

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

Becario FPI. Universidad de Oviedo

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2000

Extracto:

EL estudio que se reproduce a continuación pretende ofrecer una panorámica general del Derecho Sindical en los Estados Unidos de América. La actuación de los sindicatos en aquel ordenamiento se centra principalmente en la negociación de los convenios colectivos, pero el procedimiento para adquirir legitimación a estos efectos dista bastante del que establece nuestro Estatuto de los Trabajadores. De la labor negociadora del sindicato se derivan otras dos instituciones de enorme relevancia, como son la huelga y el arbitraje. Las huelgas obedecen principalmente a conflictos surgidos con ocasión de la negociación de un convenio colectivo, o de su incumplimiento una vez aprobado, pero las consecuencias que se pueden derivar para los trabajadores son mucho más gravosas que en nuestro país, ya que aun acudiendo a una huelga lícita los huelguistas pueden ser sustituidos por otros trabajadores, sustitución que incluso puede ser permanente en función del motivo de la reivindicación. Por su parte, el arbitraje goza de gran prestigio en los Estados Unidos, hasta el punto de que la práctica totalidad de los convenios colectivos contienen una cláusula arbitral que configura el arbitraje como obligatorio y vinculante para la resolución de los conflictos que se deriven de su interpretación y aplicación, renunciando las partes a la impugnación judicial del laudo con independencia del resultado del mismo.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El derecho a negociar colectivamente.
 1. El ámbito de la negociación colectiva: la unidad apropiada de negociación.
 2. La adquisición de legitimación para negociar: el reconocimiento empresarial y la elección de los trabajadores de la unidad.
 3. El proceso de negociación del convenio colectivo: las deliberaciones.
 4. El contenido del convenio colectivo: especial referencia a las cláusulas de seguridad sindical.
- III. Los medios de lucha en la negociación colectiva.
 1. Regulación y modalidades del derecho de huelga.
 2. Las huelgas ilícitas.
 3. Breve referencia al cierre patronal.
- IV. La aplicación del convenio colectivo: el denominado *grievance procedure*.
 1. Caracteres básicos.
 2. La tramitación de la queja: etapas.
- V. El arbitraje laboral.
 1. Presupuestos: la cláusula arbitral, la petición de parte y la vulneración del convenio colectivo.
 2. Elección del árbitro.
 3. La vista.
 4. El laudo.
- VI. El *Labor Law* en el sector público.
 1. El derecho a la negociación colectiva.
 2. El derecho de huelga.
 3. La administración del convenio colectivo.
- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los ordenamientos jurídicos anglosajones, y en los EE.UU. en particular, no hay un vocablo específico para referirse al Derecho del Trabajo, sino que se diferencia entre el *Employment Law* y el *Labor Law*, cuyo contenido coincide, a grandes rasgos, con el Derecho Individual y el Derecho Colectivo del Trabajo. Así, se entiende por *Labor Law* el Derecho que disciplina la actuación sindical, de modo que su ámbito de aplicación queda reducido a los trabajadores que están o quieren estar representados por sindicatos; por su parte, el *Employment Law* comprende el resto de la rama social del Derecho, no limitándose al contrato de trabajo, sino incluyendo también materias como la seguridad y salud en el trabajo, las leyes sobre no discriminación, planes de pensiones, seguros de desempleo, Seguridad Social, etc., y su ámbito subjetivo es sensiblemente mayor, pues esas normas afectan a todos los trabajadores asalariados.

El eje del Derecho Colectivo del Trabajo en aquel sistema es, sin duda, el sindicato, cuya función básica consistirá en la negociación del convenio colectivo una vez que la legitimación para esos menesteres le haya sido conferida por los trabajadores del ámbito correspondiente. La actuación del sindicato queda regida desde entonces por las leyes federales y estatales en materia de negociación colectiva, derecho de huelga y arbitraje, las tres grandes instituciones que forman el *Labor Law*; en todas ellas se aprecia nítidamente la intervención sindical, cuya aportación es decisiva, pues el sindicato negocia el convenio colectivo, convoca la huelga y decide por sí mismo qué vulneraciones del pacto merecen ser sometidas a la consideración de un árbitro.

Mediante la buena utilización de tales instrumentos, la primera y más relevante pretensión sindical es la de obtener unas cotas razonables de seguridad en el empleo para sus representados, puesto que, desde sus albores, el Derecho estadounidense ha defendido el carácter *at-will* de la relación laboral, en cuya virtud tanto el empresario como el trabajador tienen derecho a poner fin al contrato en cualquier momento, sin necesidad de alegar causa alguna y sin obligación de indemnizar, a salvo de pacto o promesa expresa o implícita del empleador en contrario. El absolutismo con el que tradicionalmente se interpretó y aplicó esta doctrina se ha suavizado recientemente en los tribunales, que reconocen varias excepciones a la general libertad de las partes ¹.

¹ De esta forma, el Tribunal Supremo (TS) ha prohibido el despido de un trabajador, contraviniendo el orden público, por motivos discriminatorios o por la negativa del empleado a obedecer una orden ilícita (aunque ello sí puede acarrear otras sanciones, pues en general se admite como dogma el aforismo latino *solve et repete*, exceptuando los casos en que el cumplimiento haga peligrar la seguridad o salud del afectado; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 506-507; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration*

A pesar de esa flexibilización, la seguridad laboral del empleado *at-will* es precaria, porque aún no es necesario fundamentar el despido en una justa causa, ya que las únicas conductas prohibidas son las que suponen una violación gruesa de los principios más elementales del moderno Derecho del Trabajo. En esta línea, la *National Labor Relations Act* de 1935, también conocida como *Wagner Act*², reconoce el derecho a la libertad sindical (*concerted activity*), a la negociación colectiva (*collective bargaining*) y a la huelga (*right to strike*). Un trabajador no puede ser despedido por el lícito ejercicio de esos derechos so pena de lesionar el orden público, pero sí por cualquier leve infracción laboral, o por la mera voluntad no discriminatoria del empresario.

El sindicato es el encargado de paliar las consecuencias de esta situación, como lo demuestran todos los convenios colectivos, que exigen justa causa de despido y establecen un sistema de disciplina progresiva en el que la sanción es proporcional a la falta³. Además, en la inmensa mayoría de ellos⁴, y ya desde las primeras décadas de este siglo⁵, se contiene el llamado *grievance procedure*, el procedimiento de solución de conflictos en la empresa, que consta de sucesivas etapas hasta alcanzar, eventualmente, el arbitraje, y habilita al trabajador para exponer sus quejas sin temor a represalias empresariales, porque su iniciación no justifica sanción alguna. Para conseguir estas metas, es frecuente que el sindicato haya de recurrir al uso de medidas de presión, siendo su máximo exponente la huelga, aunque los perjuicios que de ella se pueden derivar para los trabajadores, sustitución interina o incluso permanente, reprimen en muchos casos los deseos de convocatoria.

Por el contrario, en las empresas no sindicadas, y que por ello carecen de convenio colectivo, la relación de trabajo sigue siendo *at-will*, a salvo de concesión voluntaria del empresario o pacto en el contrato de trabajo, el catálogo de infracciones y sanciones depende de la política de la empresa, y el trabajador ha de presentar sus reclamaciones directamente ante el empresario, sin la representación de un sindicato y la cobertura de un convenio colectivo, con lo que sus reivindicaciones individuales, pues si son colectivas estarían amparadas por la libertad sindical, podrían provocar su despido⁶.

Works, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 671-675), así como por el absentismo a causa de un deber público. En relación con este último supuesto, todos los Estados, excepto Montana, han promulgado leyes que declaran nulo el despido de un trabajador que falta al trabajo para formar parte de un jurado; sin embargo, muchas de esas normas permiten otro tipo de sanciones; vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary, Contemporary Legal Issues*, Santa Barbara, 1997, págs. 189-192; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 37-46 y 127-186.

² En honor de su máximo impulsor, el senador por Nueva York Robert Wagner; vid. W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 40.

³ Vid. M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 304-308.

⁴ Un 99 por 100 según L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, pág. 15.

⁵ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 95-107.

⁶ En ocasiones el único mecanismo de solución de conflictos en estas empresas es el planteamiento del problema ante el empresario; en otros casos se establece un procedimiento similar al *grievance* o se recurre a la mediación. A mayor abundamiento, a falta de negociación colectiva la *United States Arbitration Act* de 1947 reconoce validez y eficacia a los convenios arbitrales por escrito entre empresarios y trabajadores individuales, siendo legalmente admitida la renuncia del trabajador a la revisión judicial del laudo; vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*,

De ahí la trascendencia de la labor sindical en los EE.UU., que ha puesto en cuestión los cuasiomnímodos poderes empresariales, consecuencia de la elevación del mantenimiento de la producción empresarial a principio fundamental e inviolable, pues su disminución se consideró, y en cierta medida aún se considera, un atentado intolerable contra la economía del país. Así, durante una gran parte del siglo XIX el Tribunal Supremo (en adelante TS) calificó a los sindicatos de asociaciones ilegales basándose en la doctrina de la «conspiración criminal» (*criminal conspiracy*) proveniente del *common law*, a tenor de la cual se entendía que los sindicatos conspiraban criminalmente para restringir la libertad de comercio, lo que los situaba al margen de la ley ⁷.

A finales del siglo pasado el TS desechó la tesis conspiratoria, mas no modificó su posición sustancialmente, ya que si bien toleraba la existencia de sindicatos, defendía que las huelgas eran un obstáculo para el desarrollo económico del país, con lo que surgió un nuevo mecanismo para contrarrestarlas, los llamados *injunctions*, órdenes judiciales de cesación de huelgas, piquetes o boicots. Además, la legalización jurisprudencial de los sindicatos no fue en la práctica un gran progreso, en la medida en que muchos empresarios obligaban a sus trabajadores a firmar un *yellow dog contract*, esto es, un contrato de trabajo que incluía una cláusula por la que el trabajador prometía no afiliarse a un sindicato o, si ya lo estaba, abandonarlo, como condición para obtener, o en su caso mantener, el puesto de trabajo ⁸.

Mientras los legisladores estatales demostraban cada vez mayor conciencia social, la práctica judicial nítidamente proempresarial desvirtuaba sus intentos de minorar las desigualdades laborales; la inversión de esa tendencia tuvo que esperar hasta los años 30, con las leyes federales y el cambio de jueces en el TS. Así, en 1932 se promulgó la *Norris-La Guardia Act*, aún hoy parcialmente en vigor, que, por un lado, erradicó el *injunction* ⁹ y, por otro, prohibió los *yellow dog con-*

Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 467-468; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 23-24; M.J. DUANE, *The grievance process in Labor-Management Cooperation*, Quorum Books, Westport (Connecticut), 1993, págs. 70-72; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 308-309.

⁷ Vid. V.C. HATTAM, *Courts and The Question of Class: Judicial Regulation of Labor under the Common law Doctrine of Criminal Conspiracy*, en AA.VV., *Labor Law in America*, John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1992, págs. 44-70; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 387-413; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 3-68.

⁸ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 398-399; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 6-31; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 95-107; S. DEL REY GUANTER, *Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 13-30; M. ALONSO OLEA, *La configuración de los sindicatos norteamericanos (I)*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 70, 1953, págs. 111-151 y *La configuración de los sindicatos norteamericanos (II)*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 71, 1953, págs. 41-61; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 45-59.

⁹ No obstante, la *Labor Management Relations Act* de 1947 (también conocida como *Taft-Hartley Act*) hizo revivir este recurso jurisprudencial, aunque solamente puede utilizarse en dos casos concretos si la finalidad es reprimir una huelga: en primer lugar, cuando el paro sea ilegal, o cuando, aun siendo legal, los huelguistas muestren un comportamiento

tracts. Además, afirmó expresamente que el derecho a organizarse y a negociar colectivamente constituyen materias de orden público (*public policy*). No fue hasta 1935, con la ya citada *National Labor Relations Act*, cuando se reconoció a los sindicatos como los legítimos representantes de los trabajadores.

El máximo apogeo sindical llegó en los años 60 con Kennedy, época en la que las organizaciones laborales alcanzaron un gran poder, lo que derivó en la proliferación de casos de corrupción. Con Nixon, Ford y Carter el poder sindical bajó, y comenzó a reducirse el porcentaje de afiliación hasta llegar al 16.1 por 100 de los trabajadores en 1990, lo que contribuyó a fomentar una tendencia legal dirigida a potenciar los derechos de los trabajadores individualmente considerados.

Actualmente la tasa de sindicación es muy baja ¹⁰, fundamentalmente porque los empresarios continúan oponiéndose a ella ¹¹, y buscan fórmulas sustitutivas, como la participación de los trabajadores en la empresa, la subida de los salarios, el establecimiento de planes de pensiones, seguros de vida, de enfermedad, etc., en el intento de mantener unas cotas razonables de satisfacción entre sus empleados que eviten el recurso a la tutela sindical ¹².

violento que haga peligrar la integridad bien de otras personas bien de las instalaciones empresariales; en segundo término, también cabría un *injunction* cuando la huelga, o en su caso el cierre patronal, pueda ser considerada una «emergencia nacional» que cause un perjuicio a la seguridad y salud nacional, lo que, según la ley (*vid.* Secciones 208 a 210), habrá de apreciarse cuando afecte a todo un sector industrial, o a su mayor parte, provocando una disminución tal de la producción que influya negativamente en la economía del país. La peculiaridad en este caso radica en que es el propio Presidente de EE.UU. quien nombra una comisión de estudio y quien es competente para solicitar, si fuese oportuno, un *injunction* judicial de 80 días, debiendo el juez valorar su procedencia. Si es concedido, ese tiempo debe ser dedicado por las partes a conseguir una avenencia satisfactoria, sin posibilidad de ejercicio de cualesquiera medidas de presión. Transcurrido el plazo sin acuerdo, vuelven a ser posibles tanto la huelga como el cierre patronal, a menos que por ley, pues no cabe un segundo *injunction*, se prohíban; *vid.* R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 367-373; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 981-1.003; M. ALONSO OLEA, *La configuración de los sindicatos norteamericanos (II)*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1953, págs. 88-90.

¹⁰ *Vid.* S. DEL REY GUANTER, *Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 107-111.

¹¹ En palabras de J. ROGERS, *In the shadow of the Law: Institutional aspects of postwar U.S. union decline*, AA.VV., *Labor Law in America*, John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1992, pág. 287, «en términos comparativos, los empresarios americanos son "excepcionalmente" hostiles a los sindicatos, en gran medida porque los trabajadores americanos están excepcionalmente desorganizados». Paradójicamente, hay estudios que demuestran que las empresas sindicadas producen más que las que no lo están; *vid.* R.B. FREEMAN y J.L. MEDOFF, *What do unions do?*, Basic Books, Inc., New York, 1984, págs. 162-180.

¹² Incluso hay programas de formación para directivos dirigidos a mantener la empresa al margen de la influencia sindical (*union-free work environments*); *vid.* T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 152.

II. EL DERECHO A NEGOCIAR COLECTIVAMENTE

1. El ámbito de la negociación colectiva: la unidad apropiada de negociación.

Como quiera que la Constitución estadounidense no reconoce, y por tanto no regula, el derecho a la negociación colectiva ¹³, es menester acudir a la norma legal; la *National Labor Relations Act* de 1935 es el punto de referencia inexcusable, pues en ella se regula el núcleo esencial del *Labor Law* ¹⁴. Bien es cierto que su ámbito de aplicación no es universal, resultando excluidos de él ¹⁵ colectivos que o bien tienen regulación propia federal o estatal (como los empleados públicos ¹⁶, los trabajadores agrícolas o los trabajadores de las compañías ferroviarias o aéreas ¹⁷) o bien no son considerados trabajadores susceptibles de ser incluidos en la negociación colectiva (tales son los casos de los trabajadores autónomos ¹⁸, de los empleados de servicio doméstico ¹⁹, del cónyuge e hijos de los empleadores ²⁰ e incluso de quienes actúen en nombre del empresario, como los supervisores o empleados de confianza ²¹).

¹³ Aunque los derechos a formar un sindicato y a unirse a él sí pueden incluirse en la Primera y Decimocuarta Enmiendas; *vid.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 658.

¹⁴ También es importante en este campo la *Taft-Hartley Act* de 1947, cuya misión principal era la de reformar la *Wagner Act*, pero también contenía previsiones independientes que aún siguen vigentes como, a modo de ejemplo, las excepciones a la general prohibición de *injunctions* o la creación y regulación del Servicio de Mediación y Conciliación Federal (*Federal Mediation and Conciliation Service*).

¹⁵ *Vid.* Sección 2 (3); para un estudio exhaustivo *vid.* P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.423-1.503.

¹⁶ Que serán objeto de consideración independiente más adelante; *vid. infra* VI.

¹⁷ Estos últimos al amparo de la *Railway Labor Act* de 1926.

¹⁸ *Vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 20-21.

¹⁹ *Vid.* E. BORIS, *The regulation of homework and the devolution of the Postwar labor standard regime: beyond dichotomy*, en AA.VV., *Labor Law in America*, John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1992, págs. 260-282.

²⁰ Al igual que veremos a continuación con los empleados de confianza, la ley pone un gran énfasis en diferenciar los intereses empresariales de los laborales. Por ello, la exclusión de los familiares del empleador de la negociación colectiva no prejuzga su condición de trabajadores asalariados, sino que su objetivo es el de evitar que el empresario pueda ejercer cualquier tipo de influencia sobre los trabajadores en el proceso negocial.

²¹ Tanto legal como jurisprudencialmente se ha negado la posibilidad de que aquellos empleados que estén más próximos al empresario reciban el amparo de la *Wagner Act*. Los supervisores son formalmente trabajadores asalariados, pero a tenor de la Sección 2 (11) de la ley tienen poderes de dirección, ya que pueden tomar decisiones de contratación y despido; en esta tesitura, y de manera análoga a los altos directivos en nuestro país, carecen, en principio, del derecho a negociar colectivamente. Lo mismo sucede con los empleados de confianza y todos aquellos que por su posición tengan acceso a las decisiones políticas de la empresa (aunque estas excepciones no son legales, sino jurisprudenciales), porque se entiende que su inclusión forzosa en la unidad apropiada de negociación supondría un conflicto de intereses inaceptable para el empresario. Estos colectivos pueden unirse a un sindicato, pero, a tenor de la Sección 14 (a) de la *Wagner Act*, el empresario decide voluntariamente si quiere o no negociar con los grupos formados por supervisores, o empleados de confianza en su caso, o con su sindicato, sin sufrir la compulsión del deber legal de negociar;

Tras esta inicial delimitación subjetiva, el primer concepto de necesaria atención al abordar la negociación colectiva en los EE.UU. es el de la unidad apropiada de negociación (*appropriate bargaining unit*). Los ámbitos de aplicación del convenio no son el empresarial o el supraempresarial, ya que el acuerdo no dará cobertura automáticamente a todos los trabajadores de la empresa o del sector, sino únicamente a los encuadrados en la unidad ²².

De este modo, son unidades apropiadas de negociación aquellas en las que los puestos de trabajo, no los trabajadores, presentan una comunidad de intereses que los hace susceptibles de inclusión en la misma negociación (bien porque son similares en la escala y manera de determinar los salarios; similares en las condiciones de empleo; similares en cuanto a las tareas desempeñadas; similares en la cualificación requerida; similares por la posibilidad de intercambiar a los trabajadores, etc.) ²³. La negociación colectiva, por tanto, abarcará exclusivamente a quienes desempeñen esas ocupaciones, no al resto de trabajadores de la empresa ²⁴.

Antes bien, no hay una predeterminación legal del concepto de unidad apropiada de negociación, de modo que las partes pueden elegir libremente el ámbito de aplicación del convenio colectivo, incluyendo fórmulas como la unidad multiplanta (*multi-plant unit*), en la que el convenio abarcará varios centros de trabajo del mismo empresario, y la unidad multiempresarial (*multi-employer*

vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 121 y 434; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 21-24; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 430.

²² A pesar de las notables diferencias existentes en el Régimen General de Negociación Colectiva entre el ordenamiento estadounidense y el español, el proceso de elaboración de convenios franja instituido en nuestro país por la Reforma de 1994 tiene claros paralelismos con aquel sistema, tanto en la determinación de los concretos trabajadores que forman la unidad, como en la elección del representante legitimado para negociar.

²³ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 80-83; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 69-86; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 448-522; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 74-80; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 49-52; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Las elecciones sindicales en los Estados Unidos*, en Revista de Política Social, núm. 148, 1985, págs. 46-48.

²⁴ Esa pretensión de homogeneizar los destinatarios del convenio ha provocado también limitaciones legales subjetivas, puesto que la *Taft-Hartley Act* de 1947 prohibió la presencia en la misma unidad apropiada de negociación de grupos que pudiesen desvirtuar el significado de esa necesaria comunidad de intereses entre quienes serán objeto de la negociación colectiva; por consiguiente, la Sección 9 (b) de la ley citada no admite las unidades formadas por empleados profesionales (que son, a tenor de la Sección 2 (12), aquellos cuya labor es predominantemente intelectual y no rutinaria, y que gozan por tanto de un alto grado de discrecionalidad en la ejecución de sus tareas) y no profesionales si los primeros no aprueban por mayoría esa configuración, así como tampoco la inclusión de los guardas de seguridad en unidades integradas por otros trabajadores; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 157; C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 364-365; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 59-60; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 448-449.

unit), en la que los integrantes de la unidad apropiada de negociación son empleados de varias empresas del mismo o distinto empleador; en este último caso, y en una doctrina que recuerda a la que el TS español mantiene respecto a las que ha denominado unidades artificiales de negociación²⁵, el *National Labor Relations Board* (en adelante, NLRB)²⁶ ha declarado que la unidad multiempresarial únicamente puede ser creada por voluntad de las partes, que gozan de entera libertad para abandonarla en cualquier momento previo a la negociación, aunque no cuando ésta ya ha comenzado, salvo extraordinarias circunstancias o por acuerdo entre ellas²⁷.

En consecuencia, la decisión sobre la unidad de negociación corresponde a las partes, no estando predeterminada apriorísticamente, ya que un puesto de trabajo puede ser encuadrado en varias unidades de negociación ideales y ninguna de ellas es intrínsecamente mejor que el resto²⁸. Si hay discrepancia habrá de acudir al NLRB, que, previa audiencia de las partes, tomará una decisión al respecto, aunque nunca puede crear una unidad multiempresarial, porque ello requiere necesariamente el consenso entre el sindicato y los empresarios afectados²⁹.

²⁵ Vid. STS de 20 de octubre de 1997 (Ar. 8083).

