

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS  
*Coordinadora*

# Relaciones laborales en el siglo XXI



SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# RELACIONES LABORALES EN EL SIGLO XXI

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 39

---

Edición y formación en computadora al cuidado de Isidro Saucedo

# RELACIONES LABORALES EN EL SIGLO XXI

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS  
*Coordinadora*



SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2000

Primera edición: 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n  
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-8440-8

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	IX
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	

### NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

New forms of employment . . . . .	3
Anthony GILES	
Nuevas formas de contratación . . . . .	29
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
Sobre las nuevas contrataciones laborales . . . . .	57
Carlos REYNOSO CASTILLO	

### LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La grève dans les services publics . . . . .	71
Jean-Maurice VERDIER	
The Right to Strike in Essential Services under United States Labor Law . . . . .	95
Marley S. WEISS	
La huelga en los servicios públicos . . . . .	197
Carlos FUENTES PUELMA	

El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales . . .	215
Susana TORRENTE	

### PROCURACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

Procuración de justicia laboral . . . . .	241
Néstor DE BUEN LOZANO	
Settlement of individual labour disputes in Poland . . . . .	259
Michael SEWERYNSKI	
Una visión sistemática de la procuración de justicia laboral en México . . . . .	271
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA	

### PROCEDIMIENTOS LABORALES

Procedimientos laborales . . . . .	305
Mozart VÍCTOR RUSSOMANO	
National labor relations board . . . . .	315
Mary Joyce CARLSON	
Perspectivas del derecho procesal del trabajo en el nuevo siglo	339
José DÁVALOS	

### CONFERENCIA MAGISTRAL

La concertación y el diálogo social, con especial referencia al caso de México: el diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral” . . . . .	351
Javier MOCTEZUMA BARRAGÁN	

## PRESENTACIÓN

Las variaciones contemporáneas han transformado las relaciones sociales a un ritmo vertiginoso. El impacto de las modificaciones en los patrones conductuales no cesan de sorprender y conducen incluso a la convergencia de términos y de conceptos contrarios o distantes, a fin de calificar una situación. Tal es el caso de las expresiones y títulos de obras actuales como *La aldea global*, de Alain Touraine; *El horror económico*, de Viviane Forrester; *El fin del trabajo*, de Jeremy Rifkin; *Un mundo desbocado*, de Anthony Giddens, y el *Estado de malestar*, de Néstor de Buen, a los cuales podríamos agregar muchos más con el fin de provocar su lectura para la comprensión o para la justificación del ocurrir en este fin de siglo, inicio de milenio.

Las transformaciones se insertan e inciden inevitablemente en el área del trabajo, referido éste a la actividad del ser humano en el sentido económico, como el medio principal para satisfacer las necesidades de sobrevivencia. La ola transformadora arrastra todo conjunto relacional: hombre y mujer en el centro de la misma asimilan cambios y responden, o por lo menos lo intentan. El orden regulador, expresado en la norma jurídica, debe entonces mantenerse a la vanguardia para servir a los individuos en esta condición, como miembros de la sociedad y como trabajadores.

Es a través del derecho positivo como habrán de atenderse los derechos sociales, los derechos prestacionales para coordinar los intereses sociales con los difusos, para finalmente conservar o propiciar el equilibrio entre lo social y lo económico.

Nada justifica cerrar vías de desarrollo, menos que el derecho lo obstaculice, siempre que se navegue en aguas pacíficas balanceando los intereses que defiendan al individuo, que lo protejan, que cuiden y aseguren su dignidad como ser humano.

Cierto es que la cotidianeidad envuelve las rutas sociales y a veces logra confundir masas humanas con cifras y múltiplos. ¿Acaso habrá conversiones en logaritmos humanos? Ciertamente ocurre una deshumanización.



nización al convertir a cada trabajador y cada trabajadora en un *factor más* en la producción, en un *recurso humano* situado al mismo nivel de los llamados *recursos materiales*, sujetos a normas de *productividad*. Así lo ha aceptado nuestra sociedad y así lo está transmitiendo a las siguientes generaciones, lo cual sí debiera ser el *horror social*.

El derecho del trabajo, como regulador de las relaciones laborales, mezcla en sus fuentes tanto razones económicas como sociales. Los protagonistas de estos vínculos son seres con razón y, por ende, están colmados de sentimientos; grave sería permitir sobre ellos el predominio de la tecnología, la primacía de las finanzas o la imposición del libertinaje económico con el pretexto de alcanzar un desarrollo a secas, es decir, de obtener un simple crecimiento material.

La perspectiva de los cambios, analizada conforme a los efectos hasta ahora conocidos y advertidos, marca un importante desafío para el derecho del trabajo. Podría incluso considerarse que el paradigma de la vanguardia del derecho social de principios de 1900, se convierte, al cumplir el centenario, en el fenómeno agonizante que lucha por su independencia, por su vigencia, por su autonomía; que defiende sus principios jurídicos al igual que los políticos, y que rechaza la vuelta al seno del derecho privado, protector de intereses de partes marcadas por la igualdad.

Hoy más que nunca el trabajador y la trabajadora se ubican en una posición desigual inferior frente al empleador, y uno de los instrumentos más útil, cercano y viable para su protección y nivelación jurídica, es la estrecha comunicación entre los sectores, la información en general y la internacionalización de principios y normas jurídico-sociales.

Si bien es clara la distinción entre el derecho comparado y el derecho internacional del trabajo, también lo es el engranaje entre estas ramas. La primera brinda la oportunidad de conocer las experiencias domésticas y regionales para integrar, por una parte, normas cuya vigencia tienda a la universalización (hoy se diría globalización) y, por la otra, esa universalización ofrezca seguridad y justicia social.

Cierto es que al divulgar y profundizar el estado y las condiciones de otras sociedades, cercanas y lejanas, tanto en lo geográfico como por sus sistemas jurídicos, se tienden vías para la comprensión y la aproximación humana. Y con ello se abra, de nueva cuenta, el sueño de una sociedad universal igualitaria y justa. Una utopía nada despreciable. Por

ello es justo reconocer el interés y el esfuerzo institucional de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social como expresión de su responsabilidad social y de la construcción de políticas públicas actualizadas, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, coordinando la expresión académica de ilustres conferenciantes, laboralistas que hicieron posible un exitoso Seminario Internacional del Derecho del Trabajo, en el cual se acuñó la edición de este libro que se presenta para servicio de los estudiosos, estímulo a la investigación y contribución a la justicia social.

En ese escenario ocurrió una singular despedida, simbólica como se esperaba, la del doctor Mozart Víctor Russomano, erudito en la materia laboral, quien con cierta frecuencia visitó México, dejando en cada ocasión importantes enseñanzas y lazos indisolubles con Brasil. El tema de Procedimientos Laborales se aborda por él mismo, por Joyce Carlson, funcionaria de la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB) de Estados Unidos de Norteamérica, y por el doctor José Dávalos, de México.

La información sobre una sociedad transformada radicalmente, como ha ocurrido en Polonia, expuesta por Michael Sewerynski, catedrático y ex Rector de la Universidad de Lodz, permite conocer la proyección de un cambio razonado a través de la procuración de justicia laboral y permite el análisis comparativo junto con las reflexiones y aportaciones de Procuración de Justicia Laboral en el derecho mexicano, del doctor Alfredo Sánchez Castañeda y del doctor Néstor de Buen Lozano, profesor de varias generaciones en Latinoamérica, respetado por su cultura y su visión, casi siempre crítica, pero acertada siempre.

El profesor Jean-Marie Verdier, presidente honorario de la Universidad París X-Nanterre y profesor emérito de la misma, brinda una importante enseñanza e invita a la reflexión de la Huelga en los Servicios Públicos, tema que desarrolla con elocuencia la profesora Marley Weiss, de la Universidad de Maryland, al igual que Carlos Fuentes Puelma, al referirse a Chile, y Susana Torrente, de la Universidad de Zaragoza.

Por otra parte, los cambios tecnológicos han tenido una magna influencia en los procesos productivos, por lo cual se trata el tema de las Nuevas Formas de Contratación de trabajadores, surgidas de la práctica que tratan los doctores Anthony Gilles, de la Universidad de Laval, Carlos Reynoso, de la UAM, y Patricia Kurczyn, de la UNAM.

