

LA APLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL EN FRANCIA: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

HELENA YSÀS MOLINERO

*Investigadora posdoctoral.
Universidad Autónoma de Barcelona*

Extracto:

LA reforma de la representatividad sindical operada en Francia en 2008 ha conllevado una inversión absoluta de la forma de determinación de la representatividad en el país vecino: si las normas anteriores determinaban una legitimidad descendiente que nacía de la presunción *iuris et de iure* por afiliación a las confederaciones sindicales reconocidas como representativas por el Decreto de 31 de marzo de 1966, ahora se ha pasado a una legitimidad ascendente fundada en la audiencia en las elecciones profesionales en la empresa, que determinan la representatividad de los sindicatos a nivel sectorial y nacional interprofesional. Sin embargo, los términos de la reforma pueden calificarse de poco satisfactorios, aunque será necesario esperar bastante tiempo para poder verificar plenamente los efectos de la misma. En este sentido, la complejidad de la nueva normativa, que confluye en el tiempo con otras reformas trascendentales en materia de negociación colectiva y, en particular, sobre la legitimidad para negociar y alcanzar acuerdos y convenios colectivos, ha suscitado hasta el momento un nivel importante de conflictividad.

Palabras clave: representatividad sindical, Francia y reformas normativas.

THE APPLICATION OF UNION REPRESENTATIVITY REFORM IN FRANCE: CASE LAW

HELENA YSÀS MOLINERO

*Investigadora posdoctoral.
Universidad Autónoma de Barcelona*

Abstract:

THE reform of union representation operated in France in 2008 has led to a heavy shift in the form of representativeness determination in the neighboring country. The previous rules determined legitimacy from the top to the bottom as a result of an irrefutable presumption of representativeness affecting trade unions affiliated to union confederations recognized as representative by the Decree of March 31, 1966. On the contrary, the new regulation establishes legitimacy from the bottom to the top based on results of election held in companies, which determine the representativeness of trade unions at sectoral and cross-sectoral national level. However, the terms of the reform can be described as unsatisfactory, even though we will have to wait quite a long time to fully verify its effects. The complexity of the new regulations, which coincides with other far-reaching reforms in collective bargaining and, in particular, in the legitimacy to negotiate and reach agreements, so far has raised a significant level of conflict.

Keywords: trade union representativity, France and law reforms.

Sumario

1. Sobre la necesidad de la reforma.
 - 1.1. Los criterios aplicados con anterioridad a la reforma de 2008.
 - 1.2. Los intentos de reforma.
2. La reforma de la Ley de 20 de agosto de 2008.
3. La aplicación de la reforma.
 - 3.1. La conformidad de la reforma a las normas comunitarias e internacionales y a la Constitución francesa.
 - 3.2. La aplicación de la reforma durante el periodo transitorio.
 - 3.3. Otras cuestiones sobre la aplicación de la reforma.
4. Conclusiones.

NOTA: Este artículo ha sido elaborado en el marco de una beca posdoctoral «Beatriu de Pinós» concedida por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya para la realización de una estancia de 24 meses en la Universidad de Toulouse 1-Capitole (Francia).

1. SOBRE LA NECESIDAD DE LA REFORMA

El sistema de determinación de la representatividad sindical ha estado en Francia durante largo tiempo y hasta la reforma operada por la Ley n.º 2008-789 de 20 de agosto, sobre la renovación de la democracia social, en el ojo del huracán. Las dudas sobre la representatividad real de las organizaciones sindicales reconocidas como tales, que se habían planteado sistemáticamente desde décadas atrás, han planeado invariable e inevitablemente sobre cualquier discusión en torno a la negociación colectiva y al diálogo social. La constatación de los déficit del sistema de representatividad sindical ha sido denunciada durante largo tiempo y con particular intensidad en los últimos años, pero no desembocó en una reforma hasta el año 2008, a pesar de las repetidas exigencias y de las múltiples propuestas formuladas. El sistema de negociación colectiva era un gigante con pies de barro: se tambaleaba por su base, es decir, por la legitimación de los participantes en el mismo para formar parte de él; de hecho, el refuerzo de la legitimidad de los actores sindicales con el fin de acompañar la constante expansión de la negociación colectiva, especialmente a nivel empresarial, era uno de los principales objetivos de la Ley de 20 de agosto de 2008¹. ¿Se ha revertido esta situación desde la publicación de la ley? Esta es la cuestión que se abordará en el presente artículo.

1.1. Los criterios aplicados con anterioridad a la reforma de 2008

En Francia ha existido durante largo tiempo una designación de los sindicatos representativos a nivel nacional, que se había mantenido inalterada desde 1966 (Decreto de 31 de marzo de 1966, que modifica un decreto de 1948 como consecuencia de la escisión entre la CFDT y la CFTC)², que estableció no solo los criterios de representatividad, sino también qué sindicatos los cumplían a nivel nacional e interprofesional: se habla en este supuesto de la representatividad de derecho. Estos criterios que, de hecho, fueron introducidos por la Ley de 11 de febrero de 1950, se encontraban enumerados en el artículo L. 2121-1 –antiguo L. 133-2– del Código de Trabajo; en realidad, los criterios fueron fijados progresivamente y modificados a lo largo de los años. Estos criterios eran:

¹ LAGESSE, P. y BOUFFIER, N.: «Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale: les premières solutions de la Cour de cassation», *Droit Social*, núm. 1 de 2011, pág. 73.

² *Vid.* nota 3.

los afiliados, la independencia, las cuotas, la experiencia y antigüedad y la actitud patriótica durante la Ocupación alemana. Algunos de los mencionados criterios fueron interpretados por la jurisprudencia, interpretación que evolucionó a lo largo de los años; otros fueron prácticamente excluidos por los jueces. Finalmente, los sindicatos que fueron declarados representativos a nivel nacional e interprofesional fueron CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC y CFE-CGC³. Debe ser tenida en cuenta también la previsión de representatividad presumida para todas las organizaciones afiliadas a una de las confederaciones representativas: toda organización sindical afiliada a una confederación representativa se convertía también en representativa por irradiación a nivel de empresa. Por ello, se ha afirmado que en realidad la fijación de los criterios de representatividad respondía a la voluntad de consolidar la acción de las grandes confederaciones históricas del sindicalismo francés⁴.

La jurisprudencia y la doctrina se muestran de acuerdo en entender que los criterios no eran estrictamente acumulativos, es decir, no resultaba necesario que un sindicato los reuniese todos para ser considerado representativo, lo que no significa que un único criterio fuera suficiente para declarar la mayor representatividad sindical⁵. La solución se encontraba en el análisis caso por caso, en la ponderación de los criterios y su apreciación de conjunto, que correspondería al juez efectuar y este debía hacerlo en función de la prerrogativa sindical invocada, lo que constituía también un criterio establecido tiempo atrás por el Tribunal de Casación.

El criterio de los afiliados fue calificado como «preponderante»⁶, pero es evidente que debía ser aplicado teniendo en cuenta el nivel general de afiliación. En consecuencia, el número de afiliados exigido no podía ser muy elevado, teniendo en cuenta la baja tasa de afiliación existente en Francia. No se fijó un umbral para la apreciación de la suficiencia del nivel de afiliación, aunque la cifra del 5 por 100 fue mencionada con frecuencia, siempre en un marco informal o en relación con propuestas de reformas futuras. Por otra parte, el uso del criterio de la afiliación como uno de los criterios que determinan la condición de una organización sindical como representativa planteaba otro problema: eran las propias organizaciones sindicales quienes facilitaban la información relativa a su cifra de afiliados, sin control exterior alguno. Nos encontrábamos ante un auténtico problema de imposibilidad de verificación.

Por otra parte, la exigencia de independencia tenía por finalidad evitar que un sindicato apoyado o cuya creación hubiera sido promovida por un empresario o un grupo de empresarios de forma más o menos directa fuera considerado representativo, aunque su número de afiliados fuese elevado. Pero la independencia se debía probar no solamente en relación con el empleador o con las organizaciones de empleadores sino también en relación con los poderes públicos y los partidos políticos.