²⁶ Es éste un órgano administrativo creado por la *Wagner Act* y con sede en Washington, aunque tiene oficinas regionales por todo el país. Sus miembros son designados por el Presidente de la Nación y confirmados por el Senado por un período de cinco años. Está encargado de resolver todas las controversias surgidas de la regulación legal, desde la determinación de la unidad apropiada de negociación hasta la solución de conflictos en el transcurso de las deliberaciones. Su labor es política, ya que debe tomar decisiones acordes con la ideología de sus miembros, de los cuales se espera que respalden la línea emprendida por el Presidente que los ha nombrado. Formalmente sus decisiones son definitivas, aunque carece de medios de compulsión para su ejecución, con lo que las partes se ven en muchos casos obligadas a ir a los tribunales, en los que no hay limitación de conocimiento, de modo que el pretendido carácter firme de las decisiones del NLRB podría verse desvirtuado. Sin embargo, es un órgano que goza de mucho prestigio, y la jurisdicción ordinaria suele rechazar las peticiones de revisión, al entender que los conflictos laborales han de resolverse en las instancias mejor dotadas para ello, que son el mismo NLRB y el arbitraje; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 19-39; M. E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 18-25; C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 319-321; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 416-425; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.599-1.725; M. ALONSO OLEA, *La configuración de los sindicatos norteamericanos (II)*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 71, 1953, págs. 71-75; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 61-67.

²⁷ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 86-92; M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 27-28.

²⁸ Desechándose así un análisis sobre qué unidad es la *más* apropiada, pues todas están al mismo nivel; vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Las elecciones sindicales en los Estados Unidos*, en Revista de Política Social, núm. 148, 1985, pág. 48.

²⁹ La determinación de los límites concretos de la unidad apropiada de negociación no siempre es pacífica, por cuanto el empresario querrá que formen parte de ella, por un lado, la mayor cantidad posible de trabajadores que no aprueben la sindicación y, por otro, aquellos que no desempeñen puestos de trabajo de importancia vital para la empresa, con lo que el poder de negociación del sindicato se reducirá. Por su parte, el sindicato mantendrá una posición antitética, para asegurar no sólo su elección como representante exclusivo de la unidad, sino también una sólida posición negocial; sobre este particular, vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 98-100.

En cualquier caso, no van a verse representados en la negociación los trabajadores que no desempeñen un puesto de trabajo incluido en la unidad. En virtud de ello, puede haber varios convenios colectivos que simultánea, pero no concurrentemente, se apliquen en una empresa, dependiendo de las unidades apropiadas de negociación que en ella existan; además, y en idéntico sentido, dentro de la misma empresa puede haber trabajadores cubiertos por la negociación colectiva y trabajadores que carezcan de ese sustento.

La determinación de la unidad apropiada de negociación es un requisito ineludible e imprescindible no sólo para concretar el ámbito de la futura negociación, sino también para seleccionar al representante de los trabajadores. El establecimiento de sus fronteras, como se ha dicho, será producto de una previa negociación entre el empresario y el sindicato con pretensión de negociar el convenio colectivo y, en defecto de pacto, decidirá el NLRB³⁰; pero ese sindicato carece, en esos primeros momentos, de legitimación negociadora.

2. La adquisición de legitimación para negociar: el reconocimiento empresarial y la elección de los trabajadores de la unidad.

El reconocimiento del empleador es una vía simplificada, aunque poco usual, de obtener legitimación, y consiste en la aceptación empresarial de que el sindicato pretendiente goza del respaldo de la mayoría de los trabajadores de la unidad apropiada de negociación³¹. Para evitar fraudes³², la

³⁰ Incluso durante la vigencia del convenio colectivo pueden suscitarse disputas acerca de la unidad apropiada de negociación, porque al venir determinada por una categoría de puestos de trabajo las variaciones en la plantilla y la reestructuración de la empresa pueden suscitar dudas acerca de los trabajadores que efectivamente están cubiertos por la negociación colectiva. Como regla general, quienes se incorporen a la empresa para desempeñar una ocupación incluida en la unidad, sea en sustitución de otro trabajador sea porque la empresa ha creado más puestos de la misma clase, estarán automáticamente bajo la cobertura del convenio, y el sindicato será su representante legítimo, aun en contra de su voluntad. Por tanto, no sólo afectará a la unidad apropiada de negociación la movilidad laboral, sino también la creación o amortización de puestos de trabajo, que provocarán la consiguiente ampliación o reducción cuantitativa de la unidad. Empero, esta variación de la unidad depende de que los trabajadores contratados puedan gozar de derecho al voto en unas eventuales elecciones sindicales; por consiguiente, los excluidos del ámbito de aplicación de la ley (supervisores, empleados de confianza, familiares del empresario) o quienes se ven privados del derecho de sufragio pasivo (entre otros, y como se expondrá en el epígrafe siguiente, los trabajadores temporales y los sustitutos interinos de los huelguistas) no se integrarán en la unidad de negociación, aun cuando sean contratados para cubrir esos puestos; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, pág. 80.

³¹ Si son varios los sindicatos que persiguen tal objetivo, el empresario ha de mantenerse neutral y no reconocer a ninguno; *vid.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 522-524.

³² La Sección 8 (a), en sus apartados (1) y (2), de la *Wagner Act* prohíbe al empresario interferir de cualquier forma en el derecho de libertad sindical de los trabajadores, así como dominar, perjudicar o ayudar a un sindicato, previsiones que incluyen, claro está, la concesión de legitimación negociadora a un sindicato sin implantación mayoritaria en la unidad correspondiente. En general, el empresario puede, y debe, cooperar con el sindicato, pero nunca sustentarlos; *vid.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 484; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 195-208; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 317-325; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Las elecciones sindicales en los Estados Unidos*, en *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, págs. 51-54.

petición sindical debe ir acompañada de una prueba indiciaria que la avale, usualmente constituida por una carta de autorización (*authorization card*) de la mayoría de los trabajadores apoyando su pretensión³³, y nunca puede prosperar si otro sindicato ha presentado previamente una petición de elecciones ante el NLRB³⁴. El empresario, que con carácter general no puede sondear a sus empleados acerca de la sindicación porque se considera intimidatorio³⁵, está facultado en este caso para recabar su opinión al respecto, pero debe hacerlo en votación secreta³⁶.

Ahora bien, el reconocimiento empresarial tiene un carácter meramente potestativo, pues bajo ninguna circunstancia la ley o la jurisprudencia requieren del empleador una contestación afirmativa, ni aun cuando el sindicato esté en posesión de una carta de autorización firmada por el 100 por 100 de los integrantes de la unidad. La jurisprudencia ha considerado lícitas tales negativas, incluso aunque pueda probarse mala fe, eliminando con ello cualquier pretensión de reclamación sindical, pues el TS ha afirmado que el deber de reconocer a un sindicato como legítimo representante de los trabajadores nace únicamente cuando ha sido elegido por mayoría en la votación correspondiente³⁷.

Así pues, ante la negativa empresarial a reconocer a un sindicato como interlocutor válido a efectos de negociación colectiva, la obtención de legitimación queda supeditada a la voluntad de los trabajadores manifestada por vía electoral. Sin embargo, no toda iniciativa sindical conlleva una votación, sino que la celebración de elecciones en una unidad apropiada de negociación viene supeditada a la decisión del NLRB. El sindicato que pretenda erigirse en representante exclusivo de los trabajadores de la unidad ha de elevar una petición a ese órgano, acompañada de una carta de autorización certificando que goza de la confianza de al menos un 30 por 100³⁸ de los integrantes de esa unidad³⁹. Si la

³³ La carta de autorización es un documento firmado por el trabajador en el que manifiesta su voluntad de que el sindicato se convierta en su representante exclusivo para la negociación colectiva. Sin embargo, no es vinculante para el trabajador, puesto que si tienen lugar unas elecciones sindicales puede abstenerse, votar a otro sindicato o en contra de la sindicación. Es, por tanto, una mera declaración de intenciones.

³⁴ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 84.

³⁵ Vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 154; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 114-117.

³⁶ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 523-583.

³⁷ Vid. *STS Linden Lumber v. NLRB* de 1974.

³⁸ Este concreto porcentaje no está recogido en la ley, sino en las normas de funcionamiento del NLRB, denominadas *National Labor Relations Board Statements of Procedure*, en la disposición 101.18 (a).

³⁹ Si bien éste es el procedimiento más usual, también cabe la solicitud directa de al menos un 30 por 100 de los trabajadores de la unidad apropiada de negociación, pero es infrecuente por el temor a represalias empresariales. En último extremo, la Sección 9 (c) (1) (B) de la ley concede al propio empresario el derecho a requerir del NLRB la celebración de elecciones, aunque solamente si con anterioridad ha sido instado por el sindicato para otorgar el reconocimiento directo sin necesidad de ellas; en cualquier otro caso, la iniciativa empresarial es una injerencia prohibida, para evitar que el empleador pueda frustrar los esfuerzos sindicales presentando la petición mientras la organización laboral intenta consolidarse entre los trabajadores de la unidad, ya que en esos momentos carece de mayoría; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 154.

carta de autorización está en regla, generalmente el NLRB concretará los límites exactos de la unidad, determinará los trabajadores con derecho a voto y fijará la fecha y lugar de la votación ⁴⁰, que también supervisará; pero en determinadas ocasiones, el NLRB ha de rechazar la petición con el objetivo de dotar de una cierta estabilidad a la situación representativa de esa unidad ⁴¹.

La primera de esas excepciones a la aceptación cuasiautomática de elecciones se produce tras el reconocimiento empresarial directo del sindicato como representante exclusivo de los trabajadores a efectos de la negociación colectiva. En tanto en cuanto el sindicato debe haber presentado pruebas objetivas que avalen su aceptación mayoritaria, se presume, presunción *iuris et de iure* al no caber prueba en contrario, que mantiene esa mayoría durante el tiempo necesario para asentarse en la unidad. Por consiguiente, en ese período, de extensión incierta, no podrá tener lugar votación alguna destinada a cambiar de representante o a despojar de legitimación al sindicato reconocido, ni aun a petición de la totalidad de los integrantes de la unidad ⁴².

En segundo lugar, la separación mínima que ha de mediar entre dos elecciones sindicales es de 12 meses; solamente cuando sea menester repetir la votación porque la inicial adolecía de un vicio insubsanable, o cuando haya que celebrar una segunda vuelta ante la no consecución de mayoría en primera instancia por parte de ninguna de las candidaturas, será posible celebrar una votación en ese período, pues cualquier otra pretensión electoral durante el año siguiente a unas elecciones no prosperará ⁴³.

Por último, el NLRB ⁴⁴ ha vedado las iniciativas de esta clase en los tres años siguientes a la firma del convenio colectivo o, si su duración es menor, mientras permanezca en vigor. Como excepción, se admite la petición electoral entre los 90 y los 60 días inmediatamente anteriores a la fecha de expiración del pacto, para evitar que la sucesión de convenios haga impracticable el derecho de los trabajadores a cambiar de representante ⁴⁵. A *sensu contrario*, se elimina cualquier posibilidad de cuestionamiento del sindicato representante en los 60 días anteriores a la pérdida de vigencia del convenio, porque se entiende que ése es el período más crítico de la renegociación, el momento en el que las partes deben concentrar todos sus esfuerzos en lograr un acuerdo, lo que justifica la supresión de elementos perturbadores para el normal desarrollo de las deliberaciones.

⁴⁰ El NLRB debe respetar los acuerdos alcanzados por las partes en estas cuestiones; de haber una disputa, el NLRB decidirá de forma vinculante tras celebrar una vista en la que el empresario y el sindicato expondrán sus argumentos. En todo caso, entre la orden de celebración y la votación misma no pueden transcurrir más de 30 días.

⁴¹ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 75-79.

⁴² Así como tampoco que el empresario retire el reconocimiento dado.

⁴³ Vid. Sección 9 (c) (3) de la *Wagner Act*.

⁴⁴ Vid. la Sentencia del NLRB *General Cable Corp* de 1962.

⁴⁵ Precisamente por ello, en todo acuerdo de duración superior a tres años, el planteamiento de elecciones sindicales no ha de esperar a su finalización, sino que ha de suscitarse entre los 90 y los 60 días anteriores a la conclusión del tercer año de vigencia; vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.^a edición, Ohio, 1999, pág. 447; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 53-59.

De no concurrir alguna de las circunstancias anteriores, el NLRB deberá aceptar la petición que acredite el sustento del 30 por 100 de los trabajadores de la unidad, momento en el que comenzará una «campaña electoral» encaminada a convencer a los trabajadores de las ventajas de la sindicación o de la asindicación. En cualquier caso, están terminantemente prohibidas las amenazas, coacciones, premios, promesas, etc. tanto por parte del empresario como de los sindicatos ⁴⁶. El empleador no puede prometer mejoras salariales o laborales a cambio del rechazo a la sindicación o de la elección de un sindicato en detrimento de otro ⁴⁷; en el mismo sentido, no es lícito conceder beneficios de esa índole con carácter previo a los comicios condicionando su futuro al resultado electoral. Asimismo, no está admitido el anuncio de medidas como el despido, el cierre de la empresa o rebajas en las condiciones laborales o salariales si los trabajadores deciden sindicarse o votar a un sindicato no querido por el empresario ⁴⁸. Si la intimidación llega al extremo de hacer inviable que los trabajadores voten libremente, el NLRB puede emitir una orden de negociación (*bargaining order*), mediante la cual concede legitimación a un sindicato que demuestre haber gozado en el pasado de mayoría en esa unidad, y, con ello, el empresario estará obligado a negociar ⁴⁹.

No obstante, y evitando las coacciones, el empresario puede reunir a los trabajadores durante las horas laborales para hacer alegatos en contra de la sindicación o de un determinado sindicato, sin venir obligado a conceder turno de réplica a los aludidos ⁵⁰, salvo que el discurso se produzca en horario no laboral ⁵¹. También le está permitido distribuir información escrita (cartas, panfletos, etc.) entre los trabajadores con el mismo propósito, siempre, claro está, que el contenido sea veraz, pues si sus afirmaciones son falsas incurrirá en una práctica laboral desleal (*unfair labor practice*). Al estilo de cualesquiera elecciones políticas, el NLRB ⁵² ha establecido un período de reflexión, prohibiendo los alegatos empresariales o sindicales en masa en las 24 horas anteriores a la votación ⁵³.

⁴⁶ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 117-122; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 82-84.

⁴⁷ Ya que no puede interferir en el derecho de libertad sindical de los trabajadores a tenor de la Sección 8 de la *Wagner Act*.

⁴⁸ No toda violación será flagrante, pues la STS *NLRB v. Gissel Packing Company* de 1969 ha admitido que el empresario puede hacer predicciones acerca del futuro de la empresa en caso de sindicación; la escasa nitidez de la línea divisoria entre predicción y amenaza exige un detenido análisis caso por caso; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 107-110; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 148-156.

⁴⁹ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 190-191; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 93-104; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 85-136 y 337-375.

⁵⁰ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 189-193.

⁵¹ Vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 173.

⁵² Vid. la Sentencia del NLRB *Peerless Plywood Co.* de 1953.

⁵³ Vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 162; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 102-104; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 455-456.

En cuanto a los sindicatos, también tienen prohibido amenazar, coaccionar u obsequiar a los trabajadores para conseguir su voto, pero no prometer mejores condiciones laborales o salariales, puesto que los trabajadores son conscientes de que un sindicato carece de poder para decidir tales cuestiones unilateralmente, requiriendo siempre el pertinente acuerdo con el empresario. Como precisión válida tanto para las manifestaciones empresariales como para las sindicales, el NLRB, poniendo fin a una jurisprudencia que había oscilado en los años anteriores, declaró en 1982⁵⁴ que mentir en las elecciones sindicales no obliga a su repetición, a menos que se utilicen documentos falsos o se comprometa la neutralidad del propio NLRB⁵⁵.

El contacto frecuente entre el sindicato y los integrantes de la unidad puede llegar a ser realmente dificultoso en este período inmediatamente anterior a la votación, pues la ley no reconoce a los representantes de los trabajadores derechos análogos a los contemplados por el ordenamiento español, tales como el tablón de anuncios o la utilización de las instalaciones empresariales para sus asambleas. Así pues, los sindicatos, salvo concesión del empleador, no tienen un lugar propio en las dependencias de la empresa, ni aun tras ser elegidos, y sus representantes, que no sean empleados, pueden ser excluidos de las mismas por el propietario, quien tiene la facultad de negarles el acceso al centro de trabajo⁵⁶. Con el objeto de evitar que el sindicato se vea privado de todo contacto con los trabajadores durante la campaña, el empleador ha de remitir al Director Regional del NLRB una lista con los nombres, direcciones, etc. de los trabajadores con derecho a voto en los siete días siguientes a la convocatoria de las elecciones, lista que el Director Regional entregará a los sindicatos interesados⁵⁷.

La elección se celebrará en la fecha fijada por el NLRB, que la supervisará y garantizará su legalidad, siendo requisito inexcusable el carácter secreto del voto para evitar posibles represalias empresariales. Contra lo que pudiera parecer, no todos los trabajadores de la unidad apropiada de

⁵⁴ Vid. Sentencia del NLRB *Midland National Life Insurance Co.* de 1982.

⁵⁵ En consecuencia, son nulas las elecciones en las que un sindicato o el empresario hayan prometido un mejor o peor trato en las decisiones del NLRB según el resultado.

⁵⁶ No obstante, esta regla general cuenta con ciertas excepciones, ya que el NLRB ha concedido a los representantes del sindicato el derecho de entrada a las instalaciones empresariales cuando no haya otro medio de contactar con los trabajadores, lo que sucedería, por ejemplo, cuando su residencia se encontrase en las conocidas como *company towns*, viviendas construidas en terrenos empresariales destinadas a acomodar a los empleados. La STS *NLRB v. Babcock & Wilcox Co.* de 1956 permitió la distribución de folletos informativos en el parking del centro de trabajo cuando por circunstancias del tráfico sea peligroso para la integridad física de esos representantes sindicales hacerlo más allá de las puertas del recinto empresarial. Por el contrario, mientras que el NLRB incluso llegó a admitir que esa publicidad podía ser entregada en las dependencias de la empresa en horario no laboral aun a pesar de la oposición del empresario, el TS decidió a la inversa, argumentando que los derechos reconocidos en la *Wagner Act* son concedidos a los trabajadores y no a sus representantes. Claro está, si los representantes sindicales son a su vez empleados de la empresa pueden desarrollar tales actividades en el lugar de trabajo, aunque deben hacerlo una vez concluida la jornada laboral y sin perjudicar la producción; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 162-163; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 86-107; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 71-77.

⁵⁷ No es ésta una exigencia legal, sino jurisprudencial, que trae causa de la Sentencia del NLRB *Excelsior Underwear, Inc.* de 1966; por ello, esa información es conocida como *Excelsior list*.

negociación incluidos en el ámbito de aplicación de la *Wagner Act* tienen reconocido el derecho al voto, sino que, a tenor de la jurisprudencia del NLRB, solamente gozan de él aquellos que tengan una perspectiva razonable de continuar ligados a la empresa durante el período de duración del futuro convenio ⁵⁸.

En consecuencia, el alcance subjetivo del derecho de sufragio dista de ser universal dentro de la unidad de negociación, viéndose privados de él tanto los trabajadores con contrato temporal ⁵⁹, como los *salt* ⁶⁰. Pero los grandes debates jurídicos acerca de la titularidad del voto en las elecciones sindicales están conectados con el derecho de huelga. Como se verá posteriormente ⁶¹, se diferencian dos tipos de huelgas en el Derecho estadounidense, las que protestan contra una práctica laboral desleal del empresario (*unfair labor practice strikes*) y las que reclaman mejoras en las condiciones de trabajo (*economic strikes*). En las primeras está permitida la sustitución interina de los huelguistas, mientras que en las últimas la jurisprudencia ha habilitado al empresario para mantener el reemplazo no sólo durante el tiempo que dure la huelga, sino con carácter indefinido, de forma que cuando ésta se desconvoque el huelguista permanentemente sustituido no podrá reincorporarse a su puesto de trabajo hasta que quede vacante ⁶².

De acuerdo con la regla general antes enunciada, los sustitutos interinos no pueden votar en las elecciones sindicales, por cuanto se desvincularán presumiblemente de la empresa tras la conclusión de la huelga. Por el contrario, los sustitutos permanentes están ligados a la firma por contrato indefinido, con lo que tienen una perspectiva razonable de continuar desempeñando su puesto de trabajo, ya que la duración de su contrato no viene supeditada a la reincorporación de los huelguistas; por ende, podrán votar en todo caso, con independencia de que los sustituidos ostenten o no tal derecho. Éstos, por su parte, tienen derecho a participar en las elecciones sindicales siempre que no hayan sido reemplazados o lo hayan sido interinamente ⁶³.

Sin embargo, el legislador hubo de plantearse la situación de los sustituidos permanentemente, que no están despedidos y siguen vinculados a la empresa, pero su futuro en la misma es en apariencia poco prometedor. La solución final contenida en la Sección 9 (c) (3) de la *Wagner Act* puede

⁵⁸ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 43-44.

⁵⁹ Independientemente de su duración, pues en el momento de determinar quién tiene derecho al voto se desconoce cuál será el plazo de vigencia del convenio.

⁶⁰ Reciben esta denominación los representantes de un sindicato que comienzan a trabajar en una empresa con el único propósito de convencer a los empleados de las bondades de la sindicación. Los empresarios impugnaron en un principio su participación en la votación, pues, a pesar de ser formalmente trabajadores de la empresa, consideraban que su lealtad estaba con el sindicato. Por el contrario, las organizaciones laborales argumentaban que los *salt* tenían dos empleos, uno con el sindicato y otro con la empresa, y como trabajadores de la misma debían tener derecho al voto, tesis que acogió favorablemente el NLRB; vid. M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 34-37.

⁶¹ Vid. *infra* III.1.

⁶² Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 453.

⁶³ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, pág. 44.

calificarse de salomónica, al supeditar el mantenimiento del voto a la duración de la huelga: si en el momento de la elección no han transcurrido 12 meses desde el inicio del paro, esos huelguistas podrán votar, perdiendo tal derecho cuando ese período supere el año ⁶⁴. Obviamente, el derecho al voto desaparece cuando el puesto de trabajo ha sido amortizado o el afectado ha aceptado un empleo equivalente en otra empresa, pues en ambos casos se extingue su relación laboral ⁶⁵.

En la votación serán elegibles los sindicatos que acrediten una mínima implantación en la unidad apropiada de negociación; generalmente la celebración de elecciones es consecuencia de la petición de un sindicato, que, como se dijo, ha de conseguir previamente el apoyo de al menos un 30 por 100 de los trabajadores de la unidad. Ese porcentaje actúa a modo de umbral para discernir cuando existe una «verdadera cuestión de representación» ⁶⁶, lo que permite relajar los requerimientos para el resto de sindicatos con voluntad de convertirse en el interlocutor válido del empresario a efectos de negociación colectiva, ya que únicamente necesitarán acreditar el sustento de un 10 por 100 de los integrantes de la unidad ⁶⁷.

