

# LAS PEQUEÑAS EMPRESAS EN DERECHO FRANCÉS\*

[THE SMALL ENTERPRISES IN FRENCH LABOR LAW]

Patrick Rémy  
Consuelo Ferreiro Regueiro

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO. A) Estimular el empleo y la contratación de mano de obra en las pequeñas empresas. 1. Favorecer la contratación reduciendo las trabas del despido en las pequeñas empresas: el fracaso del “contrato para un nuevo empleo”. 2. Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas. 3. El vínculo laboral con la pequeña empresa integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades. B) Sobre la conveniencia de excluir a las pequeñas empresas del ámbito de aplicación de algunas normas laborales. 1. Inaplicación a las pequeñas empresas de algunas normas del Derecho del Trabajo por su elevado coste. 2. Promulgación de normas específicas de Derecho del Trabajo para facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas. 3. Adaptación de normas laborales a las pequeñas empresas. 4. Aplicación efectiva de algunas normas laborales, incluso imperativas, a las pequeñas empresas. II. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LA PEQUEÑA EMPRESA: LAS RELACIONES COLECTIVAS. A) Interdicción de las prácticas desleales del empresario: reconstituir la empresa para la designación de las representaciones de los trabajadores. 1. La unidad económica y social (UES). 2. La consideración de los trabajadores cedidos legalmente como personal de la plantilla de la pequeña empresa: la unidad electoral. B) Reconocimiento excepcional del poder de negociación a otros representantes distintos de los delegados sindicales en las empresas que no pueden designarlos. C) Mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas. 1. En las empresas que cumplen las condiciones legales (con plantillas de más de once o de más de cincuenta trabajadores). 2. En las microempresas que no cumplen las condiciones legales (con plantillas de menos de 11 trabajadores): las soluciones previstas en 2010.

**Contents:** INTRODUCTION. I. THE FRENCH LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISES: THE LABOR INDIVIDUAL RELATIONSHIP. A) To stimulate the employment and the manpower hiring in small enterprises. 1. To encourage hiring by means of diminishing the obstacles to dismiss in small enterprises: the failure of the “contract for a new employment”. 2. New instruments of labor mediation to promote the new manpower hiring by small enterprises. 3. The labor tie with the small enterprise included in a contracting out chain, in an enterprises network or

\* Traducción al castellano de C. FERREIRO REGUEIRO.

*in a group of societies. B) About the convenience of excluding small enterprises from the scope of some labor norms. 1. Inapplication to small enterprises of some Labor Law norms because of their high cost. 2. The enactment of specific Labor Law norms to ease the employment increase in small enterprises. 3. The adaptation of labor norms to small enterprises. 4. The effective application of some labor norms, even imperative, to small enterprises. II. THE FRENCH LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISE: THE COLLECTIVE RELATIONSHIPS. A) The prohibition of employer unfair practices: to reconstitute the enterprise in order to designate the employees' representatives. 1. The economic and social unit (UES). 2. The recognition of legally assigned employees as staff of the small enterprise: the election unit. B) The exceptional recognition of bargaining power to other representatives different from union delegates in enterprises unable to designate them. C) To improve the employees' representation system in microenterprises. 1. In enterprises achieving the legal conditions (with a staff higher than eleven or higher than fifty employees). 2. In microenterprises not achieving the legal conditions (with a staff lower than 11 employees): the foreseen solutions in 2010.*

**Resumen:** Este artículo analiza la posición de las pequeñas empresas ante el Derecho francés del Trabajo, tanto individual como colectivo, realizando propuestas tendentes a facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas, así como a mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas.

*Abstract:* This article analyzes the position of the small enterprises before the French Labor Law, both individual and collective, making some proposals tending to ease the employment increase in small enterprises, as well as to improve the employees' representation system in microenterprises.

**Palabras clave:** Francia – Pequeñas empresas – Derecho del Trabajo.

*Keywords:* France – Small enterprises – Labor Law.

\* \* \*

## INTRODUCCIÓN

Pártase de un dato: la dificultad de crear una empresa en Francia, en particular, por la excesiva burocracia. Diferentes informes oficiales propusieron en su momento una modificación de la legislación con vistas a remontar unos resultados adversos que atribuían, en el año 2008, tres millones de empresas en Francia, frente a los cuatro con los que contaba Gran Bretaña o España, por sólo poner un ejemplo.

En este contexto se justifica la promulgación de la Ley de 4 agosto 2008, sobre modernización de la economía (*loi n° 2008-776 du 4 août 2008 portant la modernisation de l'économie*), que abrevió los trámites para la creación de nuevas empresas y acuñó la elocuente expresión autoempresario<sup>1</sup> con la que se refería a los emprendedores y las microempresas. En verdad, el éxito no se hizo esperar dado que, desde su entrada en vigor, el 1 de enero de 2009, hasta un año después, se crearon medio millón de ellas. Su simplicidad se refiere a la posibilidad de constituir una empresa a través de un formulario colgado en la red, a lo que se acompaña la concesión de una serie de beneficios fiscales y una reducción importante de las cuotas sociales. De esta guisa, cualquier persona puede ejercer, a través de una microempresa, una actividad asalariada o autónoma, principal o accesoria, con la condición —que actúa como límite— de que los rendimientos obtenidos no superen los ochenta mil euros anuales si se desempeñan actividades comerciales, o de treinta y dos mil euros, para los otros sectores de actividad.

Es evidente que el legislador francés consideró que la dificultad para crear empresas se encontraba, entre otros motivos, en la ya citada excesiva burocracia, pero también en los costes de diferente procedencia. Incluso más, las normas laborales se percibieron como uno de ellos en la medida, se decía, que provocaban un freno a la contratación laboral por la pequeña empresa. De ahí el rechazo de la propuesta contenida en el *Informe Attali*, la cual reducía de cincuenta a veinte el número de trabajadores de una empresa para que introdujese un sistema de participación general y de participación en beneficios; la razón fue que tal exigencia aumentaría demasiado las cargas de las pequeñas empresas<sup>2</sup>. Pues bien, este discurso clásico y recurrente en Francia, está en consonancia con el art. 137.1.b) del Tratado de Roma, a cuyo tenor las directivas adoptadas en materia social “evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Y con la propia Comisión europea, la cual con ocasión de revisar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se dirigió a los interlocutores sociales el 24 de marzo de 2010 declarando que se insistiría en la “protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar y la flexibilidad de las empresas en general, y de las PYMES en particular, para que no se sobrecarguen inútilmente con trámites administrativos”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> V. L. Casaux-Labrunée, *La révolution de l'auto-entrepreneur*, SSL 2009, n°1420.

<sup>2</sup> La Ley de 3 diciembre 2008, sobre las rentas del trabajo (*loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail*), propone otros sistemas de extensión de la participación de los beneficios y de la participación en medidas fiscales y sociales, R.Vatinet, JCP S 2008 n°50.

<sup>3</sup> JCP S 2010 n°14.

Ante lo dicho, cabe preguntarse si es necesario distinguir, y en qué medida, entre grandes, medianas y pequeñas empresas a los efectos de la aplicación de las normas laborales. Se sabe que los franceses tienen pasión por la igualdad (incluso más que por la libertad), de modo que procede también interrogarse sobre si las diferencias de régimen jurídico en atención al tamaño de las empresas chocarían o no con el espíritu francés. Ciertamente es que ya hay excepciones a ese espíritu igualitario en el Derecho galo, no en vano los principios de igualdad de trato en general y de “igual salario por igual trabajo”, en particular, sancionados por la *Cour de Cassation*, rigen sólo entre los trabajadores de una misma empresa y no entre los de diferentes empresas, incluso aún perteneciendo al mismo grupo de sociedades. Sin embargo y en puridad, el Derecho galo no reconoce un régimen especial para las PYMES, lo que no implica que las autoridades públicas las abandonen a su suerte. Buena prueba de ello lo constituye la Ley de 2 agosto 2005, en favor de las pequeñas y medianas empresas (*loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*) que modificó groseramente los Códigos de Comercio, Penal, de Impuestos y, por supuesto, el Código de Trabajo. Pese a su nombre, se trató de una ley transversal (*loi fourre-tout*), cuyas disposiciones dispares que versaron de la represión del tráfico ilegal a la ampliación del delito-día para los narcocontratistas, pasando por el trabajo a tiempo compartido (“*le travail à temps partagé*”)<sup>4</sup> o la transposición de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, nada tienen que ver con una concepción global de las PYMES.

