborar un derecho más basado en la negociación colectiva. Estas contradicciones no pueden ignorarse y los autores las tienen en cuenta en su proyecto de refundación del Derecho del Trabajo.

La arquitectura de la refundación

Una vez realizada esta constatación, parece necesario construir un Derecho del Trabajo en el que la concertación colectiva ocupe un lugar prioritario, ya que el convenio puede adaptarse a las necesidades locales más fácilmente que la ley. Los autores empiezan poniendo de manifiesto las condiciones necesarias para una tal refundación:

- fomentar la negociación colectiva;
- mantener la función protectora del Derecho del Trabajo;
- reducir la complejidad del Derecho del Trabajo;
- reducir las fuentes de desigualdad que el Derecho del Trabajo puede crear;
- reducir los riesgos e incertidumbres de la judicialización.

Estas condiciones tienen que satisfacerse evitando la instauración de un arsenal dirigista, pero también la concesión de demasiada confianza en el convenio y teniendo en cuenta las limitaciones jurídicas.

Aunque pueden contemplarse varias orientaciones (liberalización, simple fomento al

desarrollo de la negociación colectiva), solo hay una vía realmente creíble en opinión de los autores: *la reducción del peso de la ley MEDIANTE el desarrollo de la negociación colectiva*. El proceso debe ser simultáneo para que en ningún momento la protección de los empleados se vea afectada. La incitación al desarrollo de la negociación colectiva residirá entonces en los beneficios jurídicos (y a veces financieros) concedidos a sus protagonistas.

Esta última vía es, pues, la que se propone en el presente informe. El objetivo es definir el marco de un Derecho del Trabajo que proteja igual o más a los empleados y que sea económicamente más eficaz. Para esta refundación y para regir el desarrollo de la negociación colectiva se abrazan dos principios esenciales:

- el convenio colectivo no puede derogar el orden público en el sentido civilista del término;
- pero sí puede «derogar» cualquier otra disposición del código de trabajo.

Esta vía empieza a explorarse desde hace algunos años.

El desarrollo de la negociación colectiva: agentes y vías

La estrategia postulada de refundación del Derecho del Trabajo en Francia mediante el desarrollo de la negociación colectiva y la reducción simultánea de la ley requiere de unos agentes sociales representativos y legítimos, lo que solo es posible con una tasa de sindicalización elevada.

Una estrategia citada a veces para desarrollar la sindicalización es la de favorecer un sindicalismo de servicios, también llamado de clientes, como en los países escandinavos. Los autores consideran que esta vía podría chocar con el principio de igualdad de los derechos entre trabajadores, por lo que se inclinan por otras estrategias:

- instaurar el cheque sindical;
- promover la concienciación del interés en adherirse a un sindicato;
- aumentar los medios de expresión y de comunicación de las organizaciones sindicales.

Un Derecho del Trabajo más basado en los convenios requiere también optimizar la calidad del diálogo social, lo que exige articular mejor la concertación y la negociación. Ello lleva a proponer una transformación del derecho de las instituciones de representación del personal, pero también a

estructurar la comisión paritaria de negociación (en el sector). Finalmente, y para que el convenio pueda verdadera y exclusivamente regir las relaciones entre las partes, lo que es una condición de su autonomía, hay que elaborar unas normas para llevar a cabo la negociación y hacerlas sustanciales.

Estas propuestas también deben, según los autores, superar el nuevo ordenamiento de las relaciones entre el convenio colectivo y la ley por un lado, y los convenios de rangos distintos por otro lado. La calificación de casi-reglamento se impone para el Acuerdo nacional interprofesional (ANI) [negociado entre los grandes sindicatos y la patronal]. La autonomía del convenio colectivo exige que se diferencie la naturaleza jurídica de un convenio sectorial de la de un acuerdo de empresa ya que, en otro caso, podría surgir una inseguridad jurídica. Asimismo, gracias a su naturaleza de convenio puro, el acuerdo de empresa puede convertirse en una herramienta de gestión que facilite la consideración de los intereses de los empleados en la elaboración de estrategias y la óptima conciliación entre estos intereses particulares y el interés general de la empresa. Por consiguiente, la idea de incorporación del acuerdo colectivo de empresa en el contrato de trabajo merece ser considerado.