Llegado el momento de la votación, los trabajadores pueden decantarse por la negativa a la sindicación o por legitimar a alguno de los sindicatos participantes; la victoria requiere la obtención de la mayoría de votos emitidos, con lo que la abstención no perjudica *per se* las pretensiones sindicales. Empero, en caso de pluralidad de candidaturas, la división de los votos puede frustrar la con-

⁶⁴ Las huelgas son un recurso ciertamente arriesgado en los EE.UU. por las consecuencias que han de soportar los trabajadores, ya que a la incertidumbre acerca del mantenimiento de su puesto de trabajo hay que añadir la generalmente considerable duración de las mismas, que trae causa de uno de los principios básicos que informan ese ordenamiento: el derecho del empresario a continuar con la producción a pesar de las reclamaciones laborales. La posibilidad de sustituir a los huelguistas reduce el perjuicio de los empresarios, disminuyendo la urgencia de llegar a una rápida solución, a la vez que les permite confiar en que la falta de medios económicos y de subsistencia de los trabajadores les obligue a retornar sin mejora alguna, lo que deriva, en definitiva, en una prolongada extensión temporal de la huelga; a ello hay que añadir la dudosa legalidad de las huelgas intermitentes al estilo de las practicadas en nuestro país, con lo que usualmente el paro laboral se mantiene ininterrumpidamente desde su convocatoria hasta la consecución de un acuerdo, lo que en algunos casos ha supuesto años de espera. En este contexto, el plazo anual marcado por la ley no es en absoluto desproporcionado; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 407-408; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.017-1.018.

⁶⁵ Los trabajadores de la unidad cuyo derecho a participar en las elecciones haya sido cuestionado por alguna de las partes emitirán su voto en la fecha y hora fijada por el NLRB al igual que sus compañeros, pero separando sus papeletas del resto, y en sobres sellados para respetar su carácter secreto. Tras la votación, se procederá al recuento de los no controvertidos, y el NLRB solamente analizará la admisibilidad de los impugnados si son necesarios para decidir el resultado final. Paradójicamente, esta situación podría provocar una violación de la confidencialidad cuando por la escasa cantidad de votos discutidos pudiera conocerse el sentido del sufragio; en esta tesitura, el NLRB debería decidir la licitud o ilicitud del voto con carácter previo a la elección; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, pág. 83; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 453.

⁶⁶ *Cfr.* R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, pág. 42.

⁶⁷ *Vid.* *National Labor Relations Board Statements of Procedure*, en la disposición 101.18 (e).

secución de esa mayoría, lo que ha sido previsto legalmente, ya que en tales circunstancias la *Wagner Act* ordena una segunda votación a la que únicamente concurrirán las dos opciones con mayor predicamento en la anterior ⁶⁸.

Tras el recuento, si un sindicato ha obtenido la aprobación de la mayoría de los votantes se convertirá automáticamente en el representante exclusivo ⁶⁹ y legítimo de la unidad a efectos de la negociación colectiva. En esta tesitura, la consecución de mayoría vinculará a todos los trabajadores de la unidad, sean o no afiliados al sindicato elegido, que serán desde ese momento representados por él, siendo estéril la oposición ⁷⁰. Para prevenir el otorgamiento de privilegios a consecuencia de la afiliación, el sindicato electo está constreñido por un deber legal de representación equitativa (*duty of fair representation*) para con todos los integrantes de la unidad, con independencia de su afiliación, raza, sexo, religión, etc., y cuya violación puede suponer la pérdida de legitimación ⁷¹. De este modo, toda actuación del sindicato debe estar presidida por la buena fe, siendo ilegales los actos específicamente dirigidos a beneficiar o perjudicar ilegítimamente a algún trabajador o grupo dentro de la unidad ⁷².

El trabajador que considere haber sido objeto de un trato vejatorio ha de agotar los recursos internos ante el propio sindicato ⁷³, y, si no es satisfecho, tiene dos diferentes vías de reclamación, el NLRB y los tribunales ordinarios. En la práctica, la más utilizada es el NLRB, al que la *Wagner*

⁶⁸ Las únicas posibilidades son aquí, por un lado, la elección entre uno de los dos sindicatos con mejores resultados en la ronda inicial y, por otro, la decisión entre el sindicato más votado o la no sindicación, si el rechazo representativo obtuvo una de las dos primeras posiciones; para un estudio detallado de los pormenores de la votación *vid.* P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 414-447.

⁶⁹ Sobre el alcance de la exclusividad *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 191-198.

⁷⁰ De ahí que calificar como «mandato» la relación que une al sindicato representante con los miembros de la unidad resulte problemático; *vid.* J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Las elecciones sindicales en los Estados Unidos*, en *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, págs. 59-60.

⁷¹ *Id.* R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 50 y 695-728; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.285-1.358.

⁷² La imposición legal de este deber no supone la equiparación de los afiliados y de los no afiliados en lo tocante a su relación con el sindicato. Éste, como se ha dicho, debe ejercer lealmente su representación, pero fuera de esa relación representativa la afiliación conlleva la adquisición de ciertos derechos. En este sentido, la *Labor-Management Reporting and Disclosure Act* (o *Landrum-Griffin Act*) de 1959 obliga a los sindicatos a respetar una democracia interna y reconoce una serie de derechos a sus miembros, entre los que se encuentra el derecho de todos a ser tratados igual, el de asistir y hablar en las asambleas, así como el de llegar a ser administradores si resultan elegidos en unas elecciones correctamente celebradas. Además, requiere que el sindicato dé a conocer anualmente a sus afiliados el estado de las cuentas y establece controles para evitar que los administradores abusen de los recursos financieros. Pero sólo atribuye estos derechos a los miembros del sindicato, no a todos los trabajadores de la unidad representada por éste; *vid.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 626-634; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 144-148.

⁷³ *Id.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 624-626.

Act atribuye competencia para conocer de las reclamaciones contra las prácticas laborales desleales del sindicato o del empresario. Tiene como principal ventaja su carácter gratuito, fruto de su condición de órgano administrativo cuyos gastos sufraga el Estado. No obstante, en ocasiones la satisfacción que proporciona no es total, ya que en los casos de ruptura del deber de representación equitativa el trabajador sólo puede impugnar la conducta sindical, de manera que cuando la lesión sea consecuencia de una actuación conjunta del sindicato y del empresario, éste quedará exento de cualquier tipo de responsabilidad. La segunda opción es el recurso directo a la justicia ordinaria, cuyas ventajas e inconvenientes son exactamente los contrarios a los del procedimiento ante el NLRB. Por consiguiente, el trabajador puede demandar tanto al empresario como al sindicato si ambos son responsables de la conducta lesiva; pero el proceso judicial es usualmente caro a consecuencia de la representación letrada, siendo el aspecto económico un lastre que actúa como elemento disuasorio para el trabajador, que optará generalmente por acudir al NLRB ⁷⁴.

3. El proceso de negociación del convenio colectivo: las deliberaciones.

Una vez que un sindicato ha obtenido legitimación en la unidad apropiada de negociación el empresario está obligado a negociar con él ⁷⁵, sin posibilidad de lícito rechazo, ni aun en el caso de sucesión de empresas, ya que el nuevo propietario, siempre que la mayoría de sus empleados procedan de la etapa previa, ha de reconocer y negociar con el sindicato que ya hubiese sido elegido con el anterior ⁷⁶. Esa obligación, del mismo modo que en el ordenamiento español, es de negociar no de convenir ⁷⁷, de medios no de resultado ⁷⁸, debiendo discurrir por los cauces de la buena fe ⁷⁹,

⁷⁴ Vid. M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, pág. 9.

⁷⁵ El deber de negociar viene impuesto para el empleador en la Sección 8 (a) (5) de la *Wagner Act* y para el sindicato en la Sección 8 (b) (3); en detalle, vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 587-746.

⁷⁶ Así se pronunció la STS *NLRB v. Burns International Security Services, Inc* de 1972, que, sin embargo, declaró que, a salvo de voluntaria aceptación, el nuevo empresario no está vinculado por el convenio colectivo precedente, sino que es necesario negociar otro, al entender que la solución contraria supondría una imposición a las partes de las condiciones de trabajo, impidiendo el ejercicio de su legítima libertad de negociar. Por contra, la STS *John Wiley & Sons v. Livingston* de 1964 afirmó que el compromiso arbitral que vinculaba al antiguo empleador con un sindicato sigue vigente para el nuevo empresario en los mismos términos; vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 432-433 y M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book*, Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1998, preguntas 11:85 y 11:86; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 116-131; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 761-850.

⁷⁷ Sección 8 (d) de la *Wagner Act*.

⁷⁸ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 517.

⁷⁹ Como expresamente ordena la Sección 8 (d) de la ley; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 198-210; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 399-495; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 111-117.

estando proscritas conductas como la negociación directa con los trabajadores, la dilación o cancelación injustificada de las reuniones proyectadas, o el *boulwarismo*, esto es, acudir a la negociación con una propuesta inmodificable⁸⁰; además, el TS⁸¹ ha exigido el mutuo intercambio de información relevante para el buen fin de la negociación⁸² y ha prohibido expresamente al empresario variar las condiciones de trabajo durante el transcurso de la misma⁸³, salvo ruptura o *impasse*⁸⁴.

Pero el deber de negociar sólo es invocable mientras una mayoría de trabajadores apoyen al sindicato, no después. Hay una serie de presunciones *iuris et de iure* acerca del mantenimiento de esa mayoría, que habilitan al sindicato para negociar e impiden el rechazo empresarial, y que son esencialmente idénticas a las causas por las que el NLRB ha de inadmitir la petición de celebrar elecciones sindicales.

En primer lugar, el sindicato conserva la mayoría a todos los efectos durante el año siguiente a las elecciones en las que haya obtenido legitimación⁸⁵, plazo que se estima razonable para que proceda a la negociación del convenio colectivo. Durante ese primer año, a salvo de qué defectos en las elecciones sindicales obliguen al NLRB a ordenar su repetición, la representatividad del sindicato es intocable, y no decae ni siquiera a petición de la totalidad de los trabajadores de la unidad.

La elección no es el único medio para adquirir legitimación negocial, sino que, como antes se explicó⁸⁶, cabe una segunda vía, cual es la del reconocimiento empresarial. En este caso, la cualidad de representante exclusivo del sindicato válidamente reconocido no puede ser cuestio-

⁸⁰ Esta actitud, expresada gráficamente en el dicho «lo tomas o lo dejas», es conocida como *boulwarism* a causa del vicepresidente de la *General Electric Company*, Lemuel Boulware, a quien se atribuye la utilización pionera de esta estrategia negocial. En un principio, el NLRB no la consideró reprochable, aunque en tiempos más recientes ha modificado su doctrina, al considerar que es una muestra de la escasa o nula voluntad de llegar a un acuerdo, lo que contradice las más elementales reglas de la buena fe; *vid.* C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 68-69; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, pág. 113; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 109-111; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 344-348.

⁸¹ *Vid.* STS *NLRB v. Truitt Mfg* de 1956.

⁸² Obligación que subsiste incluso durante la vigencia del convenio; *vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 106-117; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 255-268.

⁸³ *Vid.* STS *NLRB v. Katz* de 1962.

⁸⁴ *Vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 62-79.

⁸⁵ O desde que comienza la negociación cuando ésta se retrasa por causas imputables al empresario; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, pág. 77; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 447-448; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 53-54.

⁸⁶ *Vid. supra* II.2.

nada durante el tiempo necesario para que se consolide entre los trabajadores de la unidad ⁸⁷, plazo que legalmente no está establecido, y por ello habrá de ser el NLRB quien lo determine casuísticamente ⁸⁸.

En último término, la presunción mayoritaria se extiende durante la vigencia del convenio colectivo, para evitar que el empresario decline las peticiones de negociación con el pretexto de la pérdida de legitimación. No cabe olvidar que tras la aprobación del acuerdo el deber de negociar sigue actuando en determinadas materias, como se explicará a continuación, cuya proposición constriñe la decisión de la contraparte, que debe aceptar la solicitud de conversaciones; para reforzar esa exigencia, se consideran inadmisibles las tentativas del empleador de eludir los requerimientos legales mediante el planteamiento constante de incertidumbres acerca de la legitimación sindical.

Respetando estos límites, cabe lícita negativa a negociar si la representatividad trae causa del reconocimiento directo del empresario y éste tiene dudas razonables sobre la mayoría ostentada por el sindicato basadas en pruebas objetivas obtenidas de buena fe ⁸⁹, tales como un repentino cambio de trabajadores en la unidad ⁹⁰ o una petición de la mayoría de los trabajadores al empresario para que retire esa autorización ⁹¹. Además, también decae la obligación de negociar si los trabajadores deciden privar de legitimación al sindicato. Para ello, al menos un 30 por 100 de los integrantes de la unidad han de solicitar al NLRB la celebración de unas elecciones sindicales en un momento pertinente ⁹², con el objetivo bien de prescindir de toda presencia sindical en la unidad, siendo determinadas las condiciones de trabajo por la negociación directa entre los trabajadores y el empresario, bien de cambiar de sindicato representante; la prosperidad de cualquiera de esas pretensiones requiere la aquiescencia de la mayoría de votos emitidos ⁹³.

⁸⁷ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 191 y 240-241.

⁸⁸ Vid. Sentencia del NLRB *Brennan's Cadillac* de 1977.

⁸⁹ Vid. Sentencia del NLRB *United States Gypsum Co.* de 1966.

⁹⁰ No obstante, la contratación de sustitutos para reemplazar a los huelguistas no faculta al empresario para desautorizar al sindicato; vid. *STS NLRB v. Curtin Matheson Scientific, Inc.* de 1990.

⁹¹ Será el NLRB el que decida finalmente si esas pruebas objetivas justifican la negativa empresarial a negociar con el sindicato; si el rechazo ha sido arbitrario, el empresario incurriría en una práctica laboral desleal; vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 108-116; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 246-250.

⁹² Como, por ejemplo, entre los 90 y 60 días anteriores a la pérdida de vigencia del convenio colectivo, o tras el transcurso de un año desde la elección en la que el sindicato adquirió legitimación negocial.

⁹³ En principio, sólo los trabajadores, y eventualmente otro sindicato que afirme haber conseguido una presencia mayoritaria en la unidad y esté en posesión de una carta de autorización firmada por al menos el 30 por 100 de los integrantes de la misma, pueden presentar esta petición ante el NLRB; el empresario, salvo raras excepciones, carece de legitimación a estos efectos, e incurrirá en una práctica laboral desleal simplemente por el hecho de animar a los trabajadores a proceder de esa forma, aunque no medie ningún tipo de coacción, violencia o intimidación; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 154.

Para disuadir al empresario de provocar dilaciones indebidas en el proceso negociador se presentó una propuesta de reforma de la *Wagner Act* en 1978, a tenor de la cual el empleador que incurriese en una conducta prohibida debería indemnizar económicamente a sus trabajadores por los perjuicios sufridos a causa del retraso en la negociación; la cuantía de esa compensación se determinaba mediante la aplicación de un porcentaje sobre los salarios negociados en otros ámbitos en los que el empresario no entorpecía las deliberaciones⁹⁴. Pero aquella iniciativa fue rechazada, con lo que el único recurso en la actualidad contra la mala fe empresarial es acudir al NLRB solicitando una orden de cesar y desistir (*cease and desist order*), prevista en la Sección 10 de la ley, que por un lado requiere poner fin a la conducta punible y, por otro, la prohíbe hacia el futuro⁹⁵.

En fin, durante las deliberaciones la dificultad de llegar a un acuerdo provoca en muchos casos un bloqueo, y no siempre la huelga o el cierre patronal serán las reacciones más adecuadas, con lo que los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje) tienen reservado un importante papel, hasta el punto que se consideran las instancias idóneas, junto con el NLRB, para solventar las disputas surgidas en el vasto campo de las relaciones laborales⁹⁶.

Evidentemente, la adopción de acuerdos no suscita desde el punto de vista laboral, ni en la teoría ni en la práctica, los mismos problemas que en el ordenamiento español, pues la representación sindical es única y en exclusiva, y su voto a favor o en contra aprobará o frustrará el convenio. Lo mismo ocurrirá usualmente en el lado empresarial, aunque, como antes vimos⁹⁷, la unidad de negociación puede ser multiempresarial; en dicho contexto, todos los empleadores habrían de dar su consentimiento a esa realidad, pues ante la negativa de alguno de ellos a suscribir el convenio no cabe aceptar automáticamente una solución análoga a la existente en nuestro país para los convenios extraestatutarios, esto es, la reducción del ámbito de aplicación a las empresas que lo han firmado, en la medida en que ello supondría la alteración de la unidad apropiada de negociación. Cuando se produzcan autoexclusiones de esa índole, hay que comprobar si el sindicato mantiene el apoyo mayoritario de los trabajadores en el nuevo ámbito negocial, tras lo cual, solamente el voluntario reconocimiento de los empresarios incluidos en él (pues la eventual votación que se hubiese producido en las anteriores circunstancias es irrelevante), y su también voluntaria aceptación del pacto colectivo previamente concluido, convalidarían dicho acuerdo. De lo contrario, habría que iniciar de nuevo el proceso solicitando del NLRB la celebración de unas elecciones sindicales en las que obtener la preceptiva legitimación negocial.

⁹⁴ Vid. W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 112-119.

⁹⁵ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 129-133 y 233-235; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 457-462; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 532-539; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volúmenes I y II, Washington, 1992, págs. 325-333 y 1.633-1.694.

⁹⁶ Con el fin de facilitar la avenencia, en 1947 la *Taft-Hartley Act* creó el Servicio de Mediación y Conciliación Federal, encargado legalmente de propiciar el acercamiento cuando así se lo planteen las partes.

⁹⁷ Vid. *supra* II.1.

4. El contenido del convenio colectivo: especial referencia a las cláusulas de seguridad sindical.

En lo relativo al objeto de las deliberaciones, el TS ⁹⁸ ha diferenciado entre materias de obligatoria negociación (*mandatory subjects of bargaining*), de negociación potestativa (*permissible subjects of bargaining*) y de negociación prohibida (*illegal subjects of bargaining*). Las primeras son todas aquellas que, en una interpretación extensiva ⁹⁹, «afectan vitalmente a los términos y condiciones de empleo» ¹⁰⁰, y siempre que una parte proponga su negociación la otra no puede rechazarla ¹⁰¹; para exigir esa negociación es lícita la utilización de medidas de presión por ambas partes, incluyendo tanto la huelga como el cierre patronal. En segundo lugar, las materias de negociación potestativa no afectan directamente a la relación de trabajo, con lo que pueden ser objeto de las conversaciones, pero sólo si ambas partes lo aceptan voluntariamente; en ningún caso se puede forzar al otro interlocutor, cuya negativa a tratar tales asuntos está amparada legalmente. En consecuencia, merecen el calificativo de ilegales tanto la huelga como el cierre patronal destinados a compeler a la otra parte a discutir una materia de negociación potestativa ¹⁰². Por último, son materias de negociación prohibida todas aquellas cuya inclusión en un convenio colectivo quebrantaría la ley ¹⁰³.

Aun después de la aprobación del convenio, que debe constar por escrito si alguna de las partes lo requiere ¹⁰⁴, la obligación de negociar subsiste ¹⁰⁵, de modo que durante la vigencia del mismo se mantiene ese deber en los términos antevistos, a salvo de que se haya incluido una *zipper clause*,

⁹⁸ Vid. STS *NLRB v. Wooster Div. of Borg-Wagner Corp* de 1958.

⁹⁹ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 531-532.

¹⁰⁰ Cfr. STS *Allied Chemical & Alkalai Workers v. PPG* de 1971.

¹⁰¹ La Sección 9 (a) de la ley alude expresamente a la cuantía del salario, la forma de pago, la jornada laboral y a «otras condiciones de empleo». El carácter abierto de este último grupo ha facultado al NLRB para incluir la seguridad y salud en el trabajo, los ascensos, los seguros de enfermedad, las pensiones, las decisiones empresariales de regulación de empleo (*lay-off*), el orden de reincorporación de los huelguistas sustituidos permanentemente y la determinación y consecuencias de las infracciones y sanciones laborales; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 210-217 y 273; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 863-928; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 184-198.

¹⁰² En principio, esta categoría está formada por todos aquellos aspectos ajenos a la relación de trabajo en sentido estricto susceptibles de ser incluidos en la negociación colectiva. A modo de ejemplo, y tomando como base las decisiones del NLRB, son materias de negociación potestativa la alteración de los límites de la unidad de negociación, la identidad del agente negociador, la cláusula arbitral o la presencia del sindicato en las reuniones del Consejo de Dirección; vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 928-947.

¹⁰³ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 948-954; M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 45-47.

¹⁰⁴ Vid. Sección 8 (d) de la *National Labor Relations Act*.

¹⁰⁵ Vid. STS *NLRB v. Jacobs Mfg. Co.* de 1952.

en cuya virtud las partes renuncian a negociar nuevamente cualquier asunto ya discutido durante las deliberaciones mientras el convenio esté en vigor. *A sensu contrario*, siempre es posible, y no cabe pacto en contrario, suscitar temas nuevos que no fueron objeto de negociación, y si tales asuntos están incluidos en el concepto legal de materia de obligatoria negociación, la otra parte debe aceptar su discusión ¹⁰⁶.

De otro lado, en tanto el sindicato conserve el apoyo mayoritario de los trabajadores de la unidad el empresario carece de causa que le permita excusarse de la revisión del pacto o de la negociación de uno nuevo en sustitución del que va a perder vigencia; la única exigencia legal es que la propuesta sindical se efectúe con al menos 60 días de antelación a la fecha prevista para la conclusión del convenio, puesto que este último período debe destinarse en exclusiva a la negociación. Si en 30 días desde esa primera notificación no comienzan las deliberaciones, el promotor ha de notificar a los servicios de mediación estatales y federales que hay un conflicto ¹⁰⁷.

En este punto, es menester destacar que el pacto colectivo vacía prácticamente de contenido al contrato de trabajo, pues los acuerdos convencionales no constituyen normas de mínimos ¹⁰⁸, sino que el convenio es imperativo para el empresario, que ha de conceder exactamente aquello a lo que se ha comprometido, evitando así que pueda desvirtuarse el significado de la norma paccionada mediante el acuerdo directo con los trabajadores ¹⁰⁹. De este modo, la negociación colectiva unifica las condiciones de trabajo de los integrantes de la unidad apropiada de negociación, que ya no dependerán del contrato de trabajo, sino del propio convenio, que no es disponible para el empresario ni siquiera en beneficio de los trabajadores. Por ello, el contrato individual puede subsistir en las materias no negociadas convencionalmente, pero en las que sean objeto del convenio el clausulado del contrato deviene inoperante, incluso cuando sea más favorable para el trabajador, a salvo de expresa previsión en contrario en el convenio colectivo ¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 226-231; S. DEL REY GUANTER, *Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 55-88.