Ante esta situación sobra decir que no es tarea exenta de dificultades la de definir desde la perspectiva del Derecho del Trabajo tanto a la pequeña empresa, cuanto a cualquier empresa en general. Tarea esta que fue desempeñada en su momento por el Código Civil de 1804 y por el Código de Comercio de 1807, pero que brilló por su ausencia en las primeras leyes sociales ancladas en expresiones tales como: “fábricas”, “manufacturas”, “industrias” o “establecimientos”<sup>5</sup>. No obstante, se retomó el sustantivo “empresa” en el Código de Trabajo de 1928, cuyo célebre art. L.122-12 (actual art. L.1224-1) trató de la transferencia de empresa, para utilizarlo de nuevo en 1945 con ocasión de la regulación del comité de empresa y extenderlo hasta la sociedad en el Código de Trabajo de 1973 y en las normas desde 1982. Curiosamente, con el nuevo Código de Trabajo, vigente desde el 1 de mayo de 2008, el uso de dicha expresión ha decaído de nuevo hasta el extremo de que es sustituida por la de “patron”. Sea como fuere, se suscribe la opinión de los autores del *Précis Dalloz*, para quienes la empresa constituye un núcleo de imputación del Derecho del Trabajo desde un doble punto de vista: de la organización de sus relaciones individuales (contratación, despido, etc.) y de las colectivas (representación del personal, negociación colectiva, etc.). Con este entendimiento, se vuelve a plantear la cuestión de qué es una pequeña empresa, cuestión de vital importancia en tanto en cuanto el Derecho del Trabajo se ha construido en torno al modelo de empresa industrial, compuesta por diferentes establecimientos que condicionan la organización de las representaciones de los trabajadores<sup>6</sup>. De este modelo se puede predicar su decadencia en manos de la revolución

<sup>4</sup> Vid. infra el epígrafe titulado: “Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas”.

<sup>5</sup> Sobre este particular, vid. Pélissier/Supiot/Jeammaud, *Droit du travail*, Précis DALLOZ 2008, n°573 y ss.

<sup>6</sup> La distinción entre empresas y centros de trabajo es habitual en Derecho francés. De este modo, una empresa puede contar con varios centros distintos a los efectos de que cada uno de ellos constituya una unidad electoral para la elección de los representantes de los trabajadores. Es, así, posible que existan diferentes comités de centro de trabajo (*comité d'établissement*) y, paralelamente, un comité central de empresa (*comité central d'entreprise*).

tecnológica, que ha propiciado el florecimiento de pequeñas empresas en sectores tales como el de servicios, y con ello una continua variación de los criterios que determinan el tamaño de aquéllas (primero 10 trabajadores, luego 20, después 50, etc.). La doctrina gala<sup>7</sup>, sin un concepto claro al respecto y con la confusión derivada de esos variados criterios de determinación, ha apuntado a la Comisión Europea, para la cual la pequeña y media empresa (PYME) es una empresa menor de 250 asalariados con un volumen de negocios que no sobrepasa un límite determinado. Este concepto se completa con otras pinceladas que delimitan el contorno de las pequeñas empresas. Así, un reciente estudio del Ministerio de Trabajo<sup>8</sup> concluye con que éstas aglutinan entre 1 y 9 trabajadores y comportan el 20% del empleo del sector agrario. Para el Consejo de Análisis Estratégico (*Conseil d'analyse stratégique*), organismo de información directa del primer ministro, se trata de empresas independientes de entre cero y 19 asalariados<sup>9</sup>, lo que representaría entonces más del 95% de las existentes en Francia (un total de 2.488.000) que darían trabajo a casi un 30% del total de los asalariados (4.299.000) con exclusión de las Administraciones. De entre ellas, 1.000.666 cuentan de 1 a 9 trabajadores dando empleo a un poco más de tres millones.

Pero, aun admitiendo que se pueda definir la pequeña empresa como la que no supera un determinado número de trabajadores (por ejemplo, once o menos<sup>10</sup>), tal definición sería incompleta porque la empresa es, ante todo, una realidad móvil, con fronteras inasibles<sup>11</sup>. Póngase por caso la “descentralización productiva” y fórmese la pregunta de si los trabajadores de la empresa contratista “puestos a disposición” (“*mise à disposition*”)<sup>12</sup> en la comitente pudieran ser trabajadores de ésta última, al fin y al cabo se les aplican algunas normas laborales (concretamente, las de prevención de riesgos) como si tuviesen tal *status*. Se aprecia, entonces, que una realidad es la persona jurídica societaria, o la persona física, y otra el perímetro de la empresa de la que aquélla es titular; y esta distinción tiene consecuencias graves porque según se tome en consideración al titular de la empresa o a la empresa misma variarán las normas aplicables. De *facto*, la pequeña empresa puede estar inserta en un grupo de sociedades o en una red de empresas; la pertenencia a colectividades más amplias va, quizá, a determinar el uso del derecho sobre ella.

Así pues, a falta de un concepto claro de la pequeña empresa, el Derecho francés se decanta por la solución más práctica y sencilla, al menos aparentemente, que es la ya reiterada del tamaño de la empresa, de forma tal que las normas sociales introducirán ciertas excepciones en su aplicación a las PYMES (en función esencialmente de los límites máximos de personal). El estudio de esta cuestión se va a afrontar

<sup>7</sup> Por todos, vid. A.Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ Montchrétien, 6ª edición, 2008, n°87.

<sup>8</sup> JCP S 30 marzo 2010 n°13.

<sup>9</sup> JCP S 10 noviembre 2009, n°46.

<sup>10</sup> Repárese en que la designación de un delegado de personal está prevista en empresas con once o más trabajadores (vid. epígrafe: “El derecho del trabajo francés y la pequeña empresa: las relaciones colectivas”).

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, vid. el número de *Droit Social* de mayo 2001, en particular los artículos de M-L Morin y F. Gaudu.

<sup>12</sup> Sobre esta expresión polisémica de “puesta a disposición” que alude a realidades jurídicas muy diferentes, vid. J-Y. Kerbouch, *Droit Social*, 2009, p. 530. [En Derecho francés se emplea, por ejemplo, para designar a los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional, para la prestación de servicios de un trabajador fruto de la cesión legal de una ETT a una empresa usuaria, y, como se ve, para la prestación de servicios efectuada en el marco de una subcontratación de obras o servicios. Por todo ello, se justifica la importancia que el autor da a la cita expresión] Nota del traductor.

desde una perspectiva muy clásica, esto es, desde la relación individual de trabajo (I) y desde la colectiva (II). Lo que nos permitirá adentrarnos, en cuanto a la primera parte, en el caso del contrato de nuevo empleo (“*contrat de nouvelle embauche*”), que concentró toda la atención de los iuslaboralistas hasta finales de 2008 porque se habilitaba sólo para las pequeñas empresas; y, en lo que atañe a la segunda, en la ley del 20 de agosto de 2008 (*loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*) que reformó a fondo el derecho de la representatividad sindical y el de la celebración de los acuerdos colectivos, atribuyendo a la negociación del nivel interprofesional y del nacional sectorial la respuesta sobre la representación de los trabajadores en las pequeñas o, incluso, micro empresas.

## I. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

El legislador intenta reconciliar dos imperativos contradictorios: propiciar el desarrollo de las PIMES evitando sobrecargar sus costes (ya se ha dicho que el Derecho del Trabajo se asimila en este ámbito a un coste), lo que se traduce en estimular la contratación laboral (A); y permitir que a sus asalariados se les apliquen las normas sociales (B).