En total, las propuestas planteadas por los autores se inscriben en la línea de las modificaciones introducidas por las leyes del 4 de mayo de 2004 y del 20 de agosto de 2008, sobre las que cabe recordar que fueron precedidas respectivamente por la «declaración común» de julio de 2001 y la «posición común» del 9 de abril de 2008 [negociadas entre los agentes sociales]. La autonomía del convenio colectivo favorece esta conciliación mediante la adaptación de las normas que autoriza.

Hacia una mejor resolución de los litigios

La refundación basada en el mayor papel de los convenios y el menor de la ley impone revisar todos los instrumentos de sanción del incumplimiento del Código de trabajo y de resolución de conflictos, sean individuales o colectivos. Por este motivo, los autores dedican una parte de su informe al papel de la Inspección de trabajo y a la reforma del derecho contencioso. Así, examinan la institución de los consejos de *Prud'hommes* [tribunales de lo social con participación de empresarios y trabajadores], que

presentan, pese a las virtudes de su composición paritaria, serios inconvenientes. El informe facilita información detallada acerca de la actividad de los *Prud'hommes*. Solo en lo que se refiere a los plazos de tramitación de los contenciosos, las conclusiones son negativas. En promedio, las resoluciones del Consejo de *Prud'hommes* se dictan más de 15 meses tras su remisión. Y en caso de apelación o recurso, la duración media del procedimiento contencioso después de la remisión del Consejo de *Prud'hommes* dura respectivamente de más de 30 a más de 50 meses. Ahora bien, más de la mitad de las resoluciones de los *Prud'hommes* terminan en un procedimiento de apelación. Esta observación justifica unas soluciones alternativas que permitan acortar los procedimientos.

Una de las razones del atasco de los consejos de *Prud'hommes* es la baja tasa de éxito de las conciliaciones. No se trata de un hecho inevitable, como demuestra el ejemplo del Reino Unido, donde los contenciosos se solucionan con más frecuencia mediante la conciliación. Los motivos de esta baja tasa se analizan en el informe, y se estudian las condiciones que permiten mejorar la eficacia de la conciliación.

Corregir una judicialización excesiva en el ámbito de las relaciones laborales y aumentar la seguridad jurídica en materia del Derecho del Trabajo constituyen un requisito primordial; de ello depende el dinamismo de los empresarios, y por consiguiente su propensión a contratar. Con este espíritu, los autores proponen explorar la vía del convenio colectivo para abrir la posibilidad de soluciones alternativas. En él se podrían definir los procedimientos y el campo preciso de los modos alternativos de resolución de conflictos. En este sentido, cabe distinguir entre los litigios individuales y los colectivos. En cuanto a los primeros, donde prima el monopolio del Consejo de *Prud'hommes*, la ruptura acordada del contrato de trabajo, permitida por la ley del 25 de enero de 2008, es un paso adelante. La mediación es otra vía posible y pueden contemplarse alternativas a los *Prud'hommes*, como el arbitraje, bajo ciertas condiciones que se precisan en el informe. En lo que se refiere a los conflictos colectivos, hay que refinar la arquitectura jurídica de los procedimientos de conciliación, de arbitraje e incluso de interpretación de los textos de los convenios, de modo que se utilicen y sean eficaces (lo que no es generalmente el caso).

Flexiseguridad y protección social por convenio

La última parte del informe trata la necesidad de *flexiseguridad* y sus implicaciones. Los autores consideran necesario que la facultad de despedir se vea acompañada del despliegue de instrumentos que permitan encontrar rápidamente un nuevo empleo, en unas condiciones que permitan no perder los derechos relativos a la antigüedad adquirida en la empresa. En otras palabras, los autores abogan por dar más seguridad a las trayectorias profesionales. El gran número de medidas de formación puede contribuir a la realización de un tal objetivo, con la condición, no obstante, de que se promueva –junto con el plan de formación decidido por el patrón con la perspectiva de una inversión inmateral para la empresa– una cuenta de ahorros destinada a la formación a iniciativa del empleado. La portabilidad de los derechos en concepto del derecho individual a la formación (DIF) va evidentemente en este sentido, pero hay que ser más ambicioso.

Una posibilidad propuesta en el informe es estructurar las indemnizaciones por despido de modo que se incite a la estabilidad en el empleo. Con la misma óptica, tener en cuenta la antigüedad en la profesión y no solo en la empresa para calcular la indemnización por jubilación haría sin duda menos duro el cambio de empresa, y hasta favorecería el cambio escogido, en particular con la perspectiva de una promoción e incluso de una modificación del estatus social.

