

**DERECHO COMPARADO: LA VOLUNTAD DE LIMITAR EL
RIESGO DE JUICIO EN EL MARCO DE LA RUPTURA DEL
CONTRATO DE TRABAJO**

Dr. François Taquet (*)
Abogado francés

(Recibido 14/01/17 • Aceptado 14/11/17)

(*) Profesor de Derecho social, Abogado, especialista en Derecho laboral y protección social, colegiado en Cambrai (Francia), Director científico de la red internacional de abogados GESICA
www.francois-taquet.com .- francois-taquet@orange.fr

Resumen: Con el fin de limitar el riesgo contencioso en el marco de la resolución del contrato de trabajo, los países europeos optan más y más por varias posibilidades: hacer la demanda ante las jurisdicciones laborales cada vez más onerosa o más complicada, crear modos amistosos de resolución de los contratos que facilitaran los debates y permitirán impedir toda controversia entre las partes y por fin, desarrollar los modos alternativos de resolución de los conflictos. Destacaremos que algunos países accionan hasta esas tres palancas para reducir los riesgos contenciosos.

Palabras Clave: Contencioso - Riesgo - Recurso ante las jurisdicciones laborales - Ruptura amistosa - Modos alternativos de reglamento de los conflictos.

Résumé: Dans le but de limiter le risque contentieux dans le cadre de la rupture du contrat de travail, les pays européens optent de plus en plus fréquemment pour plusieurs possibilités : rendre la saisine des juridictions du travail plus onéreuse ou plus compliquée, créer des modes de rupture amiable qui faciliteront la discussion et permettront d'éviter tout litige entre les parties et enfin, développer des modes alternatifs de règlement des conflits. On relèvera même que certains pays actionnent ces trois leviers afin de réduire les risques de contentieux.

Mots-clés: Contentieux – Risque – Recours devant les juridictions du travail – Rupture amiable – Modes alternatifs de règlement des conflits.

Índice

Introducción

I Las limitaciones por medio del procedimiento

II Las limitaciones a través de la creación de modos de extinción amigable

III Las limitaciones mediante el desarrollo de los modos alternativos de solución de conflictos

Conclusión

Bibliografía breve

INTRODUCCIÓN

El tema es evidentemente de actualidad. Sin duda debido a que en ciertos países, la cantidad de causas en proceso evidencia ser demasiado importante¹. También e indudablemente debido a que, mucho más que antes, vivimos en un período en el que la búsqueda de consenso es primordial². Así, el Derecho laboral no es la excepción a esta voluntad de los legisladores de limitar el riesgo de juicio. No obstante, si observamos con atención, veremos que se nos ofrecen diversas posibilidades para limitar ese riesgo. Una alternativa posible radica en el procedimiento, otra es la de fomentar los modos de terminación amigables. Por último, la tercera opción consiste en desarrollar los modos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, resulta evidente que cada una de estas opciones persigue un mismo objetivo. Y llama la atención constatar que en muchos países, los legisladores han utilizado a menudo las tres estrategias³.

I – Las limitaciones por medio del procedimiento

Esta situación puede involucrar varias cuestiones. Así, para limitar la posibilidad de juicio, una de las primeras alternativas es hacer que el trabajador deba afrontar gastos judiciales. En Inglaterra y Gales, desde julio de 2013, para que un trabajador pueda presentar una causa ante la justicia es necesario que pague los gastos correspondientes (que varían según el tipo de demanda)⁴. Si bien esta medida produjo mucha

¹ Cada año en Francia, se inician más de 200,000 casos en los tribunales laborales

² En este sentido, son incontables las iniciativas que apuntan a desarrollar, en todos los ámbitos del derecho, la idea de transacción, mediación, arbitraje.

³ El autor de este artículo desea agradecer a los miembros de la sección internacional de la agrupación de abogados GESICA que proveyeron estudios sobre los modos de interrupción amigable en los siguientes países: Argentina, Chile, Dinamarca, Estados Unidos, Inglaterra y Gales, Turquía, Bélgica, Luxemburgo, España, Portugal, Alemania, Suiza, Italia, Canadá, Rumania. Este trabajo da continuidad al estudio desarrollado por la misma sección internacional de la agrupación de abogados GESICA: “Quelques références de Droit comparé à propos de la loi Travail : le point sur les licenciements économiques”. Jurisprudencia social Lamy. N° especial 410.

⁴ El objetivo aquí es ahorrar, sabiendo que el costo de funcionamiento anual de los tribunales que se encargan de las causas de derecho social (“Employment Tribunals”) asciende a aproximadamente £ 84,000,000 en Inglaterra y Gales. En informes se estima que el número de causas se redujo al 70%.

controversia, redujo considerablemente la cantidad de demandas interpuestas ante la justicia laboral.

Una segunda opción radica en el formalismo que se implemente en el marco de la asignación judicial de la causa, sabiendo que un formalismo importante tendrá como consecuencia disuadir al trabajador de realizar un planteo judicial. Así, podemos ver que en Francia, se reforzó el rol de preparación de la causa ante la oficina de conciliación y orientación para acelerar el tratamiento de los expedientes. La oficina de conciliación debe fijar los plazos y las condiciones de notificación de las pretensiones, medios y piezas. Si las partes no respetan esas disposiciones, la oficina puede decidir la exclusión de la causa o remitirla al pronunciamiento del tribunal en la primera fecha hábil⁵.

Otra facultad es la de incitar a la conciliación durante el proceso contencioso. También en este caso, las modificaciones realizadas en Francia van en ese sentido: la oficina de conciliación y orientación, el tribunal enjuiciador o la comisión sumaria pueden, a partir de ahora, en cualquier instancia del proceso, instar a las partes a recurrir a un conciliador judicial o a un mediador para que les brinde información sobre el objeto y el desarrollo de la medida, delegar en un conciliador judicial el intento previo de conciliación o designar a un mediador, con el acuerdo de las partes. Si el procedimiento fuera exitoso, la justicia homologará el acuerdo⁶.