### A) ESTIMULAR EL EMPLEO Y LA CONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

Es evidente que el protagonismo corresponde a los incentivos a la contratación que pasan por la reducción de los costes sociales, cuya enumeración se omite por tediosa. Si bien, no puede ser pasado por alto el denominado “cero cargas” (“*zéro charges*”), es decir, una ayuda temporal a las empresas con menos de 10 trabajadores (conocidas como “*trop petites entreprises*”-TPF) si celebran un contrato de trabajo de duración indefinida o temporal (más de un mes), a tiempo completo<sup>13</sup>. “Cero cargas” permite a esas microempresas eximirse totalmente del pago de la parte de la cuota del empresario con relación a los trabajadores que cobran el SMIC (“*salaire minimum interprofessionnel de croissance*”)<sup>14</sup> y siempre que no tengan una remuneración que supere el resultado de multiplicar por 1,6 el importe de aquél. En este último caso, la ayuda comienza a ser regresiva hasta su desaparición. Por todo ello, es comprensible la importancia dada al sistema de cálculo de la plantilla adscrita a estas empresas<sup>15</sup>.

Pese a lo anterior, interesa más, desde un punto de vista jurídico, las disposiciones de Derecho del Trabajo que atañen a la ruptura del contrato en atención al tamaño de la empresa, sabiendo que es una idea paradójica al tiempo que muy extendida la de que las PYMES contratan tanto más fácilmente cuanto que pueden proceder con flexibilidad a la resolución del vínculo contractual.

<sup>13</sup> En principio se estableció para los contratos de trabajo celebrados entre el 4 de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, pero se prorrogó, a través de un Decreto de 16 noviembre 2009, a los suscritos a partir del 1 enero 2010. Vid. JCP S 2009, n° 18.

<sup>14</sup> [Su importe para el año 2011 es de 1365 euros brutos mensuales o 1073 euros netos] Nota del traductor.

<sup>15</sup> JCP S 2009, n°48.

## 1. Favorecer la contratación reduciendo las trabas del despido en las pequeñas empresas: el fracaso del “contrato para un nuevo empleo”

Contrariamente, por ejemplo, al Derecho del Trabajo alemán<sup>16</sup>, el francés no excluye de sus reglas sobre el despido a las pequeñas empresas, aún más, no tiene en cuenta el tamaño de éstas a la hora de regular las sanciones que integran el poder disciplinario del empresario. Así, en el despido nulo (“*licenciement nul*”), de cuyo carácter excepcional no se duda pues se necesita la violación de un derecho fundamental o una conducta discriminatoria, las indemnizaciones son las mismas con independencia de la plantilla de la empresa, o sea, readmisión del trabajador y, en su defecto —porque éste no lo desea o es del todo imposible— una indemnización equivalente al salario de seis meses. El mismo régimen jurídico sigue el despido disciplinario, que en el Derecho galo exige la concurrencia de una causa real y razonable cuyo control es atribuido al juzgador de primera instancia (“*Conseil de prud’hommes*”). Pues bien, la aplicación de estas normas a las pequeñas empresas se ha criticado sobremanera. Para entender el porqué repárese en que el empresario en la carta de despido debe explicar la causa y motivar la decisión. Para la jurisprudencia, la motivación supone la enumeración detallada y precisa de las faltas cometidas y los datos suficientes que evidencien su prueba, de suerte que la ausencia de motivación equivale a la ausencia misma de la causa. No cabe duda que esta doctrina no se percibe que en las pequeñas empresas se carece de servicios jurídicos que se han convertido en absolutamente necesarios a la hora de tomar la decisión de despedir.

En este contexto el legislador francés quiso precisamente introducir alguna excepción en el régimen del despido cuando fuere utilizado por las pequeñas empresas. Fruto de ello fue la exclusión de las empresas que empleen habitualmente menos de 11 trabajadores cuando el afectado contase con una antigüedad inferior a dos años (art. L.1235-5 *Code du Travail*) de las indemnizaciones por despido improcedente por falta de forma (“*licenciement irrégulier*”), que no puede superar el importe de un mes de salario, o por falta de causa (“*licenciement injustifié sur le fond ou abusif*”)<sup>17</sup>, que no será inferior al importe del salario de seis meses. Para aquéllas, la Ley ha dado al juez poderes soberanos que le permitan determinar el importe de la indemnización según el perjuicio alegado y probado por el asalariado.

También, se introdujeron excepciones en materia de contratación con la creación de un contrato de trabajo especial de duración indefinida para cuya ruptura se arbitraba una solución más flexible siempre que sobrevenga en los dos primeros años de su duración. Se alude al “contrato para un nuevo empleo” (“*contrat nouvelle embauche-CNE*”), creado por una resolución del Gobierno de Villepin bajo la presidencia de Chirac, y dirigido a las empresas con menos de 20 trabajadores<sup>18</sup>. Su originalidad se encontraba en el periodo de consolidación (“*période de consolidation*”) de dos años, durante el cual se podía extinguir el contrato sin causa real y sin respetar las exigencias formales del despido. A cambio, el trabajador tenía derecho a una indemnización equivalente a la

<sup>16</sup> Se refiere a los centros de trabajo con menos de 10 trabajadores, aunque antes de 2004 se reducía el umbral a 5.

<sup>17</sup> [Con esta expresión de «*licenciement injustifié sur le fond ou licenciement abusif*» se alude a la calificación judicial de un despido sin causa por motivos disciplinarios o atribuidos a la persona del trabajador, por ejemplo, la ineptitud sobrevenida.] Nota del traductor.

<sup>18</sup> Se debe distinguir del “contrato del primer empleo” («*Contrat première embauche*») que estaba destinado para todas las empresas, aunque circunscrito a los trabajadores de menos de veintiséis años.

concedida al término de un contrato temporal<sup>19</sup>, lo que diferenciaba aquel período de consolidación del período de prueba (“*période d’essai*”). Además, dado que el empresario podría resolver el contrato en este período sin alegar causa pudiera pensarse que no habría control judicial alguno sobre el hecho extintivo, no siendo ello absolutamente cierto dado que existía el recurso “del abuso de derecho” del Código civil que permitía fiscalizar la ruptura unilateral del contrato, además de la alegación de la vulneración de un derecho fundamental.

Pese a los aviesos debates doctrinales, el CNE fue declarado por el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnelle*) conforme a la norma fundamental francesa, y por el Consejo de Estado (*Conseil d’État*) conforme a los principios generales del derecho y a las normas internacionales. No obstante, nada de ello impidió que los jueces de primera instancia lo juzgasen contrario al convenio n°158 de la OIT<sup>20</sup>, opinión asumida posteriormente por la sentencia del 1 julio de 2008 del Tribunal de casación (*Cour de Cassation*). En ella se afirmó que el CNE privaba al asalariado del derecho a la defensa, pues le hacía sumir la carga de la prueba del carácter abusivo de la extinción como casi la única arma —a salvo la alegación de violación de un derecho fundamental— para impugnarla. Añade que otra cosa sería haber restringido el uso del citado contrato a una categoría concreta de trabajadores con puntuales problemas para su contratación, pero que el tamaño de la empresa no justificaba suficientemente la excepción a la norma y la aceptación de una discriminación en beneficio de las empresas con menos de veinte trabajadores. En definitiva, tras la crítica abierta de los interlocutores sociales, constatada en un acuerdo interprofesional de enero de 2008, el legislador terminó por derogarlo con la Ley de 25 junio 2008 de modernización del mercado laboral (*loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant de modernisation du marché du travail*), reconvirtiendo estos contratos en los clásicos de duración indefinida. Como contrapartida, la citada norma instituyó otra forma de extinción del contrato de trabajo: la ruptura convencional (“*rupture conventionnelle*”)<sup>21</sup>, utilizable por todas las empresas con independencia de su tamaño. De acuerdo con MAZEAUD, “lo que las pequeñas empresas pierden en flexibilidad, los empresarios en general lo ganan ante la posibilidad de resolver el contrato sin necesidad de acudir al procedimiento judicial consustancial a cualquier despido”<sup>22</sup>.