La independencia se comprobaba principalmente a través del origen de la financiación del sindicato. Evidentemente, si la procedencia de los recursos fuera dudosa, el sindicato no podría ser

³ Confédération Générale du Travail, Confédération Générale du Travail-Force Ouvrière, Confédération Française Démocratique du Travail, Confédération Française des Travailleurs Chrétiens, Confédération Française de l'Encadrement-Confédération Générale des Cadres.

⁴ MORIN, M.L.: «Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise», *Droit Social*, núm. 1 de 2011.

⁵ «Critères de représentativité», número especial de *Liaisons Sociales*, octubre de 1998, pág. 34.

⁶ *Ibid.*, pág. 34.

reconocido como representativo, de forma que la fuente primordial de financiación del sindicato debía estar constituida por las cuotas de los afiliados. Al margen de ello, podían concurrir también otras circunstancias que provocaran la puesta en duda de la independencia de los sindicatos: presiones del empleador referentes a la elección de los candidatos del sindicato, la asunción por parte del empleador de determinados gastos del sindicato o si el empleador mostraba una actitud «complaciente» hacia los representantes de un determinado sindicato⁷. Contrariamente a lo que sucedía en relación con los afiliados, la independencia del sindicato se presumía. No era el sindicato quien debía probarla, sino que quienes la negaban debían probar su inexistencia.

En tercer lugar, el criterio de las cuotas se vincula estrechamente con el de la independencia: las cuotas de los afiliados aseguran la independencia financiera y por tanto también de gestión del sindicato, al mismo tiempo que son prueba, más si cabe que el número de afiliados, del compromiso de los mismos con la organización sindical. Sin embargo, también aquí se encontraba el problema de la verificación.

La experiencia y la antigüedad eran seguramente los criterios más ambiguos: la antigüedad se apreciaba en relación con la organización sindical pero también en relación con sus dirigentes, que podían haber adquirido su antigüedad y experiencia en el seno de otra organización sindical. En consecuencia, un sindicato recientemente creado podía igualmente, en determinados casos, ser considerado como representativo⁸.

Finalmente, el criterio de la actitud patriótica durante la Ocupación no tenía sentido alguno y no había sido utilizado desde años atrás.

Teniendo en cuenta que los criterios anteriormente descritos fueron fijados en 1950, la jurisprudencia debió adaptarlos e incluso modificarlos.

Los dos principales criterios adoptados por la jurisprudencia fueron el nivel de actividad de la organización sindical y su influencia. Estos pueden en cierta forma sustituir la antigüedad y la experiencia que, si fueran estrictamente aplicados, impedirían que un sindicato de reciente creación pero con una actividad importante y una influencia comprobada a un determinado nivel fuera reconocido como representativo. Asimismo, el criterio de la audiencia en las elecciones a representantes de los trabajadores fue ampliamente utilizado por el Tribunal de Casación con la finalidad de determinar la representatividad. La jurisprudencia también matizó el criterio de la afiliación, como consecuencia de la imposibilidad de establecer el número exacto de afiliados de cada sindicato. Anteriormente la jurisprudencia había igualmente reclasificado los criterios dando más valor a la afiliación y a la audiencia electoral que a la experiencia y a la antigüedad.

Antes de la reforma existían en derecho francés tres posibilidades para las organizaciones sindicales con el fin de ver reconocida su representatividad. Para los cinco sindicatos anteriormente

⁷ «Critères de représentativité», número especial de *Liaisons Sociales*, octubre de 1998, pág. 35.

⁸ Fue el caso, por ejemplo, cuando se produjo la escisión entre la CGT y la CGT-FO en 1948; la exigencia de antigüedad y de experiencia no impidió el reconocimiento de la nueva confederación como más representativa.

mencionados la representatividad se presumía *iuris et de iure*, en virtud del decreto de 1966, que los declaraba representativos sin ninguna posibilidad de impugnación de tal reconocimiento. Ello respondía a la finalidad de facilitar a los sindicatos reconocidos como representativos a nivel nacional su implantación en el seno de la empresa⁹, sin impedir la implantación en ella de otros sindicatos, lo que podían hacer a través de la prueba de los criterios de representatividad. Este reconocimiento no susceptible de impugnación fue muy fuertemente criticado: esta imposibilidad de desvirtuar la presunción de representatividad fue acusada no solo de privilegiar exclusivamente a determinados sindicatos frente a otros, sino también de no corresponderse con la situación real de los sindicatos y de desincentivar tanto a los trabajadores a sindicarse como a los sindicatos a intentar aumentar su número de afiliados.

El hecho de que hubiera sindicatos cuya representatividad era inimpugnable no significaba que ningún otro sindicato no pudiera ser reconocido como representativo, condición plenamente necesaria para conservar el pluralismo sindical. Ciertamente, la representatividad podía ser probada a través de la demostración del cumplimiento a un cierto nivel (nacional, de sector, de empresa) de los criterios de representatividad; dicho esto, la representatividad a nivel nacional no fue nunca reconocida a ningún otro sindicato.

1.2. Los intentos de reforma

El sistema francés de determinación de la representatividad sindical ha sido criticado en numerosas ocasiones y por parte de un buen número de autores a lo largo de los años¹⁰; los criterios de representatividad fueron relativizados, considerados imperfectos y discutidos¹¹, y las disfunciones de un dispositivo concebido en un contexto que no se correspondía en absoluto a aquel hacia el que evolucionan en la actualidad las organizaciones sindicales se acumulaban¹². Se le atribuyó incluso un papel directo en lo que se ha calificado como «crisis sindical» vivida en Francia desde hace ya algunas décadas¹³ y en la pérdida de legitimidad de los actores sociales y de los acuerdos colectivos. Se sugirió reiteradamente también la necesidad de modificar un sistema que no ofrecía garantías de correspondencia con la realidad y que, en consecuencia, presentaba una seria pérdida de legitimidad¹⁴.

⁹ Vid. BIÉTRY, F.: *Les partenaires sociaux. Quelle stratégie syndicale pour quel dialogue social?*, París: Éditions EMS, 2007, pág. 172.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, ANTONMATTEI, P.H.: *Les critères de représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008*, DS, núm. 7/8 de 2008, pág. 771, o DAUXERRE, L.: *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Marsella: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, págs. 343 y 345.

¹¹ *Ibid.*, pág. 351.

¹² *Ibid.*, pág. 541.

¹³ CHÉRIOUX, J.: *Formation professionnelle tout au long de la vie et dialogue social*, Commission des Affaires Sociales, núm. 179 de 2003-2004. El autor atribuye un «efecto devastador» a las disputas sindicales sobre la legitimidad de los actores de la negociación colectiva.

¹⁴ A pesar de que las opiniones críticas eran mayoritarias, también existían opiniones favorables al mantenimiento del régimen de representatividad. Algunas de las organizaciones sindicales reconocidas como representativas por el decreto de 1966 se oponían en principio a una reforma. Es el caso de FO, que consideraba que las virtudes del sistema, especialmente el equilibrio y la estabilidad que este confería a la negociación colectiva, pero también su coherencia, primaban sobre los defectos, lo que justificaría según la organización sindical su mantenimiento.

Parece que, efectivamente, el sistema anterior a la Ley de 20 de agosto de 2008 frenaba la necesaria adaptación del sindicalismo francés a la realidad del presente; es evidente que la relación de las fuerzas sindicales se había transformado desde 1966 y la representatividad debía reflejarlo.

Si la necesidad de operar una seria reforma del sistema de determinación de la representatividad fue apoyada de forma prácticamente unánime, especialmente en lo que concierne a la presunción, el contenido de tal reforma fue mucho más controvertido.

Las propuestas de reforma del sistema de representatividad sindical pasaron con frecuencia por la exigencia de que esta respondiera a una verdadera voluntad de los trabajadores de designar a un sindicato como representativo y para obtener este resultado el criterio de la audiencia –modificando también las normas que rigen las elecciones profesionales con el fin de ofrecer igualdad de oportunidades a todos los sindicatos– fue el favorito. En el Informe Hadas-Label¹⁵, que consagra una parte importante al estudio de los problemas planteados por el sistema francés de representatividad y se compromete también en la búsqueda de posibilidades de reforma, el autor estima que el uso del criterio de la audiencia, medida en ocasión de elecciones periódicas en el seno de la empresa, sería positivo a largo plazo y permitiría asegurar una estabilidad que tampoco impediría la evolución¹⁶.