Otro mecanismo que permite limitar la posibilidad de juicio es la prescripción. La fijación de un plazo impugnatorio breve desalentará inevitablemente a los trabajadores que dispondrán de poco tiempo para informarse y organizar su defensa, pero al mismo tiempo, extinguirá toda acción posterior e impedirá al juez examinar la legalidad de contratos anteriores⁷. Este problema de la prescripción parece mucho

⁵ Ver ley n° 2015-990 del 6 de agosto de 2015 y decreto n° 2016-660 del 20 de mayo de 2016 referente a la justicia laboral y al tratamiento judicial del juicio laboral.

⁶ Ver textos mencionados previamente en la nota 5

⁷ Tal como lo señala Jean Guy Huglo, “es innegable que el establecimiento de plazos recursivos o impugnatorios contribuye a la seguridad jurídica en la medida que apunta a que no se pongan en tela de juicio situaciones demasiado antiguas. La facultad de olvidar también debe formar parte del derecho. No obstante, dichos plazos perjudican directamente la posibilidad de accionar ante la justicia

más importante en el derecho francés dado que se relaciona con el tema de la retroactividad de la jurisprudencia. Así, la sala en lo social decidió que “la seguridad jurídica no podría implicar la consagración de un derecho adquirido por una jurisprudencia inalterable, en la medida que la evolución de la jurisprudencia forma parte del oficio del juez al aplicar el derecho”⁸. En la práctica, sucede que los usuarios que optaron por aquello que creían que se ajustaba al estado de la jurisprudencia, ocasionalmente descubren a posteriori, tras la modificación de esa jurisprudencia, que se colocaron, aunque obrando de buena fe, en una posición contraria a las reglas aplicables a pesar de que en ese momento evidentemente no podían preverlas ni mucho menos aplicarlas. Ahora bien, en derecho laboral es frecuente que la jurisprudencia cambie de rumbo y recurra a creaciones pretorianas.

El análisis del derecho comparado demuestra que los plazos para accionar luego de un despido son frecuentemente breves. Así, el derecho alemán establece un plazo de tres semanas para accionar judicialmente a partir de la finalización del contrato; y el derecho español fija ese plazo en 20 días⁹. El mismo plazo es de tres meses en Bélgica o Luxemburgo, de 60 días hábiles en Chile, de cuatro meses en Suecia, etc. En el caso de Francia, recordemos que antes de la sanción de la ley n° 2008-561 del 17 de junio de 2008, la prescripción era de 5 años en materia salarial y de 30 años por daños y perjuicios¹⁰. Este último plazo fue duramente criticado por la doctrina en la medida que fomentaba la inseguridad jurídica del empleador. En esas condiciones, se decidió unificar las prescripciones por medio de la ley antes citada, fijándolas uniformemente en 5 años,

y afectan necesariamente el principio concurrente del derecho a la protección jurisdiccional”. “La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique”. Jean-Guy Huglo. Cuadernos del Consejo Constitucional n° 11.

⁸ Casación, sala social, 25 de junio de 2003, recurso n° 01-46479

⁹ Señalaremos que ese plazo breve provoca consecuencias en un contexto de movilidad internacional, tal como lo demuestra un fallo del máximo tribunal francés, la Corte de casación, sobre un contrato ejecutado en España y en Francia pero sujeto a la legislación española: el juez francés estimó que ese plazo “no era contrario al orden público internacional”, dado que no privaba al trabajador de su derecho a acceder a la justicia ni habilitaba el reemplazo del juez español competente por el juez francés: Casación, sala social, 12 de julio de 2010, recurso n° 07-44655

¹⁰ Cód. civil art. 2262

ya sea que se tratase de salarios o daños y perjuicios. Sin embargo, la discusión recomenzó en 2013 y la ley de protección del empleo n° 2013-504 del 14 de junio de 2013 volvió a modificar esos plazos estableciendo su reducción: la acción de reclamo o de repetición salarial pasó a tener un plazo de prescripción de 5 a 3 años contados a partir del día en que el accionante tomó conocimiento o debiera haber tomado conocimiento de los hechos que lo habilitan a entablar dicha acción¹¹. En cuanto a la acción relativa a la ejecución o a la extinción del contrato de trabajo, prescribe a los dos años del día en que el accionante conoció o debiera haber conocido los hechos que posibilitan su ejercicio¹². No obstante, ese esquema admite ciertas excepciones.¹³

Otra posibilidad es la fijación de un tope para la indemnización por despido sin justa causa. Para ciertos empleadores, el temor de terminar el contrato de trabajo con el consabido pago de las indemnizaciones representaría un freno para la contratación de personal. Y ese temor queda mucho más justificado frente al hecho de que la norma no establece ningún tope para la indemnización por extinción sin justa causa, lo cual le proporciona al juez plena libertad de apreciación a la hora de establecer el monto de los daños y perjuicios.¹⁴ Lo cierto es que muchos países se orientaron al establecimiento de una escala para las indemnizaciones por extinción injustificada del contrato de trabajo a fin de evitar cualquier desviación de los jueces. Ciertos Estados aplican un sistema de tope de los más sencillos (es el caso de Mónaco, Bulgaria, Estonia: seis meses de salario como máximo si el empleado no alcanzó la edad que le permite percibir una pensión/jubilación; Costa de Marfil,

¹¹ Cód. de trabajo art. L 3245-1 – Ver la jurisprudencia según la cual el plazo de prescripción de un crédito remunerativo corre a partir de la fecha en la que el trabajador toma conocimiento de los elementos que le dan derecho a una remuneración: Casación, sala social, 25 de septiembre de 2013, recurso n° 11-23705. Ver en el mismo sentido: Casación, sala social, 13 de febrero de 2013, recurso n° 11-26901 - 8 de octubre de 2014, recurso n° 13-16840.