## 2. Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas

Se trata de formas de puesta a disposición de trabajadores, más allá de la cesión legal con ánimo de lucro<sup>23</sup>, para reforzar a las pequeñas empresas con dificultades

<sup>19</sup> [En concreto, el 8% del total de la remuneración, pues el 2% debe ser aportado por el empresario para la financiación del desempleo en el ASSEDIC. [El ASSEDIC, siglas que corresponden a la «*Association pour l’Emploi dans l’Industrie et le Commerce*», es un organismo privado encargado del pago de la prestación por desempleo (“*indemnités de chômage*”). Su actividad es coordinada en el nivel nacional por Unédic (“*Union Nationale Interprofessionnelle pour l’Emploi dans l’industrie et le commerce*”) y, en la región de París-Isla de Francia, por el GARP (“*Groupement des ASSEDIC de la Région Parisienne*”)] Nota del traductor.

<sup>20</sup> [Recuérdese que el citado Convenio trata de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador] Nota del traductor.

<sup>21</sup> Pero en gran parte ilusoria, G.Auzero, RdT 2008.

<sup>22</sup> Op. cit. n° 554-1.

<sup>23</sup> En Derecho francés, el préstamo oneroso de la mano de obra sólo es posible con contratos de trabajo de duración determinada.



para contratar. Lo que es conocido en Derecho galo como “*mutualisation de l’emploi*”, expresión de difícil traducción cuyo equivalente literal pudiera ser “concentración de empleo”, cabría sustituirla en castellano por “instrumentos de intermediación laboral”. Con tal fin, desde 1985 la ley permite la creación de agrupaciones de empresarios (“*groupements d’employeurs*”) que, bajo la forma de asociaciones de empresas o de cooperativas sometidas a un mismo convenio colectivo, se constituyen para ceder a sus miembros los trabajadores contratados por la propia agrupación (art. L.1253-1 *Code du travail*). Aparte de que entre sus funciones también destaca la de asesorar a sus integrantes en lo relativo a las tendencias del empleo o a la gestión de los recursos humanos (art. L.1253-1 al 1 *Code du travail*), después de la publicación de la Ley de 3 diciembre 2008, en favor de las rentas del trabajo (*loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail*), se preocupa por el trabajador al que permite beneficiarse del “plan de ahorro salarial”<sup>24</sup> de todas y cada una de las empresas miembros de la agrupación<sup>25</sup>. Desgraciadamente, este instrumento de “*mutualisation de l’emploi*” no tuvo el éxito previsto pues se acusó a los integrantes de la agrupación de empresarios de practicar una solidaridad financiera elitista, de entre ellos y para ellos, así como de acantonarse e intentar controlar un sector profesional determinado.

Como reacción a estas críticas, la citada Ley en favor de las pequeñas y medianas empresas (2005) crea otro instrumento de intermediación laboral: la “empresa de trabajo compartido” (“*l’entreprise de travail partagé*”)<sup>26</sup>. En verdad, resulta inútil traducir la expresión, de ahí que se proceda a la explicación de su contenido. Consiste en que personas físicas o jurídicas cuya actividad exclusiva es reclutar personal cualificado para cederlo de forma permanente a sus empresas clientes que por razón de su tamaño no pueden contratarlo directamente (art. L.1252-2 *Code du travail*). Los trabajadores afectados son titulares de un contrato de trabajo con la empresa de trabajo compartido, si bien desarrollan la prestación de servicios para los clientes de ésta. A diferencia de la agrupación de empresarios que ya se ha visto, en el caso actual sí existe ánimo de lucro, la empresa de trabajo compartido subsiste del precio pagado por sus clientes a su gestión, lo que constituye una clara excepción, incluso más una derogación extraordinaria, del principio de prohibición de la cesión de mano de obra con ánimo de lucro salvo en el marco del trabajo temporal. Sea como fuere, la virtualidad de este instrumento de intermediación se desconoce desde el momento en que todavía no se han publicado los decretos con el preceptivo desarrollo reglamentario.

Para concluir con este apartado, nada más conveniente que unos datos del Ministerio de Trabajo sobre las preferencias de contratación de las microempresas (las que cuentan con menos de 10 trabajadores), que se decantan por modalidades contractuales

<sup>24</sup> [Es un fondo constituido por los trabajadores de una empresa y que puede contar asimismo con aportaciones de ésta supeditadas a los beneficios que se hayan obtenido en el ejercicio presupuestario precedente. Si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores su creación es meramente facultativa. Cabe distinguir tres modalidades principales. 1) el plan de ahorro de la empresa (“*Plan d’Epargne d’Entreprise*”, conocido como PEE), en el que las cantidades depositadas son indisponibles durante cinco años, con la excepción de su uso para jubilaciones anticipadas; 2) el Plan de empleo inter-empresarial (“*Plan d’Epargne Inter-entreprises*”, conocido como PEI), cuyo nombre da a entender que se trata de la reunión de diferentes empresas para constituir un plan de ahorro común; y 3) el Plan de ahorro para la jubilación colectiva (“*Plan d’Epargne pour la Retraite Collectif*”, conocido como PERCO o PERCOI), en donde los fondos están bloqueados hasta la fecha de la jubilación, salvo las jubilaciones anticipadas] Nota del autor.

<sup>25</sup> Vid. con detalle, P. Fadeuuhl, JCP S 2009, 1062; y también O. Pouey, JCP S 2010, 1054.

<sup>26</sup> P-Y. Verkindt, *Le travail à temps partagé* ou «pourquoi faire simple quand...», JCP S 2005, p.1118.

incentivadas por el Estado, por contratos temporales o por los celebrados a tiempo parcial. El progreso de estos últimos ha sido extraordinario y, en junio de 2009, el 26% de los asalariados de una de esas empresas tenía un contrato a tiempo parcial.

### **3. El vínculo laboral con la pequeña empresa integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades**

Lo que se desea plantear es hasta qué punto una pequeña empresa, integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades, puede hacer corresponsable de la relación jurídica con sus trabajadores, especialmente en caso de extinción de ésta, a las empresas de la cadena, de la red<sup>27</sup> o del grupo<sup>28</sup> —y esto fuera de las garantías sobre sucesión de empresa introducidas por la Directiva 2001/23. En realidad, la respuesta del Derecho francés es breve: obliga a la empresa inserta en un grupo, y que quiere despedir por causas económicas a uno de sus asalariados, a reubicarlo en otras de las empresas de aquél, si ello es posible (art. L.1233-4 *Code du travail*). En caso de no hacerlo, la calificación procesal del despido será la de improcedente (“*injustifié*”), es decir, como si careciese de causa.

En cuanto al despido colectivo, que comprenderá a más de 10 asalariados en un período de treinta días, se impone a todas las empresas con más de 50 trabajadores la elaboración de un “plan de protección del empleo” (“*Plan de Sauvegarde de l’Emploi*”-PSE) y se dispone que su validez depende del patrimonio material o inmaterial de la empresa, del grupo de sociedades o de la “unidad económica o social” (“*unité économique et sociale*”)<sup>29</sup>. Traducido esto a las pequeñas empresas, éstas en cuanto tales no pueden despedir colectivamente por tener una plantilla reducida, pero si puede hacerlo la sociedad en la que se integran. Como precisó la *Cour de Cassation*, en una sentencia del 13 enero 2010<sup>30</sup>, únicamente la sociedad que aglutina a las diferentes empresas<sup>31</sup> tiene, entonces, la obligación de reubicar a los trabajadores en otras empresas del grupo. Dicho de otro modo, para implicar jurídicamente a una de las empresas filiales del grupo de sociedades debe ostentar la calidad de co-empresario junto con la sociedad principal, lo que la jurisprudencia ha admitido en contadas ocasiones<sup>32</sup>.

