

RELACIONES LABORALES

FRANCIA

MODALIDADES DEL USO DEL DERECHO DE «RETIRADA²⁷»

El derecho de retirada permite al asalariado salir de una situación laboral de la que piensa, de manera razonable, que se puede presentar un peligro grave e inminente para su vida o para su salud. El recurso a este derecho es frecuente en las empresas de transportes públicos, especialmente motivados por la solidaridad con los colegas agredidos. Más allá de esos casos, ¿cómo se puede determinar si un asalariado abusa o no de este derecho cuando deja su puesto de trabajo invocando riesgos para su salud o seguridad? ¿En qué condiciones se puede ejercer el derecho de retirada? ¿Cómo puede reaccionar el empleador?

Las condiciones del derecho de retirada En qué situaciones.

El asalariado puede, según indica el artículo L 4131-1 del Código de trabajo, retirarse de una situación de trabajo en la que existe un motivo razonable de pensar que presenta un peligro grave e inminente para su vida o su salud.

Cómo se define el «peligro grave e inminente»

Por lo que respecta al peligro, según la circular ministerial nº 93-15, de 25 de marzo de 1993, puede considerarse como grave cuando puede producir un accidente o una enfermedad con consecuencia de muerte o pudiendo tener consecuencias de invalidez permanente o temporaria prolongada.

El peligro debe ser valorado en relación con los riesgos particulares a los que se enfrenta el asalariado, en sus funciones y competencias.

Más allá del riesgo de accidente y de enfermedad profesional, el peligro relativo a la salud integra los efectos de los daños o perjuicios de las condiciones de trabajo (vapores nocivos, ruidos excesivos, polvo, etc.) a partir del momento en que esas molestias tienen carácter agudo, creando un peligro inminente. Es el caso, por ejemplo, cuando el local de trabajo del asalariado no tiene calefacción en periodos de frío y que mientras estaba trabajando gotas de agua helada le caen en los ojos, irritando los mismos y las vías respiratorias (Tribunal de apelación de Douai, 20 de abril 2012, nº11 01756) En cambio las corrientes de aire no se consideran

²⁷ Liaisons Sociales Quotidien - Le dossier pratique, N° 217/2017, 1 de diciembre de 2017

como peligros graves e inminentes (Juzgado de casación de lo Social, 17 de octubre 1989 nº 86-43 272).

La calificación de peligro grave puede ser rechazada cuando el riesgo es habitual. Un trabajo reconocido como peligroso en si no puede bastar para justificar un derecho a retirarse (Tribunal de apelación de Aix en Provence, 8 de noviembre 1995, caso de transporte de fondos). Igualmente, el hecho de trabajar en un sitio nuclear no es suficiente para que constituya un riesgo, ni un motivo razonable y permitir al asalariado ejercer su derecho de retirada (Tribunal de apelación de Versailles, 26 de febrero 1996, nº 94-22877).

El peligro no es necesariamente exterior a la persona del asalariado. Por ejemplo, un agente de vigilancia, trasladado a un puesto que le ponga en contacto con animales y productos químicos, cuando tiene graves problemas de alergia, puede ejercer su derecho de retirada (Tribunal de casación de lo Social, 20 de marzo 1996, nº 93-40-111).

Algunas situaciones excepcionales no siempre justifican el ejercicio del derecho de retirada. Es el caso de la pandemia de gripe (circular de la DGT 2009-16, de 3 de julio de 2009, punto 5.3) o el periodo de canícula (circular de la DRT nº 2006-14, de 19 de julio de 2006). Las circulares aplicables reenvían a la responsabilidad individual y a la apreciación de los jueces.

Cabe tener en cuenta que, si no existe ninguna duda en que el derecho de retirada se puede ejercer en caso de riesgos para la salud física, algunos recursos en apelación también lo han admitido en casos de riesgos psicosociales, especialmente en caso de acoso moral (Sala 15ª del Tribunal de apelación de Versalles, de 28 de marzo de 2012, nº 10/01432) y de violencias morales justificadas (Tribunal de apelación de Lyon, de 21 de octubre de 2004, nº 2001/03100).

Respecto al carácter inminente del peligro, la circular nº 93-15, de 25 de marzo de 1993, califica de inminente, cualquier peligro susceptible de realizarse brutalmente en un plazo corto.

Así, no fue considerado legítima la retirada de un agente de transporte de fondos que, habiendo sido víctima de un ataque a mano armada de su furgón, se negaba a seguir con su trabajo. El peligro no aparecía como inminente, siendo la recidiva un riesgo imponderable. Además el empleador tomó medidas complementarias de seguridad (Tribunal de apelación de Aix en Provence, Sala 9ª, de 8 de noviembre de 1995, nº92-6287).