¹² Cód. de trabajo art L 1471-1

¹³ Así, el recurso jurisdiccional contra una decisión de homologación de un acuerdo de ruptura convencional, método que se explicará más abajo, se debe interponer en un plazo de 12 meses. Asimismo, notaremos que

¹⁴ en Francia, la ley de protección del empleo de 2013, disminuyó las prescripciones aplicables en el marco de la impugnación de los planes de salvaguarda del empleo cuando un empleador despide o piensa despedir al menos 10 trabajadores

Albania, Eslovaquia, un año de salario como máximo (o, tratándose de Costa de Marfil y por decisión especialmente justificada, 18 meses de salario); Eslovenia: 18 meses de salario como máximo; Finlandia, Irlanda, Marruecos: 24 meses de salario como máximo). En Italia, la reforma “Jobs Act” introdujo un sistema más sutil: en caso de despido considerado injustificado por el juez, en las empresas de más de 15 empleados, corresponde una indemnización igual a 2 meses de sueldo por año de antigüedad (con un mínimo de 4 meses y un máximo de 24) mientras que para las empresas de 15 empleados o menos, la indemnización es igual a 1 mes de sueldo por año de antigüedad (2 meses como mínimo y 6 meses como máximo)¹⁵.

Este deseo de fijar un tope para las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo sin justa causa, con la intención de liberar a los empleadores de todos sus temores y no someterlos a inconvenientes económicos excesivos en caso de despido, se puede comprender perfectamente. Más aún, sería paradójico estar en contra de la fijación de un tope para las indemnizaciones por extinción sin justa causa y admitirlo (como sucede en el derecho francés) para las indemnizaciones por despido en sí mismas¹⁶. Los profesionales saben bien que cualquier

en una empresa de al menos 50 empleados en un período de treinta días. Lo mismo sucede en el caso de cualquier reclamo relativo a la regularidad o validez del despido que prescribe a los 12 meses a partir de la última reunión del comité de empresa o, en el marco del ejercicio por parte del asalariado de su derecho individual a impugnar la regularidad o validez del despido, a partir de la notificación del mismo en Francia, se había constatado que dependiendo del tribunal que correspondía a la empresa, la indemnización por extinción sin justa causa podía variar hasta el doble, creando situaciones arbitrarias - Para algunos, esta idea de establecer un tope es un error: así, la Fundación francesa IFRAP se preguntó justamente sobre la utilidad de la fijación de una escala y un tope; según esta fundación: ¿a título de qué esa escala liberaría a las empresas, y en especial a las más pequeñas, que son aparentemente y con razón las alcanzadas por los frenos a la contratación? A lo que las empresas no quieren arriesgarse es a tener que pagar daños y perjuicios, cualquiera sea el monto, cuando se ven forzadas a despedir, debido a una baja de la actividad, a empleados que en una coyuntura favorable hubiesen seguido contratando

¹⁵ decreto 23/2015 del 7 de marzo de 2015. Ver nuestro artículo “Indenita de licenziamento nel diritto francese e italiano”. *Diritto e pratica del lavoro* 42/2015. p. 2418 s

¹⁶ Casación, sala social, 30 de abril de 2009, recurso n° 07-43945: ninguna disposición puede impedir que un convenio colectivo limite la indemnización por despido,

reclamo de un trabajador por despido es una espada de Damocles para el dueño de una empresa. Además, se debe establecer una escala equilibrada para todas las partes! En Este deseo de fijar un tope para las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo sin justa causa, con la intención de liberar a los empleadores de todos sus temores y no someterlos a inconvenientes económicos excesivos en caso de despido, se puede comprender perfectamente. Más aún, sería paradójico estar en contra de la fijación de un tope para las indemnizaciones por extinción sin justa causa y admitirlo (como sucede en el derecho francés) para las indemnizaciones por despido en sí mismas¹⁷. Los profesionales saben bien que cualquier reclamo de un trabajador por despido es una espada de Damocles para el dueño de una empresa. Además, se debe establecer una escala equilibrada para todas las partes! En Francia, la de protección del empleo, de fecha 14 de junio de 2013 había previsto, en el marco de un juicio sobre despido, la posibilidad de que las partes pusieran fin a la contienda, durante la etapa de conciliación en primera instancia acordándose el pago de una indemnización fija por parte del empleador, calculada en función de una escala que tuviera en cuenta la antigüedad del trabajador¹⁸. Esta indemnización fija se planteaba únicamente como una alternativa para las partes, independientemente del tamaño de la empresa, e incluía a todas las indemnizaciones relativas a la ruptura del contrato de trabajo (irregularidad en el procedimiento aplicado,

siempre que el monto sea al menos igual de favorable que el mínimo previsto por el Código de trabajo

¹⁷ la escala variaba de dos meses de sueldo si el trabajador probaba que tenía una antigüedad inferior a 2 años hasta 14 meses de sueldo si el trabajador demostraba una antigüedad superior a 25 años: Código de trabajo, art. L 1235-1 y D 1235-21

¹⁸ El objetivo aquí, según el gobierno, era eliminar “el temor a dar empleo” dado que la medida permitiría cuantificar el costo potencial de un despido caracterizado como sin justa causa. Además, conocer por anticipado la indemnización por un despido permitiría reducir simultáneamente el tiempo de pronunciamiento judicial y la imprevisibilidad, dado que los jueces deberían simplemente referirse a esa escala para determinar el monto de la indemnización (no obstante, se debe tener presente que la ley excluyó de la aplicación de la escala los supuestos de falta particularmente grave del empleador: acoso moral o sexual, despido discriminatorio, etc.) Como contrapartida, diremos que algunos magistrados señalaron que ese sistema de mínimo y máximo era una verdadera muestra de desconfianza hacia los jueces!

ausencia de motivos reales y graves) con excepción de las legales, convencionales o contractuales. Sin embargo, la práctica demostró que esta modesta disposición apenas si se aplicaba. El tema de la limitación de la indemnización por extinción sin justa causa del contrato de trabajo volvió a formar parte del orden del día en el primer trimestre de 2015, en el marco de la discusión del proyecto de ley para el crecimiento (n° 2447), la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, al surgir en el gobierno la necesidad de crear un sistema obligatorio, un “corredor indemnizatorio” compuesto de un piso y un techo en función del tamaño de la empresa y de la antigüedad del trabajador . Finalmente, el sistema de tope consagrado por el Parlamento, que tenía en cuenta la antigüedad del trabajador y la cantidad de empleados de la empresa fue censurado por el Consejo Constitucional¹⁹. Se hizo un nuevo intento durante la discusión del proyecto de ley Trabajo 2016 pero no prosperó debido a la hostilidad de los sindicatos.