¹⁰⁷ Vid. Sección 8 (d) (3).

¹⁰⁸ A salvo de que las partes lo configuren de esa forma, lo que es poco usual, y prácticamente restringido a los deportistas profesionales; vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 521; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 48.

¹⁰⁹ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 192-193.

¹¹⁰ Debe señalarse que en el ordenamiento estadounidense no existe la figura de la condición más beneficiosa, en la medida que el empresario es libre de revocar las concesiones que haya otorgado unilateralmente, debiendo respetar únicamente las pactadas; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 428.

Por otra parte, el convenio colectivo es un instrumento idóneo para reforzar la posición sindical en la empresa, ya que es común la inclusión en el mismo de cláusulas de seguridad sindical (*union security clauses*), mediante las cuales se puede llegar a condicionar la política empresarial ¹¹¹. Si bien la *Wagner Act* admite que las leyes estatales las prohíban ¹¹², en el ámbito federal no hay excesivas limitaciones, y en la práctica son contenido habitual de los convenios; en función de la concreta cláusula de seguridad sindical tradicionalmente se ha distinguido entre *closed shops*, *union shops*, *agency shops* y *open shops*.

Las *closed shops* son aquellas empresas en las que a tenor del convenio el empleador sólo puede contratar trabajadores que estén afiliados al sindicato, debiendo despedirlos en el momento en que pierdan tal condición ¹¹³. La propia *National Labor Relations Act*, tras ser modificada por la *Taft-Hartley Act* en 1947, prohíbe expresamente estas cláusulas, pasando así a engrosar el catálogo de materias de negociación prohibida.

Por el contrario, en las *union shops* el empresario tiene total libertad para contratar al trabajador que estime oportuno. Sin embargo, si el nuevo empleado no está afiliado al sindicato ha de proceder a esa afiliación en un plazo no superior a 30 días so pena de ser despedido. Además, debe mantener esa condición durante la vigencia de la cláusula que configura la empresa como *union shop*, porque de lo contrario el empresario tendría justa causa para el despido. Si aun así el empleador decidiese no poner fin a la relación contractual, el sindicato puede convocar una huelga para forzar la rescisión del contrato. La literalidad de la *Wagner Act* hizo dudar ¹¹⁴ acerca de la legalidad o ilegalidad de esta figura, pues su ambigüedad permite sostener ambas posturas ¹¹⁵, ya que la Sección 8 (3) por una parte convalida las cláusulas negociales que requieran la afiliación al sindicato en los 30 días siguientes a la contratación, con lo que se reconocerían las *union shops*; y por otra afirma que el empresario únicamente puede despedir al trabajador que pierda su condición de miembro del sindicato cuando su expulsión sea consecuencia de la falta de pago de la inscripción o de las cuotas, lo que parece marginar las *union shops*, pues en ellas carece de relevancia la causa por la que no se conserva la afiliación. Con base en la previsión de la propia *National Labor Relations Act*, algunos

¹¹¹ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 491-493; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 639-676; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.359-1.419.

¹¹² Esas leyes se denominan *right-to-work laws*; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, pág. 427; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 47-48.

¹¹³ Evidentemente, estas limitaciones a la libertad empresarial sólo afectan a los puestos de trabajo incluidos en la unidad apropiada de negociación, pues el resto permanece al margen del convenio colectivo.

¹¹⁴ Vid. M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 14-15.

¹¹⁵ Contrariamente a lo que sucede con la *Railway Labor Act* de 1926, reguladora de la negociación colectiva de las compañías aéreas y ferroviarias y todavía en vigor, que expresamente consagra la validez de las *union shops*.

Estados han prohibido esta institución; no obstante, han sido una minoría, y, ante la permisividad jurisprudencial, en la práctica gran parte de las empresas sindicadas han pactado esta *union security clause* ¹¹⁶.

En tercer lugar, el convenio colectivo puede configurar la empresa como una *agency shop*, en la que el empresario está facultado para contratar a cualquier trabajador, sea o no miembro del sindicato legitimado en esa empresa; pero si el trabajador no está afiliado será requerido, en los 30 días siguientes a su contratación, a pagar una cantidad como inscripción y una serie de cuotas regulares al sindicato, para evitar que se beneficie sin coste alguno de la labor sindical en la negociación colectiva ¹¹⁷. Muy pocos Estados han prohibido estas cláusulas, ya que, a diferencia de las *union shops*, no obligan al trabajador a afiliarse sino solamente a contribuir económicamente a la actividad sindical, lo que, por otra parte, redundará presuntamente en su beneficio tras la firma del convenio colectivo; en consecuencia, el afiliado a un sindicato que pierda tal condición no queda eximido de satisfacer las cuotas ¹¹⁸. En defecto de pago, el sindicato puede ejercitar legítimamente todas las medidas de presión a su alcance, incluida la huelga, para exigir el despido. No obstante, la Sección 19 de la ley admite expresamente que las creencias religiosas de un trabajador son justa causa para negarse a sustentar económicamente al sindicato, aunque para evitar la picaresca el trabajador que se acoja a tal previsión ha de dedicar igual cantidad a beneficencia. En principio, el sindicato puede destinar las cantidades recaudadas al fin que desee, salvo que algún trabajador se oponga, en cuyo caso el dinero del objeto sólo podría ser utilizado para la negociación colectiva ¹¹⁹.

La última de las cláusulas de seguridad sindical es la denominada *open shop*, en virtud de la cual no se requiere afiliación ni desembolso de cantidad alguna. No obstante, se admite que el convenio colectivo pueda obligar a los miembros del sindicato en la unidad correspondiente a mantener la afiliación durante la vigencia del mismo (*maintenance of membership*); además, también son legales los acuerdos conocidos como *hiring halls*, por los que el empresario se compromete, en igualdad de condiciones de los candidatos, a dar preferencia en la contratación a los miembros del sindicato sobre los que no lo son, porque se entiende que esta preferencia no es discriminatoria ¹²⁰.

¹¹⁶ En todo caso, la propia Sección 8 (3) de la ley admite que los trabajadores rescindan el acuerdo de *union shop* si en una votación solicitada por al menos el 30 por 100 de los integrantes de la unidad la mayoría de votos emitidos muestran tal voluntad.

¹¹⁷ Es una figura que recuerda al canon por negociación colectiva en nuestro sistema, y que es una constante reivindicación sindical, en la medida en que está estadísticamente demostrado que los salarios en las empresas sindicadas son sensiblemente superiores a los de las empresas que no lo están, en un porcentaje que oscila entre el 30 y el 50 por 100; de ahí que los sindicatos entiendan que de no mediar compensación los trabajadores no afiliados (conocidos como *free riders*) obtendrían un enriquecimiento injusto; *vid.* R.B. FREEMAN y J.L. MEDOFF, *What do unions do?*, Basic Books, Inc., New York, 1984, págs. 43-60; C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, pág. 220.

¹¹⁸ Para facilitar la recaudación son usualmente pactadas las denominadas *union checkoff clauses*, cuya virtualidad es obligar al empresario a deducir del salario del trabajador las cantidades que éste ha de abonar al sindicato.

¹¹⁹ *Vid.* SSTS *Abood v. Detroit Board of Education* de 1977 y *Communication Workers of America v. Beck* de 1988.

¹²⁰ *Vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 501-503; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 430-431.

III. LOS MEDIOS DE LUCHA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Regulación y modalidades del derecho de huelga.

En el ordenamiento jurídico de los EE.UU. los trabajadores, individual o colectivamente, tienen reconocido el derecho de libertad sindical ¹²¹; la ley protege las acciones de uno o más empleados encaminadas a mejorar sus condiciones de trabajo, vedando las interferencias o posteriores represalias empresariales. La huelga es una medida incluida en este concepto de libertad sindical, con lo que el trabajador no puede ser disciplinado o sancionado a resultas de su ejercicio legítimo.

La Constitución americana no reconoce el derecho de huelga ¹²², de forma que tanto su atribución como su contenido han tenido lugar en un plano de mera legalidad ¹²³. Al abordar esa regulación ha de tenerse presente que la función primaria del sindicato en aquel país es la de proceder a la determinación de las condiciones laborales de los trabajadores mediante la negociación colectiva; la relación sindicato-negociación colectiva es inescindible, de forma que toda actuación sindical tiene una relación directa o indirecta con el convenio colectivo, sino con su negociación sí al menos con su aplicación.

Por su parte, también existe una estrecha vinculación entre la huelga y el convenio colectivo, lo que se aprecia nítidamente incluso cuando el objetivo es, como antes se ha visto ¹²⁴, el despido de un trabajador que no se afilia o no satisface las cuotas correspondientes, porque el sindicato, en esos casos, está obligando al empresario a cumplir con la cláusula del convenio colectivo que configura la empresa de una manera determinada. Esta íntima relación tripartita y mutua dependencia entre la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga justifica que sea la ya citada *National Labor Relations Act* la norma que ha procedido al reconocimiento y regulación del derecho de huelga.

¹²¹ Sección 7 de la *National Labor Relations Act*; con relación a su alcance vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 72-80 y 137-161; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 414-419; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 469-474; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 90-95.

¹²² Aunque sí el derecho a efectuar piquetes como manifestación de la libertad de expresión reconocida por la Primera Enmienda, según afirmó la *STS Thornhill v. Alabama* de 1940; sobre los piquetes, vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 220-239; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.061-1.128.

¹²³ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 996-1.002.

¹²⁴ Vid. *supra* II.4.

En lo que se refiere a las modalidades de ejercicio, los dos grandes objetivos perseguidos por la huelga en los EE.UU. son la búsqueda de mejoras en las condiciones de trabajo (*economic strikes*) y la protesta por alguna práctica laboral desleal del empresario (*unfair labor practice strikes*)¹²⁵. En ambos casos, la jurisprudencia ha erigido como un principio fundamental del ordenamiento el mantenimiento de la producción empresarial, de forma que ha permitido la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores para disminuir el perjuicio del empleador.

No cabe duda de que las motivaciones económicas¹²⁶ son el exponente más clásico de las reivindicaciones laborales, pero el ordenamiento estadounidense pone en manos del empresario un arma de enorme fuerza disuasoria, porque si bien está prohibido despedir a un trabajador que se declara legalmente en huelga, sí es factible su sustitución interina, e incluso permanente, cuando el objetivo de la medida es una mejora de las condiciones de trabajo¹²⁷. El empleado sustituido permanentemente no tiene derecho a ser readmitido cuando se desconvoque la huelga, sino cuando su puesto quede vacante, momento en el que deberá informar al empresario de su intención de reincorporarse; por su parte, el empresario está obligado a avisar al trabajador cuando tal disponibilidad exista, y a readmitirle, a salvo de que haya aceptado un puesto de trabajo «sustancialmente equivalente» en otra empresa¹²⁸ o que exista una «razón sustancial de negocio» para no hacerlo¹²⁹.

En cuanto al sustituto permanente, la jurisprudencia se ha visto obligada a conciliar los derechos de dos trabajadores que tienen contrato en vigor para desempeñar el mismo puesto de trabajo y expectativas razonables de continuar en la empresa. Al no existir preferencia legal ni jerarquía entre ambos contratos, el TS¹³⁰ ha afirmado que no constituye justa causa para el despido del sustituto permanente la intención de readmitir al huelguista. Ante una rescisión contractual de esa índole, el

¹²⁵ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.006-1.015.

¹²⁶ Concepto que ha de ser entendido en sentido amplio, incluyendo materias como la seguridad y salud en el trabajo, que, en principio, no tienen relevancia directa en el salario.

¹²⁷ La posibilidad de reemplazo no está contemplada en la ley, sino que su reconocimiento y configuración son fruto de la jurisprudencia, cuyo máximo exponente, por pionero, es la STS *Mackay Radio & Tel. Co. v NLRB* de 1938.

¹²⁸ Esta excepción no tiene un carácter absoluto, ya que mantendrá el derecho a reincorporarse el huelguista que habiendo conseguido otro empleo equivalente continúe participando en las medidas de presión e informe al empresario de su voluntad de ser readmitido; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 344-345.

¹²⁹ Vid. STS *NLRB v. Fleetwood Trailer Co., Inc.* de 1967. La concreción del contenido de la *substantial business reason* ha de tener lugar de forma casuística; como regla general, el empresario es hábil para acometer la reestructuración de la empresa con el objetivo de conseguir la mayor eficiencia y competitividad posible, lo que puede dar lugar a la amortización de puestos de trabajo, y ello es lícito siempre que no medie una finalidad discriminatoria. Si se amortiza su puesto, el trabajador sustituido tiene derecho a ocupar otro sustancialmente equivalente; en su defecto, quedará desligado de la empresa sin derecho a indemnización.

¹³⁰ Vid. STS *Belknap, Inc. v. Hale* de 1983.

sustituto permanente no tiene derecho a recuperar el puesto, que está cubierto por otro trabajador, pero sí el de ser readmitido en uno sustancialmente equivalente ¹³¹ o, en su defecto, a una compensación económica ¹³².

En los últimos años se han levantado voces de protesta contra esta situación, que motivaron en 1994 la presentación en el Congreso de una propuesta de reforma de la *Wagner Act* dirigida a suprimir la libertad de reemplazo permanente ¹³³; empero, la oposición empresarial ha impedido hasta el momento la prosperidad de la esa modificación ¹³⁴. En su lugar, una orden ejecutiva de 1995 prohíbe a las agencias federales contratar con empresarios que hayan sustituido permanentemente a los trabajadores en huelga legal ¹³⁵.

En lo que se refiere a las *unfair labor practice strikes*, su finalidad es netamente diferente a la de las huelgas económicas, puesto que buscan la rectificación empresarial de comportamientos prohibidos legalmente ¹³⁶. Aunque básicamente todas las actitudes empresariales calificadas de práctica

¹³¹ Bajo esta perspectiva, la Sentencia del NLRB *Rose Printing Co.* de 1991 rechazó que la reincorporación abarcara cualquier empleo para el que esté cualificado el trabajador; no obstante, y ante la ausencia de pronunciamientos del TS, ésta parece ser una cuestión abierta, como demuestran las decisiones discrepantes de algunos tribunales ordinarios, que han obligado al empresario a readmitir al trabajador en un puesto no cubierto que pueda desempeñar; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 276-279. Por otra parte, es posible como medida provisional la readmisión en un puesto de inferior categoría, siempre que medie voluntaria aceptación del trabajador, que en todo caso mantiene la preferencia para recuperar su puesto u otro adecuado cuando haya vacantes; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 496.

¹³² *Vid.* P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 237-245.

¹³³ Como ya se ha dicho, el derecho del empresario a continuar su producción es un principio básico en el sistema de los EE.UU., por lo que nadie ha puesto en duda la legitimidad de sustituir interinamente a los huelguistas.

¹³⁴ A juicio de los empresarios, la eliminación de la sustitución permanente haría quebrar el equilibrio de poder existente en favor de los sindicatos, provocando un aumento desproporcionado de las huelgas que perjudicaría la economía nacional. Además, consideran que los trabajadores no meditarían seriamente la decisión de acudir a una huelga si el perjuicio fuese únicamente la pérdida del salario, que en su opinión es una sanción muy leve; *vid.* M.E. GOLD, *An introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, Ithaca, second edition, 1998, pág. 68.

¹³⁵ *Vid.* M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book*, Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1998, pregunta 11:16.

¹³⁶ La Sección 8 (a) de la *Wagner Act* considera prácticas laborales desleales de los empresarios: interferir en los derechos laborales reconocidos por esa ley; dominar o interferir en la formación y/o administración del sindicato, así como contribuir, económicamente o de otro modo, a su mantenimiento; discriminar a los empleados por afiliarse a un sindicato o por realizar actividades amparadas por la libertad sindical; vengarse de los empleados por hacer valer los derechos que les reconoce la ley; rechazar la propuesta de negociación del sindicato elegido mayoritariamente por los trabajadores, así como no respetar los postulados de la buena fe en el transcurso de las deliberaciones; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 139-153; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 506-507; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 132-148; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 96-111.

laboral desleal son conductas de mala fe o rayanas a ella, el NLRB ha querido separar ambos conceptos, afirmando que la apreciación de una *unfair labor practice* no está condicionada a la comprobación de la mala fe, así como que la mala fe no constituye en todo caso una práctica laboral desleal ¹³⁷.

En esta clase de huelgas las posibilidades de sustitución están limitadas a la interinidad, salvo que el NLRB entienda que o bien no hay una práctica desleal del empresario o bien la motivación es realmente económica ¹³⁸. Si es una auténtica *unfair labor practice strike*, el trabajador tiene derecho a ser readmitido en su puesto cuando se desconvoque; si el empresario no acepta la reincorporación ha de seguir abonando el salario desde el día de la petición denegada. Ahora bien, y en los términos que antes veíamos, la reincorporación no tendrá lugar si el trabajador ha aceptado un empleo sustancialmente equivalente en otra empresa o si existen razones sustanciales del negocio que hagan inviable la recuperación del puesto de trabajo.

Esta protección de la productividad durante la huelga limita las pérdidas del empresario ¹³⁹, a la vez que disminuye considerablemente su urgencia por lograr un acuerdo, lo que conlleva generalmente una mayor duración del conflicto. Por su parte, los trabajadores están prácticamente forzados a participar en la huelga convocada por el sindicato, sobre todo si son afiliados al mismo, ya que, aunque la ley permite que no se unan o abandonen el paro ¹⁴⁰, el sindicato puede sancionar a sus afiliados por ignorar sus órdenes ¹⁴¹. Los considerables perjuicios que todo ello supone para el

¹³⁷ Como veíamos [vid. *supra* 2. b)], un empresario puede declinar la propuesta negocial de un sindicato que demuestre estar en posesión de una carta de autorización firmada por la totalidad de los trabajadores de la unidad si no ha sido elegido en una votación previa; la STS *Linden Lumber v. NLRB* de 1974 consideró que la buena o mala fe es irrelevante en este caso, y que, por ello, no constituye una *unfair labor practice* la negativa empresarial a otorgar reconocimiento directo a un sindicato. Por el contrario, es siempre una práctica laboral desleal la negativa a negociar con el sindicato elegido mayoritariamente en la correspondiente votación.

¹³⁸ De la misma forma que una *unfair labor practice strike* puede ser considerada como huelga económica en función del objetivo perseguido, es factible la situación inversa, ya que una huelga iniciada con una motivación económica puede variar su finalidad a consecuencia de prácticas laborales desleales del empresario. En este caso, las posibilidades de reemplazo permanente de los trabajadores en huelga quedan vedadas *pro futuro*, aunque son válidos los ya efectuados; vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 271-274 y 279; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 339-341.

¹³⁹ Aunque no desaparecen, pues hay costes asociados al reemplazo, que serán mayores o menores en función de los puestos de trabajo a cubrir; el empresario necesita reclutar y formar a los nuevos trabajadores, con la consiguiente inversión de tiempo y dinero, así como establecer las oportunas medidas de seguridad para que los sustitutos no sean amenazados o agredidos por los huelguistas; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 338.

¹⁴⁰ Decisión que no puede verse influida por estímulos externos, en la medida que la STS *NLRB v. Erie Resistor Co.* de 1963 consideró práctica ilícita la concesión empresarial de beneficios o incentivos a los trabajadores para que retornasen a sus puestos, al considerar que el empresario ha de negociar con el sindicato y no directamente con los huelguistas.

¹⁴¹ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 432-437.

trabajador pretenden ser minorados por el auxilio que el sindicato presta a los huelguistas durante el conflicto, ayuda que puede consistir bien en la entrega de cantidades pecuniarias bien en la distribución de alimentos u otro tipo de sustento sufragado de sus propios fondos, solución temporal no totalmente satisfactoria, pues como quiera que esos recursos son finitos ¹⁴², su necesidad de lograr un acuerdo será por regla general desproporcionadamente mayor que la del empresario ¹⁴³.

2. Las huelgas ilícitas.

Algunas de las modalidades no admitidas de ejercicio de este derecho han sido ya anticipadas, como la prohibición de la huelga dirigida a obligar al empresario a discutir una materia de negociación potestativa o la celebrada en los 60 días inmediatamente anteriores a la pérdida de vigencia del convenio; pero a tenor del texto legal y del desarrollo jurisprudencial, el catálogo de pretensiones vedadas es bastante más amplio.

Con anterioridad se hizo mención a la licitud de las huelgas que pretenden forzar el despido de un trabajador que no paga las cuotas sindicales por negociación colectiva en las *agency shops*, o que no procede a su afiliación en los 30 días siguientes a su contratación (o la pierde durante la vigencia del convenio) en las *union shops* ¹⁴⁴. No obstante, y fuera de estos casos, está prohibida esa medida cuando con cualquier otra justificación se reclame un despido. Además, y con carácter general, si la satisfacción de las pretensiones laborales requiere que el empresario quebrante la ley, la huelga también carece de amparo legal.

En las empresas no sindicadas serán los propios trabajadores quienes decidan si es conveniente o no el ejercicio del derecho de huelga; por contra, en las unidades apropiadas de negociación amparadas por un convenio colectivo, éste suele despojar a los representados de su derecho a convocar una huelga, impidiéndoles utilizar esta vía reivindicativa de *motu proprio* y sin la autorización sindical, pues se considera incompatible la elección de un sindicato como representante exclusivo y la convocatoria de una huelga al margen del mismo. No es una prohibición legal, ya que no hay precepto alguno en la *Wagner Act* que declare ilícitas esas iniciativas (conocidas como *wildcat strikes*), sino convencional, dependiendo su exacta configuración del contenido del convenio. El fundamento último de tales pactos es evitar el debilitamiento de la posición del sindicato electo, ya que se entiende que las *wildcat strikes* muestran una falta de confianza en su labor, con el consiguiente perjuicio para su imagen en una futura negociación con el empresario ¹⁴⁵.

¹⁴² Lógicamente, los huelguistas no están obligados a seguir abonando las cuotas hasta que se reincorporen al trabajo, lo que perjudica aún más la solvencia económica del sindicato.

¹⁴³ Vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 395-396.

¹⁴⁴ Vid. *supra* II.4.

¹⁴⁵ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 307-311.

En relación con la ejecución del trabajo, están prohibidas las huelgas consistentes en disminuir el rendimiento a propósito ¹⁴⁶, así como aquellas en las que el trabajador efectúa una parte de las tareas encomendadas pero se niega a la realización del resto, e incluso las que consisten en el rechazo a efectuar horas extraordinarias ¹⁴⁷. Se entiende que el empleado logra así un enriquecimiento injusto, pues mantiene el derecho a percibir el salario, ya que acude al trabajo, a la vez que perjudica al empresario ¹⁴⁸.