El artículo del doctor Javier Moctezuma Barragán, subsecretario del Trabajo, evidencia la política laboral mexicana basada, de acuerdo con los lineamientos del titular del organismo, en los requerimientos nacionales con destacada orientación por la justicia social.

Esta obra es expresión de reconocimiento al doctor Mariano Palacios Alcocer, secretario del Trabajo y Previsión Social y al doctor Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por su interés profesional y por su decidido apoyo para la celebración del Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, “Relaciones laborales en el siglo XXI: análisis comparativo”, celebrado los días 17, 18 y 19 de mayo del presente año, en el cual se reunieron 23 conferenciantes y moderadores, pertenecientes a 10 universidades de prestigio de ocho países.

Patricia KURCZYN VILLALOBOS

## NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

## NEW FORMS OF EMPLOYMENT<sup>1</sup>

Anthony GILES<sup>2</sup>

SUMMARY: I. *Introduction.* I. *New forms of employment: new wine in old bottles?* II. *Explaining the rise of new forms of employment.* III. *Consequences.* IV. *Implications for public policy and labour law.* V. *Conclusions.* VI. *References.*

In discussing new forms of employment with you, I will inevitably be influenced by what is occurring in my own country. So, although I have tried to pitch the argument at a more international level, and although the subject itself is inherently international, I am conscious that my reality may be different from other national contexts.

Linguistic differences often mask conceptual differences that are not so easily transferred from one language to another. As the committee of the International Labour Organization that sought to develop a convention on “contract labour” found out, some of the ideas and terms that I will be using have only rough approximations in other languages and sometimes no parallels at all in legal concepts and terminology. In the ILO’s case, for example, it seems that the English term “contract labour” has no adequate equivalent in either Spanish or French (see ILO 1998).

The question of legal terminology brings me to the third disadvantage under which I will be labouring this morning my status as one of the few non-legal scholars on the conference program. Although some of you will no doubt view this as a unfortunate error on the part of the conference organisers, I prefer to think of it as something of a hidden

1 Paper prepared for the Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, “Relaciones laborales en el siglo XXI: análisis comparativo”, sponsored by the Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM and the Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Mexico City, May 17-19, 2000.

2 Département des relations industrielles, Université Laval, Québec, Canada.

advantage, because the question of new forms of employment is multi-dimensional and therefore multidisciplinary. For legal scholars, new forms of employment raise issues about the connection between employment law and work. Sociologists wonder about their impact on the dividing lines that crisscross societies and work organisations, as well as the wider issues of social exclusion and polarisation. For geographers, the traditionally close links between work and physical space seem to be weakening. For economists, new forms of employment are connected to the dynamics of the labour market and to issues like underemployment. For those who specialise in the way organisations work and the way human resources are managed, new forms of employment raise a host of new challenges to the way in which the effort and loyalty of employees can be elicited at the same time as employers seem prepared to offer less in the way of long-term commitment or stability. And, lastly, for those who study trade unions and collective bargaining, new forms of employment raise questions about the future of collective representation and the political and legal framework needed to ensure that collective representation can be preserved and, perhaps, even enlarged.

New forms of employment can therefore be examined from a number of different angles. In this paper, however, I will try to resist a unidisciplinary approach and instead attempt to synthesise a number of these different themes and issues. The drawback of this approach is that I will not be able to explore any one of the dimensions in detail. The advantage, I hope, is that this broad-brush approach will highlight the complexity and significance of the subject and alert us to the fact that, as we consider the strictly legal ramifications and challenges, we should not lose sight of the social, economic, political and organisational dimensions of employment.

In the first section of the paper, I try to clarify what is meant by “new forms of employment”. In order to do so, I begin by describing the “standard model of employment” against which the “new” forms are usually compared. After setting out the six major dimensions of the new forms of employment intermittence, part-time work, geographical dispersion, independence, multiple employers, and fixed-term duration I go on to identify a number of problems and oversimplifications in the usual way of portraying the distinction between the standard model and the new forms. In the second section of the paper, I look briefly at why

new forms of employment have apparently spread in recent years, focusing of two types of explanations, one emphasising short-term, cyclical factors, the other emphasising deeper structural changes. My purpose here will not be to resolve the question of whether one or the other of these explanations is more convincing, but rather to point out that the debate over what adjustments in public policy and labour laws are called for turns, in part, on which of these explanations is adopted. In the third part of the paper, I provide an overview of the advantages and disadvantages of the new forms of employment, paying particular attention to the points of view of employers and employees. The paper then concludes with a consideration of the implications for public policy in general and labour law more specifically.

## I. NEW FORMS OF EMPLOYMENT: NEW WINE IN OLD BOTTLES?

A cursory glance through the scholarly and popular literature reveals that there are as many expressions for new forms of employment as there are new forms themselves. Among the most frequently encountered are “atypical”, “nonstandard”, “contingent”, “peripheral”, “precarious”, and “flexible” employment not to mention an equally inventive range of terms for describing the new work force, including the “disposable worker”, the “just-in-time workforce”, the “expendable worker”, and the “fungible worker”. There are, of course, some important distinctions that can be drawn between some of these forms (not all “nonstandard” forms of employment are “contingent” for example), and so they cannot all be simply lumped into one big basket. But there is also a sense that, taken together, they comprise part of a wider phenomenon, a growing heterogeneity of forms of employment and a shift away from what was traditionally regarded as the standard job.

### 1. *The Good Old Days: the “Standard Employment Model”*

Thus, before enumerating the specific types of new forms of employment, it will be useful to describe the “traditional” or “standard” employment model that is commonly used as the gauge by which new forms are identified and measured. This standard model is usually held to refer to jobs that are stable, continuous, full-time, with a single employer,

performed on that employer's premises, and entailing a hierarchical relationship in which (depending on the legal system in question) workers are subordinated to, dependent on, or under the control of their employer. Let me take a look at each one of these elements.

The first element in the model of the standard job is *indefinite* or *indeterminate duration*, a feature that is sometimes referred to as "stability" or even "permanence". What this means is that, in principle at least, employees can expect to continue to work for their employer as long as they like, provided of course that the employer stays in business and the employee does not commit a grievous industrial sin. The act of hiring is therefore akin to the establishment of an on-going relationship that is expected to persist even in the absence of a legal or contractual obligation that it should do so.

The second dimension is *continuity* over time. That is, in the standard model, employment is considered to be continuous rather than intermittent. To be sure, interruptions often occur. Indeed, even in the historical bastion of the standard employment relationship the North American automobile industry plant shutdowns for retooling were a common feature of the annual production cycle; more generally, the ups and downs of the product market, changes in weather and seasons, technological changes, and a multitude of other factors conspire to punctuate employment with spells of forced inactivity. Even so, in the standard model, the employment *relationship* continues during these idle periods, thanks to the presumption of continuity founded either in law or collective agreements, or simply in the assumptions that colour employer and worker behaviour.

Third, the standard model of employment almost always refers to *full-time* employment as the expected norm, so much so that, for a long time labour statisticians in many countries did not even bother to ask people whether they worked full-time or part-time. And, at least in Canada, this seems to have been a justified omission, since when the question did begin to be asked in the mid-1950s, fewer than 4 percent of the labour force held part-time jobs. (Some analysts of employment go further and suggest that the standard employment model also implies a fixed Monday to Friday, 9 to 5 work schedule. However, while it is true that this schedule is in some ways seen as a social norm or ideal, there have long been exceptions, like shift-work, in settings that were otherwise quite "standard").



Whereas the first three features of the standard model of employment all relate to various aspects of time, the fourth is linked to place. And that place used to seem pretty obvious to everyone: it was on the employer's premises, whether the factory, the office, the farm, the store or the construction site. Obviously there have always been some exceptions to this coincidence of employment and physical place: truck drivers, travelling sales personnel, meter readers, police officers, and many others all roam around in the fulfilment of their job duties. But in all of these cases the workers' physical separation from the employer's premises is necessitated by the intrinsically mobile character of their work. Moreover, most of them return to home base at regular intervals.

Fifth, in the standard employment model it is assumed that there is usually only one home base to which to return: that is to say, employment is seen as a relationship between a worker and a single employer. "Moonlighting" has always occurred, of course, but it used to be regarded as an entirely idiosyncratic practice to which a small number of unfortunate individuals were driven by dire personal circumstances. Thus, normal employment is seen as essentially a bilateral affair, a relationship established between two easily identifiable parties.