También el criterio de la influencia fue propuesto, en el sentido ya avanzado por la jurisprudencia. Sin embargo, la utilización del criterio de la influencia es susceptible de ser criticada a causa del riesgo que entraña por cuanto los sindicatos pueden manifestar un activismo artificial con el fin de satisfacer este criterio, riesgo sin duda real. En realidad, el criterio de la influencia es considerablemente amplio y la audiencia electoral puede ser una de sus múltiples manifestaciones.

Hadas-Label propuso dos escenarios de reforma de la representatividad: por un lado, un escenario de «adaptación», que mantendría los aspectos fundamentales del sistema mejorando su funcionamiento y, por otra parte, un escenario de «transformación», en el que el principio de la presunción *iuris et de iure* podría ser cuestionado y la representatividad se basaría esencialmente en el criterio de la influencia, lo que, para el autor, equivaldría a instaurar un sistema de elección.

La adaptación pasaría por la adopción de distintas medidas, que Hadas-Label sistematizó en cuatro grandes grupos: la revisión periódica de la lista de las organizaciones representativas, la puesta al día de los criterios de representatividad, la clarificación de las prerrogativas vinculadas a la mayor representatividad y, finalmente, facilitar los procedimientos de reconocimiento de la representatividad en el sector y en la empresa.

En cuanto atañe a los criterios de representatividad, Hadas-Label propuso una revisión de los criterios sin modificarlos en profundidad: se trataría de una recomposición y de una actualización de los criterios transitoriamente vigentes a día de hoy, que incorporaría los criterios jurisprudenciales. El autor los agrupa en tres categorías: la capacidad de influencia y la independencia, combinación de los resulta-

¹⁵ Informe emitido en 2006 por Raphaël Hadas-Label, presidente de sección del Consejo de Estado, a petición del primer ministro.

¹⁶ Informe Hadas-Label, pág. 83.

dos en las elecciones profesionales, el número de afiliados y los medios financieros de la independencia; la actividad y la experiencia de la organización, que se medirían a través del conjunto de manifestaciones de la acción sindical; y el respeto por los valores republicanos, que también sería un requisito.

Se puede observar que las principales modificaciones provendrían de la revisión periódica de la lista de las organizaciones representativas, lo que permitiría garantizar una representatividad más acorde con la realidad, evitando la supresión de la presunción *iuris et de iure*, por una parte, y facilitando los procesos de reconocimiento de la representatividad, por otra parte.

Lejos de limitar la reforma de la representatividad al escenario de adaptación, Hadas-Lebel consideró también un escenario de transformación, que pasaría por el fundamento de la representatividad en la elección. Existen distintas posibilidades en este sentido.

En primer lugar, se plantea la utilización del resultado de las elecciones «*prud'homales*». Se trata de las únicas elecciones ya existentes abiertas a todos los sindicatos y en las que pueden participar todos los trabajadores. En segundo lugar, existe también la posibilidad de basar la representatividad en las elecciones a delegados de personal. En último lugar, se plantea la posibilidad de introducir unas elecciones de representatividad de sector.

En la hipótesis de que la representatividad se fundara en unas elecciones, los otros criterios podrían sin duda alguna convertirse en instrumentos de verificación de la verdadera naturaleza sindical de las organizaciones que aspiran a la representatividad, pero no instrumentos de medición de la misma.

Hadas-Lebel tiene también en cuenta las consecuencias de una transformación de las reglas de obtención del estatuto de sindicato representativo, que se resumían en tres cuestiones. La primera hace referencia al cuestionamiento de la presunción *iuris et de iure* de representatividad. La comprobación periódica de la audiencia convertiría la presunción en innecesaria, aunque la mayor parte de los sindicatos actualmente representativos se oponían a su supresión; la cuestión se complicaba aún más en los niveles inferiores. Hadas-Lebel proponía la articulación de la presunción *iuris et de iure* y la presunción simple –que podría ser desvirtuada– en función de los niveles. Así, la presunción *iuris et de iure* se mantendría en el nivel nacional e interprofesional, y se convertiría en presunción simple a nivel sectorial: los sindicatos que se beneficiasen de la presunción *iuris et de iure* a nivel nacional e interprofesional se beneficiarían de una presunción simple de representatividad en el sector, y las organizaciones sindicales representativas en el sector (sea a través de la presunción de representatividad, sea como consecuencia de la prueba de representatividad) se beneficiarían también de una presunción simple de representatividad en la empresa. La aplicación de una presunción simple es una idea muy interesante, puesto que permitiría una correspondencia fuerte entre el resultado de la aplicación de las normas de determinación de la representatividad y la realidad, conservando la protección de la presencia de las organizaciones sindicales más importantes en todos los niveles de representación.

Otra cuestión que fue objeto de una reflexión es la del monopolio de presentación de listas de candidatos a la primera vuelta de las elecciones profesionales para la elección de delegados de personal

y miembros del comité de empresa, en el caso de que se prefiriese la opción electoral, que es lo que finalmente ha ocurrido. Los sindicatos representativos se oponían más bien a la supresión del monopolio, mientras que los sindicatos en el momento no representativos pero que aspiraban –y aspiran– a ser reconocidos como tales aplaudían esta supresión. Finalmente la Ley de 20 de agosto de 2008 estableció que los sindicatos que satisfagan los criterios de respeto de los valores republicanos y de independencia, legalmente constituidos como mínimo dos años antes y cuyo campo profesional y geográfico cubra la empresa o el centro de trabajo en cuestión, así como las organizaciones sindicales reconocidas como representativas en la empresa o en el centro de trabajo, aquellas que hayan constituido una sección sindical en la empresa o el centro de trabajo y los sindicatos afiliados a una organización representativa a nivel nacional e interprofesional pueden presentarse a la primera vuelta de las elecciones.

Lógicamente, si el sistema de medición de la representatividad se basa en los resultados de las elecciones, es necesario fijar un umbral de representatividad como el que encontramos en España; las propuestas mayoritarias lo situaban en el 5 por 100, pero no se excluyó fijarlo en un porcentaje más elevado, por ejemplo, el 10 por 100 –es el caso de España–, lo que, como afirma Hadas-Lebel, constituiría una protección contra la atomización sindical. Como se verá, la Ley de 20 de agosto de 2008 fijó finalmente el umbral en un 10 por 100 a nivel de la empresa o del centro de trabajo y en un 8 por 100 a nivel del sector y a nivel nacional e interprofesional.

Posteriormente, el debate en torno a la reforma de la representatividad sindical fue reavivado por un informe adoptado por el Consejo Económico y Social (CES). De él se pueden destacar dos ideas: en primer lugar, es necesario reformar las reglas, suprimir la presunción *iuris et de iure* –que había sido introducida con la finalidad de facilitar la implantación sindical en la empresa y de evitar los contenciosos en el contexto de la posguerra¹⁷– y basar la representatividad en una consulta electoral. Todo ello con la finalidad de reforzar la legitimidad de las organizaciones sindicales; esta legitimidad debe basarse «en su capacidad para elaborar propuestas colectivas, movilizar a los trabajadores para la defensa de los intereses colectivos, informar a los trabajadores de los resultados obtenidos, pedir su opinión y garantizar la correcta ejecución de los acuerdos que resulten de la negociación colectiva»¹⁸. La capacidad para ello, es decir, la influencia del sindicato, se manifiesta no solamente a través de la afiliación sino también a través de la opinión del conjunto de trabajadores, expresada a través de las elecciones profesionales. La reforma era, pues, en opinión del CES, «una exigencia de equidad, de realismo, de eficacia y de democracia que debe enriquecer el presente y el futuro»¹⁹.