## **B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE EXCLUIR A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ALGUNAS NORMAS LABORALES**

Cada vez que se introducen códigos de buenas prácticas, por naturaleza opcionales o facultativos, o normas de “*droit muillé*”, éstos son aplicados a las PYMES sin habérselo

<sup>27</sup> Vid. sobre todas esas cuestiones la tesis de E. Peskin, LGDJ.

<sup>28</sup> Con relación a ello, consúltese M. L. Morin, *Les frontières de l’entreprise et la responsabilité de l’emploi*, Droit Social 2001, p.478.

<sup>29</sup> Vid., dentro del epígrafe sobre “El Derecho del trabajo francés y la pequeña empresa: las relaciones colectivas”, el dedicado a la unidad económica y social.

<sup>30</sup> Droit Social Abril 2010, note G.Couturier.

<sup>31</sup> [Se advierte que en Derecho francés se procura remarcar con notable nitidez la distinción entre persona jurídica y empresa, de suerte que ésta, identificada con el desempeño de una actividad, puede corresponder a varias sociedades. Por eso, ha habido sociedades que se han desgajado en otras más pequeñas para evitar la aplicación de las normas sobre representación de los trabajadores. De este fraude a la ley, surge la creación de la figura jurídica conocida como “unidad económica y social”, a través de la cual se intenta recomponer la empresa auténtica y real de la que son titulares diferentes sociedades] Nota del autor.

<sup>32</sup> V. Cass.Soc.3 novembre 2004, n°02-43.029 que admite que el titular de una gran superficie comercial (galeries Lafayette) sea coempresario de los trabajadores allí desplazados por las empresas subcontratadas.

cuestionado. Por ejemplo, después de haber gratificado con la “etiqueta-diversidad” (“*label diversité*”) a las grandes empresas que han diseñado políticas de igualdad innovadoras en las que se ha comprendido las minorías sociales, las PYMES se sumaron a tal posibilidad. Sin embargo, si se promulgan normas que incorporan alguna obligación, la mayoría de las veces “costosas” para las empresas, se pregunta si es de recibo su aplicación a todas ellas. En tales casos, cabe distinguir las estrategias siguientes:

### **1. Inaplicación a las pequeñas empresas de algunas normas del Derecho del Trabajo por su elevado coste**

Se alude a todas las que utilizan límites en cuanto al número de efectivos, siendo muy habituales en la regulación del régimen jurídico de las representaciones de los trabajadores. Desde luego, en Derecho galo un ejemplo paradigmático que consigna el cambio de perspectiva del legislador ha sido el establecimiento de la jornada de 35 horas semanales para todas las empresas independientemente de su tamaño. Establecida por las leyes llamadas *Aubry I* y *II* —que era el apellido del Ministro de Trabajo—<sup>33</sup> en 1998 y 2000, esa jornada podía, pese a lo dicho, incrementarse de suerte que las horas trabajadas por encima de las treinta y cinco semanales pasaron a considerarse extraordinarias, contaron con una remuneración 25% superior a la de una hora ordinaria o 50% si se realizaban muchas y una compensación con tiempo de descanso. Si bien, a raíz de una Ley de 17 enero 2003, sobre el salario, la jornada y el incremento del empleo (*loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 sur les salaires, le temps de travail et le développement de l'emploi*), conocida como Ley Fillon, las microempresas se han beneficiado de un régimen derogatorio que les irroga una disminución de costes, pues el precio de la hora extraordinaria sólo se incrementa en un 10% sobre el de la ordinaria. Con ello, no concluyen los vaivenes. De acuerdo con la campaña electoral que precedió a la elección de Sarkozy (“trabajar más para ganar más”), se promulgó una Ley de 21 agosto 2007, sobre el trabajo, el empleo y el poder adquisitivo (*loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*), conocida como TEPA, que redujo el precio de las horas extraordinarias (para ganar más) sin respetar el régimen especial del que venían disfrutando las microempresas<sup>34</sup>.

### **2. Promulgación de normas específicas de Derecho del Trabajo para facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas**

A través de ellas se pretende reducir al mínimo los trámites administrativos que la contratación de un trabajador supone (practicar el alta, enviar copia básica del contrato al servicio de empleo, etc.) sin por ello privarlo de la garantías derivadas del Derecho del Trabajo. Es el caso, por ejemplo, del “*Titre Emploi Service Entreprise*” —conocido como TESE<sup>35</sup>— que, creado por la citada Ley sobre modernización de la economía de 2008, se ofrece a las empresas con 10 asalariados ahorrándoles toda la burocracia vinculada a la celebración del contrato y al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

<sup>33</sup> [Se trata de la *loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, y de la *loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail*] Nota del autor.

<sup>34</sup> Los matices sobre la elaboración del proyecto de ley se recogen en F.Favennec-Héry, *La détaxation du travail, premier volet du projet de loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, JCP S 2007, 1507.

<sup>35</sup> Sustituye al “*Titre Emploi Entreprise*” y al cheque de empleo para microempresas (“*Chèque emploi TPE*”). Estos fueron creados por la Ley de 26 julio 2005, sobre el desarrollo de servicios para ayudar a las personas y otras medidas sobre cohesión social (*loi n°2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*) para facilitar el procedimiento de pago de las cuotas sociales a las empresas con menos de cinco trabajadores. SSL 2005, n° 1227.

### 3. Adaptación de las normas laborales a las pequeñas empresas

Entre sus principales manifestaciones se encuentra el plan sobre el empleo de los trabajadores *seniors* que deberá ser negociado obligatoriamente en las empresas o en los grupos de sociedades que cuenten con una plantilla superior a las 300 personas. Apréciase que el incumplimiento de este deber supondrá la imposición de una sanción a la empresa por importe igual al 1% de la masa salarial. Sin embargo, la indicada obligación desaparece al incumbir a las empresas entre 50 y 300 trabajadores si estuviesen incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio de sector objeto de un acto de extensión del Ministro de Trabajo. Por eso, al fin del año 2009, se comprobó que numerosos sectores de actividad no concluirían sus respectivos convenios colectivos a tiempo, esto es, antes del 1 febrero 2010. Así las PYMES (en este caso con más de 50 trabajadores) se encontraron en una delicada posición, ya que debían celebrar su propio acuerdo a falta de incluirse en el ámbito de aplicación de un convenio de sector para evitar tener que pagar la sanción del 1% de la masa salarial. El problema se resolvió en términos políticos al concederles el Ministro de Trabajo un plazo adicional de tres meses.

Otro ejemplo de la adaptación de las normas laborales a las pequeñas empresas se halla en materia de igualdad profesional por razón de sexo. El informe de 8 julio 2009, elaborado por la Sra. Grésy a instancias del Gobierno, propuso introducir pequeñas modificaciones en el *Code du travail* para mejorar al tiempo que simplificar sus disposiciones. Entre otras cuestiones, preconiza delegar en la potestad reglamentaria para definir las medidas concretas relativas a los cupos de igualdad y procede a distinguir dichos cupos en atención a la plantilla de la empresa.

### 4. Aplicación efectiva de algunas normas laborales, incluso imperativas, a las pequeñas empresas

En efecto, esa aplicación se logra a través de medidas específicas de apoyo a las pequeñas empresas. Prueba de ello se encuentra en la Ley de 24 noviembre 2009, sobre orientación y formación profesional continuada (*loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*), que, incorporando el contenido de un acuerdo interprofesional nacional, redujo la diferencias existentes en la formación de los trabajadores de las pequeñas y grandes empresas. En su desarrollo se promulgó en el 2010 un Decreto<sup>36</sup>, por el que se instituyó un sistema de financiación especial para las empresas con menos de 10 asalariados que les permitía pagarles los cursos de formación necesarios, al tiempo que sustituirlos temporalmente por otros<sup>37</sup>.