Así, estos ejemplos bastan para indicarnos, por si fuera necesario, que existen mecanismos procesales para limitar el riesgo de juicio.

Dado que ya hemos analizado esta primera alternativa, pasemos ahora a la segunda variable.

II – Las limitaciones a través de la creación de modos de extinción amigable

Otra posibilidad para limitar los juicios y promover la seguridad jurídica de los empleadores es incentivar la extinción de común acuerdo

¹⁹ “Considerando, no obstante, que, si bien el legislador podía, a estos fines, limitar la indemnización adeudada al trabajador despedido sin causa real ni grave, debía observar criterios relacionados con el perjuicio sufrido por el trabajador; considerando que, si bien el criterio referente a la antigüedad en la empresa se adecúa con el objeto de la ley, no es el caso de la cantidad de efectivos de la empresa; considerando que, por consiguiente, la diferencia de tratamiento impartida por las disposiciones cuestionadas desconoce el principio de igualdad ante la ley” (decisión n° 2015-715 DC del 05 de agosto de 2015). Es indispensable realizar una lectura atenta de esta decisión: si bien el criterio de la antigüedad es pertinente, no sucede lo mismo con el de la cantidad de personal de la empresa. Además, conviene mencionar que el Consejo Constitucional no rechazó en sí mismo el principio del establecimiento de un tope a las indemnizaciones, y estimó que era lícito que el Ministro favoreciera el empleo levantando ciertas “trabas”.

de los contratos de trabajo²⁰. La mayoría de los países admiten el principio de extinción no controversial en el ámbito del derecho social. En efecto, resulta coherente que lo que las partes firmaron de común acuerdo pueda interrumpirse también por la misma vía, salvo en caso de vicio del consentimiento. Así, en Estados Unidos, el trabajador puede negociar un acuerdo de desvinculación amistoso (*severance agreement*) que debe formalizarse por escrito, estar firmado por el empleador, implicar una contraprestación y conceder un período de reflexión. El acuerdo siempre incluye una cláusula según la cual el trabajador se compromete a no iniciar acciones legales contra su ex empleador, e incluye en ocasiones un plazo de retractación. Para los empleados de más de 40 años se aplican ciertas reglas específicas encuadradas en la norma ADEA (*Age Discrimination in Employment Act*)²¹

²⁰ Esto parece tanto más necesario en la medida que hoy en día, en Francia, casi 3 de cada 4 juicios ante la justicia laboral tienen un desenlace favorable para el trabajador. En cuanto a la sala social de la Corte de casación, dos tercios de los fallos en materia de extinción del contrato de trabajo darían la razón a los trabajadores desde 2006. (Ver P. Cahuc y S Carcillo. “Les juges et l'économie : une défiance française”. Institut Montaigne)

²¹ Ver sobre este punto: F.Petit. “Le règlement amiable des différends sociaux”, editorial Harmattan. 2007. En Suiza, cada una de las partes de un contrato de trabajo puede rescindir un contrato a término indefinido mediante la firma de un contrato o acuerdo no controversial (art. 335 Código de Obligaciones). El acuerdo de rescisión es lícito si no pretende eludir normas imperativas de protección del trabajador (previstas en los artículos 361, 362 y 336 del Código de Obligaciones). En el derecho italiano, el contrato de trabajo se puede romper, como cualquier otro contrato, a través de un acuerdo entre las partes. Entre las hipótesis de extinción consensuada/no controversial del contrato de trabajo, existe “la indemnización por retiro”: el empleador le ofrece al trabajador pagarle una suma de dinero para que este último dé su consentimiento para la terminación del contrato de trabajo. El procedimiento se desarrolla con la ayuda de la Dirección Territorial del Trabajo, donde las partes deben presentarse para establecer y suscribir los términos del acuerdo extintivo. La suma que el empleador le ofrece al trabajador a título de indemnización está sujeta a impuestos pero no a cotizaciones sociales. Una vez logrado el acuerdo, el derecho de retractación cae dado que las partes renuncian expresamente a la posibilidad de entablar posteriormente una acción judicial. La suscripción del acuerdo de rescisión del contrato de trabajo hace que el trabajador no tenga derecho a percibir el seguro por desempleo (que en Italia se denomina NASpI). Otro método de ruptura consensual/no controversial del contrato de trabajo puede vislumbrarse en la “conciliación de protección progresiva”,

En Francia, hasta 2008, el sistema se caracterizaba por la falta de búsqueda de consenso en el tratamiento de la interrupción del contrato de trabajo. Si bien era posible recurrir a una extinción no litigiosa, lo cierto es que se aplicaba muy poco porque no permitía al trabajador cobrar el seguro de desempleo²². Ante esta carencia, el legislador