Finalmente, ello implicaría la necesidad de recurrir a la constitución de fondos con contribuciones colectivas tipo mutuas. A fin de cuentas, ello puede contribuir a resolver la delicada cuestión de los efectos negativos sobre el pasivo social de la empresa de la disminución de la edad de jubilación, lo que constituye una ventaja para el empleado porque decide él mismo desde el momento en que cesa su actividad. También puede ser una solución para resolver muchos otros problemas, como la lucha contra la precariedad causada por el recurso a ciertos tipos de contratos de trabajo. Ello exige que los agentes sociales se apropien de nuevos campos para las garantías sociales.

Recomendaciones

Globalmente, este informe defiende un nuevo Derecho del Trabajo, con un mayor papel de los convenios y uno menor de la ley. Ésta seguiría

ejerciéndose plenamente en los campos que incumben al orden público en el sentido civilista del término, y para los demás campos, en caso de ausencia del marco de un convenio.

Este planteamiento exige en primer lugar hacer plenamente efectiva la ley del 31 de enero de 2007⁽¹⁾. La reforma del Derecho del Trabajo mediante la adopción de las propuestas presentadas en el informe requiere de la concertación entre los agentes sociales y, si lo consideran útil, de unos acuerdos colectivos nacionales interprofesionales. A continuación se trata de ampliar el principio de primacía del convenio con respecto a la ley a todos los ámbitos que no sean competencia del orden público, incluidos los relativos a la resolución de litigios individuales y colectivos.

Las propuestas del informe se agrupan en subconjuntos, de los cuales cada uno puede ser objeto específico de negociación entre agentes sociales a escala nacional.

En primer lugar, los autores presentan una serie de recomendaciones que permitirán *mejorar y desarrollar el diálogo social*:

- la elaboración de una carta del diálogo social;
- la instauración del cheque sindical para aumentar la tasa de sindicalización;
- la reducción del número de convenios sectoriales;
- la generalización de la llamada delegación única del personal (DUP);
- la definición del concepto de posición común y su revestimiento de una naturaleza jurídica propia;
- la modificación de la composición y el modo de elección del comité de empresa (CE);
- la facilitación de la transferencia del poder de negociación a la DUP, incluso al CE y la orga-

(1) El artículo 1 indica: «Todo proyecto de reforma previsto por el Gobierno relativo a las relaciones individuales y colectivas del trabajo, el empleo y la formación profesional y que caiga dentro del campo de la negociación nacional e interprofesional será objeto de una concertación previa con las organizaciones sindicales de los empleados y las empresas representativas a escala nacional e interprofesional, con vistas a la apertura eventual de una tal negociación.

A estos efectos, el Gobierno les comunicará un documento de orientación que presente elementos de diagnóstico, los objetivos perseguidos y las principales opciones.

Cuando den a conocer su intención de emprender una tal negociación, las organizaciones indicarán igualmente al Gobierno el plazo que estiman necesario para llevar a cabo la negociación».

nización del recurso al referéndum en las empresas muy pequeñas (TPE, por sus siglas en francés) son otras propuestas concretas que exponen los autores.

A continuación, para *ampliar el campo de ejercicio del derecho regulado por convenio*, el informe presenta una serie de propuestas como la redefinición del orden público social sobre la base de principios civilistas y adoptar el principio de que la derogación de la ley por convenio colectivo es la norma, bajo reserva del respeto del orden público social así redefinido. Sobre la base del principio de autonomía, se sugiere reestructurar la jerarquía de los convenios, teniendo en cuenta la calificación de ley profesional del sectorial y la de convenio puro del acuerdo de empresa.

Para *hacer más eficaz la resolución de conflictos y el incumplimiento del Derecho del Trabajo*, se propone reducir el campo de las sanciones penales y aumentar el de las administrativas, y de reexaminar los motivos que conllevan la calificación de causa económica de los despidos:

- la mejora de la eficacia de los consejos de *Prud'hommes* exige que la comparecencia personal de las partes (en conciliación) se convierta en sustancial;
- la imposibilidad para los conciliadores de estar en el colegio de los cuatro jueces;
- el establecimiento de las condiciones para un recurso importante a la mediación;
- la organización, por convenio sectorial, de la posibilidad del recurso al arbitraje para los litigios individuales así como la estructuración de procedimientos regulados por convenios sectoriales para resolver los conflictos colectivos, en particular el arbitraje recurriendo a la técnica llamada de *échevinage* (composición mixta de sus miembros).