Del mismo modo que en el ordenamiento español, también en los EE.UU. los convenios colectivos suelen contener cláusulas de paz, en virtud de las cuales el sindicato se compromete a no convocar una huelga durante la vigencia del convenio; la vulneración de ese pacto conlleva la ilegalidad del paro ¹⁴⁹. No obstante, y a modo de recordatorio ¹⁵⁰, pueden suscitarse materias de obligatoria negociación que no fueron tratadas en su momento, y ante la negativa empresarial a su discusión cabe una huelga. Además, las cláusulas de paz tampoco impiden las huelgas derivadas de la comisión de una seria práctica laboral desleal por parte del empresario. Por último, y con el fin de evitar sanciones no equitativas, la propia *Wagner Act* excluye del concepto de huelga, y por ello no es sancionable en ningún caso, el abandono del lugar de trabajo a causa de su peligrosidad ¹⁵¹.

A diferencia de nuestro país, el Derecho estadounidense no se muestra radicalmente contrario a las huelgas de solidaridad, sino que la jurisprudencia ¹⁵² ha otorgado a las denominadas *sympathy strikes* la misma calificación predicable de la huelga a la que se unen ¹⁵³. Por tanto, serán ilegales todas aquellas huelgas de solidaridad que traigan causa de paros ilegales, y serán legales aquellas cuya huelga primaria merezca tal calificativo, con independencia del «interés profesional de quie-

¹⁴⁶ Comportamiento que recibe el nombre de *slowdown*; vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 318-322.

¹⁴⁷ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.017-1.018.

¹⁴⁸ Sin embargo, e independientemente de la prueba de la voluntariedad, la sanción contra estas huelgas requiere que el trabajador haya vulnerado alguna regla laboral, lo que no sucede en las huelgas de celo, que se caracterizan por cumplir escrupulosamente el reglamento, de ahí que sea una modalidad lícita; vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 473.

¹⁴⁹ La *STS Boys Markets, Inc v. Retail Clerks Local 770* de 1970 admitió los *injunctions* judiciales para poner fin a las huelgas prohibidas por cláusulas de paz, aunque limitó la utilización de dicha medida; atendiendo a sus parámetros, la detención jurisdiccional de una huelga en estos casos depende de que la controversia sea susceptible de arbitraje a tenor del convenio colectivo y de que el sindicato haya declinado utilizar esa vía o que el laudo no resuelva definitivamente la cuestión. Empero, aun cuando el juez tenga vedado el recurso al *injunction*, la huelga contraria a una cláusula de paz, en los términos que aquí se exponen, es ilegal y habilita al empresario para despedir a los huelguistas.

¹⁵⁰ Vid. *supra* II.4.

¹⁵¹ Vid. S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 261-264; S. DEL REY GUANTER, *Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 94-106.

¹⁵² Vid. *STS NLRB v. Union Carbide Corp.* de 1971.

¹⁵³ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.026-1.032; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 322-325.

nes la promuevan o sustenten»¹⁵⁴; en el mismo sentido, la adjetivación como económica o como *unfair labor practice strike* también dependerá de la que merezca la huelga adherida, con las consecuencias ya conocidas en cuanto a los riesgos de sustitución permanente o interina. Obviamente, el trabajador que se niegue a cruzar los piquetes para acudir a su puesto de trabajo por existir «condiciones anormales de peligrosidad»¹⁵⁵, no es considerado un huelguista¹⁵⁶.

La misma motivación que proscribía las huelgas durante los últimos 60 días de vigencia de un convenio colectivo¹⁵⁷ fundamenta su ilegalidad durante los calificados como *cooling-off periods*, que son espacios temporales concedidos a las partes en un conflicto para que lleguen a un acuerdo; la voluntad legal de alcanzar una solución negociada es tan intensa que cualquier interferencia se considera ilícita. Esos 60 días inmediatamente anteriores a la expiración del convenio colectivo o los también aludidos 80 días que las partes tienen para resolver las denominadas «emergencias nacionales» tras el *injunction* solicitado por el Presidente de la Nación¹⁵⁸, son ejemplos de esta figura¹⁵⁹.

El NLRB ha prohibido las huelgas que creen un riesgo para las dependencias de la empresa, aunque los trabajadores no estén cometiendo ningún acto ilícito, porque la satisfacción de cualquier reivindicación laboral viene supeditada a la continuación de la actividad empresarial, lo que requiere el mantenimiento de las instalaciones en el mejor estado posible¹⁶⁰. Sobre la misma base, los huelguistas no pueden ocupar las dependencias empresariales a modo de protesta, ni aun pacíficamente, cuando ello dificulte o impida el sostenimiento de los mismos niveles productivos, bien por causar molestias a quienes continúan desarrollando sus tareas (sean integrantes de la unidad que no

¹⁵⁴ Como dispone en nuestro país el artículo 11 b) del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

¹⁵⁵ Concreta expresión utilizada por la Sección 502 de la *Taft-Hartley Act* de 1947.

¹⁵⁶ Una muestra de la general aceptación de esta modalidad es la STS *John Morrell & Co. V. UFCW, Local 304A* de 1990, a tenor de la cual la cláusula de paz pactada en convenio colectivo no veda las huelgas de solidaridad a salvo de previsión expresa en ese sentido.

¹⁵⁷ Veámos en su momento que la supresión de las perturbaciones en esos últimos 60 días con el objetivo de facilitar las deliberaciones justificaba la inadmisión de cualquier pretensión electoral. Por la misma razón están también prohibidas las huelgas y el *lockout*, lo que supone, por un lado, que el empresario es hábil para tomar medidas disciplinarias, incluido el despido, contra los huelguistas, y, por otro, que los trabajadores conservan el derecho a percibir el salario en caso de cierre patronal.

¹⁵⁸ *Vid. supra* nota 9.

¹⁵⁹ *Vid. S. DEL REY GUANTER, Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 67-75.

¹⁶⁰ Esta modalidad proscribida de huelga no presupone ni requiere un comportamiento vandálico de los trabajadores. Evidentemente, tales actividades están prohibidas, pero la huelga no deriva ilegal porque una parte de los huelguistas cometan actos ilícitos; éstos podrán ser sancionados, pero si la huelga es legal los restantes están amparados por el derecho de libertad sindical. Sin embargo, en la huelga que crea un riesgo para las dependencias de la empresa todos los trabajadores pueden ser sancionados, pues la huelga en sí es ilegal. Piénsese, por ejemplo, en empresas cuyos trabajadores hayan de manejar sustancias peligrosas; si esos productos requieren una determinada atención y a consecuencia de la huelga los empleados la descuidan poniendo en peligro las instalaciones empresariales, la huelga es ilegal; *vid. M.E. GOLD, An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, pág. 53.

se han sumado al paro sean sustitutos interinos o permanentes), bien por negarles el acceso a sus puestos de trabajo; ante tales circunstancias, es válida la decisión empresarial de rescindir el contrato de los huelguistas, pues la medida en sí es ilegal ¹⁶¹.

Por último, las Secciones 8 (b) (4) (B) y 8 (e) de la *Wagner Act* rechazan los boicots secundarios, que consisten en el ejercicio de medidas de presión no contra el empresario con el que ha surgido el conflicto, sino contra otro con el que éste mantiene estrechas relaciones comerciales ¹⁶². En ocasiones, el daño para un empleador es mayor si la huelga no le afecta directamente a él, sino a sus proveedores o clientes, para forzar la ruptura de sus relaciones comerciales, ya que el aislamiento puede provocar un enorme quebranto económico. Bajo la premisa de que los conflictos laborales no deben extenderse a terceros, la jurisprudencia solamente contempla tres excepciones a la general prohibición del boicot secundario ¹⁶³.

En primer lugar, que el segundo empleador sea un aliado (*ally*), esto es, que desarrolle la actividad empresarial del primero mientras dura la huelga. En ese caso, el segundo empresario está desvirtuando la reclamación laboral y su posición ya no es externa al conflicto; por ello, se admite la legalidad de la huelga y de cualesquiera otras lícitas medidas de presión contra este segundo empresario ¹⁶⁴.

También está permitido el boicot secundario cuando los trabajadores de la primera empresa prestan sus servicios en las dependencias de la segunda. Sin embargo, existen mayores cautelas, pues el segundo empresario no está participando en el ciclo productivo del primero, y su conexión con la disputa es meramente circunstancial. De ahí que sólo quepa situar los piquetes informativos frente a las instalaciones de la segunda empresa mientras los trabajadores de la primera están en esas dependencias, siendo obligación de los huelguistas el dejar pública constancia de que su actuación se dirige exclusivamente contra el primer empresario y no contra el segundo ¹⁶⁵.

La última de las excepciones a la general prohibición del boicot secundario acontece cuando los productos del primer empresario son vendidos en tiendas de otra empresa. En ese caso, los huelguistas pueden efectuar sus protestas frente a ellas a condición de informar al público, como en el

¹⁶¹ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.016-1.017.

¹⁶² Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.129-1.165; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 303-322; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 559-575; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 240-273; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 79-84.

¹⁶³ Vid. STS *NLRB v. Blackhawk Engraving Co.* de 1970.

¹⁶⁴ Vid. STS *NLRB v. Business Machine and Office Appliance Mechanics Conference Board Local 459 (Royal Typewriter Co.)* de 1955.

¹⁶⁵ Vid. STS *NLRB v. Local Union, 1229, International Brotherhood of Electrical Workers* de 1953.

supuesto anterior, de quién constituye el verdadero objetivo de sus reivindicaciones. Aun así, el boicot merecerá la calificación de ilegal si a consecuencia de él ese segundo empresario corre el riesgo de perder la mayor parte de sus ingresos ¹⁶⁶.

Desde otro prisma, el trabajador que acuda a una huelga ilegal podrá ser sancionado por el empresario, incluso con el despido. Empero, los riesgos no solamente recaen en los huelguistas, sino también en el sindicato, que es responsable de los daños sufridos por el empresario tanto si la huelga es ilegal como si, aun siendo originariamente legal, incita a los trabajadores a comportarse de forma violenta, hasta el punto que los tribunales han llegado a condenar a un sindicato al pago de multas que han alcanzado los 52 millones de dólares ¹⁶⁷. Incluso en las *wildcat strikes*, en las que el sindicato no ha autorizado la huelga, éste será también responsable frente al empresario si se ha pactado una cláusula de paz, porque su condición de representante exclusivo le obliga a garantizar el total cumplimiento del contenido del convenio colectivo ¹⁶⁸. Al margen de ello, el TS ha exonerado al sindicato de responsabilidad cuando no ha provocado ni animado los comportamientos violentos durante la huelga, obrando con la diligencia debida y advirtiendo a los trabajadores de las conductas admisibles e inadmisibles ¹⁶⁹.

3. Breve referencia al cierre patronal.

La ley no requiere motivación alguna al empresario para proceder al *lockout*, que se configura en el ordenamiento estadounidense como el medio de presión a disposición del empleador correlativo a la huelga; no obstante, la necesidad de compatibilizar su ejercicio con los derechos reconocidos a los trabajadores ha provocado su limitación jurisprudencial.

¹⁶⁶ Vid. M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, pág. 55.

¹⁶⁷ Esa decisión se produjo en 1989, a resultas de una huelga en el sector minero en la que los participantes, a instancias del sindicato, bloquearon el acceso a las minas amenazando y agrediendo a los sustitutos contratados por el empresario; éste consiguió un *injunction* judicial, que fue desobedecido, lo que derivó en la multa. Finalmente, el TS decidió por unanimidad casar la sentencia del tribunal de instancia y revocar la sanción económica en ese supuesto concreto, lo que salvó al sindicato de la bancarrota; vid. M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book*, ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1998, pregunta 11:61.

¹⁶⁸ Aunque el sindicato puede ejercer facultades disciplinarias contra quienes convoquen y participen en una *wildcat strike*, él es el responsable frente al empresario, ya que la Sección 301 (b) de la *Wagner Act* limita la ejecución de las condenas pecuniarias impuestas por sentencia judicial a los bienes del propio sindicato, excluyendo toda posibilidad de aprehender el patrimonio de sus representados; vid. *STS Complete Auto Transit Inc. v. Reis* de 1981.

¹⁶⁹ Cuando los trabajadores actúan violentamente durante la huelga no solamente pueden ser sancionados por el empresario, incluso con el despido si el comportamiento es grave, sino que, como se acaba de apuntar, también los sindicatos tienen facultades disciplinarias, consistentes en la imposición de multas u otro tipo de medidas punitivas estatutariamente previstas; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 349-350; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 677-694; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 169-178.

De esta forma, es ilícito el cierre patronal dirigido bien a presionar a los integrantes de la unidad para que voten o no a un determinado sindicato, bien a sancionarlos por no seguir las directrices patronales en la elección. Con carácter general, el *lockout* es utilizado como medida de presión en la negociación colectiva, aunque su legitimidad requiere que el daño a los derechos del trabajador no sea desproporcionado, el fin económico lo justifique y no se persiga un motivo anti-sindical.

Aun así, el cierre patronal es un arma realmente poderosa, porque el TS ¹⁷⁰ ha admitido que los empresarios pueden contratar sustitutos interinos para continuar con el negocio, aunque el NLRB ¹⁷¹ ha negado la posibilidad de sustitución permanente. La amplitud en la configuración de esta medida tiene un ejemplo más, ya que no existe una limitación análoga a la establecida para los boicots secundarios ¹⁷², por lo que en los casos de convenio colectivo multiempresarial la presión sindical ejercida contra un empleador permite a todos los demás decretar el *lockout* ¹⁷³. No obstante, las partes pueden incluir una cláusula de paz en el convenio colectivo para limitar el uso del cierre patronal ¹⁷⁴.

IV. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: EL DENOMINADO *GRIEVANCE PROCEDURE*

1. Caracteres básicos.

En los EE.UU. los convenios colectivos no suelen instituir un órgano de administración estable al estilo de la comisión paritaria, sino que las posibles dificultades que se puedan derivar de la interpretación y aplicación del pacto se sustancian a través del *grievance procedure*, mediante el cual se trata de poner remedio a las violaciones del convenio colectivo. Como es sabido, el fundamento de todo procedimiento de solución de conflictos es dotar a las partes de las instancias adecuadas para exigir el debido respeto a sus intereses; en el caso del *grievance*, el trabajador se considera perjudicado por una determinada conducta empresarial, y por ello solicita su revisión. Las causas de la insa-

¹⁷⁰ Vid. STS *NLRB v. Brown* de 1965.

¹⁷¹ Vid. la Sentencia del NLRB *Ancor Concepts, Inc* de 1997.

¹⁷² Vid. *supra* III.2.

¹⁷³ Vid. SSTS *Boilemakers v. NLRB* de 1988 y *NLRB v. Truck Drivers' Local 449* de 1957.

¹⁷⁴ Vid. R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 355-366; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.^a edición, volumen II, Washington, 1992, págs. 1.033-1.060; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 99-102; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *El Lockout en el Derecho de los EE.UU.*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 13-127.

tisfacción pueden ser múltiples, desde una sanción presuntamente injusta hasta vicisitudes relacionadas con las condiciones de trabajo, sin olvidar las decisiones empresariales sobre regulación de empleo o políticas de promoción ¹⁷⁵.

El buen fin de la reclamación requiere como presupuesto necesario que se alegue la vulneración del convenio colectivo, pues la finalidad primordial del *grievance* es asegurar que las partes respeten en su integridad los términos pactados. En consecuencia, la concreción de las conductas susceptibles de ser tramitadas por esta vía hay que buscarla en cada convenio, cuya formulación puede ser más o menos liberal; así, mientras algunos afirman que solamente podrán ser objeto del *grievance* aquellas decisiones que lesionen los derechos laborales reconocidos expresamente en el clausulado del mismo, otros acogen cualquier tipo de violación no sólo de su literalidad, sino también de su finalidad ¹⁷⁶.

En esta tesitura, cuando el trabajador o el sindicato consideran que la conducta empresarial lesiona los términos, condiciones o espíritu del convenio colectivo y el asunto no está expresamente excluido del *grievance*, el trabajador, por sí mismo o solicitando la tutela del sindicato, podrá instar su iniciación para hacer valer sus legítimos intereses. Desde el punto de vista empresarial, el carácter benéfico de este procedimiento se manifiesta indirectamente; por norma general, el *grievance* provoca una mayor satisfacción laboral, en la medida que los trabajadores no se ven indefensos ante las acciones empresariales arbitrarias o injustas, lo que derivará en una mayor eficiencia de la empresa.

Cuando la controversia afecta a una pluralidad de trabajadores, será el sindicato, en representación de todos ellos, quien deba iniciar el proceso. En esas circunstancias, el sindicato no puede defender una pretensión que perjudique los derechos reconocidos a un trabajador por el contrato individual sin consentimiento de éste, a no ser con el objetivo de lograr un beneficio para la mayoría de los miembros de la unidad apropiada de negociación. A *sensu contrario*, la lesión del interés mayoritario invalida los acuerdos alcanzados por el trabajador y el empresario en el transcurso del *grievance* si el sindicato no ha dado su consentimiento ¹⁷⁷.

En teoría el *grievance* es bilateral, lo que habilita al empresario para hacer uso del mismo exponiendo las pertinentes quejas por el comportamiento o rendimiento de los trabajadores. No obstante, en la práctica es unidireccional, pues el descontento empresarial se manifiesta en la correspondiente sanción disciplinaria, que eventualmente puede derivar en el inicio del procedimiento si el trabajador o el sindicato consideran ese remedio improcedente o desproporcionado ¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Por el contrario, las peticiones de modificación del convenio colectivo se sitúan fuera del ámbito de cobertura de este procedimiento; *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, pág. 109.

¹⁷⁶ *Vid.* A.M. ZACK, *Grievance Arbitration*, Lexington Books, Massachusetts, 1989, págs. 275-282; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 42-43.

¹⁷⁷ *Vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 472-474.

¹⁷⁸ *Vid.* P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 585.

2. La tramitación de la queja: etapas.

La característica más destacada del *grievance* es su escalonamiento, la pluralidad de instancias al servicio de las partes para facilitar la consecución de un acuerdo. Los participantes y los plazos de resolución difieren en cada una de esas fases, aumentando la jerarquía de los implicados y la duración del período negocial a medida que se asciende, ya que los conflictos que no se han podido resolver en un comienzo son los más complicados no sólo jurídicamente, sino incluso desde una perspectiva económica, lo que exigirá de las altas esferas empresariales una ponderación meditada de las consecuencias de la decisión.

El encargado de conocer el asunto en cada etapa dependerá también de la regulación convencional correspondiente ¹⁷⁹, pues la organización interna de cada empresa y sindicato difiere ¹⁸⁰. En cuanto a la duración total del procedimiento caben dos posibilidades, bien establecer un plazo global que obligue a dar una solución definitiva antes de un momento concreto (normalmente 30 días), bien imponer límites temporales a cada etapa, siendo muy reducidos al principio, y más amplios al final, porque la presumible complejidad del asunto que alcanza estos niveles obliga a un mayor período de reflexión ¹⁸¹. Los plazos son imperativos, salvo que circunstancias excepcionales impidan cumplirlos ¹⁸².

¹⁷⁹ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 109-112.

¹⁸⁰ Para conseguir mayor efectividad, los empresarios suelen establecer programas de formación entre los directivos y mandos intermedios que han de resolver los *grievances*, ya que así se facilita una mejor solución de conflictos, lo que repercute en el aumento de la satisfacción de los trabajadores. Por parte laboral, y al margen de la instrucción proporcionada por el sindicato para la correcta ejecución de su labor, los representantes sindicales encargados de la tramitación del *grievance* gozan generalmente, pues así lo disponen los convenios colectivos, de una serie de prerrogativas dirigidas a proteger su actuación de represalias empresariales. Si son trabajadores de la empresa, mediante una ficción ven mejorada su posición en el escalafón de la antigüedad, en el que se sitúan en primer lugar (*superseniority*), con lo que serían los últimos en caso de una hipotética decisión de regulación de empleo (*lay-off*); o se les concede especial inmunidad, no ilimitada, dotándoles de protección contra sanciones empresariales por los actos efectuados en el ejercicio de su labor representativa, a salvo de conductas gruesas como la realización de actos violentos o intimidatorios. Si no son trabajadores de la empresa estarán facultados para entrar en las instalaciones de la misma con el objeto de investigar los hechos que motivan la reclamación. Incluso, en ocasiones, el convenio colectivo establece una compensación a cargo del empresario por el desempeño de tales funciones; vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 126-127 y 135-145; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 120-121.

¹⁸¹ Vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 146-154; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 122-129.

¹⁸² Los convenios colectivos suelen establecer también plazos de prescripción, para evitar el planteamiento extemporáneo del *grievance*; su duración varía en función de la concreta medida contra la que se pretenda reclamar, aunque en general son breves, un mes a lo sumo desde que el agraviado tiene conocimiento del hecho causante; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, pág. 512.

La espoleta del procedimiento es la presentación de la queja, estando legitimados para ello el trabajador, por sí mismo o con el apoyo del sindicato, y el propio sindicato, aun en contra de la voluntad del trabajador ¹⁸³; generalmente, el encargado de tramitar esta primera fase en el lado laboral es el denominado *shop steward* ¹⁸⁴ (aunque el empleado reclamante y el sindicato pueden acordar la designación de cualquier otra persona), que expondrá oralmente la situación ante el capataz o el supervisor, según cuál de los dos sea competente a tenor del convenio, quien valorará, dentro de sus posibilidades de actuación, el remedio más conveniente.

Para dilucidar si hay o no violación del convenio colectivo, en esta primera etapa ha de recopilarse toda la información posible, buscando pruebas que corroboren o desvirtúen las alegaciones del trabajador, interrogando a los testigos si los hay, etc. Por un lado, ello es necesario para la resolución del conflicto; por otro, si no hay pronta solución se agilizará el proceso en instancias superiores cuanto más minuciosa sea esa labor en un principio, además de resultar más sencilla, en teoría, la obtención de esos datos cuanto mayor sea la proximidad de los hechos.

Sin embargo, el capataz o el supervisor, en su caso, puede considerar infundada la reclamación o carecer del poder suficiente para dar una solución. En aquel supuesto, la desestimación habilita al sindicato para plantear el conflicto en la fase siguiente; en éste, muchos convenios colectivos remiten el asunto directamente al tercer nivel, para asegurar que el responsable de la decisión por parte empresarial goce de las suficientes prerrogativas ¹⁸⁵.

En la segunda etapa del *grievance* se produce una formalización de las actuaciones. El trabajador, aun en contra de su voluntad, es sustituido por el sindicato ¹⁸⁶, que ha de juzgar si la petición

¹⁸³ El sindicato tiene el derecho y el deber de velar por el correcto cumplimiento del convenio colectivo, y de ahí que le esté permitido reaccionar contra cualquier conducta empresarial que considere contraria al pacto sin estar vinculado por los deseos del afectado, aunque cabe voluntaria renuncia, pues el convenio colectivo puede condicionar la validez del proceso a su iniciación por el propio trabajador. En todo caso, y a pesar de que la Sección 9 (a) de la *Wagner Act* habilita al trabajador individualmente considerado para comenzar el *grievance* (lo que, por otra parte, invalida los acuerdos empresario-sindicato que le priven de ello), ni siquiera en la primera fase se puede objetar la presencia del sindicato como observador si éste muestra voluntad de participar; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 472 y 476-477; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 117-120 y 130.