introducida por la reforma conocida como “Jobs Act” del año 2015. En Chile, el artículo 159 del Código de trabajo prevé expresamente la ruptura no controversial (al igual que el artículo 241 de la ley de contrato de trabajo de Argentina). Lo mismo sucede en Bélgica (en ese país, si los abogados de las partes firman el acuerdo, el mismo pasa a considerarse un “acto validado por abogado/s”, lo cual significa que no puede ser impugnado en modo alguno salvo que se recurra al procedimiento de declaración de falsedad civil) o en Luxemburgo. En Turquía, al margen de los modos tradicionales de terminación del contrato de trabajo, el derecho introdujo desde 2003 los llamados “acuerdos mutuos de ruptura del contrato de trabajo” cuyo origen se centra en la libertad contractual de las partes, prevista por la ley constitucional y el derecho de las obligaciones. Los tribunales turcos comenzaron a pronunciarse sobre dichos acuerdos recién a partir del año 2007. Primero, sobre su calificación y luego, para verificar el equilibrio de las disposiciones del acuerdo, buscando en particular saber cuál de las partes, si el empleador o el trabajador, había dado origen al acuerdo establecido. Así, la Corte de casación turca determinó que el pago de una indemnización compensatoria de preaviso y despido por parte del empleador debía figurar en el acuerdo. Por cuanto el empleador no puede, mediante la celebración de un acuerdo mutuo de ruptura del contrato de trabajo, negociar el no pago de esas indemnizaciones. De forma tal que esa obligación protege los intereses del trabajador. Y en caso de interpretación, se realiza a favor del trabajador. No obstante, la conclusión de un acuerdo de ese tipo priva al trabajador de percibir un seguro por desempleo. A diferencia de los países mencionados, Dinamarca no toma en consideración modos de terminación no controversiales. Por último, notaremos que con la terminación no controversial del contrato se pierde el derecho a las prestaciones por desempleo (salvo en ciertos países cuando el motivo es económico: por ejemplo: Portugal: si el acuerdo resulta de un proceso de reducción del personal de una empresa, por razones de reestructuración, urbanización o recuperación de la empresa, o incluso por el hecho de que la empresa esté en una situación económica difícil, el Decreto-Ley 220/2006 considera que el trabajador está desempleado en forma involuntaria y, por ende, conforme a los artículos 9/1/d) y 10/1, tiene derecho a prestaciones por desempleo)

²² La ruptura no controversial en el derecho francés se basa en el artículo 1103 del Código Civil según el cual “los acuerdos legalmente formados son ley para las partes. Solo pueden ser revocados de mutuo acuerdo, o por las causas permitidas por la ley. Deben ejecutarse de buena fe”. En consecuencia, la jurisprudencia admite las extinciones no controversiales

inventó, por medio de la ley nº 2008-596 del 25 de junio de 2008 un nuevo modo de interrupción del contrato por tiempo indefinido: la ruptura convencional²³. El sistema funciona bien dado que se estarían formalizando unas 30,000 rupturas convencionales por mes²⁴. Visto de cerca, este modo de ruptura es interesante porque combina la voluntad de las partes de separarse, la seguridad jurídica del empleador, la protección del trabajador, y la garantía del cobro de las prestaciones de desempleo para este último²⁵. En la práctica, se trata de un proceso en varias etapas²⁶: la parte que desea la ruptura convencional del contrato invita a la otra a una entrevista previa durante la cual cada parte puede contar con asesoramiento; al término de la entrevista, un acuerdo firmado por las partes detalla en qué momento se dará por finalizado el contrato de trabajo y en qué condiciones financieras, teniéndose presente que el trabajador tiene derecho a pretender como mínimo el pago de la indemnización legal o convencional de despido, según cual sea la más ventajosa; luego las partes disponen de un plazo de reflexión de 15 días naturales para retractarse sin motivo; una vez cumplido el plazo de retractación, la parte más diligente envía un pedido de homologación a la inspección del trabajo que dispone de un plazo de quince días hábiles para su instrucción. La función de la autoridad administrativa es garantizar el respeto de las formas y la manifestación del libre consentimiento de las partes. Si transcurrido el plazo de 15 días hábiles no se produce ninguna notificación, la homologación se considera otorgada. Finalmente se mencionará que este modo de interrupción confiere al mismo tiempo

fuera de todo formalismo particular en la medida que el consentimiento del trabajador haya sido otorgado libremente. No obstante, una vez más, constatamos el poco atractivo de esta disposición en la práctica, dado que los poderes públicos asimilan una ruptura de ese tipo a una renuncia que no da derecho a las prestaciones por desempleo (Ver nuestro libro: “Départs négociés et ruptures conventionnelles”. 3^o edición. Gereso)

²³ Hoy en día, la extinción no controversial solo puede implementarse para los contratos a término definido, los contratos de trabajo temporal o el contrato de aprendizaje. Ver Casación, sala social, 15 de octubre de 2014, recurso nº11-22251

²⁴ Es decir, aproximadamente 2 millones desde la creación de este modo de ruptura en 2008

²⁵ Ver nuestro artículo: “Brèves réflexions sur la rupture conventionnelle du contrat de travail”. JCP E.2008.1921

²⁶ Ver Cód. de trabajo art. L 1237-11 s

dos ventajas. Para el empleador: el plazo de impugnación del trabajador se reduce a 12 meses a partir de la fecha de homologación del acuerdo. En el caso del trabajador: no le impide acceder al seguro de desempleo.²⁷

Finalmente, constatamos que el sistema francés fue imitado por pocos países²⁸. Sin duda a causa de su particularidad: un derecho laboral rígido, falta de diálogo social y la voluntad de los trabajadores de contar con el régimen de seguro de desempleo²⁹. En efecto, vemos a menudo que en el resto de los países, el derecho laboral es menos categórico y dispone de mecanismos de extinción menos gravosos³⁰. Aún sin aclararlo