Sin embargo, hay ámbitos, como la salud laboral y la prevención de riesgos, donde las normas laborales deben ser objeto de aplicación sin excepción alguna<sup>38</sup> y, precisamente

<sup>36</sup> [Se trata del Décret n° 2010-290 de 17 marzo 2010 *relatif à la prise en charge des dépenses correspondant aux rémunérations versées à un salarié recruté pour remplacer un salarié absent pour cause de formation*] Nota del traductor.

<sup>37</sup> Vid con detalle, SSL 2010 n° 1439.

<sup>38</sup> Vid. sobre la cuestión de la evaluación de riesgos según la plantilla de los trabajadores a C.Sachs-Durand, RDT 2006, p. 106; en cuanto al Derecho comunitario y la Directiva 92/57/CEE de 24 junio 1992, que impone la designación de un coordinador por parte del titular de la obra aunque operen en ella diferentes empresas secundarias. En una decisión del 25 de julio de 2008, el TJCE precisa que el régimen derogatorio previsto por la Directiva sólo contempla la obligación de establecer un plan de seguridad y salud previo a la apertura de la obra.

por este imponderable, el Estado se ve obligado a reforzar las medidas de apoyo a las pequeñas empresas para asegurar el cumplimiento de aquéllas. Véanse, al respecto, la obligación de los empresarios de prevenir, informar y formar a sus trabajadores ante los riesgos profesionales<sup>39</sup>, cada vez más amplia y constringente.

En verdad, el panorama resulta desolador, de lo que el Ministerio de Trabajo ha dado buena cuenta al reconocer que los trabajadores de las pequeñas empresas continúan careciendo de la información y formación deseadas<sup>40</sup>. Para superar la situación, el citado Ministerio ha introducido en su página web oficial<sup>41</sup> un apartado titulado “trabajar mejor, la salud y la seguridad en el trabajo” (“*travailler mieux, la santé et la sécurité au travail*”), que puede servir como un asesoramiento primario para las pequeñas empresas. A ello se suma el “Plan salud en el trabajo 2010-2014” (“*Plan santé au travail 2010-2014*”), presentado por el Gobierno a los interlocutores sociales y aceptado por éstos, una de cuyas cuatro prioridades es la dar cobertura a las empresas con 11 a 49 trabajadores, dado que en algunas carecen de representación. Esa cobertura consiste en difundir herramientas de ayuda a la prevención, facilitar el diagnóstico de los riesgos en la empresa y elaborar el plan de prevención<sup>42</sup>.

## II. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LA PEQUEÑA EMPRESA: LAS RELACIONES COLECTIVAS

El Derecho colectivo del Trabajo galo se construyó, como en otros muchos ordenamientos jurídicos, en torno a la huelga, que tiene el carácter de un derecho individual, titularidad de cada trabajador, con ejercicio colectivo (en contraposición al Derecho alemán en donde el derecho de huelga recae en un sindicato). El interrogante que subyace en esta construcción es la práctica de dicho derecho en empresas que cuentan con un único asalariado (por ejemplo en el campo de la artesanía o en el del empleo en el hogar familiar). En una sentencia de 13 noviembre 1996, la *Cour de Cassation* sostuvo que “si la huelga consiste en el cese colectivo y concertado del trabajo por asalariados con el objetivo de apoyar sus pretensiones profesionales”, en principio “no puede ser ejercida por el que actúe aisladamente”, pero en las empresas con un único trabajador a éste le corresponde presentar y defender sus pretensiones profesionales, y, entonces, “ejercer ese derecho de huelga constitucionalmente reconocido”. Brevemente, afirmar lo contrario significaría privar al único trabajador, por el simple hecho de serlo, de un derecho constitucional.

Ahora bien, el que los asalariados de las pequeñas empresas tengan reconocido el derecho de huelga no significa que cuenten con representantes del personal. En Francia, como en España, existe un “doble canal” de representación de los trabajadores, compuesto por instituciones elegidas (“*représentations élues*”) y por las sindicales (“*représentations syndicales*”). En las primeras se encuadran los delegados del personal (“*Délégués du personnel*”), para empresas con 11 o más trabajadores, cuya función principal es la de reclamar la correcta aplicación del Derecho vigente; y los comités de

<sup>39</sup> Así el art. L. 230-2 *Code du travail*, sobre la obligación general de prevención de los riesgos profesionales, y el art. R. 243-1 a 15 del mismo texto legal, relativo al control médico de la incapacidad temporal.

<sup>40</sup> Vid. los estudios de DARES (remisión a nota a pie 51) de enero 2008, SSL 2008, n° 1343.

<sup>41</sup> [Se trata de la dirección siguiente: [www.travail-emploi-sante.gouv.fr/](http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/)] Nota del traductor.

<sup>42</sup> Con detalle en SSL 2010, n° 1430.

empresa (“*Comités d’entreprise*”), constituidos en empresas con 50 o más trabajadores, en donde, además de desempeñar la misma función que los delegados de personal, se encargan de representar a la parte social en los procesos de información y de consulta previos a la toma de decisiones de carácter económico y a la administración de las actividades socio-culturales de la empresa (como las cantinas, los comedores, los centros de vacaciones, etc.). En lo relativo a las representaciones sindicales, merece la pena detenerse en el delegado sindical (“*Délégué syndical*”), designado por el sindicato representativo en las empresas con 50 o más trabajadores, es decir, que tienen un comité de empresa, su competencia esencial es la de negociar y concluir los convenios colectivos de ámbito empresarial y de aplicación a toda la plantilla. En resumen, a diferencia de lo que prevalece en Derecho español, el Derecho francés atribuye en exclusiva el poder de negociar convenios a los sindicatos representativos.

Precisamente, la Ley de 20 agosto 2008, relativa a la renovación de la democracia social y a la reforma del tiempo de trabajo (*loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*) reformó a fondo las normas sobre representatividad sindical con el fin de que los criterios de atribución de esa representatividad fueren más reales. Por ese motivo, se derogó la presunción *iuris et de iure* (“*présomption irréfragable*”)<sup>43</sup> de representatividad de la que se beneficiaban cinco grandes sindicatos; al tiempo que se impuso, para que el sindicato deviniese más representativo, entre otros criterios, el que obtuviera el 10% de los sufragios en las elecciones, celebradas cada cuatro años, para determinar los delegados de personal y los miembros de comité de empresa.

Dado que en el nivel de empresa quien negocia, según se ha dicho, es el delegado sindical, éste debe, de un lado, pertenecer a un sindicato representativo en los términos descritos, y de otro, haber obtenido él mismo el 10% de los sufragios en las elecciones de delegados de personal o miembros de comité de empresa (dentro, claro está, de la circunscripción electoral que le es propia), lo que le obliga a ser siempre candidato en ellas. Sin embargo, conviene añadir que en aras de no vulnerar la libertad sindical, la Ley de 20 agosto 2008 permite a los sindicatos todavía no representativos (por no haber alcanzado el umbral del 10% de los sufragios) constituir secciones sindicales y designar un representante de sección sindical (“*Représentant de la Section Syndicale*”), figura de reciente incorporación que tiene atribuidas todas las prerrogativas de los delegados sindicales<sup>44</sup> con excepción de la de negociar convenios colectivos.

Es obvio que todo ello resulta muy complejo e, incluso más, alejado de las realidad de las pequeñas empresas. Pero, independientemente de que algunas de ellas queden al margen de la negociación de un convenio colectivo como consecuencia de su plantilla reducida y de la imposibilidad de designar a un delegado sindical, el Derecho francés dispone de tres estrategias diferentes que atingen a la negociación colectiva en tales casos. Cabe referirse, en primer lugar, a la interdicción de las prácticas desleales o fraudulentas

<sup>43</sup> [En efecto, con un Decreto interministerial de 1966 (*l’arrêt du Ministère du Travail du 31 mars 1966*) fueron declarados sindicatos más representativos: 1) la *Confédération générale du travail* (CGT); 2) la *Confédération française démocratique du travail* (CFDT); 3) *Force ouvrière* FO; 4) la *Confédération française de l’encadrement - Confédération générale des cadres* (CFE); y 5) la *Confédération française des travailleurs chrétiens* (CFTC)] Nota del traductor.