¹⁸⁴ Se conoce con este nombre al representante sindical en la empresa, elegido por los propios trabajadores, y que también es empleado de la misma. La *National Labor Relations Act* prohíbe, lógicamente, las sanciones o cualquier tipo de discriminación contra los trabajadores a causa de la actividad sindical, lo que ampara también al *shop steward*; vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, pág. 413; R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Merce Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 381-382; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 511-512.

¹⁸⁵ Situación esta última que se pacta sobre todo para las sanciones disciplinarias; vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 122-123.

¹⁸⁶ Una excepción ha de consignarse a esta regla general, puesto que al ostentar el sindicato la condición de representante legítimo y exclusivo de todos los trabajadores de la unidad a efectos de negociación colectiva, puede producirse un conflicto de intereses; si la satisfacción total de las reivindicaciones del empleado afectado supone el perjuicio de los derechos reconocidos a otro de sus representados, el sindicato ha de permitir al reclamante defenderse en primera persona; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 389.

tiene fundamento, y de ser la contestación negativa debe desistir (lo que cierra toda posibilidad de arbitraje ¹⁸⁷), pues de lo contrario incurriría en una práctica laboral desleal ¹⁸⁸.

Ahora bien, el desistimiento únicamente puede justificarse por la carencia de fundamento de la pretensión del trabajador, debiendo valorarse individualmente cada supuesto. En consecuencia, ante la existencia de varios y diferentes *grievances* en el mismo período de tiempo, el sindicato no puede basar la desestimación en la importancia de cada uno, llegando a acuerdos con el empresario para abandonar un procedimiento a cambio de una solución satisfactoria en otro. Esa clase de desistimientos políticos vulneran el derecho del trabajador perjudicado a ver satisfecha una legítima reclamación, derecho que el sindicato, por su condición de representante, ha de respetar.

Por el contrario, si el sindicato considera que la queja del trabajador tiene base suficiente, su representante local se reunirá con el responsable de la planta o departamento en la que el reclamante desempeña su labor. En este momento ya es requerida la documentación escrita del caso, que usualmente se plasma en un formulario normalizado, previamente pactado en el convenio colectivo, y que recoge la identidad de las partes, la fecha, los hechos, los preceptos del pacto controvertidos y el *petitum*. El contenido de ese documento es de gran relevancia, pues a partir de ese momento se produce una limitación de conocimiento, quedando fijado el objeto del *grievance*, de modo que no cabe suscitar nuevas cuestiones ni está permitida la adherencia de otros trabajadores ¹⁸⁹.

De persistir el desacuerdo, el sindicato puede elevar la cuestión a la tercera fase del *grievance*, que es ya el estadio previo al arbitraje. Cada parte ha de designar un comité, independiente no conjunto, que represente sus intereses. Ambos celebrarán una vista, en la que el comité sindical expondrá los hechos, los fundamentos jurídicos y el remedio perseguido, y el comité empresarial el porqué de la medida adoptada. Si no hay avenencia, que debe constar necesariamente por escrito, los convenios colectivos establecen un plazo imperativo para que el sindicato comunique el empre-

¹⁸⁷ Que exige el agotamiento insatisfactorio de las anteriores etapas del procedimiento tal y como están establecidas en el convenio colectivo; *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 160-162.

¹⁸⁸ La prohibición de realizar prácticas laborales desleales no se limita al empresario, sino que la Sección 8 de la *Wagner Act* también alcanza a los sindicatos, que tienen vedado restringir o coaccionar a empleados o empleadores en el ejercicio de sus derechos legales, incitar decisiones empresariales discriminatorias contra algún trabajador o rechazar la negociación del convenio colectivo con el empresario; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 139-153; P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 506-507; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 132-148.

¹⁸⁹ Dependiendo del tamaño de la empresa y de la cantidad de directivos o mandos intermedios que existan en la misma y en el sindicato, esta segunda fase puede dividirse en dos, aumentando las oportunidades de diálogo para conseguir una solución satisfactoria. Las personas involucradas en el nuevo tercer nivel tras esa partición suelen ser los inmediatos superiores jerárquicos de los que actuaron en el segundo, aunque dependerá de la configuración de la cadena de mando en la empresa y en el sindicato y, evidentemente, de la voluntad del convenio colectivo; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 466; AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 59-62; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 121-122.

sario su voluntad de someter el asunto a arbitraje; el incumplimiento de ese plazo, que oscila entre 10 y 30 días, se considera un desistimiento insubsanable, ante el que se cierra la posibilidad del arbitraje, máxime al comprobar que el trabajador agraviado no está legitimado individualmente para solicitar esa instancia ¹⁹⁰, e incluso de la vía judicial, que requiere el agotamiento previo de todos los recursos contractuales ¹⁹¹.

Al recurrir al arbitraje las partes abandonan la fracasada autocomposición en beneficio de una solución impuesta, e incluso definitiva, pues en ocasiones ambas renuncian expresamente a impugnar el resultado en los tribunales; no es ésta una decisión de irreparables consecuencias, ya que, como veremos a continuación, la jurisdicción ordinaria solamente revisa los laudos por defectos de extraordinaria entidad, como la parcialidad del árbitro, en los que esa renuncia pactada a la acción judicial carece de virtualidad, pues no se cuestionan aspectos fácticos o jurídicos sino, en este caso concreto, la honorabilidad del sujeto decisor.

V. EL ARBITRAJE LABORAL

1. Presupuestos: la cláusula arbitral, la petición de parte y la vulneración del convenio colectivo.

El arbitraje constituye formalmente el último escalón del *grievance*, pero tiene una sustantividad propia y una relevancia tal que exigen una consideración independiente. Como primera precisión, hay que dejar constancia de las dos manifestaciones del arbitraje laboral en el ordenamiento estadounidense: el *interest arbitration* y el *grievance arbitration* (o *rights arbitration*). La diferencia estriba en su finalidad, pues mientras este último, en el que aquí nos centraremos, busca dar respuesta a un conflicto surgido entre la empresa y un trabajador que cree vulnerados sus derechos, aquél es utilizado como mecanismo de desbloqueo en el transcurso de la negociación del convenio colectivo y, por tanto, la controversia afecta al empresario y al sindicato, no directamente al trabajador ¹⁹².

El recurso al *grievance arbitration* depende de la voluntad de las partes manifestada en el convenio colectivo, ya que pueden optar por otras vías, como por ejemplo la mediación, para hacer desaparecer las discrepancias. Sin embargo, el arbitraje es no solamente la fórmula más utilizada ¹⁹³ sino

¹⁹⁰ Vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin Mcgraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 467 y 473.

¹⁹¹ Vid. STS *Vaca v. Sipes* de 1967, que en estos casos únicamente permite al trabajador presentar una demanda contra su sindicato por el incumplimiento del deber representativo.

¹⁹² Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 585.

¹⁹³ Se calcula que un 95 por 100 de los convenios colectivos contienen como paso final del *grievance* el arbitraje obligatorio; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, pág. 301.

también la más prestigiosa, hasta el punto de que conlleva implícitamente la paz laboral, teniendo en cuenta que, según el TS ¹⁹⁴, constituye un *quid pro quo* que obstruye la huelga y el cierre patronal en todas aquellas materias de pactado sometimiento a esa instancia ¹⁹⁵. A mayor abundamiento, en caso de sucesión de empresas el nuevo empresario no se ve vinculado por el convenio colectivo anterior ¹⁹⁶, pero sí por la cláusula arbitral ¹⁹⁷, cuando exista ¹⁹⁸.

La relevancia del arbitraje se debe en gran medida a la labor jurisprudencial, ya que el TS, con base en la Sección 301 de la *National Labor Relations Act* ¹⁹⁹, autorizó a los tribunales federales a crear «un cuerpo de ley federal para hacer cumplir los convenios colectivos» ²⁰⁰. De esta forma, aunque está en vigor la *United States Arbitration Act* de 1947, la configuración del *grievance arbitration* ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia, bien del TS bien del NLRB, y dicha norma únicamente es aplicada a los arbitrajes no pactados en convenio colectivo ²⁰¹, sea entre el sindicato y el empresario, sea entre el empresario y los trabajadores individualmente considerados ²⁰².

A diferencia de los primeros escalones del *grievance*, el carácter heterocompositivo del arbitraje supone que la solución del conflicto ya no depende de las partes, sino de un tercero a quien es conferido el poder de decidir de forma vinculante. Pero el recurso al arbitraje ante la negativa empresarial de satisfacer al trabajador no es tan automático como el tránsito entre las tres etapas anteriores, porque el arbitraje tiene un coste, los honorarios del árbitro, que con independencia del resulta-

¹⁹⁴ Vid. STS *Textile Workers Union v. Lincoln Mills of Alabama* de 1957.

¹⁹⁵ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 592-593; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 543-545; P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 981-1.003; S. DEL REY GUANTER, *Ordenamiento jurídico, negociación colectiva y arbitraje en los Estados Unidos*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 94-106.

¹⁹⁶ Vid. STS *NLRB v. Burns International Security Services, Inc* de 1972.

¹⁹⁷ Vid. STS *John Wiley & Sons v. Livingston* de 1964.

¹⁹⁸ Vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 432-433 y M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book*. Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1998, preguntas 11:85 y 11:86; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 116-131 y 575-583; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 329-335.

¹⁹⁹ Introducida por la *Taft-Hartley Act* en 1947.

²⁰⁰ Vid. STS *Textile Workers Union v. Lincoln Mills of Alabama* de 1957.

²⁰¹ Aunque sí puede servir como punto de referencia jurisprudencial en la creación del antedicho cuerpo normativo; vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, pág. 28.

²⁰² Por el contrario, en el ámbito estatal sí hay legislación sobre esta clase de arbitraje, pero no desplaza el derecho creado jurisprudencialmente, sino que lo complementa; vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 35-43.

do han de ser satisfechos por mitad entre el sindicato, no el trabajador, y el empresario ²⁰³. De ahí que el sindicato haya de ponderar la procedencia del recurso al arbitraje en términos económicos, decidiendo si el beneficio de la victoria compensa el desembolso ²⁰⁴.

En cualquier caso, la decisión del sindicato no puede vulnerar su deber de representación equitativa, por el que viene obligado a ejercer su labor de buena fe, sin discriminación, falta de atención o arbitrariedad alguna ²⁰⁵. En su virtud, la decisión de no someter el asunto al arbitraje debe fundamentarse razonadamente, porque de lo contrario el trabajador podría acudir, una vez agotados los recursos internos en el seno del sindicato, ya al NLRB ya a los tribunales ordinarios alegando la comisión de una práctica laboral desleal por parte del sindicato, y eventualmente reclamando la reparación de los daños y perjuicios causados ²⁰⁶. Aun solicitando el arbitraje, el incumplimiento del deber de representación equitativa en algún momento del proceso habilita al trabajador para impugnar un laudo contrario a sus pretensiones ²⁰⁷.

La presencia de una cláusula arbitral pactada en el convenio colectivo, requisito previo necesario ²⁰⁸, obliga a someter las materias allí incluidas al arbitraje, siempre que alguna de las partes lo requiera en el plazo imperativo marcado por el convenio colectivo ²⁰⁹; ante la negativa empresarial,

²⁰³ Por supuesto, el convenio colectivo puede disponer una distribución de la carga económica desigual entre el sindicato y el empresario, pero no es usual en la práctica; *vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 203-204; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 68-70.

²⁰⁴ Hay una serie de preguntas de cuya respuesta dependerá la sumisión o no del asunto al arbitraje; el sindicato habrá de cuestionarse acerca de la solidez de su propia interpretación del convenio colectivo, de las posibilidades reales de victoria, de la relevancia del problema, del efecto de una victoria y del de una derrota, así como de la disponibilidad económica para hacer frente al coste del proceso, pues además del árbitro también habría de satisfacer la minuta de los expertos, si su argumentación los requiriese; *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 22-23; A.M. ZACK, *Grievance Arbitration*, Lexington Books, Massachusetts, 1989, pág. 266.

²⁰⁵ Como previamente se explicó [*vid. supra* II.2], el sindicato legitimado, sea por reconocimiento empresarial sea por elección de los trabajadores, ostenta la representación exclusiva de todos los integrantes de la unidad a efectos de negociación colectiva con independencia de la afiliación o del sentido del voto de cada uno de ellos, que se ven constreñidos a aceptar esa relación representativa sin posibilidad de rechazo. De ahí que la *National Labor Relations Act* haya establecido expresamente el deber de representación equitativa, una obligación de medios, no de resultado, para evitar así que el sindicato beneficie sistemáticamente a sus afiliados desentendiéndose del resto de componentes de la unidad apropiada de negociación; *vid.* S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 410-414; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 30-61.

²⁰⁶ *Id.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, pág. 133.

²⁰⁷ *Id.* STS *Bowen v. U.S. Postal Service* de 1983.

²⁰⁸ No obstante, en casos muy extremos la Administración puede forzar a las partes a acudir al arbitraje en ausencia de pacto, figura conocida como arbitraje compulsivo (*compulsory arbitration*); *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 17-22.

²⁰⁹ *Id.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 165-168.

que es el supuesto más frecuente porque el *grievance* suele ser iniciado por la representación laboral, el sindicato puede acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir el respeto al pacto previo. Las posibilidades de que el empleador eluda el acuerdo arbitral son prácticamente nulas, porque el TS ha llegado a calificar el arbitraje como «socialmente deseable»²¹⁰, al suponer una solución de compromiso, ya que el empresario ha de ceder al árbitro el ejercicio de parte de sus poderes empresariales, mientras que el sindicato ha de renunciar a la huelga u otro tipo de medidas de presión con independencia de que el laudo colme o no sus expectativas.

Como se desprende de lo anterior, un asunto es arbitrable cuando se ha pactado esa instancia y la conducta presuntamente vulnera el convenio colectivo, habiendo de resolverse las dudas a favor del sometimiento, porque el TS declaró en la segunda de las sentencias conocidas como *Steelworkers Trilogy*²¹¹, *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Company*, que únicamente aquellas cuestiones excluidas expresamente del arbitraje en el convenio no habrán de ser objeto del mismo. A estos efectos, es menester diferenciar entre la arbitrabilidad procedimental y la arbitrabilidad sustantiva; en el primer caso, hay que valorar si todos los requerimientos de las anteriores fases del *grievance* han sido cumplidos, pues si el sindicato no ha respetado los plazos o ha desistido, la posibilidad del arbitraje queda eliminada; por su parte, la arbitrabilidad sustantiva hace referencia a la inclusión o no del asunto dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral²¹². En la resolución que comenzó la trilogía, *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Company* de 1960, el TS afirmó que la determinación de la arbitrabilidad sustantiva es competencia de los tribunales ordinarios y la procedimental del concreto árbitro que conoce del asunto; en la práctica, cuando se suscita un conflicto sobre la arbitrabilidad sustantiva es el propio árbitro quien resuelve, pues la remisión del asunto a la vía judicial dilataría en exceso el proceso; pero los órganos jurisdiccionales pueden revisar esa decisión, lo que no sucede con el aspecto procedimental a salvo de parcialidad o conducta deshonesta del árbitro²¹³.

Por otra parte, un mismo acto es susceptible de vulnerar a la vez tanto el convenio colectivo como la ley, y en el Derecho de los EE.UU. es frecuente que las normas establezcan órganos administrativos encargados de conocer de los conflictos derivados de su aplicación. Una concurrencia de esta índole puede tener lugar entre el NLRB y el arbitraje, pues las conductas empresariales que vul-

²¹⁰ Expresión utilizada en la STS *Textile Workers of America v. Lincoln Mills of Alabama* de 1957, el primer hito jurisprudencial en materia de arbitraje.

²¹¹ Esas Sentencias son la *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Company*, la *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Company* y la *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corporation*, todas ellas de 1960, que constituyen el núcleo central de la concepción del arbitraje en los EE.UU.

²¹² En este contexto, hay que hacer constar que la extensión objetiva de las tres primeras etapas del *grievance* y la del arbitraje pueden diferir, ya que quejas susceptibles de ser planteadas en el escalón inicial del procedimiento pueden ser excluidas expresamente del arbitraje para reservar esa instancia únicamente a los supuestos de mayor alcurnia; *vid.* C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 53-54.

²¹³ Evidentemente, el problema de la arbitrabilidad sólo emerge cuando una de las partes rechaza el arbitraje o impugna el laudo; *vid.* T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 410-411; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 169-180; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 113-119.

neran los derechos reconocidos convencionalmente colisionan también en muchos casos con los derechos sindicales atribuidos a los trabajadores por la *Wagner Act*, constituyendo una práctica laboral desleal. Cuando ello acontece, el NLRB se inhibe ²¹⁴, concediendo prioridad de conocimiento al arbitraje con carácter general, al reconocer su idoneidad como mecanismo de solución de conflictos laborales; excepcionalmente, el NLRB se reserva la competencia cuando no se ha pactado cláusula arbitral, el laudo no es vinculante, la relación entre el sindicato y el empresario es especialmente tensa, el empleador incurre frecuentemente en serias prácticas laborales desleales, así como también cuando el sindicato ha perdido su legitimación negocial con carácter previo a la expiración del convenio colectivo ²¹⁵. Por otro lado, al acometer la ratificación o revisión del laudo el NLRB respeta la solución arbitral a salvo de que sea «palpablemente incorrecta» ²¹⁶.

Distinto es que la conducta empresarial viole además del convenio colectivo los derechos reconocidos por la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 que, *grosso modo*, proscribire la discriminación laboral por razón de sexo, raza, color, religión u origen nacional ²¹⁷. Dicha norma instituye la denominada *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) como órgano competente para conocer de las reclamaciones contra conductas empresariales que desconozcan sus mandatos. En esa tesitura, y a modo de ejemplo, un despido a consecuencia de la raza del trabajador puede ser tramitado tanto por el *grievance* como ante la EEOC, y la solución difiere de la antes apuntada para el NLRB, pues la EEOC goza de preferencia de conocimiento y es competente para revisar un laudo previo en ese mismo asunto, decidiendo libremente la relevancia que merece ²¹⁸. La justificación de

²¹⁴ Vid. la Sentencia del NLRB *Collyer Insulated Wire Co.* de 1971.

²¹⁵ Vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 1.030-1.049; T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 407-408; M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, págs. 60-62; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 449-452; S.E. RAY, C.W. SHARPE y R.N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1999, págs. 352-356; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 729-765; AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 185-191; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 31-35; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 276-277; W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 135.

²¹⁶ Vid. la Sentencia del NLRB *Olin Corporation* de 1984. En general, y a tenor de la Resolución *Spielberg Manufacturing Company* de 1955, el NLRB no modifica el laudo siempre que las partes hayan aceptado el resultado del arbitraje, el procedimiento respete la equidad y las formas adecuadas, la solución adoptada no sea inconsistente con la ley y el árbitro haya considerado adecuadamente la alegación de una práctica laboral desleal; ampliamente, vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 1.049-1.068.

²¹⁷ La ausencia de una cláusula genérica, como la contenida en el artículo 14 de nuestra Constitución («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), ha provocado un gran número de lagunas legales en la protección de los trabajadores. En algunos casos se ha intentado poner remedio legislativo, como demuestra la *Americans with Disabilities Act* de 1990, que proscribire la discriminación laboral de los trabajadores minusválidos, ley que, según la jurisprudencia, también es aplicable a la discriminación por obesidad. Sin embargo, los defectos normativos se hacen patentes al comprobar que el TS admite la discriminación por razón de ciudadanía e incluso por el carácter afeminado de los empleados masculinos; vid. C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 147-148 y 337-338.

²¹⁸ Vid. STS *Alexander v. Gardner-Denver* de 1974.

esta diversidad se basa en el carácter de los derechos en juego, ya que los derechos civiles son intrínsecamente personales, mientras que los derechos reconocidos por la *Wagner Act* (libertad sindical, negociación colectiva y huelga) tienen un contenido más organizativo e institucional²¹⁹. De cualquier forma, ante una vulneración de los derechos atribuidos por la *Civil Rights Act*, el trabajador siempre tiene expedita la vía judicial, aunque haya visto denegada su petición en el laudo²²⁰.

2. Elección del árbitro.

Una vez que el sindicato ha instado el arbitraje, pues el empresario carece generalmente de interés, las partes habrán de elegir al árbitro. No hay requerimiento alguno de cualificación para ostentar tal condición, siendo suficiente que ambas partes convengan en una persona. No se necesita licencia oficial de organismo alguno, ni formación jurídica, pero en la práctica la mayoría de los árbitros son Licenciados en Derecho y cursan estudios en la Academia Nacional de Árbitros²²¹, porque suelen ser elegidos de entre los propuestos por la Asociación Americana de Árbitros, el Servicio de Mediación y Conciliación Federal o la agencia estatal correspondiente en una lista confeccionada a petición de las partes, usualmente compuesta por cinco candidatos²²². No obstante, y tras ser elegido, el árbitro deberá abstenerse, y cualquiera de las dos partes puede recusarlo, si se demuestra un vínculo con alguna de ellas susceptible de afectar su parcialidad²²³.

²¹⁹ Vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 408.

²²⁰ Posibilidad relativamente vedada en otras áreas, en las que el trabajador ha de conformarse con la decisión arbitral si el sindicato no apoya su demanda judicial; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 472.

²²¹ Vid. AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 115-116; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 18-20.

²²² Tanto el sindicato como el empresario buscarán a la persona presuntamente más beneficiosa para sus intereses, de ahí que la elección entre los candidatos propuestos pueda ser difícil. En ocasiones se ha de recurrir a métodos como el descarte, rechazando alternativamente un nombre hasta que solamente quede uno; en otros casos, la avenencia resulta imposible, con lo que las partes deciden solicitar otra lista con árbitros diferentes; vid. M.E. GOLD, *An Introduction to Labor Law*, ILR Press, Cornell University Press, 2.ª edición, Ithaca, 1998, pág. 59; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 465 y 495-496; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 200-201; AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 116-120; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 87-90; N. BRAND, *Labor Arbitration, The Strategy of Persuasion*, Practising Law Institute, New York, 1987, págs. 101-115; A.M. ZACK, *Grievance Arbitration*, Lexington Books, Massachusetts, 1989, págs. 271-272; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 58-64.

²²³ A mayor abundamiento, se ha llegado a afirmar que «es crucial que los árbitros eviten incluso la apariencia de parcialidad»; cfr. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 400. De ahí que la Asociación Americana de Árbitros, el Servicio de Mediación y Conciliación Federal y la Academia Nacional de Árbitros hayan elaborado un Código de Responsabilidad Profesional que recoge la cualificación necesaria para ser miembro de la Asociación Americana de Árbitros, las responsabilidades del árbitro en el ejercicio de sus funciones y la conducta exigible durante el proceso arbitral; vid. D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 231-245; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 64-66.