²⁷ Asimismo, notaremos un gran liberalismo de la Corte de casación con respecto a este modo de ruptura y al mismo tiempo, la gran dificultad que se le plantea al trabajador a la hora de cuestionarla. Así, la existencia, en el momento de su celebración, de un diferendo entre las partes del contrato de trabajo no afecta en sí misma la validez del acuerdo de ruptura: Ver Casación, sala social, 23 de mayo de 2013, recurso n° 12-13865; 26 de junio de 2013, recurso n° 12-15208; 3 de julio de 2013, recurso n° 12-19268; 15 de enero de 2014, recurso n° 12-23942 – Del mismo modo, se puede recurrir a una ruptura convencional durante una ausencia por enfermedad de larga duración (Cas. soc. 30 de septiembre de 2013, recurso n° 12-19711), tras la presentación de un certificado de aptitud con reservas sobre la reanudación de la actividad laboral por parte del área de medicina laboral (Cas. soc. 28 de mayo de 2014, recurso n° 12-28082), durante el período de suspensión consecutivo a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional (Cas. soc. 30 de septiembre de 2014, recurso n° 13-16297), durante una licencia por maternidad (Cas. soc. 25 de marzo de 2015, recurso n° 14-10149), en caso de dificultades económicas, excepto en el supuesto de un plan de protección del empleo (Cód. trabajo art. L 1237-16 - Cas. soc. 29 de octubre de 2014, recurso n° 13-11542)... Solamente un vicio del consentimiento podría invalidar el acuerdo (Cas. soc. 9 de junio de 2015, recurso n° 14-10192)

²⁸ El único país que le ha prestado cierto interés a este procedimiento es Inglaterra (Ver sobre este punto: “Rupture conventionnelle : que se passe-t-il chez nos voisins britanniques ?” Lexbase Hebdo ed. social n° 511 del 10 de enero de 2013). No obstante, el sistema fue considerado rápidamente como oneroso!

²⁹ El Código de trabajo francés tiene más de 10,000 artículos... Ver nuestro artículo: “ Rupture conventionnelle : que se passe-t-il chez nos voisins britanniques ?” Lexbase Hebdo ed. social n° 511 del 10 de enero de 2013. Más aún, menos del 8% de los trabajadores están afiliados a un sindicato en Francia, frente al 55% en Italia, el 69% en Bélgica, el 82% en Suecia. A menudo vemos que en el resto de los países, el derecho laboral es menos complejo y dispone de mecanismos de extinción menos gravosos

³⁰ Ver así C. Signoretto. “Quel bilan de l’usage de la rupture conventionnelle depuis sa création ?” Centro de Estudios del Empleo. Mayo de 2015, la autora

expresamente, este sistema atípico de ruptura convencional tiene ciertos rasgos del despido garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica para el empleador y el derecho a las prestaciones por desempleo para el trabajador. Por eso se comprende su éxito en las empresas.

III – Las limitaciones mediante el desarrollo de los modos alternativos de solución de conflictos

En 2014, un informe elaborado por el francés Alain Lacabarats, entonces presidente de la sala social de la Corte de casación, comprobaba que “las condiciones en las que funciona la jurisdicción laboral francesa no se ajustan a los requisitos de los estándares europeos y adolece de graves carencias”³¹. Esta afirmación se respaldaba en dos argumentos: a pesar de que los tribunales laborales entendían en un menor número de causas que los tribunales comerciales y civiles, sus plazos promedio para el dictado de sentencia y sus índices de apelación duplicaban o triplicaban los de las otras jurisdicciones. Más aún, mientras que en el siglo XIX el 90% de los litigios que se presentaban ante la jurisdicción laboral se resolvían por vía conciliatoria, ese porcentaje se reduciría actualmente al 6%.³² Estos

subraya que el éxito de ese modo de extinción simplificado del contrato de trabajo traduce un problema relativo al empleo en sí mismo y a la mala calidad del diálogo social – Ver también: “Rupture conventionnelle : que se passe-t-il chez nos voisins britanniques?” Lexbase Hebdo ed. social n° 511 del 10 de enero de 2013.

³¹ “L’avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud’homal du XXIème siècle”, julio de 2014

³² Frente al 8,8 % en 2000 - Ver L. Casaux-Labrunée. “Modes amiables de règlement en France.” Revista de derecho comparado laboral y de la seguridad social. 2014/2 p 77 s. La situación de Francia parece paradójica si se la compara con otros países. Así, en Alemania, estadísticas muestran que aproximadamente el 15% de los despidos son llevados a juicio ante la justicia laboral; y más del 50% de los litigios se resuelven por medio de un acuerdo transaccional. En Italia, la conciliación obligatoria previa tuvo en 2014 un resultado positivo en el 47% de los casos. En Chile, la mayoría de los conflictos se resuelven de manera no controversial ante la Inspección del Trabajo, en forma previa a una acción judicial. Por otra parte, una vez iniciado el proceso judicial, al menos el 47% de las causas culminan con una conciliación, una transacción u otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En Dinamarca, la cantidad de litigios que se resuelven por vía amistosa se situaría entre el 80 y el 90%. En Argentina, el porcentaje de conciliación es superior al 35%. En España se presentaron más de 200,000 demandas por despido, de las cuales casi la mitad (49,50%) se solucionaron en forma no controversial durante la conciliación ...

últimos porcentajes resultan mucho más inquietantes en un país como Francia donde los litigios laborales son numerosos. Considerando que el procedimiento de conciliación no funciona correctamente en la justicia laboral, se tendería a creer que el legislador pondría énfasis en desarrollar mecanismos privados de resolución de conflictos.³³ Paradójicamente, en el derecho francés existen mecanismos pero demuestran ser poco eficaces: la conciliación no funciona como debería hacerlo, la transacción no se adapta lo suficiente a las necesidades de las empresas.³⁴ En cuanto al arbitraje, la mediación o el acuerdo de ruptura participativa, son sistemas muy ajenos al conocimiento de las empresas y de los trabajadores” a diferencia de lo que se puede constatar en el extranjero³⁵.