De la misma manera, el derecho de retirada de varios chóferes de autobús que se sentían en situación de inseguridad, después de haber sido víctimas de agresiones en el pasado, y habiéndolas sufrido unos días antes un colega en otra línea, no se consideró legítimo: nada podía indicar que tales acontecimientos iban a suceder en su propia línea (Tribunal de casación de lo Social de 23 de abril 2003, nº 01-44 806). Esto tampoco fue considerado legítimo por parte de agentes de la SNCF (ferrocarriles) que ejercieron el derecho de retirada a continuación de dos agresiones, 16 de diciembre de 2014, negándose a volver al trabajo el 17 de diciembre de 2014: no existía un motivo razonable para pensar que la situación seguía representando un peligro grave e inminente para su vida o para su salud. (Tribunal de casación de lo Social, 27 de septiembre de 2017, nº 16 22 224).

En cambio, el negarse un guarda de noche a presentarse en su puesto de trabajo, cuando fue amenazado directamente por un residente del hogar, borracho, que rompió el cristal de protección, se justifica, ya que el empleador, avisado, no tomó ninguna precaución en relación con el peligro que persistía (Tribunal de apelación Paris, Sala 21ª, 27 de marzo de 1987, nº85-33604).

Se señala que en sus apreciaciones, los jueces tienen en cuenta las medidas tomadas por el empleador, o la ausencia de medidas, para prevenir el peligro.

El asalariado debe tener un motivo razonable para estimarse en peligro. El asalariado puede ejercer el derecho de retirada cuando tiene un motivo razonable de pensar que la situación laboral presenta un peligro grave e inminente (Código de trabajo, artículo L 4131-1).

El peligro que conduce al asalariado a ejercer el derecho de retirada no tiene forzosamente que ser efectivo y real. No importa por lo tanto que un experto o un inspector de trabajo haya excluido después la existencia de un peligro real y previsible (Tribunal de casación penal, 8 de octubre 2002, nº 01 85 550). Basta con que el interesado haya podido pensar de manera razonable que existía tal peligro para su salud o seguridad.

Esta noción se aprecia del punto de vista del asalariado, teniendo en cuenta sus conocimientos y su experiencia. Así, en el caso de un chófer que se había negado a conducir un autobús cuya dirección era demasiado rígida y la suspensión firme, a pesar de que el día anterior, durante una visita de alta después de un accidente de trabajo, había sido declarado apto con reserva de conducir un autobús con dirección flexible, los jueces consideraron que presentaba un motivo razonable al pensar que el vehículo propuesto presentaba un peligro grave e inmediato para él (Tribunal de casación de lo Social, 10 de mayo de 2001, nº 0043-437).

La falta de respeto de las normas de seguridad también se considera como motivo razonable para ejercer el derecho de retirada. Fue el caso de un chófer que, sin estar seguro de que la reparación había sido efectuada, se negó a conducir un camión al que el servicio de minas había prohibido circular (Tribunal de casación de lo Social, 5 de julio de 2000, nº 98-43-481).

Hay que tener en cuenta que una cláusula del reglamento interno que condicionara el derecho de retirada a un peligro efectivo sería contraria a la ley (decisión nº 68829 del Consejo de Estado, de 9 de octubre 1987).

¿Un deber de alerta previa?

Según el artículo L 4131-1 del Código de trabajo, «el trabajador alerta inmediatamente al empleador de cualquier situación de trabajo que presente un motivo razonable de pensar que representa un peligro grave e inminente para su vida o su salud así como de cualquier defecto constatado en los sistemas de protección. Puede retirarse en tales situaciones». La ley asocia estrechamente el deber de alerta y el de retirada.

La alerta por parte del asalariado de la situación de peligro tiene que ejercerse previamente o bien simultáneamente al derecho de retirada. Si todavía no tenemos un ejemplo de esta interpretación, confirmada por el Tribunal de casación, éste sin embargo estimó que la ausencia de alerta podía considerarse como una falta en sí. Consideró que al no señalar la situación de peligro al empleador, el asalariado que ejerció su derecho de retirada, además de manera injustificada, había dejado a sus colegas en una situación de inseguridad, con lo cual su despido por falta grave quedaba justificado (Tribunal de casación de lo Social, 21 de enero de 2009, nº 07 41 935).

Téngase en cuenta que no se exige ningún formalismo para ejercer el deber de alerta. El empleador no puede imponer al asalariado que señale un peligro por declaración escrita (Consejo de Estado, 29 de junio de 1990, nº 87015).