Sixth, and last, that relationship has long been understood in terms of the classic notions of subordination, dependence, or control. That is, although the legal fiction of the two contracting parties meeting on equal footing was maintained in some respects, the contract of employment came to be widely recognised as being fundamentally different from other contracts, for it entailed not an exchange of money for a product or for the result of services, but an exchange of money for time, time during which the employer enjoyed the right to direct the activities of the employee, to determine how work would be performed, and to establish and enforce rules and codes of discipline and behaviour.

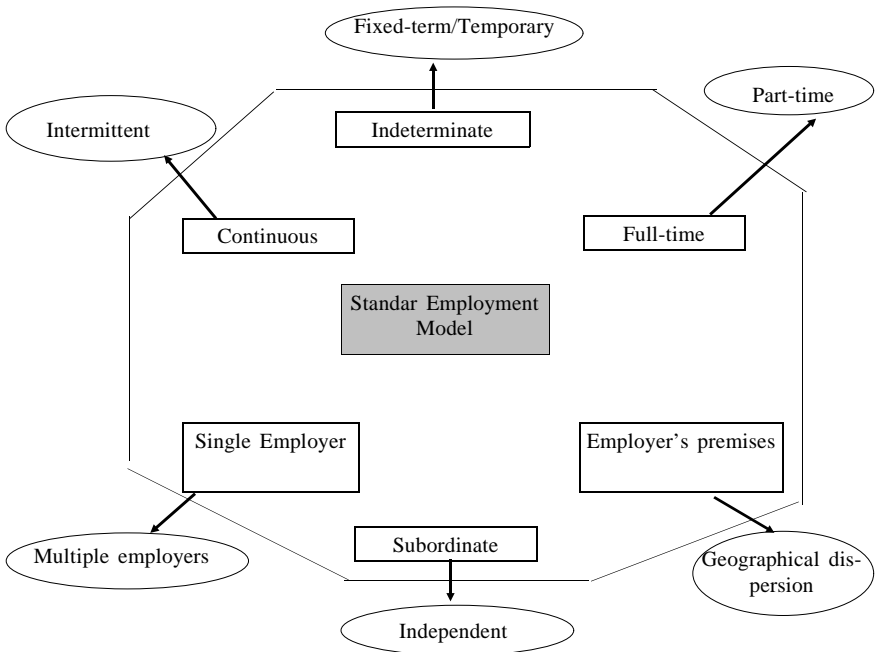
Before we examine the ways in which new forms of employment depart from this model, it is important to recognise that the standard model was never universal. Even where it reached its zenith in the advanced industrial nations in the post-Second World War era, especially in jobs held by male workers in large organisation it had a number of important variants, and it always coexisted with a wide variety of forms of "secondary" employment. However, even if the standard model was not quite as numerically dominant as some analysts of employment relations sometimes suggest, it played a hugely important role on the po-

litical and social terrain. For one thing, it defined what was considered to be a “good” job for most people. For another, it was the model that underlay a great deal of labour and social legislation at the national and international levels. And, finally, it underpinned the attitudes and beliefs of several generations of actors in the labour market, whether acting individually or collectively.

## 2. *The Morphing of Employment*

Beginning around the mid-1970s and then gathering speed in the 1980s and 1990s, this standard model began to lose its dominance as what came to be called new forms of employment began to spread in the advanced industrialised countries. On each of the six dimensions outlined above, a variety of new work arrangements began to take root. Let us go back to the original list and consider the changes (see figure 1).

Figure 1. The Standard Employment Model and New Forms of Employment.



First, in contrast to the idea that employment was open-ended, even permanent, there is a widespread perception of an increase in temporary and occasional contracts of fixed terms, and in short-term employment more generally. In fact, this is a difficult phenomenon to measure. For example, in Canada, average job tenure has actually lengthened since the early 1980s (Heisz 1999). Similarly, at the international level, the OECD reports that, among its member countries, there has been no dramatic shift towards jobs of shorter duration (see OECD 1997). On the other hand, the same OECD report provides clear evidence that the feeling of insecurity has been rising in most countries over the last decade or more. Taken together, these trends suggest that, although it may not show up in general job tenure statistics, the *belief* in employment stability as an underlying value of the employment relationship has withered.

Second, continuity of employment seems to have declined in the face of a rise in work of an intermittent nature, in the form of seasonal, occasional, on-call or other “casual” forms of employment.

Third, there has been a marked shift toward part-time work as opposed to the presumption of full-time work in the standard employment model. Although part-time employment began to rise in some countries in the 1960s, there has been a broad trend across the industrialised world for the last twenty years (ILO 1997). In the OECD countries, for example, the share of part-time employment in total employment rose between the late 1980s and late 1990s in all but a handful of countries (OECD 1999).

Moving from time to place, employment has also begun to move out of the employer’s premises. One form of this geographical dispersion is the increasing numbers of employees who work from their homes. Here, three distinct types stand out. The first is the traditional self-employed worker whose office or workshop is in the home. A second, which is juridically indistinguishable but very different in practical terms, is the apparent revival of “putting out”, i.e., the strategy of farming out production to dependent home-based workers, a practice that is common, not to say notorious, in sectors like clothing. Third, higher up on the technological ladder is telework (or telecommuting), i.e., the practice of employees (or independent contractors) working part or all of the time from their home and linked to the employer or business by means of electronic communications.

A separate aspect of the loosening of the geographical umbilical cord is the dispersion of employment into smaller production units. In manufacturing, for example, there is a clear trend toward smaller factories that are linked together to form production chains (see Murray 1988). For white-collar workers and the service sector, concepts like the virtual office or “hoteling” are becoming more popular (see Barker and Christensen 1998).

The fifth change that appears to be occurring is the phenomenon of multiple employers. On the one hand, in at least some countries there has been a rise in the number of multiple job holders (or “moonlighters”), i.e., people who work for more than one firm, or who work part of the time in paid employment and part of the time for themselves. On the other hand, a growing number of workers are finding themselves working within what some have called “trilateral” rather than “bilateral” work relationships. One well-known aspect of this phenomenon is the growth of “agency work”, in which temporary help agencies supply workers to employers who are seeking to fill temporary (or not-so-temporary) vacancies. A related phenomenon is the apparent growth of subcontracting in which one firm either sends out work to an outside firm or brings that firm or some of its employees onto its own premises. All of these arrangements, despite their different organisational and geographic forms, involve a move away from the simple, bilateral relation in the standard model.

Last, there is the phenomenon of the rise of “independent” work or self-employment. For the OECD as a whole, by the late 1990s around 15% of the workforce was made up of self-employed workers. As for individual countries, the figures vary considerably and tend to fluctuate over time; but it seems reasonably clear that there is a broad trend toward a rise in this form of employment. In Canada, for example, self-employment rose from around 11 percent in the mid-1970s to 17 percent in 1999.

Strictly speaking, of course, “self-employment” is only a “form of employment” in the widest sense of the latter term. However, it is typically treated as one of the new forms of employment because, on the basis of anecdotal evidence at least, some or even much of the increase in self-employment is more properly regarded as disguised employment, that is, situations in which the juridical form is one of independent con-

tracting, but where the social reality more closely approximates a relation of dependence or subordination.

These six new forms of employment are, needless to say, very heterogeneous. Indeed, even within particular types there is a great deal of variety, not just in terms of the legal appearances, but also in terms of the real social meaning and substance. Self-employment, for example, may entail genuine independence, or it may mask what is effectively an employment relationship, or it may even lie somewhere between (see Beaucage and Légaré 2000). But despite their heterogeneity, these new forms of employment all appear to be part of a more general shift. All entail some manner of “distancing”, an attenuation, or a loosening of the ties between the employer, or the party for whom the work is being carried out, and the employee, or the person who is selling his or her labour power, whether under the form of a contract of employment or not. This loosening may be in terms of the temporal dimension, as in the case of part-time, temporary or intermittent work; it may be physical, as in the case of home-based work, putting out, telecommuting or the more general dispersion of production; or it may be socio-legal in character, as in the case of triangular relationships or independent work. Irrespective of the nature of the distancing or loosening, however, the underlying movement is away from employment as a *relationship* and towards the treatment of work as something more closely resembling other commodities.