El informe del CES también fue objeto de críticas²⁰ debido a su ambigüedad en lo que concierne a la representatividad a nivel nacional; aunque considere que la misma se debe fundar en las elecciones, el CES deja una puerta abierta a la toma en consideración de otros elementos como la experiencia, la antigüedad o la actividad²¹. De hecho, una gran parte de las organizaciones sindicales

¹⁷ CES: *Consolider le dialogue social. Avis du Conseil économique et social présenté par MM. Paul Aurelli et Jean Gautier, rapporteurs au nom de la commission temporaire*, 29 de noviembre de 2006, pág. 10.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 12.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 10.

²⁰ Esencialmente por parte de la CFDT, la CGT-FO y el grupo de las empresas privadas. *Vid.* las respectivas declaraciones de estos grupos en la segunda parte del informe.

²¹ «La réforme de la représentativité voulue par le CES», *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1.285, 4 de diciembre de 2006.

representadas en el seno del CES se opusieron a la medición de la representatividad fundada sobre los resultados de las elecciones porque lo consideraron un peligro de politización de las elecciones sindicales. Proponían, contrariamente, la sustitución de la presunción *iuris et de iure* por una representatividad nacional fundada sobre los criterios ya existentes con la excepción de la actitud patriótica durante la Ocupación –que sería sustituido por el respeto de los valores republicanos– pero revisable cada cinco años y apreciada por una instancia independiente. Se decantan, pues, por el escenario de adaptación dibujado por Hadas-Lebel.

Se debe hacer notar con interés que los sindicatos que eran favorables a tener en cuenta exclusivamente el criterio electoral para medir la representatividad son los más fuertes, aquellos que no perderían su calidad de sindicatos representativos (CGT y CFDT), así como aquellos que han visto rechazado el reconocimiento de la calidad de representativo y lo podrían alcanzar a través de la audiencia electoral; en sentido contrario, los que rechazaban el sistema eran las organizaciones sindicales actualmente reconocidas como representativas y que podrían correr el riesgo de perder esta cualidad si la base de apreciación se limita a la audiencia y si los criterios que los favorecen como la antigüedad y la experiencia eran suprimidos.

En todo caso, dejando de lado la postura minoritaria –pero importante, puesto que emana de distintos sindicatos en aquel momento (y todavía hoy en día) representativos– la propuesta del conjunto del CES se puede resumir como sigue: supresión de la presunción *iuris et de iure* de representatividad, conversión de los criterios actuales en condiciones objetivas a cumplir por parte de todo sindicato que aspire a ser reconocido como representativo, medición de la representatividad fundada en el resultado de las elecciones profesionales a nivel de la empresa con un umbral del 5 por 100, permitiendo a todos los trabajadores expresarse, y periodicidad correspondiente a la celebración de las elecciones, es decir, cinco años.

Se ha podido constatar que la doctrina siempre ha tratado la cuestión de la representatividad en relación con la negociación colectiva. Ciertamente, la representatividad sindical es un fundamento de la negociación colectiva, en el sentido de que la representatividad es un instrumento de legitimidad de las partes en la negociación. Pero la representatividad sindical juega también un papel como fundamento de otras funciones sindicales al margen de la negociación, entre ellos la participación en las instituciones del Estado y del diálogo social.

2. LA REFORMA DE LA LEY DE 20 DE AGOSTO DE 2008

Reformar el dispositivo existente se preveía un ejercicio complicado, sobre todo políticamente²². Después de años de discusiones y meses de negociaciones, los interlocutores sociales llegaron a fijar una posición común sobre la representatividad el 9 de abril de 2008 (Posición común de 9 de abril sobre la representatividad, el desarrollo del diálogo social y la financiación del sindicalismo). El contenido de esta posición común fue esencialmente trasladado posteriormente a la ley.

²² DAUXERRE, L.: *op. cit.*

La Ley n.º 2008-789, de 20 de agosto de 2008, modificó el artículo L. 2121-1 del Código de Trabajo y fijó siete criterios de representatividad de las organizaciones sindicales, aunque algunos autores han considerado que hubiera sido preferible una regulación repartida en dos textos distintos, uno de los cuales recogiera las condiciones generales que deben cumplir los sindicatos para poder ejercer las funciones que les atribuye la legislación, mientras que otro texto fijaría los criterios de representatividad necesarios para que estos puedan ejercer la representación de una colectividad de trabajadores²³. Sin embargo, estas no fueron las disposiciones de la Ley de agosto de 2008, que recoge los siguientes criterios:

- El respeto de los valores republicanos. Este criterio aspira a sustituir el de la actitud patriótica durante la Ocupación, que se había convertido en obsoleto. La posición común hacía referencia al «respeto de la libertad de opinión, política, filosófica o religiosa, así como el rechazo a toda discriminación, a todo integrista y a toda intolerancia» como criterio de interpretación del «respeto de los valores republicanos». Sin embargo, la ley no recogió esta fórmula. Los parlamentarios consideraron que no era oportuno limitar la noción de valores republicanos, que hace referencia al conjunto del bloque de constitucionalidad²⁴. La ley no contiene pista alguna sobre el significado de la fórmula.
- La independencia es uno de los criterios que subsisten. Debe ser interpretada como lo había sido hasta el momento.
- La transparencia financiera. Este criterio se encuentra estrechamente ligado al de la independencia y podría en realidad integrarse en el anterior.
- Una antigüedad mínima de dos años en el ámbito profesional y geográfico que cubre el nivel de negociación. El criterio de la antigüedad era un criterio tradicional pero ahora ha sido precisado: la antigüedad mínima del sindicato debe ser de dos años y debe relacionarse con el ámbito profesional y geográfico que cubre el nivel de negociación.
- La audiencia establecida según los niveles de negociación de forma conforme a la ley. La audiencia era un criterio de origen jurisprudencial. Actualmente, no es solo un criterio más, sino que constituye «la piedra angular»²⁵ de la representatividad. El umbral de audiencia se fija en el 10 por 100 en el caso de la empresa o el centro de trabajo y en el 8 por 100 en el caso del sector y a nivel nacional e interprofesional. En lo que concierne al nivel nacional e interprofesional, no es suficiente obtener el 8 por 100 de la audiencia sumando los resultados obtenidos en la primera vuelta de las elecciones profesionales en la empresa: los sindicatos deben ser también representativos en los sectores de la industria, de la construcción, del comercio y de los servicios (art. L. 2122-9 del Código de Trabajo). Se hace evidente que la fijación de un umbral de audiencia exigida a nivel del sector y a nivel nacional interprofesional inferior al exigido en la empresa tiene un objetivo preciso: «Sensible a los llamamientos insistentes de la CFTC, la posición común se decanta de todas formas por no utilizar la fijación de un míni-

²³ MORIN, M.L.: *op. cit.*

²⁴ FLAMENT, L. y BREDON, G.: «Représentativité syndicale: de la présomption à la démonstration», *Les Cahiers du DRH*, octubre de 2008, pág. 16.

²⁵ PÉLISSIER, J.; SUPLOT, A.; JEAMMAUD, A. y AUZERO, G.: *Précis Dalloz*, París, 2008, pág. 1.070.

mo electoral para eliminar de golpe ciertas organizaciones»²⁶. En todo caso, BORENFREUND afirma que «parece haberse hecho una opción a favor de privilegiar a los sindicatos «fuertes», más que seguir una estrategia dirigida a una reagrupación de organizaciones más frágiles y supuestamente más conciliadoras»²⁷. La rebaja del umbral de representatividad en el sector y a nivel nacional e interprofesional no es la única disposición que parece hecha a medida de ciertas organizaciones sindicales hasta el momento presumidas representativas. Las organizaciones de categoría afiliadas a una confederación sindical de categoría interprofesional nacional que hayan obtenido el umbral de votos en el colegio electoral afectado serán también representativas, disposición avalada por la jurisprudencia²⁸: «Estas disposiciones "a medida" permiten a la CFE-CGC conservar su representatividad y hace imposible en el futuro inmediato el reconocimiento de la representatividad de cualquier otra organización de categoría»²⁹.