Finalmente, para *aumentar la seguridad de las trayectorias profesionales*, el informe recomienda:

- estructurar las indemnizaciones por despido mínimas o contractuales de modo que se incite a la estabilidad en el empleo;
- instaurar una contribución de solidaridad abonada en el momento de los despidos para contribuir a la financiación del coste de las prestaciones por desempleo y para financiar las recolocaciones de los empleados si éstas se subcontratan;
- desincentivar el recurso abusivo al empleo precario (trabajo temporal y contratos temporales), mediante la instauración de una contribución de

solidaridad específica incrementada cuando el recurso al empleo precario no esté delimitado por un convenio colectivo, o mediante el carácter decreciente del tipo de las cotizaciones patronales por desempleo;

- definir las condiciones para la subcontratación de las recolocaciones y de los planes de mantenimiento del empleo, y construir los instrumentos de una seguridad social basada en los convenios colectivos para favorecer la *flexiseguridad*.

También se aboga por la reducción del número de umbrales [aplicados a las empresas], distinguiendo los relativos a las instituciones de representación del personal y los que tienen un impacto sobre el nivel de las cargas.

Comentarios

En su comentario, **Jean-Paul Fitoussi** observa que muchas de estas propuestas encontrarán fácilmente consenso. Sus observaciones se centran en tres puntos.

En primer lugar, le parece que el hecho de que Francia se encuentre bien situada en las comparaciones internacionales basadas únicamente en los resultados macroeconómicos, así como en otras clasificaciones distintas de las utilizadas por los autores que reflejan la cohesión social o bien la rigidez del mercado laboral, permiten cuestionar la constatación inicial en la que se basa el informe para proponer una reforma del Derecho del Trabajo. Así, critica que la justificación de las reformas, por otro lado fundadas y razonables, se base en estudios que considera aproximativos.

A continuación, Jean-Paul Fitoussi indica que si bien es fácil abrazar la idea de que, bajo la supervisión y el control del Estado, los agentes sociales puedan ellos mismos llegar a unos buenos compromisos en materia de normas del empleo, de salarios o de resolución de conflictos, ello no debería implicar el rechazo de cualquier intervención pública estatal directa. También cree que una verdadera reflexión sobre una organización tripartita de las negociaciones sociales es importante y está ausente del informe.

Finalmente, insiste en la necesidad de no perder de vista la coherencia del modelo social, que es una condición necesaria para su eficacia⁽²⁾. Por consiguiente, cree que hay que ampliar, más de lo que lo hacen los autores del informe, el debate a todo el sistema económico, social y político.

Por su parte, **Pierre Cahuc** considera este informe oportuno. No obstante, observa que no es cierto que sea deseable un refuerzo de la concertación colectiva si la crean unos agentes sociales que no estén incitados a representar los intereses de una gran parte de sus miembros potenciales. El informe trata, según él, demasiado rápidamente esta cuestión sin proponer una solución clara, y lo lamenta pues es un prerequisite necesario para el desarrollo de una concertación colectiva de calidad. Además, Pierre Cahuc observa que los objetivos asignados por Jacques Barthélemy y Gilbert Cette para desarrollar la negociación colectiva son muy ambiciosos. Duda que todos estos objetivos puedan alcanzarse simultáneamente bajo el riesgo de desembocar en un derecho más complejo. Las ventajas y los inconvenientes de la regulación por convenio deberían abordarse más ampliamente en el informe. En definitiva, en su opinión, el informe contiene unas reflexiones valiosas para considerar una refundación de la producción del Derecho del Trabajo en Francia. Propone una técnica jurídica para crear unas normas mediante convenio, cuyas consecuencias para las desigualdades, la simplificación y la mayor seguridad jurídica merecen ser estudiadas en más detalle.

(2) Véase sobre este tema Jean-Paul Fitoussi, Olivier Passet y Jacques Freyssinet (2000): *Réduction du chômage : les réussites en Europe [La reducción del paro: los logros en Europa]*, Informe del CAE, n.º 23, la Documentation française.