Las modalidades de ejercicio del derecho de retirada

Una facultad y no una obligación.

El ejercicio del derecho de retirada es una facultad para el asalariado pero no una obligación. Si el asalariado tiene que informar al empleador de la peligrosidad de una situación, no está obligado a ejercer su derecho de

retirada frente a esta situación. No se le puede reprochar el no haberse retirado de una situación ya señalada como peligrosa.

Tal fue el caso de un chófer de ambulancia que fue despedido por falta grave por haber usado un vehículo cuyo mal estado había sido señalado por su colega: el tribunal de Casación puso en tela de juicio el buen fundamento de su despido (Tribunal de casación de lo Social, 9 de diciembre de 2003, nº 02 47 579).

No se exige ningún formulismo

De la misma manera que para el deber de alerta, la ley no impone ninguna condición de forma para ejercer el derecho de retirada (CE, 4 de diciembre de 1987, nº74679).

En este asunto, el reglamento interno no puede imponer ninguna obligación de constancia por escrito por parte del asalariado, del superior jerárquico o de un testigo, anterior al uso del derecho de retirada, porque podría restringirle el uso de este derecho (Tribunal de casación de lo Social, 28 de mayo de 2008, nº 07 15 744).

El derecho de retirada puede hasta ser implícito, como en el caso de un conductor de camión que se negó a realizar un nuevo transporte, teniendo en cuenta su amplitud de jornada de trabajo de 21,5 horas en el día anterior (un tiempo muy superior a la duración cotidiana de trabajo de 12 horas). Se consideró que de hecho había utilizado el derecho de retirada (Tribunal de casación de lo Social, 2 de marzo de 2010, nº 08, 45-086).

El derecho de retirada se debe ejercer sin crear riesgos a terceros.

El derecho de retirada se tiene que ejercer sin crear para los demás una nueva situación de peligro grave e inminente (Código de trabajo, artículo L. 4132-1). La ley transfiere al asalariado interesado la responsabilidad de apreciar si su derecho de retirada puede ser causa de un accidente para otra persona. El asalariado que deja su trabajo debe, antes de hacerlo, asegurarse que su iniciativa no va a crear un nuevo peligro para otras personas.

Un asalariado que abandona su puesto de trabajo sin autorización, sometiendo otro asalariado a un riesgo de accidente, comete una falta, a partir del momento en que conocía la consigna de seguridad imperativa según la cual dos personas tenían que estar presentes simultáneamente en la máquina con la que trabajaba (Tribunal de casación de lo Social, 15 de abril de 1983, nº 81 40 532).

¿El derecho de retirada puede ser colectivo?

No parece que exista en la ley algo que se oponga a que el ejercicio del derecho de retirada sea ejercido por varios trabajadores de un mismo equipo o de un mismo servicio, a partir del momento en que cada uno se siente amenazado por un peligro grave e inminente. Sin embargo este derecho se ejerce de manera individual y no se puede confundir con el derecho de huelga.

¿Cómo debe reaccionar el empleador?

Cuando ejerce su derecho de retirada el asalariado se beneficia de ciertas garantías: puede dejar su trabajo, sin riesgo de recibir una sanción o de perder su salario. En cuanto al empleador tiene que tomar las medidas para remediar a la eventual peligrosidad de la situación.

No se puede exigir del asalariado que siga trabajando

El empleador no puede exigir al trabajador que ejerció su derecho de retirada que vuelva a su actividad, en una situación de trabajo donde persiste un peligro grave e inminente resultando en algunos casos de una defectuosidad del sistema de protección (Código de trabajo, artículo L. 4131-1, al.3)

No se puede sancionar ni privar de salario al trabajador

Ninguna sanción, ni ninguna privación de salario pueden intervenir contra el trabajador que ejerció de forma válida su derecho de retirada (Código de trabajo, artículo L. 4131-3). Este seguirá percibiendo su salario durante el periodo de retirada hasta que se tomen las medidas adecuadas. En caso de no pagarle los salarios, el trabajador puede tomar acta de la ruptura, produciendo la misma los efectos de un despido sin causa verdadera y seria, y no los de una dimisión (Tribunal de casación de lo Social, 1 de julio de 2009, nº 08-42 074). También puede solicitar del juez ordenar al empleador asignar una provisión sobre el salario retenido (Tribunal de casación de lo Social, 31 de marzo de 2016, nº14 25 237 FS-PB).