³³ Y sin embargo, esa inquietud de solucionar el litigio de manera amistosa está en todos los espíritus: “Así, cuando vayas con tu adversario al magistrado, procura en el camino arreglarte con él...” Lucas 12, 58, “Reconcíliate pronto con tu adversario mientras vas con él por el camino...” Mateo. 5, 25 – Del mismo modo, para Louis Prugnon, diputado de la Asamblea Constituyente, “Hacer justicia no es más que la segunda deuda de la sociedad. Evitar los litigios, es la primera. Es necesario que la sociedad le diga a las partes: “Para llegar al templo de la justicia, se debe pasar primero por el de la concordia. Esperamos que al pasar, pueda llegar a transigir” (declaración del 7 de julio de 1790)

³⁴ Así, existe el procedimiento de arbitraje. Sin embargo, por medio de dos fallos del 30 de noviembre de 2011 (recursos n° 11-12905 y 11-12906), la sala social de la corte de casación decidió que esa cláusula no era oponible al trabajador aun cuando se hubiese comprometido en su contrato de trabajo o en un anexo al mismo a someter cualquier posible litigio a arbitraje. Por el contrario, nada impide que las partes, una vez consumado el despido, recurran por ejemplo a un arbitraje privado. Asimismo notaremos que la ley n° 2015-990 del 6 de agosto de 2015 creó dos modos adicionales de solución de conflictos: el recurso a la mediación convencional (cualquier litigio entre un empleador y un trabajador podrá ser objeto de mediación antes de que la causa se plantee ante la justicia laboral; este procedimiento permite recurrir a un tercero para llegar a una solución amigable del conflicto) y la conclusión de un acuerdo de procedimiento participativo (este tipo de acuerdo se puede celebrar en tanto ningún juez haya sido llamado a entender en la causa; las partes se comprometen, por un plazo determinado, a buscar una solución amigable y a no plantear su diferendo ante la justicia mientras dure el acuerdo. Ver también: decreto n° 2016-660 del 20 de mayo de 2016)

³⁵ En Estados Unidos, las estadísticas muestran que el 90% de los juicios se resuelven mediante acuerdo, y que el porcentaje de éxito de la mediación se sitúa aproximadamente entre el 80% y el 90% (Ver Boston Collaborative,

Entre los instrumentos que más funcionan, mencionaremos a la transacción, definida por el artículo 2044 del código Civil francés como “un contrato por el cual las partes dan por terminada una controversia existente, o previenen su aparición”. Si bien el Código de Trabajo

LLC, “Useful Information about Dispute Resolution”, y el sitio <http://www.bostonlawcollaborative.com/blc//resources/useful-information-about-dispute-resolution.html>). En Suiza, se desarrolla el procedimiento de mediación que tiene por objeto restablecer el diálogo a través de la intervención de un tercero (CPC art. 213 a 218 – Ver Mirimanoff Jean A., “L’essor de la médiation en Europe et en Suisse et le rôle des juges”, GEMME, p. 1). En Italia, el juez debe, en la audiencia fijada para el debate, hacer un intento de conciliación judicial en virtud del artículo 420 del C.P.C., formulando a las partes una propuesta de transacción o de conciliación. En España, más de 120,000 trabajadores recurrieron en 2015 a una mediación. Aproximadamente un 33% de las mediaciones desembocaron en la concreción de un acuerdo. En Chile, según las disposiciones legales del Código de Trabajo y del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del año 1967, existe un procedimiento voluntario que puede ser aplicado por el interesado una vez que se produjo la ruptura del contrato de trabajo: el interesado debe requerir la intervención de la Dirección del Trabajo, que es el organismo encargado de velar por el establecimiento de un acuerdo justo y oportuno entre el empleador y el trabajador, evitando así la judicialización del caso. En Argentina, la ley 24.635 creó el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria dependiente del Ministerio de Trabajo de la Nación con competencia en la ciudad de Buenos Aires. La ley exige que todos los conflictos en materia de contratación laboral se sometan a este sistema de conciliación en forma previa a la intervención de los Tribunales laborales. El procedimiento de conciliación es gratuito y se prevé que haya al menos dos reuniones de conciliación entre las partes con sus asesores letrados. El acuerdo de conciliación homologado por el Ministerio de Trabajo tiene fuerza de cosa juzgada. El nuevo Código de procedimiento civil de Quebec (“CPC”) (RLRQ, c. C25.01) vigente desde el 1ero de enero de 2016, evidencia una clara decisión del legislador de favorecer los modos privados de prevención y solución de conflictos antes de su judicialización (art. 1). Según los datos estadísticos británicos para el año 2012, el 60% de las 230,000 demandas planteadas ante la justicia (“Employments Tribunals”) fueron o bien conciliadas formalmente o bien retiradas. Tal como manifestaran numerosos juristas, mientras que en el derecho francés, la jurisprudencia intervino para complicar la firma de una transacción, en el derecho laboral inglés, muy por el contrario, el legislador ha hecho el mayor esfuerzo para alentar a las partes a celebrar ese tipo de acuerdo. La norma denominada “Enterprise and Regulatory Reform Act 2013” aportó reformas sustanciales poniendo on-line modelos legales (“templates”) de los acuerdos conocidos como “settlement agreement” que

francés no contempla la transacción³⁶, su validez es de larga data en las relaciones laborales. Así, la Corte de casación en un fallo de principios de 1953 validó la posibilidad de celebrar una transacción entre un empleador y un trabajador³⁷. Actualmente, la sala social de la Corte de casación considera a la transacción como un acuerdo celebrado entre un trabajador y un empleador por medio del cual “las partes dan por terminada una controversia existente o previenen su aparición [...], consecutiva a una ruptura del contrato de trabajo por decisión de una u otra de las partes y que tiene por objeto poner fin mediante concesiones recíprocas, a toda controversia existente o que pueda resultar de dicha ruptura”³⁸. Sin embargo, como la legislación social protege a los trabajadores, la Corte de casación adaptó su jurisprudencia para el caso específico del derecho laboral. En la práctica, exige que el contrato se celebre luego de la extinción del contrato de trabajo para que las partes estén en condiciones de igualdad, lo cual no ocurre mientras el

los trabajadores y los empleadores pueden celebrar para poner fin al litigio y, además, instauró requisitos particularmente moderados para la validez de la transacción (debe celebrarse por escrito, debe referirse al procedimiento o a los reclamos que busca resolver y esencialmente, el trabajador debe haber recibido el asesoramiento previo de un asesor independiente (“independant adviser”), en la práctica, un abogado (“solicitor”) claramente identificado en el documento). El abogado le entrega al trabajador una constancia (“adviser’s certificate”) que se une al “settlement agreement” (Ver Alain-Christian Monkam. “La transaction en droit du travail anglais”. *Le village de la justice*. Abril de 2014). Asimismo, mencionaremos que los alemanes emplean un sistema intermedio (“Aufhebungsvertrag”) para negociar la extinción del contrato de trabajo que no se encuadra en los términos del derecho francés ni en una ruptura convencional ni en una transacción. (La llamada “Abfindung” puede traducirse como “indemnización por despido” o “indemnización por retiro” que remite al “retiro negociado en forma no controversial” en Francia. Sin embargo, hay algunas particularidades que deben tomarse en cuenta. Esta indemnización por despido es una suma de dinero que el empleador le paga al trabajador para que éste acepte rescindir su contrato de trabajo).