<sup>44</sup> [Entre ellas, está la de defender ante el empresario las pretensiones de los trabajadores y velar por la aplicación de las normas laborales, incluso en su interpretación más favorable. Comparten, pues, funciones con los delegados de personal] Nota del traductor.

del empresario destinadas a dividir la plantilla de la empresa para constituir otras más reducidas y evitar, así, que se designe un delegado sindical (A). En segundo término, a la estrategia de conceder excepcionalmente el poder de negociación a otros representantes distintos de los delegados sindicales (B). Y, en último lugar, a mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas (C).

## **A) INTERDICCIÓN DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES DEL EMPRESARIO: RECONSTITUIR LA EMPRESA PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS REPRESENTACIONES DE LOS TRABAJADORES**

### **1. La unidad económica y social (UES)**

Con el fin de evitar la institución de un delegado sindical, en la década de los sesenta las empresas adoptaron la estrategia de segregarse en varias sociedades cada una de las cuales estaba dotada de una plantilla inferior a 50 trabajadores. Resultado: no tenían jurídicamente que designar un delegado sindical. Fueron, entonces, los jueces los encargados de detectar y solucionar este fraude, para lo cual inventaron el concepto de “unidad económica y social” (“*unité économique et sociale*”), esto es, la reconstrucción de la auténtica empresa que se ocultaba entre diferentes personas jurídicas a los efectos de evitar la designación de los representantes de los trabajadores. De este modo, las diferentes sociedades creadas como fraude a la ley serán consideradas una sola, una unidad económica y social, en la que se podrá constituir un comité de empresa y, a raíz de ello, designar un delegado sindical. Así lo confirma el vigente art. L. 2322-4 del *Code du travail* al imponer el establecimiento del comité “cuando una unidad económica y social compuesta por empresas jurídicamente distintas y con al menos cincuenta trabajadores haya sido reconocida en cuanto tal a través de una sentencia o de un convenio”.

Como se puede apreciar, dos son los componentes de la UES: la unidad económica, o sea, que las empresas que la integran concentren el poder de gestión en una de ellas, compartan una misma estrategia publicitaria, realicen una misma o parecida actividad económica, etc.; y la unidad social, esto es, una idéntica comunidad de trabajadores sujeta a condiciones de trabajo similares. Se persigue, pues, reconstituir la empresa a los solos efectos de la aplicación de las disposiciones sobre la representación del personal. Por esta razón, la UES ni tiene la calidad de empresario, ni es una persona jurídica, ni impide que lo sean las diferentes sociedades que la componen.

### **2. La consideración de los trabajadores cedidos legalmente como personal de la plantilla de la pequeña empresa: la unidad electoral**

Una empresa puede evitar asimismo el establecimiento de representaciones de los trabajadores excluyendo de la unidad electoral a algunos de sus trabajadores.

Precisamente, esto quiso hacer el Gobierno con un Decreto de 2005 para propiciar la contratación de los jóvenes menores de veintiséis años sin que las empresas se vieran obligadas a considerarlos como trabajadores a efectos de las elecciones sindicales y de la composición de la plantilla. Planteada contra esa disposición una cuestión prejudicial, el TJUE, en su sentencia de 18 enero 2007<sup>45</sup>, estimó que aquélla no se

<sup>45</sup> Vid. S. Laulom, *Les moins de 26 ans définitivement réintégrés dans le calcul des seuils d'effectif*, SSL 2007, nº1292.

ajustaba al Derecho comunitario y no por incurrir en una posible discriminación por razón de la edad, sino por esquivar la aplicación de las Directivas 98/59, en materia de despido colectivo, y 2002/14, sobre procesos de información y consultas, lo que para el tema que nos incumbe es más interesante. En otras palabras, el alto Tribunal afirmó, esencialmente, que la remisión del Derecho comunitario al interno, a la hora de determinar el método de cálculo de los trabajadores que integran la plantilla de la empresa, no puede interpretarse en el sentido de permitir la exclusión de algunas categorías para evitar torticeramente alcanzar los límites máximos (por ejemplo, para la designación de los representantes de los trabajadores).

Con el mismo objetivo, cualquier empresa, y no solamente las pequeñas, pueden intentar soslayar la obligación de establecer las representaciones de los trabajadores reclutando mano de obra a través de una ETT. En tales casos, se plantea la cuestión de si esos asalariados puestos a disposición se computarán como personal propio de la empresa usuaria. Cuestión en absoluto baladí que provocó sendos pronunciamientos del *Conseil constitutionnel* en los que se censuraron las tentativas del legislador de limitar la participación de tales asalariados en la organización de las representaciones pues serían contrarias al principio constitucional de participación en la fijación colectiva de sus condiciones de trabajo. Para su argumentación, el *Conseil constitutionnel* adoptó un criterio elaborado por la *Cour de cassation* —tras una larga evolución<sup>46</sup>—, el de la estrecha y permanente integración de los trabajadores puestos a disposición con los de la empresa usuaria: ambos constituyen una misma comunidad de trabajo. Para delimitarlo mejor, la citada Ley de 20 agosto 2008 exigió la existencia de una presencia continua de aquellos asalariados en las instalaciones de la empresa usuaria, lo que se traduce en haber prestado servicios para ella al menos durante un año con el fin de considerarlos integrados en su personal, esto es, de formar parte de la misma unidad electoral (art. L.1111-2 *Code du travail*). Ese período se incrementa en veinticuatro meses para que los trabajadores puestos a disposición puedan ser elegibles en la empresa usuaria. Todo ello sin obviar el problema de la pertenencia por derecho propio a dos o más circunscripciones electorales, la de la ETT y la de la empresa usuaria, debiendo el trabajador elegir en cuál de ambas ejerce su derecho de voto. Sea como fuere, todas estas cuestiones han de ser tomadas con cautela en tanto no se consolide la Ley de 20 agosto 2008 y la jurisprudencia que pueda generar<sup>47</sup>.

## **B) RECONOCIMIENTO EXCEPCIONAL DEL PODER DE NEGOCIACIÓN A OTROS REPRESENTANTES DISTINTOS DE LOS DELEGADOS SINDICALES EN LAS EMPRESAS QUE NO PUEDEN DESIGNARLOS**

A estas alturas sobra decir que la ausencia de un delegado sindical supone, en Derecho francés, la imposibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa precisamente ahora, tras la Ley de 2008, que ha modificado la estructura de la negociación colectiva dando preferencia a este nivel. Tal preferencia había comenzado

<sup>46</sup> Sobre dicha evolución, vid. SSL 2008 n° 1375.

<sup>47</sup> Vid. en particular sobre las condiciones de ejercicio del derecho de opción la circular y la posición contraria de ciertos jueces en SSL.



a perfilarse en otras reformas legales precedentes a partir de las cuales el convenio colectivo de empresa puede derogar, incluso *in peius*, al de sector (que tal vez sea el único aplicable a las pequeñas empresas que carecen de uno propio) y desplazar la aplicación de la ley (por ejemplo, en cuanto al tiempo de trabajo). Así las cosas, es claro que el principal interés para negociar convenios de empresa lo tienen los propios empresarios. Ello explica que, desde 1995, la *Cour de Cassation* afirmase que ante la imposibilidad de tener un delegado de personal, las empresas con menos de 50 trabajadores podrán proponer a un sindicato representativo que apodere a un de sus trabajadores (“*salarié mandaté*”) para que negocie un convenio colectivo. Posteriormente, esta opción se abrió también para cualquier empresa, con independencia de su tamaño, que por diferentes circunstancias no dispusiese de un delegado sindical con la imposibilidad para negociar convenios que ello entraña<sup>48</sup>. Al final, la reiterada Ley de 20 agosto 2008 sancionó la designación de un delegado de personal o de un miembro del comité de empresa —es decir, de una de las “*représentations élues*”, carentes tradicionalmente en Francia de poder de negociación— para celebrar acuerdos de empresa ante la falta de un delegado sindical. En este sentido, el apoderamiento por un sindicato representativo de un trabajador en aras de negociar se subordina no sólo a la ausencia de un delegado sindical, sino también de alguna de las representaciones electas. Desde luego, el nuevo orden jurídico de las relaciones colectiva procedente de la Ley del 2008 ha favorecido de forma expresa a los delegados de personal y a los miembros del comité de empresa, provocando una intromisión en el poder de negociación que ostentaban exclusivamente las representaciones sindicales. Ante la necesidad de preservar el papel de los sindicatos, la Ley de 2008 dio un giro inesperado y reforzó las garantías de éstos pues un acuerdo de empresa celebrado por las representaciones electas tiene que ser convalidado por la comisión paritaria del convenio de sector aplicable.