Not only are these developments all moving in the same direction, there is often considerable overlap between them as they congeal into specific practices. Self-employment is closely associated with home working, for example. Or take the term “contract labour” that gave the ILO so much trouble. To the worker delegates, it seemed obvious that sub-contracting, employment disguised as independent contracting and triangular work relationships of various sorts formed parts of a wider trend. The employer delegates, along with some of the government representatives, chose to stress the differences between these types of contract labour, arguing that it was inappropriate to design an international instrument that would cover all of these situations. But, while the employers were undoubtedly correct in the narrow sense, they were on quite shaky ground from a wider perspective.

Lastly, it is important to point out that virtually none of the “new” forms of employment discussed above are genuinely new. With the exception of telework, which alone among all of the new forms is the only one that is technologically novel, all of the “new” forms of employment have historical antecedents that go back well before the years during which the “standard employment relationship” came to dominate the landscape of work. In fact, as I hinted earlier, even during the era of the dominance of the standard employment model there were plenty of nonstandard jobs. What seems to have happened, then, is a twofold movement: one the one hand, a resurgence of older forms of work and employment; and, on the other, a redrawing of the lines between standard and secondary employment.

### 3. *Two Worlds?*

There is often a tendency to draw a sharp line between the new forms of employment and the standard model, and to suggest that the number of workers within the standard model is shrinking and that the number of workers whose work is in the new forms is expanding. And on one level, this is accurate, if sometimes exaggerated. There does seem to be a deepening polarisation of the workforce that is being helped along by the resurgence of these old-new forms of employment. But on another level, this way of thinking about trends in employment misses something important, or rather, three things.

First, the new forms of employment frequently coexist with standard forms of employment within the same industries, within particular firms and even within individual workplaces, which suggests that distance between the two worlds is not enormous.

Second, there is a surprising amount of mobility between the two worlds. For example, studies in Canada indicate that many people move between paid employment and self-employment. Similarly, hiring temporary workers, either directly or through third parties, is a method sometimes used by some employers as a recruitment and screening device allowing the firm to decide whether to offer the person a regular position without any up-front commitment; in these cases, new forms of employment are converted into standard jobs. Finally, the large number of young people in many countries in non-standard jobs has sometimes been associated with the phenomenon of transition status between school and

work. Thus, not only is the distance between the two worlds not great, there is a considerable amount of shuttle traffic between them.

The third reason why the sharpness of the dividing line between the two worlds should not be exaggerated is because there are changes underway in the way work is organised and employment is regulated in the core sectors of the economy. Above and beyond the general loss of a sense of security, these changes increased autonomy for employees in the planning and execution of their work, a growing emphasis on individualized career development and remuneration, a closer link between output and performance are to some extent blurring the distinction between the “standard” and “new” forms of employment (see Vallée 1999; Supiot 2000). As Wial puts it, the changes in the structure of the firm and in the organisation of work means that “the boundary between the people and activities that are inside the firm and those that are outside has become much less sharp than in the model of the independent, vertically integrated firm” (1994, 305).

This is not to argue that the distinction between “standard” and “new” forms of employment is meaningless, or that there aren’t plenty of people who remain for long periods indeed their whole working lives within one or the other. But it does caution against an overly simplistic analysis of two completely separate and unconnected worlds of employment inhabited by different employers and employees.

## II. EXPLAINING THE RISE OF NEW FORMS OF EMPLOYMENT

Why, then, have employment relationships become, as Lowe, Schellenberg and Davidman (1999, 4) put it, “more diverse, individualized, implicit, deregulated, decentralized, and generally more tenuous and transitory?” There are two broad interpretations of the spread of new forms of employment. The first portrays them as temporary phenomena explainable in terms of short-term, cyclical factors, whereas the second suggests that there are deeper, more permanent changes at work in industrial societies. Tempting though it might be to dismiss this debate as a typically sterile academic exercise, it has important implications for our analysis of the implications of new forms of employment for labour law and public policy.

## 1. *Short-term Pain?*

The first explanation is that the spreading of new forms of employment represents a short-term response to the miserable economic conditions that have befallen most economies since the mid-1970s and the accompanying changes in the balance of power between workers and employers on the labour market.

More particularly, it is possible to argue that, under conditions of intensified international competition, employers have simply been attempting to retain or regain competitiveness, and that one of the many strategies deployed to this end is the reduction of their labour costs through the use of a range of new forms of employment (see, for example, Krahn and Lowe 1998, ch. 2). That they have been able to do so is, in turn, largely connected to the relatively high levels of unemployment that have characterised most countries throughout this period, which has tilted the distribution of power in their favour.

Consistent with this argument is the proposition that some of the new forms of employment have become more common because they represent escape routes from unemployment. For example, it is commonly suggested that the rise of self-employment is (partly) explicable as a second-best alternative to paid employment. For instance, self-employment in Canada expanded dramatically in the 1990s, but as the economy slowly improves, it appears that the rate of self-employment is beginning to drop again. Similarly, in many countries, as unemployment rose or remained high in the 1980s and 1990s, the share of what is called “involuntary part-time employment” also climbed, again suggesting that non-standard employment represents a second-best choice. Lastly, the concentration of young people in the new forms of employment seems to indicate that the direct bridge between school and a permanent job is being replaced by a series of stepping stones.

This would also explain the fact that many governments have aided and abetted the rise of new forms of employment. Not only have they often resorted to the use of temporary employment and contracting out themselves, there has been a marked tendency for public policy to favour the spread of new forms of employment, or at least to remove barriers to their use. Examples include the removal of restrictions on the types of employment contract that can be offered; efforts to make part-time



employment easier or more attractive; and the wide range of government programmes aimed at fostering entrepreneurship and self-employment (ILO 1997; Arzeni 1998). Besides constituting a response to business's demands for more flexibility and less regulation, most analysts agree that a key impulse behind these trends in public policy has been the political goal of reducing visible unemployment and the associated public costs of unemployment.

## 2. *Structural Change?*

In contrast to the first explanation, the second focuses on structural changes and suggests that many of the new forms of employment, far from being a short-term response to the conjuncture, will retain their popularity for some considerable time to come. More particularly, four such changes are said to have contributed to the development of new forms of employment (see Beaucage and Légaré 2000).

One obvious factor is new technology, especially innovations in information and communications technologies. For instance, the phenomenon of telework is only possible if the teleworker is linked to the employer by means of computer modem. Similarly, the growth of subcontracting, outsourcing and the development of networks of small inter-linked plants all seem to have been helped along by developments in communications technologies that provide co-ordination through, for example, just-in-time inventory systems and virtual production planning.

A second structural factor suggests that the spread of new forms of employment is more apparent than real, in the sense that it is a product of the underlying tendency for those sectors where new forms of employment have long been popular to expand at the expense of other sectors where the standard employment model was king. For example, it is clear that the growth of the services sector relative to agriculture and manufacturing is tied closely to the expansion of part-time employment.

A third commonly cited structural factor is the changing composition, aspirations and expectations of the labour force. Here a number of demographic and social changes are said to be combining to make new forms of employment more popular for workers. For example, it is frequently argued that as the trend toward increased female labour force participation continues, women are seeking jobs with characteristics that are more easily reconciled with family responsibilities. In addition, it is sometimes

argued that employees, especially younger employees, want more independence and flexibility, and that their rejection of the standard employment model, laden as it is with elements of long-term commitment and organisational loyalty, is leading employers to offer more in the way of flexible, temporary and more mobile forms of work. Finally, we regularly hear about highly skilled workers who are using the scarcity of their skills as bargaining levers to win lucrative but short-term contracts from employers desperate to pay anything to acquire particular types of knowledge.

The fourth and probably the most powerful structural change stems from the changing organisational strategies of employers. Although it may be going too far to say that the age of the large, vertically integrated corporation has come to an end, significant restructuring has occurred (see Castells 1996). One dimension of this restructuring has been a trend toward smaller, more focused organisations, which, instead of trying to do everything themselves, enter into a variety of alliances and networks with strategic partners, sub-contractors and other outside agents. In addition, the increased emphasis on speed of innovation and the capacity to respond to less predictable market demand has put a premium on organisational flexibility. All of these changes, whether they are labelled as downsizing, reengineering or whatever is the most popular term at the moment, have encouraged organisations to adopt new forms of employment as a means of developing the flexibility to adapt to changing circumstances and to focus more narrowly on what they term their “core competencies”. The result has been a drift toward an externalisation and commercialisation of employment that can be seen in the expansion of new forms of employment.