Una de las cuestiones que más problemas ha generado en relación con la audiencia electoral es la determinación del tipo de elecciones para medirla. Como se ha visto, habría esencialmente tres posibilidades: las elecciones profesionales, las elecciones «*prud'hommes*» y la instauración de unas elecciones de representatividad. La preferencia de la posición común se dirigió hacia la primera de estas opciones, siguiendo la opinión del CES.

- La influencia, prioritariamente caracterizada por la actividad y la experiencia. Se ha señalado que caracterizar la influencia a través de la actividad y de la experiencia es bastante extraño³⁰. Por otra parte, la posición común preveía la implantación geográfica y profesional como elementos caracterizadores de la influencia, pero la ley no recogió tal previsión.
- El volumen de afiliados y de cotizaciones.

Como se puede observar fácilmente, la nueva ley no ha hecho tabla rasa con el pasado³¹ y los principales cambios residen en la adjunción de nuevos criterios de representatividad. Pero también es cierto que no se trata de una simple adjunción: la Ley de 20 de agosto de 2008 refunda las reglas de la representatividad sindical alrededor de las elecciones³². Además de la suma de nuevos criterios, la ley exige expresamente que los siete criterios se reúnan de forma acumulativa, lo que ha sido valorado como discutible por parte de ciertos autores³³. La ley ha ido más allá de la posición común, que enunciaba que los criterios se apreciarían en un marco global, lo que moderaría la exigencia de acumulación.

Es necesario remarcar que la Ley de 20 de agosto de 2008 reforma también las condiciones de validez de los acuerdos colectivos y la implantación sindical en la empresa (elecciones profesionales

²⁶ BORENFREUND, G.: «Syndicats: le défi de l'audience électorale», *Revue de Droit du Travail*, junio de 2008, pág. 364.

²⁷ *Ibid.*, pág. 364.

²⁸ *Vid. infra*.

²⁹ FLAMENT, L. y BREDON, G.: *op. cit.*, pág. 17.

³⁰ RODIÈRE, P.: «Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme», *Semaine sociale Lamy*, 13 de octubre de 2008, pág. 8.

³¹ *Ibid.*, pág. 8.

³² FLAMENT, L. y BREDON, G.: *op. cit.*, pág. 15.

³³ RODIÈRE, P.: *op. cit.*, pág. 8.

y representación del personal). En conjunto, esta norma ha sido calificada como una de las mayores reformas del Derecho del Trabajo francés³⁴. Precisamente respecto a la representatividad sindical a nivel de la empresa es importante recordar que hasta la adopción de la nueva ley todo sindicato afiliado a una de las cinco grandes confederaciones nacionales consideradas como representativas era beneficiaria de una presunción *iusuris et de iure* de representatividad a nivel de la empresa, de forma que podía designar un delegado sindical, constituir una sección sindical, disponer de local y tablero y presentar una lista a la primera vuelta de las elecciones profesionales sin tener que justificar que cuenta con afiliados en la empresa o su actividad en el seno de la misma. La reforma normativa cambia considerablemente esta realidad, puesto que a partir de ahora, entre otros requisitos, los sindicatos deberán obtener como mínimo un 10 por 100 de los votos en la empresa para ser considerados como representativos en la misma.

Es especialmente interesante remarcar el calendario de aplicación del nuevo sistema de representatividad: en los sectores y a nivel interprofesional la medición de la representatividad se efectuará por primera vez el 21 de agosto de 2013, cinco años después de la publicación de la ley y después de un ciclo electoral entero. Transitoriamente, hasta aquella fecha se presumen representativas a nivel nacional e interprofesional las organizaciones que lo eran en fecha de 21 de agosto de 2008 y todas las organizaciones cuya representatividad se funde en los criterios mencionados en el artículo L. 2121-2 en su redacción anterior a la Ley de 20 de agosto. Al régimen transitorio se dedica mayor atención más adelante.

La ley también prevé la creación³⁵ de un Alto Consejo del diálogo social, que comprende a representantes de organizaciones representativas a nivel nacional de empresarios y de organizaciones sindicales representativas nacionales e interprofesionales de trabajadores, representantes del ministerio con competencias sobre trabajo y personalidades cualificadas. Conocida la opinión del Alto Consejo del diálogo social, el ministro con competencias sobre trabajo dictará un decreto con la lista de organizaciones sindicales reconocidas como representativas de sector o de nivel nacional e interprofesional. Durante los cuatro años siguientes al decreto ministerial, los sindicatos listados gozarán de representatividad. Pero esta presunción se limita a la audiencia. En consecuencia, durante este periodo de tiempo, los sindicatos podrán perder la condición de representativos si dejan de cumplir alguno de los otros requisitos.

Como lo expresa RODIÈRE, «Las nuevas reglas permitirán claramente identificar a los sindicatos representativos. ¿Permitirán también asegurar una estabilidad de esta representatividad?»³⁶. Esta pregunta queda abierta. Se ha señalado también que la ley «conforma un conjunto complejo cuya funcionalidad no es evidente y que llama al conflicto»³⁷.

³⁴ GAURIAU, B.: «La rénovation de la démocratie sociale. Loi n.º 2008-789 du 20 août», *La Semaine Juridique Sociale*, núm. 36 de 2008, pág. 13.

³⁵ Creación «subrepticia» en opinión de RODIÈRE, P.: *Ibid.*, pág. 11.

³⁶ RODIÈRE, P.: *op. cit.*, pág. 8.

³⁷ *Ibid.*, pág. 8. «Las nuevas reglas corren un serio riesgo de introducir el conflicto en el corazón de la representatividad», pág. 11. Según el autor, «Las nuevas reglas de representatividad parecen constituir un poderoso instrumento de deconstrucción de la representatividad y previsiblemente deberían engendrar un conflicto de múltiples caras», pág. 14.

3. LA APLICACIÓN DE LA REFORMA

3.1. La conformidad de la reforma a las normas comunitarias e internacionales y a la Constitución francesa

Con posterioridad a la aprobación de la Ley de 20 de agosto de 2008 se planteó en algunos foros y en instancias judiciales la incompatibilidad de la regulación de dicha ley con algunos derechos (en concreto, derecho de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva) reconocidos por la normativa internacional y comunitaria, partiendo especialmente del hecho de que solo los sindicatos representativos están legalmente habilitados para negociar y concluir convenios colectivos.

Sin embargo, lo más sorprendente es que algunos órganos judiciales acogieron tales alegaciones, fallando la inaplicación de la norma como consecuencia de ello. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Instancia de Brest, de 27 de octubre de 2009, que consideró que el texto de la Ley de 20 de agosto era contrario al Derecho comunitario y en concreto al derecho de libertad sindical, citando sin más el artículo 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también el Convenio n.º 98 de la OIT. Lo cierto es que la sentencia carece casi por completo de fundamentación jurídica y, como era de suponer, fue revocada por el Tribunal de Casación (Sentencia de 14 de abril de 2010). Frente a ello cabe recordar, como lo hacen algunos autores³⁸, algunas cuestiones: en primer lugar, que el efecto *erga omnes* de los convenios colectivos, desde el punto de vista de los trabajadores beneficiarios, convierte en necesaria la exigencia de representatividad de los sindicatos firmantes; por otra parte, cabe recordar también que estos criterios de representatividad deben ser criterios objetivos, razonables, claros, preestablecidos, objetivos, impuestos por la ley y que den lugar a control jurisdiccional.

La Sentencia de 14 de abril de 2010, que tuvo una gran repercusión en Francia, como la había tenido la sentencia del Tribunal de Brest, responde a tres preguntas fundamentales³⁹. La primera de ellas es la siguiente: ¿Puede la ley reservar a los sindicatos representativos el acceso a ciertas prerrogativas? En realidad, la Ley de 20 de agosto de 2008 solo reserva a los sindicatos representativos una única función, que no es otra que el derecho de participar en la negociación colectiva. Para responder a esta cuestión el Tribunal de Casación se limita a recordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que previamente había afirmado –en la Sentencia de 12 de noviembre de 2008 *Demir y Baykara c. Turquía*– que los Estados son libres para organizar su propio sistema de reconocimiento de un estatuto especial a los sindicatos representativos; es más, el tribunal de casación afirma que la representatividad es inherente a la propia función del sindicato de representar a los trabajadores y que la Convención Europea de los Derechos Humanos, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no instituyen en ningún caso un principio de igualdad de trato entre

³⁸ BÉRAUD, J.M.: «Les nouvelles règles sur la représentativité: l'évaluation de la Cour de cassation», *Revue du Droit du Travail*, mayo de 2010.