Además de la designación *ad hoc*, el convenio colectivo puede instituir un árbitro permanente al que someter todas las controversias que surjan; la ventaja de esta fórmula estriba en la disponibilidad total del árbitro, pues está ligado contractualmente a las partes, lo que favorece una veloz resolución; como quiera que cuando se opta por un árbitro para cada conflicto usualmente se solicitan los más prestigiosos, en la práctica una pequeña cantidad de árbitros son requeridos para un gran número de disputas, lo que a menudo dilata considerablemente el proceso ²²⁴. Además, los árbitros *ad hoc* desconocen las particularidades que presenta la relación de trabajo en esa empresa, punto de referencia inexcusable normalmente para comprender el problema en su totalidad, con el consiguiente retraso por tal causa. Los árbitros permanentes sí están familiarizados con ese entorno, pero quizá por ello hayan adquirido prejuicios contra alguna de las partes, pues pueden desaprobar la actuación sindical o empresarial en supuestos concretos ajenos a la cuestión arbitrada, pero que comprometen su neutralidad, al contrario que los seleccionados caso por caso, cuya falta de vinculación avala su imparcialidad.

También el coste económico es un factor influyente en la decisión final, ya que el árbitro permanente percibe una remuneración periódica con independencia del número de casos que deba conocer, mientras que la designación *ad hoc*, además del ahorro en los períodos interconflictuales, permite controlar el desembolso mediante la elección de un árbitro con honorarios no excesivamente altos. Si el nombramiento *ad hoc*, por su precio, obliga al sindicato a meditar la conveniencia de recurrir el arbitraje, el árbitro permanente provoca la situación inversa, en la medida en que las partes tienden a buscar la justificación del gasto acudiendo a esa instancia aun en la consciencia de exiguas posibilidades de éxito, pues no les supone sacrificio económico adicional. Esta acumulación de controversias conlleva un riesgo añadido, cual es que el árbitro permanente prefiera contentar a las partes manteniendo un equilibrio del porcentaje de victorias-derrotas antes que resolver de la forma más justa posible el conflicto, desvirtuando así el significado de la institución ²²⁵. Por consiguiente, ambas opciones muestran defectos, y de ahí que algunos convenios colectivos se hayan decantado por una solución mixta, reservando determinados asuntos al conocimiento del árbitro permanente, y acudiendo al arbitraje *ad hoc* para los demás.

Junto al árbitro único, las partes tienen la posibilidad de configurar un tribunal arbitral, compuesto por tres miembros usualmente, aunque la designación de éstos es ciertamente peculiar. El sindicato y el empresario elegirán cada uno libremente y sin posibilidad de recusación a uno de ellos, decidiéndose el tercero por acuerdo entre los árbitros nombrados por las partes. Es ésta la fórmula más utilizada, casi la única en la práctica, y que deriva en dos maneras diferentes de configurar la adopción de acuerdos. Por un lado, la clásica mayoría, venciendo la posición sustentada por dos de los tres miembros; por otro, hacer recaer el peso total de la decisión sobre el juez desvinculado de las partes, actuando los otros dos como asesores.

²²⁴ Vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 399.

²²⁵ Vid. D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 267-271; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 542-543; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 69-78.

La ventaja de los tribunales arbitrales reside en la pluralidad de opiniones y puntos de vista, pero presentan muchos inconvenientes que a menudo disuaden de recurrir a ellos. En primer término, el tan aludido montante económico, pues el coste se triplica con relación al árbitro único; en segunda instancia, el tiempo, en la medida que reunir a los tres integrantes del tribunal en las mismas fechas es en ocasiones realmente difícil; en último lugar, su utilidad real, ya que, en principio, la decisión dependerá del árbitro no designado por las partes, pues, aunque todos son presuntamente imparciales, sería ilógico que el nombramiento unilateral de cada una no recayese en alguien tendente a sus intereses. Si ello es así, no se justifica realmente el recurso a un tribunal, siendo un ahorro de tiempo y dinero el designar a un único árbitro ²²⁶.

3. La vista.

Elegido el árbitro, que habrá de jurar su cargo si la ley estatal lo requiere ²²⁷, las partes determinarán exactamente la cuestión controvertida, de cuyos límites no puede exceder el laudo ²²⁸. Además, fijarán fecha y hora para una vista, pública en principio, salvo acuerdo en contrario. La representación letrada es opcional, aunque en la práctica suele prescindirse de los abogados tanto por cuestiones pecuniarias como por su general desconocimiento de los asuntos de la empresa, prefiriéndose, por un lado, a los directivos y mandos intermedios, y por el otro, a los miembros del sindicato más cercanos a la empresa ²²⁹.

El turno de palabra inicial, pues el proceso suele estar marcado por la oralidad ²³⁰, corresponde al reclamante, salvo en los casos de sanciones y despidos, en los que se invierte la carga de la prueba y es el empresario quien debe justificar que su decisión no vulnera el convenio colectivo, tras lo cual se concede turno de réplica a la otra parte, antes de comenzar con el período probatorio ²³¹; en este momento la figura del árbitro se acrecienta, pues no solamente decidirá sobre la admisibilidad

²²⁶ Vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 81-87; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, pág. 16.

²²⁷ Vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 221-222.

²²⁸ Vid. A.M. ZACK, *Grievance Arbitration*, Lexington Books, Massachusetts, 1989, págs. 283-284; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 186-190.

²²⁹ Sin embargo, no hay limitación subjetiva que constriña la decisión de las partes, pudiendo decidir cada una libremente quien desempeñará las labores representativas en el transcurso del arbitraje, función que incluso puede ser encomendada al propio trabajador afectado; vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 499; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, pág. 543.

²³⁰ Vid. D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, pág. 211.

²³¹ Acerca de las pruebas admisibles, vid. F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 252-295; N. BRAND, *Labor Arbitration, The Strategy of Persuasion*, Practising Law Institute, New York, 1987, págs. 159-174.

de las pruebas o de las preguntas a los testigos y expertos ²³² y su relevancia, sino que también goza de facultades inquisitorias, pudiendo interrogar a los testigos ²³³ o solicitar nuevas evidencias ²³⁴. Tras las pruebas, cada parte expondrá sus conclusiones finales, aunque con alteración del orden, ya que quien inició la vista deberá concluirla. Todas estas fases han de ser documentadas por escrito, reflejando la argumentación de cada parte (*theory of the case*), las alegaciones, las pruebas practicadas y su resultado ²³⁵. En último término, dentro del período otorgado para dictar el laudo, el árbitro puede reabrir la vista si nuevas evidencias son presentadas o si es menester la aclaración de algún punto, lo que recuerda las diligencias para mejor proveer ²³⁶.

En casos extremos es posible celebrar la vista en ausencia de una de las partes, aunque han de garantizarse los derechos de defensa de quien no comparece. Para ello, se procederá a la notificación escrita con acuse de recibo o a cualquier otro medio que con fehaciencia permita poner en conocimiento de los interesados la fecha y lugar en que tendrá lugar la vista. Si cualquiera de ellos se niega a acudir sin causa justificada, el árbitro goza de competencia, a salvo que la ley estatal lo prohíba, para continuar el procedimiento y dictar un laudo vinculante ²³⁷.

4. El laudo.

A la conclusión de la vista los convenios colectivos suelen conceder al árbitro un período de reflexión ²³⁸, al cabo del cual debe emitir el laudo (denominado *award*) ²³⁹, que puede ser oral o

²³² La contradicción es también un principio esencial del proceso arbitral, por lo que ambas partes tienen derecho a cuestionar a los testigos y expertos presentados por la otra con el fin de rebatir su testimonio; *vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, pág. 212; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 221-222.

²³³ El árbitro no solamente está facultado para requerir juramento a los testigos y realizar cuestiones adicionales, sino que cuando sea aconsejable no desvelar la identidad de un testigo, puede efectuar el interrogatorio en ausencia de las partes; *vid.* J. A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 501; F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 222-223.

²³⁴ Tal es así, que incluso cuando el convenio colectivo únicamente admita la presentación de pruebas documentales con el objetivo de agilizar el proceso, el árbitro puede exigir la presencia de testigos u otros medios probatorios que considere de utilidad para resolver el conflicto; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 499.

²³⁵ *Vid.* C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 71-93.

²³⁶ *Vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 235-236; N. BRAND, *Labor Arbitration, The Strategy of Persuasion*, Practising Law Institute, New York, 1987, págs. 219-222.

²³⁷ *Vid.* C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, pág. 53.

²³⁸ Con carácter general, el Servicio de Mediación y Conciliación Federal exige a los árbitros a él afiliados que resuelvan antes de 60 días; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 496.

²³⁹ Este momento constituye el límite para que las partes zanjen la controversia a través de pacto, eludiendo así una solución impuesta; dicho acuerdo puede plasmarse en un documento independiente o, si el árbitro acepta, en el contenido del propio laudo; *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 228-230; N. BRAND, *Labor Arbitration, The Strategy of Persuasion*, Practising Law Institute, New York, 1987, págs. 176-182.

escrito ²⁴⁰, y que detallará las medidas necesarias para una correcta resolución del conflicto, aunque el remedio nunca puede exceder de las peticiones de las partes ni puede consistir en la ejecución de un acto ilegal ²⁴¹. No obstante, en ocasiones el laudo remite algún aspecto de la solución a la voluntad de los interesados, en la medida en que puede establecer una condena pecuniaria sin fijación de la cantidad concreta, debiendo ser las partes quienes la determinen. Si ese acuerdo no se produce habrá de acudir nuevamente ante el mismo árbitro, que mantiene la jurisdicción, para concretar la cuantía de la sanción ²⁴².

Ahora bien, con carácter general un laudo es suficiente para solucionar definitivamente la controversia, y, por tanto, es decisiva la fundamentación del convencimiento arbitral, que ha de estar centrada, en principio, en la apreciación o no de lesividad convencional. Para ello, el árbitro habrá de valorar las pruebas en su conjunto, pudiendo considerar en su contra la negativa de una parte a aportar información relevante para la decisión; ha de interpretar, que no reescribir, el convenio colectivo, desentrañando el lenguaje ambiguo para conocer la verdadera intención de las partes ²⁴³; ha de atender a las prácticas de la empresa ²⁴⁴, así como a los precedentes, esto es, las decisiones arbitrales sobre supuestos similares en la misma empresa ²⁴⁵. Ninguna de estas evidencias es definitiva, ni siquiera el precedente ²⁴⁶, que es de libre valoración por el árbitro, incluso cuando el anterior laudo haya sido dictado durante la vigencia del mismo convenio colectivo, puesto que se considera que el arbitraje ha de ser más flexible que el proceso judicial ²⁴⁷.

²⁴⁰ El convenio colectivo puede imponer una determinada forma al laudo arbitral; en su defecto, el árbitro es libre de elegir el modo de manifestar su decisión, aunque generalmente el método empleado es el documento escrito; *vid.* C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 93-94.

²⁴¹ *Vid.* D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, pág. 327.

²⁴² *Vid.* T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 421. La actuación arbitral en el mismo asunto tras el laudo es una posibilidad ciertamente extraordinaria, ya que, excepto a petición de ambas partes, el árbitro ni siquiera está facultado para aclarar el verdadero significado de su decisión, aunque sí para corregir errores ortográficos, gramaticales o aritméticos; *vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 239-241.

²⁴³ *Vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 296-320.

²⁴⁴ *Vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 389-411.

²⁴⁵ *Vid.* AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 47-54; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 292-305; C.S. LaCUGNA, *An introduction to labor arbitration*, Praeger, New York, 1988, págs. 101-111.

²⁴⁶ Aun es más, el árbitro puede ignorar una sentencia penal en el mismo asunto; *vid.* J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 500.

²⁴⁷ La importancia del precedente dependerá de lo establecido en el propio convenio colectivo, porque cabe pacto que lo configure como vinculante. En defecto de esta previsión, su trascendencia suele ser nula si el caso fue resuelto al amparo de otro convenio, mientras que cuando el convenio es el mismo su peso en la decisión depende usualmente del prestigio del árbitro que dictó el laudo; *vid.* T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 431-432.

La única regulación de obligada referencia para el árbitro en la solución del conflicto es la dispuesta en el propio pacto colectivo, ya que su labor primaria es la de determinar si la conducta empresarial ha vulnerado o no lo previamente acordado. Empero, las disposiciones del convenio objeto de controversia podrían lesionar alguna ley sustantiva; si las partes han excluido expresamente el recurso a normas externas al mismo, el árbitro habrá de ceñirse al convenio. En otro caso, la fundamentación del laudo puede ser múltiple, ya que la decisión puede estar basada únicamente en el convenio ignorando la ley, o, en el otro extremo, atender exclusivamente a la regulación legal marginando la convencional, aunque es posible la adopción de una solución integradora, consistente en sustituir los preceptos ilícitos por sus correspondientes legales. Ante la primera opción existe el riesgo de una eventual revisión judicial, mientras que las otras dos resultarían inviables si el árbitro no es un experto en esas leyes, pues ha de recordarse que no hay requerimiento de formación alguno para ser árbitro laboral ²⁴⁸.

El laudo es de obligado cumplimiento para las partes, pero el árbitro carece de mecanismos de compulsión ante la negativa empresarial a acatar su decisión. Cuando ello acontece, la única opción del sindicato es acudir a la vía judicial para conseguir la ejecución ²⁴⁹. En esa tesitura, el empresario podría solicitar la revisión judicial del laudo alegando defectos de forma o contenido que convirtiesen al juez ordinario en la última instancia del *grievance*. Para evitar tal situación, y en consonancia con la alta estima que el arbitraje mantiene en aquel ordenamiento ²⁵⁰, el TS ha limitado las posibilidades judiciales de revocar el laudo, tasando las circunstancias por las que el juez puede desautorizar al árbitro.

En la última Sentencia de la *Steelworkers Trilogy, United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corporation* de 1960, el TS limitó a seis las causas de revocación judicial del laudo; a saber: falta de jurisdicción, decisión inconciliable con el espíritu del convenio colectivo, vulneración del orden público, parcialidad del árbitro, exclusión de alguna prueba relevante que hubiese cambiado el signo de la resolución y exceso de jurisdicción por decidir más allá de los poderes conferidos ²⁵¹. Aun es más, en 1987 el propio TS aceptó por unanimidad la

²⁴⁸ Vid. L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, págs. 61-84.

²⁴⁹ Con relación a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las reclamaciones a consecuencia del arbitraje, vid. P. HARDIN (editor en jefe), *The Developing Labor Law*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, volumen I, Washington, 1992, págs. 969-979.

²⁵⁰ «Se presume que los árbitros tienen una especial competencia en las relaciones laborales y son de esta forma más capaces que los tribunales para resolver disputas laborales»; cfr. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, pág. 487. En consonancia, se habla de la «Edad de Oro del Arbitraje» (*Golden Age of Arbitration*); vid. D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 473-477.

²⁵¹ Vid. D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 325-340; R.A. GORMAN, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Co., Minnesota, 1976, págs. 585-603; AA.VV., *Arbitrating Labor Cases*, Practising Law Institute, New York, 1974, págs. 196-234.

intangibilidad de los laudos arbitrales en ausencia de prueba de fraude o conducta deshonesto del árbitro, para impedir que el mero desacuerdo judicial con la solución arbitral conlleve su modificación ²⁵².

De este modo, el arbitraje se configura en los EE.UU. como obligatorio y vinculante, constituyendo la última instancia a la que las partes pueden acudir en busca de la satisfacción de sus pretensiones, puesto que si el árbitro cumple con los mínimos requisitos de diligencia su decisión será respetada tanto por el NLRB como eventualmente por los Tribunales de Justicia. Ello explica, por un lado, que la selección del árbitro sea a menudo controvertida y, por otro, que la vista se asemeje, aun a pesar de la presunta ausencia de formalismos, al proceso judicial ²⁵³.

VI. EL LABOR LAW EN EL SECTOR PÚBLICO

1. El derecho a la negociación colectiva.

La diferencia entre funcionarios públicos y personal laboral es desconocida en el ordenamiento estadounidense, en la medida que todos los empleados al servicio de una Administración Pública tienen unas condiciones de trabajo homogéneas; los objetivos de su empleador, el bienestar común fundamentalmente, motivan que su relación laboral presente ciertas peculiaridades en comparación con el ámbito privado, ya que les está prohibido el ejercicio del derecho de huelga y hasta tiempos recientes carecían también del derecho a la negociación colectiva. En el lado positivo, el empleo público ha alcanzado mayores cotas de seguridad que el privado, pues ya desde 1912, con la *Lloyd-LaFollette Act*, se ha exigido justa causa para el despido, desmarcándose así de la tradicional concepción del empleo *at-will* ²⁵⁴.

²⁵² Vid. *STS United Paperworkers v. Misco, Inc* de 1987, en la que se afirma que incluso para revocar un laudo con base en el orden público (*public policy*), el tribunal debe mostrar que la regla de orden público en cuestión está bien definida, que se aplica a la concreta relación de trabajo y que viene avalada por precedentes legales.

²⁵³ Vid. N. BRAND, *Labor Arbitration, The Strategy of Persuasion*, Practising Law Institute, New York, 1987, págs. 135-233.

²⁵⁴ Históricamente el derecho a sindicarse y a negociar colectivamente no fue atribuido a los funcionarios públicos hasta los años 60; a nivel federal, el punto de partida lo constituyó la Orden Ejecutiva 10988 emitida por J.F. Kennedy en 1962, que por primera vez reconocía a los empleados públicos de ese ámbito el derecho a la negociación colectiva, aunque de forma muy limitada. Un análisis detallado del proceso de sindicación de los empleados públicos puede encontrarse en R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 2-58 y 267-312; J.F. BURTON, *The extent of collective bargaining in the public sector*, en AA.VV., *Public-Sector Bargaining*, Industrial Relations Research Association Series, Madison, Wisconsin, 1979, págs. 2-40; J.L. STERN, *Unionism in the Public Sector*, en AA.VV., *Public-Sector Bargaining*, Industrial Relations Research Association Series, Madison, Wisconsin, 1979, págs. 44-79; C. THOMAS ANGLIM, *Labor, Employment, and the Law: A Dictionary*, Contemporary Legal Issues, Santa Barbara, 1997, págs. 91-94; T.A. KOCHAN, *Dynamics of Dispute Resolution in the Public Sector*, en AA.VV., *Public-Sector Bargaining*, Industrial Relations Research Association Series, Madison, Wisconsin, 1979, págs. 151-169; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 760-796.

Los trabajadores al servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas están excluidos expresamente de la *National Labor Relations Act*, como antes se dijo ²⁵⁵, lo que no significa que estén privados del derecho a la negociación colectiva, sino que son objeto de una legislación especial. Ignorando a los empleados de las Administraciones Estatales o Locales, porque sería imposible abarcar aquí la regulación contenida en la norma estatal o local correspondiente ²⁵⁶, a los trabajadores contratados por la Administración Federal les fue atribuido el derecho a negociar colectivamente por la *Federal Service Labor-Management Act* de 1978, promulgada como parte de la *Civil Service Reform Act* del mismo año, que básicamente reproduce el proceso negociador de la *Wagner Act*.

Como previsión inicial, están excluidos de la negociación colectiva, al igual que en el ámbito privado, los supervisores, empleados de confianza y, en general, cualquier otra persona cuya inclusión en la unidad apropiada de negociación pueda provocar un conflicto de intereses ²⁵⁷. Asimismo, no gozan de ese derecho los empleados públicos encargados de la seguridad nacional (FBI, CIA, etc.) o de la seguridad interna de cada agencia, a excepción de los guardias de seguridad, ni tampoco el personal militar (pero sí los civiles que trabajen en instalaciones militares) ²⁵⁸; por último, se sitúan fuera del ámbito de la ley, pero no del derecho a la negociación colectiva, los empleados del servicio postal, amparados por la *Postal Reorganization Act* de 1970.

El órgano encargado de administrar la ley no es el NLRB sino la *Federal Labor Relations Authority* (FLRA), cuyas competencias son análogas a las del NLRB ²⁵⁹; a saber: delimitar con carácter definitivo las unidades apropiadas de negociación, para lo cual también se basa en la comunidad de intereses entre puestos de trabajo; concretar los trabajadores con derecho a voto; ordenar y supervisar las elecciones dentro de esa unidad; resolver las reclamaciones de prácticas laborales desleales, etc. ²⁶⁰.

²⁵⁵ *Vid. supra* II.1.

²⁵⁶ A grandes rasgos, esa multiplicidad de disposiciones no hace diferir en exceso el procedimiento de negociación, que sigue las pautas generales del establecido para los empleados públicos federales. La peculiaridad más notoria, por anecdótica, viene dada por la promulgación en algunos Estados de las llamadas *sunshine laws*, que permiten la presencia de público en la negociación, y no sólo como espectadores, sino con derecho a participar en las deliberaciones; *vid.* T. L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 653-672; R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 63-93 y 131-134; M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book*, Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1998, pregunta 10:25; J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin Mcgraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 525-531; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 367-368.

²⁵⁷ *Vid.* S.L. HAYFORD y A.V. SINICROPI, *Bargaining Rights Status of Public Sector Supervisors*, en AA.VV., *Public Sector Labor Relations*, Thomas Horton and Daughters, 2.ª edición, Sun Lakes (Arizona), 1981, págs. 82-92.

²⁵⁸ La exclusión del personal militar no se debe a la *Federal Service Labor-Management Act*, sino a la *Thurmond Act* de 1979.

²⁵⁹ *Vid.* Sección 7105 de la ley.

²⁶⁰ *Vid.* M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 362-363.

Las vías de adquisición de legitimación sindical son también la elección mayoritaria de los trabajadores en la votación correspondiente y el reconocimiento directo de la Administración. Las elecciones son producto, al igual que en el ámbito privado, de la solicitud del 30 por 100 de los integrantes de la unidad o del sindicato que ostente una carta de autorización firmada por tal cantidad de trabajadores, estando obligada la FLRA a realizar una investigación, que incluye una vista con el sindicato y la Administración, para comprobar si efectivamente existe una «cuestión sindical». En este caso, fijará la fecha de los comicios, a los que concurrirán, además del peticionario, los sindicatos que acrediten una representatividad de al menos un 10 por 100 ²⁶¹. Si ninguno de ellos obtiene la mayoría de votos emitidos en la primera vuelta, se celebrará otra entre las dos opciones que hubiesen conseguido mejores resultados; en el supuesto de que los trabajadores rechacen la sindicación, no cabe celebrar otra elección sindical durante los 12 meses siguientes.