All four of these structural changes have probably played a role in fostering the spread of new forms of employment. However, I suspect that the driving force is the fourth factor, the restructuring of organisations and their strategic reorientation. Technological developments have certainly facilitated these changes; the growing weight of the services sector and of knowledge-based industries has amplified their effects; and the changing aspirations of the workforce has made new forms more palatable to some people. But I would suggest that the key dynamic is a fundamental change in the way in which employers are seeking to organise, or reorganise, their systems of production and work.

This also implies that the structural changes are likely more significant than short-term, cyclical factors, and that the spread of new forms of employment or, if you prefer, the resurgence of older forms is not a temporary development, but a longer-term change. This suggests, of course, that a rethinking of public policy and of labour law may be needed, since if the new forms of employment were just a passing fad, we could safely ignore them.

### III. CONSEQUENCES

Is the rise of new forms of employment cause for celebration or concern? In preparing this paper, I drew up a table divided into employer and employee columns, each of which I then sub-divided into “pros” and “cons”, thinking that this would allow me to list fairly the advantages and disadvantages of the new forms of employment for both sides. In fact, the space I gave myself for advantages to employers filled up very quickly, as did the space I left myself for disadvantages for workers. Luckily, there was lots of space left over in the other two columns, the disadvantages for employers and the advantages for workers. On the other hand, as I listed the advantages and disadvantages, I found myself continually qualifying the points. For example, I listed increased flexibility as an advantage for employees, but then realised that this applied only to some cases; similarly, I initially listed lower productivity as a disadvantage for employers, and then had to backtrack when I discovered that, although this is true for some forms of employment, it is not the case for regular part-time employees. So, this exercise taught me not only that it is chiefly employers who are the beneficiaries of the new forms of employment, but also that it is extremely hazardous to generalise about the advantages and disadvantages, since what is an advantage in one new form of employment is often a disadvantage in another, and what might be an advantage for one worker or one firm might well be a disadvantage for another workers or another firm.

So, with this qualification in mind, let us first consider the consequences of new forms of employment from the point of view of employers. Here, there seems to be little mystery as to why many employers find new forms of employment to be of considerable benefit.

First, in many cases, employers are able to enjoy lower labour costs through lower salaries, fewer benefits, lower taxes and social charges, and lower overhead expenses (such as training and administrative costs). This is after all the logic lying behind the enthusiasm of many employers for new forms of employment, and the evidence is consistent and clear.

Second, employers also enjoy the advantage of greater flexibility through the use of nonstandard work. In particular, firms can use the various new forms of employment to adjust more quickly and at a lower cost to product market fluctuations, changing technologies, changing labour market conditions, and so on.

Third, in some cases, several of the new forms of employment are thought to boost productivity. One reason this is so is that in the new forms of employment, remuneration is often tied more directly to performance. It also seems that the productivity of part-time workers is generally higher than that of full-time workers because, according to the ILO, part-timers “work more intensively, with less absenteeism and job tedium, and especially when they formerly worked full-time, may be expected to carry out a set of activities that normally would be carried out by a full-time worker” (1997, 9).

Fourth, in the case of self-employment and sub-contracting, some of the costs of capital equipment and maintenance are shifted either to workers or to other firms. For example, an employed translator has to be provided with computer equipment, access to a variety of printed and electronic resources and on-going professional development or training programs, whereas self-employed translators are expected to furnish these tools themselves.

Fifth, not only are costs shifted, so too is a measure of economic risk. This is why terms like “peripheral” or “disposable” workers crop up so frequently discussions of new forms of employment: the strategy of reducing the firm’s activities to its “core competencies” those from which it extracts the most value-added or in which it has the greatest proprietary content usually entails an externalisation of risk as a means of cushioning the core.

Sixth, many of the new forms of employment promise to reduce the bargaining power of workers and their unions, either through fragmentation, loss of collective identity, geographic and social isolation or other means.

Against these obvious advantages, do employers face any disadvantages from the overall loosening of the employment relationship? The experience of a number of firms in recent years suggests that there is sometimes a price to pay.

First, workers who are genuinely independent and mobile and/or those who are hired on explicitly short-term contracts, will obviously be less loyal to the organisation and less committed to its goals. Indeed, much of modern human resources management practice tries to address exactly this problem, *i.e.*, how to better align the goals of employees with the goals of the firm.

Second, according to some analysts, there is a risk that some new forms of employment may lower productivity. Although it appears that part-time employees, especially when they work on a regular basis, are just as or even more productive than their full-time counterparts, the same is surely not the case for temporary or occasional workers who do not have the time to pick up the wide range of skills and intimate knowledge that is so necessary to be fully productive.

Third, higher turn over other costs (like contract administration) may eat into the savings on wages and benefits. For example, a heavy reliance on outsourcing may well be attractive as a means of lowering direct costs, but in some circumstances it may also increase indirect costs associated with additional external co-ordination, legal expenses, and other “transaction costs”.

Turning from employers to workers, let’s look first at what advantages there may be for those who choose or who are forced to work within these new arrangements. Perhaps the most commonly cited advantage accruing to employees is the possibility of increased flexibility in the use of time, and especially “the chance of a better balance between working life and family responsibilities, training, leisure or civic responsibilities” (ILO, p.1). It needs to be stressed, however, that this advantage is sometimes exaggerated, for it presumes that workers control their hours of work and their workloads, which is often not the case. Moreover, as numerous commentators have pointed out, many women workers are forced to seek “flexible” work situations only because of the unequal distribution of household and family responsibilities in society.

Second, we should not downplay the genuine sense of increased independence that is associated with some of the new forms of employ-

ment, or of the general reduction in hierarchical controls in organisations where the standard model is still important. On the other hand, increased independence is not a necessary corollary of all of the new forms of employment. In fact, even for the self-employed, independence from direct supervision and from the rigidities of a rules-based workplace does not necessarily mean freedom from constraints, and may simply mean that the constraints are self-imposed.

Third some workers appreciate the fact that the rewards they receive are more closely tied to their individual performance and thus reflect more fairly their personal effort, ingenuity and investment in education and training. In addition, those who possess skills or knowledge that are in especially high demand may command more leverage in their dealings with their employers and customers.

Last, many of the new forms of employment are said to provide an easier or smoother transition into or out of the paid labour force. At the entry level, for example, part-time or contractually limited employment may serve as the means to acquire the skills, experience or contacts necessary to land a more stable job. And, at the other end of the employment life cycle, self-employment, part-time work or other atypical arrangements may serve as a useful means of easing the frequently difficult transition from employment to retirement.

But against these undoubted, if unevenly distributed, advantages, we have to acknowledge the widely recognised disadvantages. As you will see, these are in a sense the mirror image of the advantages enjoyed by employers.

First, many of the new forms of employment are characterised by lower earnings and fewer fringe benefits. As Nollen and Axel put it, “by reducing the core workforce and refraining from hiring permanent staff to meet increases in demand, companies are able to exchange typically higher employee wage and benefit compensation for lower wages and fewer or no benefits paid to contingent workers” (1998, 128).

Second, most of the new forms of employment reduce financial and career security. Indeed, as we saw earlier, this follows from their use by firms as a means to reduce long-term commitments to employees in order to enhance flexibility and to pare costs.

Third, many of the new forms of employment leave workers outside the protection of labour standards legislation, health and safety legisla-

tion, and other entitlements that flow from employment status or that have minimum eligibility requirements, like unemployment insurance.

Fourth, social isolation is more pronounced in such work arrangements as telework or independent work. This “individuation” of employment is not doubt attractive to some workers, but for many it substantially undercuts the social integration function that employment has played in industrial societies, thereby undermining social cohesion.

Fifth, collective representation is more difficult to achieve and sustain, partly because of laws that extend this right only to employees, partly because of the fragmenting effects of nonstandard work on collective identity and interests, and partly because of the difficulty of identifying the real employer in triangular employment relationships.

Lastly, those in nonstandard work arrangement also tend to receive less in the way of employer-provided training: “The contingent worker is considered a commodity, and this commodity is seen as a fixed, non-renewable resource in which there is little, if any, investment by the firm. Organizations are replenished with new workers as needed, and hence there is no need to replenish the worker” (Barker and Christensen 1998, 9).