³⁹ Un amplio análisis de las mismas en PÉCAUT-RIVOLIER, L.: «La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens. À propos de l'arrêt du 14 avril 2010», *Droit Social*, núm. 6 de 2010.

todos los sindicatos y considera que el tribunal de instancia viola los mencionados textos al deducir del principio de libertad sindical el derecho para todo sindicato de exigir determinadas facultades sin alcanzar un umbral mínimo de representatividad, umbral que deben determinar las leyes nacionales. Afirma el tribunal que el hecho de que los trabajadores puedan participar, mediante las elecciones profesionales, en la determinación de los sindicatos aptos para representarlos en la negociación colectiva no tiene como efecto el debilitamiento de los representantes sindicales en provecho de los representantes unitarios, puesto que cada uno conserva las atribuciones que le son propias.

En segundo lugar, en la Sentencia de 14 de abril de 2010, el tribunal responde a la cuestión de si el hecho de condicionar el acceso a la representatividad, y en consecuencia a la negociación colectiva, a la obtención de un sufragio suficiente en las elecciones en la empresa constituye una restricción a la libertad sindical legítima a la vista de los textos europeos. A lo que el propio tribunal responde que el hecho de que los trabajadores puedan participar, a través de unas elecciones, en la determinación de los sindicatos que los representarán en la negociación colectiva no puede ser contrario ni al principio de libertad sindical ni a la necesaria presencia en la empresa de representantes de los sindicatos al margen de los representantes escogidos.

Concluye el tribunal que si el derecho de llevar a cabo negociaciones colectivas con el empleador es, en principio, uno de los elementos esenciales de la libertad sindical garantizada por el artículo 11 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los Estados son libres de reservar su ejercicio a los sindicatos representativos; que, como ya se ha dicho, los criterios que determinan su representatividad deben ser razonables, claros, preestablecidos, objetivos, previstos por la ley y deben dar lugar, en su caso, a un control jurisdiccional; y que el umbral del 10 por 100 de los votos emitidos en la primera vuelta de las elecciones al comité de empresa, sumados todos los colegios electorales, previsto por el Código de trabajo francés responde a los criterios anteriores.

En tercer lugar, se plantea el tribunal si se puede exigir de los sindicatos que escojan a sus representantes exclusivamente entre sus afiliados que se hayan presentado a las elecciones y hayan obtenido un reconocimiento electoral de cómo mínimo un 10 por 100 de los sufragios. Esta cuestión deriva directamente de la sentencia del tribunal de Brest, que había considerado que la Ley de 20 de agosto de 2008 suponía una ingerencia en el funcionamiento sindical. También en este caso el tribunal entiende que la ley francesa es conforme a la normativa comunitaria e internacional, afirmando que el delegado sindical no solo representa al sindicato sino también, en el marco de la firma de acuerdos colectivos, al conjunto de los trabajadores, que deben poder participar en la elección de quien deberá defender su interés y teniendo en cuenta que el dispositivo no se ha cerrado completamente, puesto que para facilitar la presencia de delegados sindicales se prevé la posibilidad de recurrir a otras posibilidades de designación en caso de que no sea posible encontrar un candidato que cumpla los requisitos exigidos por la ley. Considera el tribunal que esta exigencia no constituye una ingerencia arbitraria en el funcionamiento interno de los sindicatos y que contribuye a asegurar la determinación por los propios trabajadores de las personas más adecuadas para defender sus intereses en la empresa y para concluir acuerdos en su representación.

Por otra parte, también se ha intentado que el Consejo Constitucional se pronunciase sobre la adecuación del dispositivo de determinación de la representatividad a la Constitución francesa, en

particular en relación con la exigencia de una audiencia electoral mínima para acceder a la condición de sindicato representativo. No obstante, el Tribunal de Casación rechazó la posibilidad de dirigir tal cuestión al Consejo Constitucional (Decisión de 18 de junio de 2010), argumentando que la cuestión tal como se plantea no es nueva –requisito imprescindible para acceder al Consejo Constitucional– puesto que el Consejo Constitucional ya se había pronunciado sobre la misma, aunque de forma indirecta, considerándola conforme a la Constitución y no es seria –la apreciación de seriedad por parte del Tribunal de Casación es también requisito imprescindible– en la medida en que la exigencia de un mínimo razonable de audiencia electoral que condicione el reconocimiento de la representatividad de una organización sindical no atenta contra el principio de libertad sindical, siendo el caso que la representación legitimada por el voto, lejos de violar el principio de participación de los trabajadores en la determinación colectiva de sus condiciones de trabajo a través de los sindicatos, asegura su efectividad. Debemos precisar que en concreto se alega la vulneración del párrafo 6 del Preámbulo de la Constitución de 1946 (incorporado a la Constitución de 1958), que establece que «todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses a través de la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección» y también el párrafo 8 del mismo texto legal, que dispone que «todo trabajador participa, por medio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo así como en la gestión de las empresas».

La idea que se desprende de las alegaciones de los demandantes es que convirtiendo la audiencia electoral mínima del 10 por 100 en un criterio de la representatividad de los sindicatos, el legislador habría atentado contra la libertad sindical privando a las organizaciones que no cumplen esta condición del derecho de negociar convenios colectivos, incitando a los trabajadores a huir de estas organizaciones en favor de las representativas. Por ello, sostienen, existiría un ataque al carácter efectivo del derecho que tiene todo trabajador a participar en la negociación colectiva y a constituir sindicatos. A pesar de ello, como han afirmado algunos autores⁴⁰, la exigencia de representatividad debe ser entendida como una condición para la efectividad del derecho a la negociación colectiva, evitando los efectos negativos de la excesiva dispersión sindical. Además, no se debe olvidar que la Constitución no determina la naturaleza (sindical o representantes de los trabajadores en la empresa) de la intermediación en la negociación, siendo la ley la que estipula que la negociación colectiva corresponde a los sindicatos, mientras que la participación en la gestión de la empresa se atribuye a las instituciones electivas del personal y particularmente al comité de empresa.

Sin embargo, la Ley de 20 de agosto de 2008 suscita otras cuestiones sobre las que, por el momento, el Tribunal de Casación no se ha pronunciado, pero que el mismo sí ha remitido al Consejo Constitucional, singularmente, sobre la legitimidad del régimen especial destinado a los sindicatos de categoría en contraposición a los intercategoriales. En Decisión de 8 de julio de 2010 (n.º 12142) el Tribunal de Casación acepta trasladar al Consejo Constitucional la cuestión siguiente: la exención para las organizaciones sindicales de categoría del deber de superar el 10 por 100 de votos emitidos en la primera vuelta de las elecciones al comité de empresa en todos los colegios electorales, contrariamente a los sindicatos intercategoriales, que sí deben cumplir este requisito para alcanzar el reconocimiento de la representatividad ¿ha instaurado una ruptura de la igualdad entre organizaciones sindicales, violando el artículo 1 de la Constitución de 1958 –que consagra el principio de igualdad– y

⁴⁰ BÉRAUD, J.M.: «Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution?», *Revue de Droit du Travail*, octubre de 2010.

los artículos 1 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789? En realidad, lo que se plantea es la confrontación del principio de libertad sindical en el sentido de tener en cuenta las especificidades de las organizaciones y del principio de igualdad que conduciría a la negación de tales especificidades a través de la imposición de un trato uniforme⁴¹. Dicho de otra forma, ¿el trato desigual que se da a las organizaciones sindicales de categoría en relación con las organizaciones de clase es perjudicial y discriminatorio para las últimas o, contrariamente, sería discriminatorio para las primeras recibir el mismo trato que las organizaciones de clase, siendo realidades muy diferentes? El Consejo Constitucional se pronunció con celeridad sobre la cuestión y mediante la Decisión n.º 2010-42 QPC de 7 de octubre de 2010 declaró que el establecimiento de tal diferencia de trato entre los sindicatos de categoría y los sindicatos de clase es conforme a la Constitución francesa. Sin embargo, no parece muy equitativo que se reconozca la representatividad de un sindicato que, presentándose por un único colegio electoral cumpla con los requisitos exigidos por la ley pero que haya recibido los votos de unos pocos electores, mientras que se niega a aquel sindicato que se ha tenido que presentar por todos los colegios electorales pero que, habiendo obtenido muchos más votos que el primero, no alcanza a cumplir los requisitos exigidos por la ley.