Teniendo en cuenta esta interdicción de sancionar al asalariado o de efectuar retenciones en su salario, y la obligación de seguridad que incumbe al empleador, el despido disciplinario motivado por el derecho de retirada es nulo y no solo sin causa verdadera y seria: el asalariado puede ser reintegrado y recuperar los salarios no abonados (Tribunal de casación de lo Social, 28 de enero de 2009, nº 07 44 556). Y esto, haya obtenido o no, el acuerdo del empleador para dejar su puesto de trabajo.

Téngase en cuenta que el derecho de retirada sólo se puede ejercer durante la ejecución del contrato de trabajo y que el asalariado en situación de baja médica no puede reivindicar el uso de este derecho y por consecuencia el beneficio del mantenimiento de salario consiguiente (Tribunal de casación de lo Social, 9 de octubre de 2013 nº 12 22 288 FS-PB).

El empleador debe tomar medidas de seguridad

El empleador informado de la situación de peligro grave e inminente debe tomar las medidas y dar las instrucciones necesarias para permitir a los trabajadores dejar su actividad y ponerse a seguro dejando inmediatamente el lugar de trabajo (Código de trabajo, artículo L 4132-5).

Puede, esperando que las medidas tomen efecto, trasladar al asalariado que ejerció el derecho de retirada a otro puesto de trabajo, respetando las reglas aplicables a la modificación del contrato de trabajo (cambio de cualificación, de lugar de trabajo, de duración de trabajo, de remuneración, etc.).

Es del interés del empleador el tomar las medidas necesarias. Efectivamente, el beneficio de la falta inexcusable prevista en el artículo L 452-1 del Código de la Seguridad social es de derecho para todos los trabajadores que podrían ser víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, cuando ellos o un representante del personal haya señalado al empleador un riesgo que se materializó (Código de trabajo, artículo L. 4131-4). Puede ser el caso de la caída de un asalariado con motivo de unos escalones resbalosos en una escalera, sin pasamanos, cuando esta situación de peligro había sido señalada por el interesado al empleador (Tribunal de casación de lo Social, 17 de julio de 1998, nº 96-20-988).

Trabajadores desplazados y derecho de retirada

Según la circular DGT nº 2008-17, de 5 de octubre de 2008, relativa al desplazamiento transnacional de trabajadores en Francia para una prestación de servicios, el empleador extranjero tiene que respetar las normas previstas en materia de peligro grave e inminente (Código de trabajo, artículo L 4731-1 y ss.) y las relativas al derecho de retirada (artículo L. 4131-1). Además, desde la ley de Trabajo de 8 de agosto de 2016, en las obras de construcción o de ingeniería civil, la autoridad contratante debe informar a los trabajadores desplazados, mediante un cartel, la reglamentación que se les aplica (Código de trabajo, artículo L. 1262-4-5). Este cartel debe presentar, además de las reglas relativas a la duración del trabajo, al salario mínimo, a la vivienda, a la prevención de caídas y a los equipamientos individuales obligatorios, las que tocan al derecho de retirada. Se indican las modalidades según las cuales el asalariado puede hacer valer sus derechos. Estas informaciones traducidas en una de las lenguas oficiales de los Estados de pertenencia de los asalariados desplazados en las obras de construcción, tiene que aparecer en los vestuarios y tienen que ser perfectamente legibles.

¿Y si el derecho de retirada no queda justificado?

El ejercicio del derecho de retirada puede traer sanciones si las condiciones del mismo no quedan reunidas. Esta actitud puede entonces ser asimilada a un abandono de puesto con falta, con posible sanción que puede llegar hasta el despido.

Se consideró justificado el despido por falta grave de asalariados que, sin tener motivo razonable de pensar que la situación de trabajo en la que estaban presentaba un peligro grave e inminente para su vida o salud, habían persistido en negarse a volver a su trabajo a pesar de los avisos del empleador (Tribunal de casación de lo Social, 24 de septiembre de 2013, nº 12-11-532).

Cuando el empleador estima que no se reúnen las condiciones de ejercicio del derecho de retirada, también puede efectuar una retención en el salario, proporcional a la falta de trabajo ocasionada (Tribunal de casación de lo Social, 30 de mayo de 2012, nº 10-15 992) sin tener que llevarlo ante el juez de manera previa para que valore el buen fundamento del ejercicio del derecho de retirada. Recae en el asalariado recurrir contra la retención efectuada demostrando que las condiciones del derecho de retirada eran ciertas. Por otra parte, no importa que el asalariado quedase a disposición del empleador durante su retirada. Es el caso de los conductores de autobús que declararon quedar disponibles para ejercer sus funciones en un vehículo de otro tipo del que había causado un incendio un mes antes (Tribunal de casación penal, 8 de octubre 2002, nº 01 85 550).