As always, then, we have to recognise that there are two sides to every coin. There are potential advantages and disadvantages to both employers and employees in the overall trend toward an attenuation of the employment relationship. Similarly, we need to be sensitive to the fact that much depends on the particular form in question, and especially to whether it is chosen as a matter of genuine personal preference or is accepted simply for lack of a better opportunity or because of other constraints. Nonetheless, it seems fair to say that one side of the coin seems to shine quite a bit more brightly than the other. When all is said and done, the spread of new forms of employment have generally proven more advantageous to employers than they have to employees.

#### IV. IMPLICATIONS FOR PUBLIC POLICY AND LABOUR LAW

Against the background of these multiple and far-reaching changes in employment relations, what are the implications for public policy in general and labour law in particular?

Perhaps the key difficulty is that many of our labour and employment laws, not to mention many of the practices and traditions that form the private law of the workplace, are premised on the standard model of employment. As Cobble (1994, 286) notes of the U.S.:

The labor relations framework that rose to dominance in the 1930s and 1940s has two glaring assumptions embedded within in that make it increasingly inappropriate for today's work world...: its worksite orientation and its adherence to Taylorist practices. Union benefits, both in economic returns and "voice", [are] tied to the individual employer. Recognition processes and bargaining structures [assume] a long-term, continuous, on-site, and full-time commitment to a single employer, in part because the New Deal system took the male-dominated, blue-collar industrial plant as the norm.

This suggests that, in order to ensure that the underlying objectives of labour and employment law are achieved in the context of the evolving employment relationship, serious reform is needed. It might of course be argued that these traditional objectives themselves. The protection of the most vulnerable members of society and the encouragement of collective action as a counterweight to the power of employers over individual employees have themselves become outmoded. But those who believe that, despite all of the changes we have witnessed, power and rewards attached to work continue to be distributed unevenly, will agree that public policies need to be strengthened and reformed, not dismantled in an illusory search for market freedom.

But what kind of reform or modernisation is appropriate? Alain Supiot (2000) has made a useful distinction between three possible strategies of reform; and although his argument is limited to the specific issue of the declining relevance of the distinction between self-employed, independent contractors and paid workers, we can apply his framework to the wider set of changes examined here.

The first route would be to move the line dividing the standard employment model from the new forms of employment in a way that would bring more of the latter under the protective reach of traditional laws. A concrete example of this strategy is offered by the notion of the "dependent contractor" which is found in Canadian labour law (see Arthurs, Carter and Glasbeek 1984, 17678). Dependent contractors are those whose status is formally that of independent contractors, but who in



reality are dependent on, and subordinate to, a single employer. In cases like these, a number of Canadian jurisdictions have broadened the reach of labour laws to allow such workers access to unionisation and collective bargaining.

However, as Suppiot points out, the difficulty of this strategy is that it simply shifts the problem, that is, it leaves in place the idea of a dividing line between two essentially different work situations, which does not go very far toward resolving the difficulties of definition. Moreover, as Cobble (1994) notes, simply including nonstandard workers within the existing framework is not appropriate given the inherent difficulties of organising and the different conditions of work that need to be negotiated by such workers.

Thus, a second solution would be to embrace ambiguity, or in other words, to accept that there is a zone lying between the traditional employment relationship and the genuine non-employment relationship, a zone inhabited by those whose work arrangements represent a mixture of elements of the employment relationship and non-standard arrangements. This suggests that we ought to be tailoring a range of laws and policies that address the specific needs of these intermediate groups. A Canadian example can again be used to illustrate how this principle might be translated into practice. The Quebec and federal governments in Canada have adopted legislation that applies to various types of artists who are self-employed (see MacPherson 1999). This legislation provides access to collective representation and to the right to bargain (on a multi-employer basis) with those who hire their services, but it leaves untouched the right of individual artists to negotiate arrangements that are more advantageous. In this way, the legislation seeks to incorporate and balance the two dimensions of their work arrangements.

The problem with this type of solution, according to Suppiot, is that it might encourage the proliferation of non-standard employment by legitimising it. So, a third path would be to engage in a more fundamental restructuring of work and employment regulation. More particularly, if we begin with the premise that all of those who work, irrespective of the juridical form, are entitled as a matter of basic right to certain protections and minima, then it follows that a more universal approach is required, one that starts not with employment as its touchstone, but with the wider concept of *work*.

Advocates of such a strategy would argue, for example, that instead of tying social benefits like unemployment insurance or public pensions to employment, there should be a broader regime of social entitlement, something like a guaranteed annual income. One OECD analyst has even suggested that “a basic-income programme could help to encourage both useful unpaid activity (like taking care of the young and the elderly or improving ecological conditions) *and* more flexibility in pay rates and employment contracts for paid work since workers could afford to live even with below poverty wage rates” (Miller 1997, 27).

But this strategy could be used in areas that are not so directly based on income. For example, a broad reform might see occupational health and safety regulation evolve more in the direction of public health, or rights of association and bargaining become treated more as human rights than as rights tied to employment. Indeed, a number of authors have proposed that there is a need to rethink public policies with respect to collective representation and bargaining in way that allows the fostering of bargaining models that break with the assumption that the key relationship is situated between specific firms and a permanent workforce. On this view, broader-based bargaining structures, “network” models, and even a return to occupationally based unionisation and bargaining should be encouraged through public policies as a means of adapting labour law to the realities of new forms of employment.

## V. CONCLUSIONS

Let me conclude by briefly invoking the title of this seminar, “Labour Relations in the 21<sup>st</sup> Century”. At the beginning of the last century, who could have predicted the vast and accelerating transformations that lay ahead? Who would have foreseen the huge progress in economic and industrial development, the world-wide increase in living standards, the incessant technological changes, the persistent struggles for democracy in the face of an often brutal authoritarianism. And who would have guessed that, despite all this progress, the world would today be even *more* unequal than it was one hundred years ago? Or that the modern workplace, despite its many changes and improvements, would continue to be a domain governed, in the main, by principles of hierarchical authority rather than consensus and participation?

Will any of this change in the new century? Only the very brave or the very foolish would hazard anything more than a wild guess. But more to the point, what can law and public policy contribute? Let us go back to the ILO's deliberations on the thorny issue of contract labour and listen to Jean-Claude Parrot, the worker co-chair of the committee lament the failure of the process:

... millions of workers have fallen through the cracks in a floor built by society out of the need to preserve justice and fairness and out of learned experience. The reasons these workers are unprotected are legal. The workers themselves are real and the situations they are in are real. The subject is difficult because it must examine the abstract world of law and the real world of work. The subject is difficult because the number of workers falling through the cracks, always at least a trickle, has now become a flood (ILO 1998, Committee Report, 5).

I chose to close with this quote not only for its colourful rhetoric, but also because it throws down a challenge to those of us who care about the relevance of state law, who continue to believe that, although it is not a panacea, it has the potential to improve lives at and outside work, but that to do so it needs to be as flexible, as innovative and as dynamic as the economic age into which we are rushing.

## VI. REFERENCES

- ARTHURS, H. W., CARTER, D. D. and GLASBEEK, H. J., 1984, *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, Toronto, Butterworths.
- ARZENI, Sergio, 1997/98, "Entrepreneurship and Job Creation", *The OECD Observer*, no. 209 (december/january), 18-20.
- BARKER, Kathleen and CHRISTENSEN, Kathleen, 1998, "Controversies and Challenges Raised by Contingent Work Arrangements", *Contingent Work: American Employment Relations in Perspective*, edited by Kathleen Barker and Kathleen Christensen, Ithaca, ILR Press, 1-18.
- BEAUCAGE, André and LÉGARÉ, Rénée, 2000, "Le travail autonome: le choix d'une façon de vivre ou un moyen pour survivre?" *Nouvelles formes d'emploi et diversification de la main-d'œuvre*, Actes du XXXVIe congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Québec, ACRI, 69-85.