Para ser más precisos, la cuestión de la representatividad de las organizaciones sindicales de categoría se refiere de forma particular a los sindicatos de directivos y mandos intermedios y, en concreto, a la organización CGC-CFE, que es la única que puede gozar de las ventajas otorgadas por el artículo L. 2122-2 del Código de trabajo. No obstante, debemos hacer notar que existen también estatutos jurídicos singulares para los colectivos de periodistas y de personal de navegación de aviación civil.

3.2. La aplicación de la reforma durante el periodo transitorio

En realidad, el reconocimiento de la representatividad a las organizaciones sindicales que ya gozaban de ella antes de la aprobación de la ley de 2008 persiste hasta agosto de 2013 –también para las organizaciones sindicales afiliadas a las mismas– en todos los niveles de apreciación de la representatividad, que son el nivel nacional interprofesional, el sectorial y el de empresa, aunque también habría sido posible que el legislador hubiera decidido la aplicación inmediata de los nuevos criterios a partir de los resultados obtenidos por las organizaciones sindicales en las últimas elecciones. Es más, a nivel sectorial el periodo de transición se alarga hasta casi 10 años, hasta 2017. Este larguísimo régimen transitorio, que se explica por la necesidad de mantener una cierta estabilidad en un horizonte de profundas transformaciones, justifica su estudio, aunque sea brevemente.

En cuanto al nivel nacional interprofesional, nada ha cambiado desde la entrada en vigor de la ley, puesto que la misma prevé que hasta agosto de 2013 los requisitos para acceder al reconocimiento de la representatividad son los que regían con anterioridad, ya que la audiencia electoral todavía no puede ser medida en este nivel, teniendo en cuenta que los resultados de las elecciones profesionales todavía no han podido ser recogidos a partir de los datos provenientes de las empresas. Sin embargo, durante el periodo transitorio no se prevé estrictamente una prórroga en la aplicación de la normativa anterior, sino que se adoptan normas complementarias y específicas.

⁴¹ *Ibid.*

Lo mismo sucede respecto a la representatividad apreciada a nivel de sector. Sin embargo, a nivel sectorial, como se ha avanzado, el periodo transitorio será particularmente prolongado, puesto que, como resultado de la primera fase del mismo (agosto de 2013), las organizaciones sindicales reconocidas como representativas a nivel nacional e interprofesional gozarán de una presunción de representatividad a nivel sectorial, y no será hasta que finalice una segunda ronda de medición de la audiencia electoral, hacia mediados de 2017, que la nueva normativa se aplique a nivel del sector. Sin embargo, debemos destacar una novedad relevante que –según una parte de la doctrina– se aplica durante el periodo transitorio y que consistiría en convertir la presunción *iuris et de iure* de representatividad que regía hasta el momento en las empresas y en el nivel sectorial respecto a las organizaciones sindicales reconocidas como representativas en el ámbito nacional e interprofesional en presunciones simples, de forma que la representatividad de dichas organizaciones en una determinada empresa o en un determinado sector podría ser puesta en cuestión. Sin embargo, la doctrina no es unánime sobre esta cuestión y la jurisprudencia –en particular las Sentencias del Tribunal de Casación de 8 de julio de 2009 y de 10 de marzo de 2010– dan la razón a quienes defienden que, ante el silencio de la ley, las presunciones deben entenderse *iuris et de iure*⁴², en particular en el caso de las organizaciones que mantienen durante el periodo transitorio el reconocimiento de su representatividad por encontrarse afiliadas a una organización nacional e interprofesional reconocida como representativa. No sucedería lo mismo respecto a las organizaciones que durante el periodo transitorio hayan probado su representatividad, en cuyo caso el Tribunal de Casación no se ha pronunciado y la doctrina parece inclinarse por la presunción simple.

En cambio, a nivel de la empresa, el periodo transitorio finaliza en el momento en que se celebran elecciones en la empresa con fecha posterior a la publicación de la ley, siempre y cuando la primera reunión para la negociación del protocolo preelectoral también haya tenido lugar con posterioridad a la publicación de la ley, momento a partir del que la representatividad se apreciará según las reglas emanadas de la ley de 2008. En consecuencia, la aplicación de la ley será escalonada a lo largo del periodo transitorio general, hasta que el calendario haya determinado la celebración de elecciones en todas las empresas en agosto de 2012. También se debe tener en cuenta que, en el caso de empresas con múltiples centros de trabajo en que las elecciones a los comités de centro tengan lugar en momentos distintos, el periodo transitorio finalizará una vez se hayan celebrado las elecciones en todos los centros de trabajo.

Respecto a la regulación de la representatividad en el periodo transitorio se pueden realizar algunas constataciones⁴³: en primer lugar, se debe subrayar que el legislador no escogió mantener el antiguo sistema de representatividad hasta el final del periodo transitorio, sino que se establecen nuevas presunciones legales –simples para unos, *iuris et de iure* para otros–, puesto que la anterior presunción *iuris et de iure* queda derogada desde el momento de la publicación de la ley.

Por otra parte, habiéndose llegado sin lugar a dudas a la conclusión de que las organizaciones sindicales pueden probar su representatividad a nivel nacional e interprofesional en cualquier momen-

⁴² Vid., por ejemplo, LAGESSE, P. y BOUFFIER, N.: *op. cit.*

⁴³ Vid. MORIN, M.L.: «La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008», *Droit Social*, núm. 5 de 2010.

to del periodo de transición, la duda se plantea respecto a esta posibilidad a nivel sectorial y a nivel de la empresa. En este aspecto, aunque la doctrina y la primera jurisprudencia concluyeron que la dicción de la Ley de 20 de agosto de 2008 conducía a una representatividad «fijada» en fecha 21 de agosto de 2008 y que no admitía variaciones –es decir, quedaba cerrada la posibilidad de que nuevos sindicatos obtuvieran el reconocimiento de la condición de representativos–, el Tribunal de Casación no lo interpretó así, aceptando la posibilidad de que un sindicato pruebe la condición de representativo a nivel de una empresa, demostrando cumplir los requisitos exigidos por la nueva ley con excepción del de la audiencia electoral, puesto que no habrá habido ocasión de medirla mientras no tengan lugar las elecciones en la empresa, de tal forma que las primeras Sentencias del Tribunal de Casación, de 3 y 10 de marzo de 2010, deciden la aplicación inmediata de la nueva ley, adaptando sus reglas a las necesidades del periodo transitorio, exponiendo que «las nuevas disposiciones legales, interpretadas a la luz de los artículos 6 y 8 del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, no excluyen que un sindicato que no se beneficia de esta presunción pueda establecer su representatividad, ya sea por afiliación posterior a una de estas organizaciones sindicales representativas, ya sea aportando la prueba de que cumple con los criterios enunciados en el artículo L. 2121-1 del Código de Trabajo en su redacción derivada de esta ley, con la única excepción de la obtención de un resultado electoral del 10 por 100, que deberá satisfacer desde las primeras elecciones profesionales organizadas en la empresa»⁴⁴.