De todas maneras, la evolución de aquella doctrina nacida de la *Cour de Cassation* allá por el año 1995 contribuyó a reanudar un debate muy antiguo: acaso no sería necesario poner fin a este complejo doble canal de representación de los trabajadores y, al menos en las empresas con una plantilla inferior a 250, fusionar en una sola las representaciones electas y las sindicales. Numerosos proyectos de origen patronal se han elaborado al respecto; la Ley del 20 de agosto de 2008 abrió una brecha en el sistema de representación pues, además de atribuir un cierto poder de negociación a las representaciones electas, como se ha visto, exigió, como también se ha visto, que el sindicato representativo y el delegado sindical tuvieran una legitimidad electoral (el diez por ciento de los sufragios expresados a las elecciones); entonces por qué no ir más lejos y fusionar delegados de personal y delegados sindicales en, por ejemplo, un “representante sindical del personal” (“*Représentant syndical du personnel*”) que sería obligatorio en una plantilla de once o más trabajadores y que tuviese la condición de miembro del comité de empresa desde donde pudiera negociar ...<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> [En verdad, tenía que ver con las citadas leyes *Aubry I y II* (1998 y 2000) que limitaron la jornada a treinta y cinco horas semanales y que permitían su distribución flexible, en especial su cómputo anual. Para ello, era necesario celebrar un acuerdo de empresa y, hete aquí, que la ausencia de delegado sindical en ellas imposibilitaba la aplicación de la nueva jornada por no poder alcanzar tal acuerdo] Nota del traductor.

<sup>49</sup> Vid. al respecto la controversia entre F. Petit y G. Bélier, *Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise?*, RDT 2/2010, p. 76 y las propuestas en este sentido realizadas por F. Petit.

Evidentemente, los sindicatos no están preparados para aceptar tales convulsiones. Sería, además, necesario remontarse a una Ley de 1993<sup>50</sup> para encontrar un texto que osase simplificar, todavía de forma modesta, las instituciones del personal permitiendo a las empresas con más de 200 trabajadores la posibilidad de fusionar, mediante decisión patronal unilateral, los mandatos (no las representaciones) de los delegados de personal que al tiempo fueren miembros del comité de empresa.

### C) MEJORAR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS

#### 1. En las empresas que cumplen las condiciones legales (con plantillas de más de once o de más de cincuenta trabajadores)

Comiencese por algunos datos: el DARES<sup>51</sup> (PIPS nº 44.2,2004) muestra que, en las empresas con menos de 50 trabajadores, el porcentaje de sindicalización sería del 3,5%, la presencia sindical en el lugar de trabajo del 8,3% y en la empresa del 19%.

En las empresas que alcancen los once asalariados se designará un delegado de personal, el cual, por voluntad de la ley, puede ser propuesto como delegado sindical por un sindicato representativo (sabiendo que para que éste exista es necesario normalmente que la empresa tenga 50 o más trabajadores). Pero esta opción no es muy recomendable pues el trabajador que ostente ambas condiciones no podrá, por ejemplo, sumar el crédito horario que proceda de cada uno de ellas.

En las empresas con 50 o más trabajadores, es necesario favorecer la implantación de los sindicatos y la designación por ellos de los delegados sindicales. Así se comprende que la jurisprudencia haya cejado, a partir de 1997, de exigir al sindicato representativo que desea designar a un delegado de sindical la prueba de los trabajadores afiliados a dicho sindicato que prestan servicios en la empresa. Y ello porque es sabido que la mayoría de los trabajadores afiliados preferirán abandonar el sindicado a exponerse a las represalias del patrono conocida ya su tendencia sindical ...

Pero para garantizar que la presencia del sindicato fuere real en la empresa, la Ley de 2008 volvió de nuevo a exigirle la prueba de los afiliados con los que contaba en aquélla. Se volvía al punto de partida. Otra vez la *Cour de Cassation* redujo el impacto de esta prueba y consideró suficiente con la concurrencia de dos trabajadores independientemente del tamaño de la empresa<sup>52</sup>. Incluso más, para evitar represalias empresariales contra éstos, la *Cour* añadió que cuando el sindicato aporte la prueba, y en cumplimiento del principio de contradicción, no debe precisar el nombre de los dos afiliados, pues dicho dato pertenece a su vida personal<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> [Se refiere a la Ley quinquenal de 20 diciembre 1993, relativa al trabajo, al empleo y a la formación profesional (*loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*)] Nota del traductor.

<sup>51</sup> [Significa "*Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques*" y se trata de una dirección de la Administración central francesa que depende al tiempo de los Ministerios de Economía y de Trabajo, entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de las estadísticas del mercado de trabajo] Nota del traductor.

<sup>52</sup> Cass.Soc. 8 julio 2009, v. DS.

<sup>53</sup> Al respecto, vid. G.Loiseau, D. 2010.

## **2. En las microempresas que no cumplen las condiciones legales (con plantillas de menos de 11 trabajadores): las soluciones previstas en 2010**

Según el estudio del Consejo de Análisis Estratégico (citado supra), la presencia sindical en un centro de trabajo con menos de 10 trabajadores no alcanza el 2%, en cambio en los centros con quinientos o más ronda el 80%. Aunque el ámbito de la microempresa se presenta muy diverso, tiene un aspecto en común: las relaciones institucionales entre trabajadores y empresarios son escasas.

El problema no es nuevo. Hace una treintena de años ya se intentó instituir una representación común que englobase a varias microempresas. En esta situación, sobrevino la reforma *Auroux* de 1982<sup>54</sup> que creó el llamado “delegado del lugar” (“*délégué de site*”) que aglutinaba a varias empresas ubicadas en un idéntico o parecido espacio aunque no compartiesen una misma actividad (por ejemplo, un centro comercial, un polígono de artesanos, etc.). El delegado del lugar puede tratar con los empresarios o sus representantes las cuestiones que interesan al conjunto de los asalariados de aquellos. Por desgracia, esta medida no tuvo el éxito deseado por la oposición de la patronal.

En fin, con la Ley de 20 agosto 2008 se remitió a la negociación interprofesional estatal la búsqueda de soluciones de la representación de los trabajadores de las microempresas. Una parte de los interlocutores sociales enviaron al Gobierno una propuesta común que contenía recomendaciones sobre el diálogo social en ese ámbito y sobre el método de medida de la audiencia de los sindicatos<sup>55</sup>. La propuesta preconiza que “comisiones paritarias territoriales” garanticen la representación colectiva del personal de las microempresas. Estas comisiones pueden fomentar el diálogo social, informar y sensibilizar a empresarios y trabajadores sobre las normas laborales y, en particular, velar por la aplicación de los acuerdos colectivos de trabajo. A finales de marzo de 2010, el Ministro anunció un proyecto de ley al respecto.

<sup>54</sup> [Fue una reforma de calado que se articuló a través de las disposiciones siguientes: 1) *loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise*; 2) *loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel*; 3) *loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail*; y 4) *loi n°82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*] Nota del traductor.

<sup>55</sup> Vid. RDT 2/2010 p.72.