- CASTELLS, Manuel, 1996, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Basil Blackwell.
- COBBLE, Dorothy Sue, 1994, "Making Postindustrial Unionism Possible". In *Restoring the Promise of American Labor Law*, edited by Sheldon Friedman *et al.*, Ithaca, ILR Press, 285-302.
- HEISZ, Andrew, 1999, "Changes in Job Duration in Canada", *Relations industrielles*, vol. 54, no. 2, 365-387.
- International Labour Organization, 1997, "Part-time work: Solution or trap?" *International Labour Review*, vol. 136, no. 4, internet version.
- International Labour Organization, 1998, "Report of the Committee on Contract Labour", 86th Session, Geneva, Committee Report, Discussion in Plenary [<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-cont.htm>].
- KRAHN, Harvey J. and LOWE, Graham S., 1998, *Work, Industry and Canadian Society*, Toronto, ITP Nelson.
- LOWE, Graham, SCHELLENBERG, Grant and DAVIDMAN, Katie, 1999, "Re-Thinking Employment Relationships", CPRN Discussion Paper No. W/05. Ottawa: Canadian Policy Research Networks.
- MACPHERSON, Elizabeth, 1999, "Collective Bargaining for Independent Contractors: Is the *Status of the Artist Act* a Model for Other Industrial Sectors?", *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 7, no. 3, 355-389.
- MILLER, Riel, 1997, "Economic Flexibility and Societal Cohesion". *The OECD Observer*, no. 207 (august/september), 24-27.
- MURRAY, Fergus, 1988, "The Decentralization of Production the Decline of the Mass-Collective Worker?", *On Work: Historical, Comparative and Theoretical Approaches*, edited by R. E. Pahl, Oxford, Basil Blackwell, 258-278.
- NOLLEN, Stanley D. and AXEL, Helen, 1998, "Benefits and Costs to Employers", *Contingent Work: American Employment Relations in Perspective*, edited by Kathleen Barker and Kathleen Christensen, Ithaca, ILR Press, 126-143.
- Organization for Economic Cooperation and Development, 1997, *Employment Outlook*, Paris, OECD.
- Organization for Economic Cooperation and Development, 1999, *Employment Outlook*, Paris, OECD.
- RODGERS, Gerry and RODGERS, Janine, eds., 1989, *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe*, Geneva, International Institute for Labour Studies.

- SUPIOT, Alain, 2000, “Les nouveaux visages de la subordination”. *Droit social*, no. 2 (février), 131-144.
- VALLÉE, Guylaine, 1999, “Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: Quel rôle pour le droit du travail?” *Relations industrielles*, vol. 54, no. 2, 277-312.
- WIAL, Howard, 1994, “New Bargaining Structures for New Forms of Business Organization”, *Restoring the Promise of American Labor Law*, edited by Sheldon Friedman *et al.*, Ithaca, ILR Press, 303-313.

## NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

Patricia KURCZYN VILLALOBOS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Justificación y antecedentes.* II. *Historia y resistencia del laboralismo formal.* III. *Equilibrio y justicia social.* IV. *Flexibilización laboral.* V. *Calificación y derechos de los trabajadores.* VI. *Política de empleo.* VII. *Empleo, desempleo; formalidad e informalidad.* VIII. *Tiempos de contratación.* IX. *Algunas estrategias.* X. *Necesidades y modalidades en el trabajo.* XI. *Mujeres.* XII. *Trabajadoras, evidencia de vulnerabilidad.* XIII. *Trabajo de personas con discapacidad.* XIV. *Teletrabajo.* XV. *Trabajo a tiempo parcial.* XVI. *Propuestas.*

### I. JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES

Diversos estudios que avalan organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), particularmente en el análisis que se titula “Pobreza y patrones de exclusión social en México”, fundamentan, entre otras, una gran preocupación en el desarrollo de las relaciones individuales de trabajo, relacionadas con la estabilidad en el empleo así como con la protección y la defensa de los derechos de los trabajadores en su condición individual.

Tanto las consecuencias globalizadoras, más allá de la fuerza de los sindicatos o de las federaciones sindicales nacionales, como los fenómenos específicos de cada país, ligados a circunstancias de orden económico, han debilitado los sistemas de protección de los derechos de los trabajadores en su concepción individualista, además de encontrar en la mayoría de los contratos colectivos la cláusula por la cual no se reconocen las relaciones individuales entre la empresa o patrón con sus agremiados. A esto debe agregarse el modo como se privilegian con

<sup>1</sup> Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ello las organizaciones colectivas con el corporativismo y los contratos de protección.

La afiliación sindical debe favorecerse para cohesionar al sector de trabajadores y elevar su nivel de negociación con el de los patrones, de esta forma puede darse el trato justo en sus acuerdos y contrataciones.

Al reconocer la importancia sindical, la de ayer y la de hoy, es necesario retomar la condiciones de los trabajadores en su carácter personal, como individuos, en calidad de trabajadores enfrentados o, si se prefiere, relacionados con los patrones, quienes de cualquier forma suelen ser más poderosos simplemente por contar con los recursos materiales para producir y con la autoridad de dirección.

Por otra parte, la expulsión que se da en gran escala de la PEA del sector formal del trabajo (en consecuencia la exclusión de seguridad social de familias completas), la precariedad en el empleo, los problemas intersindicales ligados a factores de la política nacional y las crisis económicas recurrentes, a nivel tanto nacional como mundial, han favorecido la pobreza, la exclusión social y la marginación.

Frente a esta condición encontramos el crecimiento de consorcios financieros, comerciales e industriales, la globalización como soporte del incremento de operaciones y resultados y los efectos de una revolución tecnológica, lo cual, en su conjunto, debiera ser útil al ser humano y a la sociedad para resolver problemas y atender prioridades en el contexto multirrelacional, que han quedado rezagadas; el de la justicia social entre las primeras.

## II. HISTORIA Y RESISTENCIA DEL LABORALISMO FORMAL

México asumió con la creación del derecho constitucional del trabajo en 1917, una política proteccionista para el trabajador. Se fundamentó en la necesidad histórica que creó la explotación y el abuso de la mano de obra de los mexicanos, tanto por extranjeros como por compatriotas. Los primeros beneficiándose directamente, y los segundos aprovechándolo en lo personal, o permitiéndoselos a los primeros bajo distintas formas pero que al final también son intereses de particulares. Esto, que es uno de los soportes de la revolución de 1910, constituyó después parte de los fundamentos de la Constitución de 1917 que se elevó casi al rango de sagrado, sobre todo respecto de los principios formulados

en el artículo 123 constitucional, base de los derechos sociales de los trabajadores, con el cual se consolidó la rigidez de la ley reglamentaria de 1931 (Ley Federal del Trabajo), federalizada ante las distintas inquietudes, no siempre equivalentes, de cada gobierno estatal, plasmadas en varios ordenamientos de competencia estatal. De haber continuado vigentes hubieran podido distorsionar el principio de igualdad por la distinción en el ejercicio de los derechos, cuando se pretendía una base igualitaria para la masa obrera. En efecto, entre los años de 1917 y 1931 se produjo una serie de leyes sobre accidentes de trabajo, salarios, solución de conflictos, en distintas jurisdicciones.

Mencionamos los antecedentes históricos para mejor comprensión de la resistencia al cambio legal por parte del sector de trabajadores; una resistencia necesaria de vencer ante las circunstancias actuales provocadas por la evolución general misma y de manera particular por los efectos de la globalización económica y la concertación de México de tratados libres de comercio con los países más importantes del mundo, desde el punto de vista económico. Cambios que deben proponerse en distintas áreas pero que ahora concretaremos a la contratación individual y particularmente a dos sectores de la población que requieren un impulso intenso para elevar su índice de empleo.

Retomando la parte histórica, conviene considerar que a partir de 1931 el derecho del trabajo, nacido formalmente en 1917, tiene un importante desarrollo, aunado al crecimiento del país sacudido de una dictadura de 30 años y de los periodos de ajuste bajo un régimen constitucional cuya instalación no fue sencilla. Sin embargo, el país también experimentó el desenvolvimiento industrial paralelo a la sociedad agrícola prevaiente en la época.

Debieron pasar 39 años, hasta 1970 para que se promulgara la segunda ley laboral, sosteniendo los intocables principios constitucionales con el propósito de “actualizarla” y ampliar la protección de los derechos laborales, de tal manera se mantuvo el espíritu proteccionista.

Hoy, la rígida Ley tiene una antigüedad de treinta años, no obstante existir condiciones distintas a las de hace 69 años. Es obvio que entre el México de antes y el actual hay serias diferencias. Habrá entonces que enfatizar que el tradicionalismo de nuestra Ley, en su origen legislación social de avanzada o de punta, responde al formalismo pero no a la realidad.