Para el Tribunal de Casación, la cuestión radicaba en averiguar si el legislador había querido acordar únicamente a las organizaciones sindicales reconocidas como representativas en el momento de la publicación de la norma la facultad de ser consideradas de pleno derecho como representativas o si solamente había querido hacerlas beneficiarias de una simple presunción de representatividad para evitar cuestionamientos «brutales» de su situación durante el periodo transitorio, dejando la puerta abierta para que otros sindicatos prueben su representatividad. Para ello el tribunal constata que la dicción del texto legal no es «solamente son presumidas representativas» o «son representativas» sino «son presumidas representativas» y que ni los trabajos parlamentarios ni la posición común de 9 de abril de 2008 de los interlocutores sociales dan una indicación clara de la opción del legislador, por lo que el Tribunal de Casación interpreta el texto legal a la luz de los principios constitucionales de libertad sindical y de participación y se pronuncia a favor de la segunda solución, considerando que las disposiciones transitorias de la ley no excluyen que un sindicato que no es beneficiario de la presunción pueda establecer su representatividad, ya sea mediante afiliación posterior a la publicación de la ley a una de las organizaciones presumidas como representativas o bien haciendo prueba del cumplimiento de los nuevos criterios con excepción del de audiencia electoral. Para el Tribunal de Casación, esta solución permite garantizar el acceso a la negociación colectiva para todos los sindicatos que puedan probar durante el periodo transitorio que cumplen los criterios de representatividad tal como han sido redefinidos por el legislador, sin olvidar que, igual que sucederá con los sindicatos presumidos representativos, su representatividad se verá sometida a la prueba de las elecciones y se verá confirmada o desmentida según los resultados que obtengan sus candidatos en la primera vuelta de las primeras elecciones profesionales organizadas en la empresa o en el centro de trabajo.

⁴⁴ Cour de Cassation (Chambre sociale), Sentencia de 3 de marzo de 2010 *Syndicat Sud aérien c./ Société ISS Abilis France*. En el mismo sentido Sentencia de 10 de marzo de 2010 *Société Elidis boissons c./ Syndicat des salariés des entreprises grossistes en boissons CGT*.

3.3. Otras cuestiones sobre la aplicación de la reforma

En los más de cuatro años recorridos desde la aprobación de la reforma y al margen de las amplísimas disposiciones transitorias, la norma ha empezado a aplicarse a nivel de la empresa. Y esta aplicación ha suscitado algunas cuestiones por las que la doctrina iuslaboralista francesa ya ha mostrado su interés⁴⁵.

Una primera cuestión se refiere al principio de concordancia, por el cual la cualidad de representativo de un sindicato debe apreciarse en el marco y en la fecha en que el sindicato ejerce un derecho que le atribuye esta condición. Evidentemente el principio de concordancia no es una novedad de la ley de 2008, pero toma una nueva importancia con la nueva regulación. Por ejemplo, respecto a una de las principales prerrogativas de los sindicatos representativos, la de designar un delegado sindical para participar en la negociación colectiva, el Tribunal de Casación ha establecido –en Sentencia de 13 de julio de 2010– que la audiencia electoral se debe calcular a partir de los resultados de las elecciones al comité de empresa y únicamente en caso de que tales elecciones no se produzcan, la referencia se trasladará a las elecciones a delegados de personal. Y será el ámbito en que se pretenda designar el delegado sindical (la empresa o el centro de trabajo) aquel en que se deberá tener en cuenta la audiencia electoral. En cuanto al grupo de empresas, la audiencia se calculará sumando los resultados obtenidos en el conjunto de las empresas o de los centros de trabajo afectados; en consecuencia se exigirá una audiencia media del 10 por 100 y no del 10 por 100 en cada una de las empresas del grupo⁴⁶.

En este punto hay que hacer mención al hecho de que la ley de agosto de 2008 también introdujo algunas modificaciones en el sistema de las elecciones profesionales, que, además, y como consecuencia de las nuevas normas de medición de la representatividad sindical a través de la audiencia electoral, adquieren una nueva importancia⁴⁷.

Por otra parte, se han empezado a constatar estrategias de asociación entre sindicatos para conseguir alcanzar los mínimos de audiencia electoral. Estas estrategias de asociación son tanto horizontales, cuando distintos sindicatos afiliados a una misma confederación se disponen a llevar a cabo una acción común, ya sea mediante la presentación de listas comunes o la designación conjunta de delegados y representantes sindicales, como verticales, a través de la afiliación a una confederación sindical, aunque ya no haya irradiación de la representatividad⁴⁸. El Tribunal de Casación ha fallado que la audiencia se computa en relación con el número de votos emitidos y no en relación con el número de puestos obtenidos por el sindicato en el comité de empresa (Sentencia de 6 de enero de 2011) y, en caso de que se presenten listas comunes entre dos o más sindicatos, serán estos los que deberán determinar cómo se van a repartir los sufragios obtenidos a efectos del cómputo de la audiencia electoral (Sentencia de 13 de enero de 2010).

⁴⁵ Vid., por ejemplo, PÉCAUT-RIVOLIER, L. y PETIT, F.: «Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale», *Droit Social*, núm. 12 de 2010.

⁴⁶ Vid. *ibid.*

⁴⁷ Sobre esta cuestión *vid.*, entre otros, PÉCAUT-RIVOLIER, L.: «Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008: révolution ou statu quo?», *Droit Social*, núm. 1 de 2011.

⁴⁸ Vid. *ibid.*

4. CONCLUSIONES

La reforma de la representatividad sindical de 2008 ha conllevado una inversión absoluta de la forma de determinación de la representatividad: si las normas anteriores determinaban una legitimidad descendiente que nacía de la presunción *iuris et de iure* por afiliación a las confederaciones sindicales reconocidas como representativas por el Decreto de 31 de marzo de 1966, ahora se ha pasado a una legitimidad ascendiente fundada en la audiencia en las elecciones profesionales en la empresa⁴⁹, que determinan la representatividad de los sindicatos a nivel sectorial y nacional interprofesional.

Como se ha dicho, la reforma de la representatividad era urgente, pero no se debería haber hecho de forma precipitada como resultado de ciertos acontecimientos particulares: era necesaria una profunda reflexión sobre la función de la representatividad sindical y sobre la realidad sindical francesa. Una reforma que conduzca no solo al mantenimiento del número actual de organizaciones sindicales reconocidas como representativas (algunas de ellas manifiestamente poco representativas) sino a una eventual ampliación a siete organizaciones representativas (incluyendo los sindicatos UNSA y SUD, que hasta el momento no habían conseguido ver reconocida su representatividad, lo que podría cambiar con las nuevas normas), en competencia las unas con las otras para probar su respectiva influencia, se revelaría nefasta. Dicho esto, parece igualmente evidente que la particularidad del paisaje sindical francés no permite la importación de soluciones válidas en otros países pero quizás inadaptadas a la realidad francesa. La solución no es fácil; lo esencial a nivel nacional interprofesional es, sin embargo, que la reforma de la representatividad no bloquee la posibilidad de un diálogo social eficaz, mientras que a nivel de empresa y de sector, se debería poder garantizar en mayor medida la representatividad de los participantes en la negociación colectiva.

Finalmente, el análisis de la reforma levanta la sospecha de que las reglas han sido fijadas excesivamente a medida de las organizaciones sindicales hoy en día representativas, al mismo tiempo que dejan una puerta abierta para nuevas organizaciones sindicales. Será necesario esperar bastante tiempo para poder verificar los efectos de la reforma y para poder valorar si habrá contribuido o no al reforzamiento de la legitimidad de las organizaciones sindicales. Sin embargo, hoy por hoy, más de cuatro años después de la entrada en vigor de la ley, se pueden empezar a apreciar sus efectos, no sobre la representatividad a nivel nacional e interprofesional, puesto que no se podrá apreciar hasta que finalice el periodo transitorio con el ciclo electoral en agosto de 2013, pero sí a niveles inferiores. En este sentido, la complejidad de la nueva normativa, que confluye en el tiempo con otras reformas trascendentales en materia de negociación colectiva y, en particular, sobre la legitimidad para negociar y alcanzar acuerdos y convenios colectivos, ha suscitado un nivel importante de conflictividad, que se ha manifestado en la existencia hasta hoy y ya desde los primeros meses posteriores a la aprobación de la reforma –y sin que la misma se haya aplicada todavía plenamente– en la reiterada intervención del Tribunal de Casación en materias diversas.

⁴⁹ MORIN, M.L.: *op. cit.*