Si un sindicato consigue el sustento mayoritario de los trabajadores de la unidad, la Administración no puede rechazar la propuesta de negociación del convenio colectivo, pues también se ha impuesto legalmente un deber de negociar ²⁶². Las deliberaciones han de transcurrir conforme a los postulados de la buena fe, habiendo de solucionarse los conflictos a través de la mediación ²⁶³, o el llamado *fact-finding* ²⁶⁴, y, si la controversia subsiste, la propia ley instituye un órgano adicional, el *Federal Service Impasse Panel*, dotado de una ingente cantidad de funciones dirigidas a lograr el buen fin del conflicto, desde la conciliación a la decisión vinculante, pasando por la remisión de la disputa al arbitraje tradicional, si ésta es la voluntad de las partes ²⁶⁵.

En cuanto a las materias objeto de negociación, además de las obligatorias, permitidas e ilegales, existe una de imperativa inclusión en el convenio, cual es la regulación de un procedimiento de solución de conflictos que concluya necesariamente en el arbitraje vinculante, con pretensión de compensar la general prohibición de la huelga en este ámbito ²⁶⁶. Destacar que las materias de negociación ilegal son en este caso mucho más numerosas que en el sector privado, pues la *Federal Service Labor-Management Act* ha sustraído a la autonomía de la voluntad todas las cuestiones consideradas de imprescindible autogestión por la Administración correspondiente para el cumplimiento del fin público encomendado ²⁶⁷.

²⁶¹ Vid. P.J. CIHON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, pág. 648.

²⁶² Vid. Sección 7117.

²⁶³ Que tendrá lugar, al igual que en el sector privado, ante el Servicio de Mediación y Conciliación Federal.

²⁶⁴ Aunque existente también en el sector privado, este procedimiento tiene mayor predicamento en el público; el *fact-finder* es un tercero imparcial encargado de la elaboración de un informe objetivo sobre el estado del conflicto y las pretensiones de las partes en el que debe recomendar una solución no vinculante; vid. D.P. ROTHCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 797-798; R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 328-333; J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 538-541.

²⁶⁵ Vid. Sección 7119.

²⁶⁶ Vid. Sección 7121.

²⁶⁷ A modo de ejemplo, son innegociables el salario, el número de empleados, la política de contratación, la movilidad funcional, la clasificación profesional, el régimen disciplinario, los programas de jubilación, los seguros de vida y de salud y la suspensión o despido del trabajador por razones de seguridad nacional; vid. Sección 7106.

2. El derecho de huelga.

La situación normativa del derecho de huelga es idéntica a la expuesta para la negociación colectiva, existiendo normas diversas para cada Administración. En el caso de los empleados federales, la ley de referencia es la misma que reconoce el derecho a negociar colectivamente, la *Federal Service Labor-Management Act* de 1978, cuya Sección 7116 (b) (7) prohíbe terminantemente la convocatoria, participación o consentimiento de una huelga, así como la disminución voluntaria del rendimiento laboral ejercitadas contra una agencia federal ²⁶⁸. La vulneración del precepto acarrea consecuencias realmente gravosas tanto para el sindicato como para los trabajadores, ya que mientras el primero se verá despojado de su condición de representante de la unidad apropiada de negociación, éstos pueden ser sancionados incluso con el despido ²⁶⁹.

En general, las normas estatales y locales también proscriben la huelga, porque se entiende que las actividades gubernamentales están dirigidas a satisfacer un interés público, con lo que el transtorno provocado por tal medida de presión es generalmente inaceptable desde el punto de vista del bienestar social. Sólo una minoría de Estados han reconocido legalmente el derecho de huelga a los empleados públicos ²⁷⁰, aunque todos ellos con grandes cautelas, exigiendo el agotamiento previo de todas las vías a disposición de las partes para conseguir una solución dialogada, así como el obligado respeto al interés general. La peculiaridad más importante ha tenido lugar en California, donde a pesar de que la ley no reconoce ese derecho, ha sido atribuido por la jurisprudencia con base en el *common law* del Estado ²⁷¹.

²⁶⁸ Sin embargo, y aun contra la expresa voluntad legal, en la práctica muchas huelgas han tenido lugar en el sector público, como recoge R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 267-312. Un análisis histórico de la evolución del derecho de huelga en sector público puede encontrarse en T. A. KOCHAN, *Dynamics of Dispute Resolution in the Public Sector*, en AA.VV., *Public-Sector Bargaining*, Industrial Relations Research Association Series, Madison, Wisconsin, 1979, págs. 151-169; D.P. ROTHSCHILD, L.S. MERRIFIELD y C.B. CRAVER, *Collective bargaining and Labor Arbitration*, Contemporary Legal Education Service, 3.ª edición, Charlottesville (Virginia), 1988, págs. 760-796.

²⁶⁹ Esta regulación permitió en 1981 a la Administración Reagan prescindir de los servicios de 11.000 controladores aéreos que utilizaron la huelga para reivindicar mejoras salariales; por su parte, el sindicato convocante perdió la legitimación que había obtenido en la elección correspondiente. Los tribunales admitieron la validez de ambas medidas, y la ley sigue vigente en los mismos términos; vid. M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book. 1999 Supplement*, Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1999, pregunta 10:1; P.J. CIRON y J.O. CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, West Educational Publishing Company, 3.ª edición, Ohio, 1999, págs. 653-655; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, pág. 24; M.R. CARRELL y C. HEAVRIN, *Collective bargaining and labor relations*, Bell & Howell Company, Columbus (Ohio), 1985, págs. 369-370.

²⁷⁰ En orden alfabético: *Alaska, Hawaii, Idaho, Illinois, Minnesota, Montana, Oregon, Pennsylvania, Vermont y Wisconsin*; vid. R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 282-287; J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin Mcgraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 547-549.

²⁷¹ Vid. R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Mercel Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 286; M.R. FILIPP, T.L. BOYER y J.O. CASTAGNERA, *Employment Law. Answer Book. 1999 Supplement*, Ed. Panel Publishers, 4.ª edición, New York, 1999, pregunta 10:1.2.

3. La administración del convenio colectivo.

Tras el reconocimiento legal del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, la resolución de conflictos en la empresa descansa hoy día bajo idénticos parámetros a los del ámbito privado, ya que legalmente no hay previsto mecanismo alguno, con lo que las vías de reclamación del trabajador quedan reducidas a dos²⁷²: el procedimiento pactado o, en su defecto, el unilateralmente decidido por la Administración Pública correspondiente.

Si bien en el ámbito privado no hay elemento de compulsión alguno para que las partes acuerden el *grievance*, hemos visto²⁷³ que la *Federal Service Labor-Management Act* exige que todos los convenios colectivos para los trabajadores de la Administración Federal incluyan procedimientos de solución de conflictos que finalicen, de alcanzarse tal nivel, en el arbitraje final y obligatorio, para paliar la antedicha carencia del derecho de huelga²⁷⁴. A escala estatal y local las normas correspondientes difieren en sus requerimientos, pero se calcula que prácticamente el 95 por 100 de los convenios colectivos en el sector público incluyen el *grievance*²⁷⁵.

Habida cuenta de que la configuración de estos procedimientos tiene lugar por convenio colectivo, se aprecia su similitud, si no su uniformidad, con los existentes en el sector privado²⁷⁶. En esta línea, se mantienen los tres, y a veces cuatro, escalones previos al arbitraje; el empleado reclamante (con o sin el auxilio del *shop steward*) o su sindicato comenzarán el procedimiento mediante la presentación de la queja al supervisor, iniciándose así la búsqueda de una avenencia satisfactoria a través de las sucesivas fases. Los implicados en cada etapa diferirán en función de la configuración del concreto sindicato y ente administrativo involucrados.

Frustrada la autocomposición, las partes podrán recurrir al arbitraje, desarrollado de manera similar a la ya explicada para el sector privado. La elección del árbitro, la celebración de la vista y la formación del laudo no varían, como tampoco las carencias endémicas del proceso, el coste y la duración. No obstante, la dimensión del arbitraje en el ámbito público y en el privado es sustancialmente distinta a causa de la relevancia judicial concedida al laudo. En el sector privado, la regla general es la incompetencia del juez para revisar la decisión arbitral, a excepción de flagrantes violaciones, mientras que en el ámbito público ese respeto es mucho menor.

²⁷² A salvo, por supuesto, de las materias en las que la ley le conceda el acceso directo a la jurisdicción ordinaria.

²⁷³ *Vid. supra VI.1.*

²⁷⁴ *Vid. L.J. COOPER y D.R. NOLAN, Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, pág. 398.

²⁷⁵ *Vid. R.C. KEARNEY, Labor Relations in the Public Sector*, MerceL Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 61 y 374.

²⁷⁶ Para un análisis exhaustivo *vid. R.C. KEARNEY, Labor Relations in the Public Sector*, MerceL Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 373-403.

Por consiguiente, la promoción legal del arbitraje mediante su necesaria inclusión en los convenios colectivos de ámbito federal se desvirtúa en cierta manera por la práctica jurisdiccional, que tiende a conocer *ex novo* el asunto previamente sometido al arbitraje aunque todas las formalidades hayan sido cumplidas y el comportamiento del árbitro no muestre tacha. Esta diferencia de trato tan sustancial en función del carácter público o privado del empleador se ha querido justificar por la contraposición del tradicional panorama normativo en ambos sectores, casi desértico el privado, abigarrado el público ²⁷⁷; en ese contexto, la probabilidad de que la decisión arbitral contraríe una ley es estadísticamente mucho más elevada, amparando así la necesidad de mayores controles.

Las consecuencias prácticas de esta situación son patentes, porque al perder el arbitraje su carácter final y obligatorio también se reduce su prestigio, creciendo consiguientemente el número de recursos contra laudos arbitrales. Como quiera que en aquel ordenamiento es habitual que las leyes dirigidas a conceder algún tipo de derecho a los trabajadores instituyan un órgano administrativo específico ante el que suscitarse sus problemas aplicativos, al estilo del NLRB y de la EEOC que antes veíamos ²⁷⁸, la práctica del *forum shopping* cuasidesconocida en el ámbito privado es común en el público, ya que cada una de las instancias competentes carece de limitación de conocimiento, fomentado así el peregrinaje del derrotado en el laudo hasta encontrar una solución satisfactoria para sus intereses ²⁷⁹.

VII. CONCLUSIONES

El Derecho del Trabajo en los EE.UU. se divide en dos grandes bloques, el *Labor Law* y el *Employment Law*. El primero agrupa las materias directamente relacionadas con la actuación de un sindicato y, más concretamente, los tres derechos colectivos básicos (la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga) y los procedimientos de solución de conflictos en la empresa. Por su parte, el *Employment Law* comprende el resto del Derecho del Trabajo, incluida también la Seguridad Social.

En ese ordenamiento, la función primaria de los sindicatos es la de participar en la determinación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, así como vigilar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados. El sistema de adquisición de la legitimación negociadora para el cumplimiento de esos fines es bastante diferente del establecido con carácter general en los artícu-

²⁷⁷ Vid. J.R. GRODIN, *Judicial Response to public-sector arbitration*, AA.VV., *Public-Sector Bargaining*, Industrial Relations Research Association Series, Madison, Wisconsin, 1979, pág. 226.

²⁷⁸ Vid. *supra* V.I.

²⁷⁹ Mientras la EEOC tiene legitimación también en el ámbito de las Administraciones Públicas, el NLRB únicamente actuará en el sector privado, ocupando su lugar en el ámbito público la *Federal Labor Relations Authority*, cuya política no es tan condescendiente con el arbitraje como la de su homólogo privado; vid. R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Merce Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 386-388.

los 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores español, ya que no hay unas elecciones sindicales periódicas que habiliten a un determinado número de sindicatos para negociar. La *National Labor Relations Act*, ley que constituye el eje del *Labor Law*, faculta únicamente a un sindicato para actuar como representante de los trabajadores en la negociación colectiva, y será aquel que los mismos trabajadores respalden mayoritariamente, apoyo que se plasmará en una votación *ad hoc* o en el reconocimiento directo del empresario tras comprobar la efectiva existencia de esa mayoría favorable.

El ámbito de aplicación del convenio colectivo, cuestión fundamental pues predetermina qué trabajadores pueden votar en la elección que designa al sindicato representante, es siempre la unidad apropiada de negociación, constituida por los empleados que desempeñen puestos de trabajo en los que pueda apreciarse una comunidad de intereses.

Por su parte, la huelga es un derecho de arriesgado ejercicio por la inseguridad laboral que conlleva, pues la ley admite la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores, interinamente si la protesta es consecuencia de una práctica laboral desleal del empresario, e incluso permanentemente si las reivindicaciones son económicas, lo que coarta la voluntad de los empleados, que únicamente utilizan esta vía en situaciones extremas.

La *National Labor Relations Act* prohíbe al empresario sancionar a los trabajadores por el ejercicio de actividades amparadas por la libertad sindical, con lo que los huelguistas nunca pueden ser despedidos a consecuencia de una huelga legal; pero la sustitución permanente de un trabajador en huelga no difiere en exceso de un despido, pues no podrá reincorporarse a su puesto de trabajo hasta que quede vacante, espera de duración incierta, ya que el sustituto tiene contrato indefinido. La necesidad de subsistencia obligará al trabajador, en la mayoría de los casos, a buscar otro empleo, con lo que quedará desligado de su anterior empresa, que, sin proceder formalmente al despido, habrá conseguido la extinción de la relación contractual a resultas del lícito ejercicio del derecho de huelga ²⁸⁰.

Por otro lado, el procedimiento de solución de conflictos en la empresa más común en los EE.UU. es el denominado *grievance*, contenido en la práctica totalidad de convenios colectivos y cada vez más popular en las empresas no sindicadas ²⁸¹ como incentivo para evitar que el sentimiento de indefensión de los trabajadores les impulse a buscar la tutela de un sindicato; si bien es cierto que no hay norma legal que lo desarrolle, en la práctica se aprecian caracteres uniformes en la regulación convencional, difiriendo únicamente cuestiones de matiz, como los plazos.

²⁸⁰ Vid. W.B. GOULD IV, *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 97.

²⁸¹ Que son la mayoría, lo que supone que un 60 por 100 de los trabajadores tienen una relación de trabajo *at-will*; vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, pág. 234; este autor, remarcando los efectos positivos del *grievance*, afirma que «la mayor diferencia entre una empresa no sindicada y una sindicada es que en la primera es más probable sancionar o despedir a un empleado erróneamente».

Con carácter general, el *grievance* consta de cuatro etapas, las tres primeras consistentes en la negociación informal entre distintos estamentos de la empresa y el sindicato, reservándose la última al arbitraje. Como características más relevantes del arbitraje hay que destacar la amplitud de su contenido, en el sentido de que toda materia que no esté expresamente excluida del mismo por el pacto colectivo habrá de someterse a él; la ausencia de requerimiento de formación alguno para el árbitro; el carácter inquisitivo, gozando el árbitro de mayores facultades de actuación que un juez en el proceso ordinario; el reducido ámbito de conocimiento del decisor, limitado a la determinación de si el convenio colectivo ha sido o no vulnerado, de cuya apreciación depende la prosperidad de la reclamación; la obligatoriedad del laudo, aunque la carencia de medios de compulsión para forzar su cumplimiento hace necesario en ocasiones acudir a la vía judicial; y, por último, la sustantividad propia del arbitraje, que no es simplemente una etapa más del *grievance*, sino que, gracias a la jurisprudencia, ha adquirido un poder considerable, porque el TS ha vedado las facultades judiciales de revocación del laudo cuando no se aprecie ilegalidad o conducta deshonestas del árbitro, al considerar que esta instancia es la más adecuada para resolver las disputas laborales.

Además, y consignando que también es posible la mediación como recurso previo o sustitutivo del arbitraje, motivaciones económicas y de racionalización del proceso han hecho aparecer en la práctica distintas configuraciones del arbitraje, como el denominado de «oferta final», en el que cada parte presenta una propuesta de solución y el árbitro ha de elegir una de ellas sin posibilidad de modificación; el «expeditivo», que consiste en la simplificación de las fases, la reducción de los plazos y la completa oralidad del proceso, acortando así la duración y el coste²⁸²; e incluso es usual el sometimiento de una pluralidad de controversias que no han sido resueltas en las anteriores etapas del *grievance* ante el mismo árbitro y en la misma sesión²⁸³.

Como colofón, los estudios demuestran que una gran parte de las soluciones favorables al trabajador tienen lugar en las primeras etapas del procedimiento, quizá porque en muchos casos son quejas menores o producto de un simple error, no en el arbitraje, sin que por ello haya que suponer parcialidad del árbitro; generalmente, estos reclamantes mayoritariamente satisfechos son empleados de alta remuneración que muestran su desacuerdo con las condiciones de trabajo y no con la

²⁸² El arbitraje pretende ser una vía efectiva, rápida y fácil de solución de los conflictos laborales, de ahí que se enfatice la necesidad de disminuir los plazos, pues la incertidumbre en la que se ve sumido un trabajador que ha resultado despedido, por ejemplo, exige una alta velocidad de respuesta. Pero el arbitraje tradicional no siempre cumple esos objetivos, y las dilaciones son cada vez más frecuentes, hasta el punto que algunos laudos se hacen esperar hasta dos años desde el llamamiento al arbitraje, siendo la duración media del proceso arbitral de 184 días; si a ellos se añaden los 96 días que separan el comienzo del *grievance* de la solicitud de la lista de árbitros, se comprende bien la búsqueda de nuevas fórmulas para impedir que la satisfacción contenida en el laudo pueda verse desvirtuada por los perjuicios de la espera; *vid.* R.C. KEARNEY, *Labor Relations in the Public Sector*, Merce Dekker, Inc., 2.ª edición, New York, 1992, págs. 397-402; T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 390-391; J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 502-504; L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor arbitration: a coursebook*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, pág. 15.

²⁸³ *Vid.* F. ELKOURI y E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, Bureau of National Affairs, 3.ª edición, Washington, 1973, págs. 190-192.

asignación de tareas ²⁸⁴. Así, aproximadamente la mitad de las quejas se solucionan en el primer nivel, un 30 por 100 tienen su final en el segundo, y un 15 por 100 en el tercero; del 5 por 100 restante, solamente la mitad, y en un cálculo optimista, se someten al arbitraje. Como escalón final, menos del 1 por 100 de los laudos son recurridos judicialmente, y únicamente el 25 por 100 de las demandas prosperan ²⁸⁵.

En consecuencia, el Derecho Colectivo del Trabajo en los EE.UU. difiere sustancialmente de su homólogo español, resultando por ello las comparaciones en cierto modo infructuosas. Los pilares sobre los que cada uno se sustenta provienen de concepciones sociolaborales profundamente enraizadas, con lo que en muchos casos no hay traslación posible de uno a otro.

El rechazo empresarial a los sindicatos, por un lado, y la representación exclusiva que éstos obtienen cuando han sido elegidos marcan la negociación colectiva en los EE.UU., frente a la aceptación general del sindicalismo y la competencia concurrente en nuestro sistema. Allí, las dificultades de asentamiento de un sindicato en la unidad de negociación aconsejan que sea él mismo quien se ocupe de negociar con el empresario, frente a la pluralidad de interlocutores que admite el Estatuto de los Trabajadores. Con ello se acepta, teóricamente, que en los EE.UU. son los propios trabajadores los que deciden quién es el encargado de negociar colectivamente y cuándo ha de hacerlo, pues ningún sindicato goza de legitimación hasta que sea designado *ad hoc* en la unidad correspondiente, momento en el que deberá solicitar la negociación del convenio (a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español en el que los sindicatos legitimados no lo son para un ámbito concreto y predeterminado y deciden libremente cuándo proponer el inicio de las conversaciones).

Si el sistema de legitimación para la negociación colectiva no es trasladable a nuestro sistema, con mayor lejanía hay que contemplar el derecho de huelga, no ya en cuanto a sus modalidades de ejercicio, sino en lo relativo a sus consecuencias. En este sentido, y como es sabido, la contratación de sustitutos, sean interinos o permanentes, vulnera el derecho fundamental de huelga establecido por el artículo 28.2 de nuestra Constitución Española; presumiblemente, una modificación constitucional que consagrara tal posibilidad sufriría un rechazo social de dimensiones considerables.

En materia de solución de conflictos en la empresa, tampoco parece acomodarse a nuestra Carta Magna la privación del derecho del trabajador a acudir por sí mismo a la vía judicial ante la contestación negativa para su pretensión de un árbitro u organismo administrativo. No se comprendería en nuestro ordenamiento jurídico que la satisfacción de una reclamación laboral que perjudica los intereses de un trabajador concreto se supeditase a la decisión del sindicato, cuya decisión de no continuar el proceso de reclamación en la vía judicial obligaría al trabajador a conformarse con la simple denegación, lo que supondría una limitación de la capacidad individual inadmisiblemente constitucionalmente.

²⁸⁴ Vid. T.L. LEAP, *Collective Bargaining and Labor Relations*, Macmillan Publishing Company, New York, 1991, págs. 389-391.

²⁸⁵ Vid. J.A. FOSSUM, *Labor Relations. Development, structure and process*, Irwin McGraw-Hill, 7.ª edición, 1999, págs. 465 y 488.

Sin embargo, pocos problemas comporta esa situación en los EE.UU., por la confianza depositada tanto en los organismos administrativos de resolución de conflictos laborales como en el arbitraje. Los conflictos laborales se resuelven «autónomamente» (esto es, dentro de los mecanismos establecidos en el propio *Labor Law*), prescindiendo casi por completo de la vía jurisdiccional, lo que se contrapone a la práctica española, tan proclive a dirimir las controversias en los Tribunales de Justicia. De ahí que, aunque en abstracto pudiera compartirse la idoneidad de establecer en España un Tribunal Administrativo encargado de resolver con rapidez y eficacia las controversias laborales, en la práctica se convertiría en un obstáculo para la consecución de esos fines, pues se constituiría en una instancia previa a la vía judicial que dilataría el proceso.

En definitiva, ni el derecho a la negociación colectiva (a excepción de supuestos puntuales, como se aprecia en la regulación establecida por el art. 87.1 del Estatuto para la adquisición de legitimación en los convenios franja de ámbito empresarial o inferior, o en las deliberaciones que sí presentan claras similitudes en ambos ordenamientos) ni el derecho de huelga o el cierre patronal en los EE.UU. se asientan en los mismos principios que en nuestro sistema, y por ello su trasvase es profundamente delicado, pues conllevaría en muchos casos la limitación de las posibilidades individuales de actuación de los trabajadores.

Por el contrario, sí es fácilmente aplicable el denominado *grievance procedure*, hasta el punto que ya ha sido adoptado por varias empresas en nuestro país, porque este procedimiento de solución de conflictos en la empresa funciona con gran eficacia y goza de un gran prestigio en aquel ordenamiento, sin que perjudique realmente ninguno de los principios básicos de nuestro sistema laboral, con lo que sus teóricas ventajas y ausencia de inconvenientes deberían hacer atractiva, y sobre todo útil, su implantación en las empresas asentadas en nuestro país.