³⁶ A diferencia de ciertos Estados como Quebec (Ver así: artículo 2631 del Código Civil de Quebec: “la transacción es el contrato por el cual las partes previenen la aparición de un reclamo, dan por terminado un litigio o acuerdan las dificultades sobrevinientes al ejecutar una sentencia, por medio de concesiones o reservas recíprocas. Es indivisible en cuanto a su objeto.”

³⁷ Casación, sala social, 18 de mayo de 1953: Bol. civ. V, n° 280.

³⁸ Casación, sala social, 29 de mayo de 1996: Bol. civ. V, n° 215

trabajador es un subordinado del empleador³⁹. Además, es conveniente que exista una situación contenciosa o precontenciosa. Finalmente, deben aparecer concesiones recíprocas, aun cuando esta noción no esté presente en la definición de transacción que proporciona el artículo 2044 del código civil francés. Dichas concesiones suponen un “sacrificio real y cuantificable de una y otra parte”⁴⁰, y algunos pronunciamientos destacan como argumento para justificar la validez de la transacción que sea favorable para el trabajador⁴¹. Así, podría tomarse en el derecho francés, la definición proporcionada por P. Pont: “la transacción es el contrato por el cual las partes resuelven un derecho en litigio, dan por terminada una controversia existente o previenen su aparición por medio de concesiones o sacrificios recíprocos”⁴². Si se respetan estrictamente esas condiciones, la transacción tendrá “para las partes, autoridad de cosa juzgada en última instancia”⁴³. Por lo expuesto, resulta evidente que en el derecho francés, la transacción es un mecanismo cuyo ejercicio puede resultar peligroso⁴⁴.

³⁹ Ver: Casación, sala social, 29 de mayo de 1996, recurso n° 92-45115: “la transacción que tiene por objeto dar por terminado un litigio resultante de un despido solo puede celebrarse válidamente una vez que haya ocurrido con carácter definitivo la ruptura del contrato de trabajo”.

⁴⁰ París, 11 de junio de 1975: JCP 1976, ed. G, II, 18357

⁴¹ Casación, sala social, 17 de mayo de 1978: Bol. civ. V, n° 354

⁴² “Commentaire-traité des petits contrats et de la contrainte par le corps”, París, Cotillon, 1877-1878, 2º vol. 1947, n°467, p. 224

⁴³ Cód. civ. art. 2052

⁴⁴ Finalmente, esas constataciones sobre el derecho francés parecen mucho más inquietantes en la medida que el derecho social es complejo y el diálogo social poco desarrollado y a las partes les interesaría que como mínimo se les concedieran o facilitasen modos de negociación no controversiales que fueran eficaces para dar por terminado el contrato de trabajo. Sin duda sería conveniente incorporar la transacción en el Código de trabajo haciéndola simple, eficaz, moderna y segura para las partes. Se podría exigir así que el acuerdo sea formalizado por instrumento privado con la validación de un abogado (Cód. civ. art. 1374 s).

Conclusión

Al finalizar este rápido estudio, es más que evidente que el deseo de reforzar la seguridad jurídica de los empleadores y de luchar contra la incertidumbre suscitada a menudo por sistemas jurídicos complicados, se observa en la mayoría de los países. Pero si bien el deseo es compartido, los medios para alcanzar el objetivo pueden ser diferentes. Ahora bien, al fin de cuentas, ¿no es lógico que así sea? El jurista francés Jacques Léauté afirmaba, no sin razón, que “las lecciones derivadas de la comparación de los derechos nacionales a menudo son ambiguas. La variedad de las respuestas generalmente no se explica tan solo por la diferencia de elección entre varias soluciones posibles para un mismo problema. La mayoría de las veces, también se relaciona con las discordancias entre las situaciones que deben enfrentarse en cada país. La originalidad de las culturas, el peso del pasado, el particularismo de las necesidades presentes se entremezclan... La confusión a menudo vulnera la seguridad de las conclusiones extraídas de la comparación”⁴⁵

Bibliografía breve

- GESICA: “Quelques références de Droit comparé à propos de la loi Travail: le point sur les licenciements économiques”. Jurisprudencia social Lamy. N° especial 410
- F.Petit. “Le règlement amiable des différends sociaux”, editorial Harmattan. 2007
- F. Taquet. Brèves réflexions sur la rupture conventionnelle du contrat de travail. JCP E.2008.1921
- Rupture conventionnelle : que se passe-t-il chez nos voisins britanniques ?” Lexbase Hebdo ed. social n° 511 del 10 de enero de 2013
- F. Taquet. Rupture conventionnelle : que se passe-t-il chez nos voisins britanniques ? Lexbase Hebdo ed. social n° 511 del 10 de enero de 2013
- L. Casaux-Labrunée. Modes amiables de règlement en France. Revista de derecho comparado laboral y de la seguridad social. 2014/2 p 77 s
- Mirimanoff Jean A., L’essor de la médiation en Europe et en Suisse et le rôle des juges”, GEMME, p. 1

⁴⁵ Ver prefacio de J. Léauté en “L’irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon”. Litec. 1978