La Ley vigente ha tenido derogaciones —por ejemplo en el capítulo del trabajo de las mujeres— para hacer efectiva la igualdad de género, lo cual ocurrió con motivo de la Primera Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en nuestro país en 1975. Se han adicionado otras disposiciones para reglamentar reformas al artículo constitucional referentes a la capacitación y adiestramiento. Igualmente tuvo una importante reforma en 1980 en el capítulo del derecho procesal y hoy está sobre la mesa de reformas un proyecto de código de procedimientos laborales o código procesal del trabajo.

Sometida la actual Ley a la prueba de la eficiencia, lleva a encontrar, en el capítulo de conflictos, la disminución significativa de los colectivos, con mínimas explosiones huelguísticas, resultado tanto del manejo acertado de la política laboral de las autoridades, como por la presencia del diálogo y de la concertación social que diariamente se practica entre los actores de la relación laboral vertida en convenios y contratos colectivos.

Por el contrario, el número de conflictos individuales aumenta y los trabajadores cada vez tienen menos defensa solidaria ante la baja del índice de sindicalización. Sus contratos de trabajo, convertidos en contratos de adhesión, no siempre se cumplen y el desarrollo innovativo de la administración en las relaciones industriales hace cada vez más difuso el interés de los trabajadores, de cierta manera envueltos en una masa laboral y administrativa.

Las circunstancias del mercado laboral no benefician a los trabajadores mexicanos, refiriéndonos principalmente a los de menor calificación, quienes cada vez tienen menos estabilidad; en tanto el índice de desempleo que continúa siendo alto, se convierte en una forma de presión para aceptar las condiciones que se ofrezcan por la empresa y para cuidar el puesto no obstante las inconveniencias o las malas condiciones, frente al interés del trabajador por obtener alguna remuneración. Hay que considerar, también, que la legislación mexicana no contempla el seguro de desempleo.

### III. EQUILIBRIO Y JUSTICIA SOCIAL

La Ley del Trabajo determina en el artículo 2o. que su finalidad es “el equilibrio y la justicia social de las relaciones entre trabajadores y

patrones”. Para dar cumplimiento a esta disposición es obligatorio analizar el esquema económico y el marco legal.

En el esquema económico habrá que considerar las inversiones y financiamientos para crear fuentes de empleo dignas, de acuerdo con el crecimiento de la población económicamente activa; equilibrar los niveles inflacionarios y salariales que permitan a los trabajadores y a sus familias llevar una vida de calidad; y la administración financiera y de organización empresarial que aseguren el cumplimiento de las prestaciones sociales, por lo menos en los términos de las normas mínimas marcadas en el Convenio 102 de la OIT.

Por lo que respecta a los dos primeros incisos del artículo 2o. de la Ley Federal del Trabajo (LFT), es imprescindible considerar los actuales modelos económicos mundiales, en virtud de la inserción de México en las relaciones internacionales y su condición activa en la globalización comercial (léase económica). Como parte comercial se obliga tácitamente a asumir y a aplicar patrones e instrumentos vigentes en otros países, siempre que sean viables y no violen la legislación vigente, de lo contrario corre el riesgo de excluirse de la competencia mundial, aun cuando de hecho tiene una tendencia a competir con trabajo de maquila, que no es lo recomendable sino como vía inmediata para atenuar el desempleo.

Asumir tales comportamientos no implica transportar modelos sin cor tapisas, pero habrá que entenderla como los trasplantes orgánicos, hechos siempre que se diagnostique como última terapia y cuando haya compatibilidad entre los organismos, lo cual se determina tras una serie de análisis, para después aplicar terapias previstas, que seguramente saturan de remedios de alto nivel para evitar el rechazo del trasplante o las consecuencias negativas, desde luego no deseadas.

Para el marco legal es necesario considerar tanto las políticas orientadoras en los órdenes social y económico como la adecuación normativa con el fin de prevenir que el derecho se convierta en obstáculo al progreso y a los beneficios de los individuos, motivo que exige la adecuación o modernización de la legislación.

### *Equilibrio*

El acuerdo empresarial, así como la armonía del sector de trabajadores, son factores necesarios para lograr el equilibrio entre los dos actores

colectivos. De tal manera que si bien se debe propiciar el saneamiento de inversión, de financiamiento y operacional en las industrias y las empresas, se hace necesario revisar y mejorar el entorno sindical de trabajadores, tanto en la libertad de asociación, como en el manejo de sus relaciones con sus propios agremiados.

Al referirnos al acuerdo empresarial queremos destacar varios puntos: el sector patronal requiere seguridad en sus inversiones, estímulo y estabilidad política nacional, con lo cual obtenga certeza y seguridad en la generación de utilidades razonables, suficientes para cubrir las obligaciones laborales, incluidas las de seguridad social; las fiscales, entre las cuales se encuentran la del reparto de utilidades, así como cubrir los ramos de ahorro, reinversión y las ganancias netas. En tales condiciones, el sector patronal requiere los medios de apoyo de los gobiernos encargados de las políticas correspondientes. Sin embargo, frente a esta posibilidad de generar utilidades e incrementar sus capitales, los empleadores deben cumplir con las obligaciones que en general les corresponda como partes de una relación de trabajo. Y no sólo se establece dicha obligación en términos generales, sino que ha de precisarse la del sentido social, de responsabilidad y de solidaridad que permitan equilibrar las proporciones de sus ganancias con los pagos equitativos de los trabajadores y con las condiciones del trabajo mismo y su nivel de calidad de vida. Es reprobable, a todas luces el incremento desmedido de ganancias y capitales frente al deterioro de la capacidad adquisitiva de los salarios o la evasión de obligaciones fiscales y sociales.<sup>2</sup>

En relación con los trabajadores, debe destacarse el respeto a la voluntad de los agremiados y la defensa de sus derechos al tiempo de impulsar el cumplimiento de las obligaciones laborales de cada uno de ellos. Obligaciones cuyo cumplimiento debe facilitarse y coordinarse con la satisfacción de otras, como pueden ser las familiares. Es imprescindible mantener al individuo como punto central y garantizar el respeto a los derechos humanos. Junto a ello aparecen los derechos sociales con la exigencia de su propia defensa.

Estaremos de acuerdo en que así como han crecido y se han internacionalizado los emporios empresariales, han de crecer y de interna-

2 Entre los estímulos que el gobierno mexicano otorga al sector empresarial están los programas conocidos como CIMO y Probecat, la capacitación y aquellos que se ofrecen a través de ordenamientos fiscales.

cionalizarse los sindicatos de trabajadores. Asimismo, si se celebran tratados internacionales de comercio, las relaciones de trabajo en las empresas transnacionales requieren la homologación de prestaciones en la proporción correspondiente a los niveles salariales de cada país, lo cual puede realizarse con la base de los derechos mínimos de trabajo y de seguridad social. Para conseguir tales propuestas habrá que establecer cláusulas sociales en los tratados e impulsar la ratificación de los convenios de la OIT para que los países parte de los mismos, dirijan las relaciones laborales en parámetros de igualdad. Por ejemplo, aludiendo al Tratado de Libre Comercio, hay mucho más convenios ratificados por México que por Canadá y Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, existe el intento de una homologación al anexas la Declaración de Principios. Al menos una homologación relativa por tratarse sólo de principios en virtud de que la homologación salarial parece impensable.

La justicia social, según la refiere la Ley laboral en el mismo artículo 2o., la cual no deja de ser la especificidad en los términos aristotélicos. A veces puede ser un poco más, y a veces un poco menos, podría decirse coloquialmente. Para determinar lo justo socialmente es necesario determinar el objetivo en un momento y en un espacio determinados. Y si bien en este caso, el espacio (de lo laboral) continúa refiriéndose al esfuerzo humano, los entornos han variado, lo cual hoy se revela de manera fantástica con la llamada revolución tecnológica.

La justicia social como término que denota elasticidad por su característica de ajuste a casos particulares, se convertiría sólo en una frase de no establecerse un sistema legal fundamentado en principios de gran solidez.

La devoción por principios jurídicos no debe implicar resolver lo inviable, resolverlo a medias o simplemente desecharlo. En el caso del trabajo humano el sentido de los principios jurídicos debe conducir a la exigencia del respeto absoluto a los derechos humanos. Por lo tanto, debe exigirse al empleador, sea persona física o moral, la capacidad para cumplir con los compromisos que implica el aprovechamiento de la fuerza del ser humano, en niveles satisfactorios, conforme a su dignidad. Esta perspectiva hace incluir garantías ilimitadas en las condiciones de trabajo, al tiempo de ofrecer estabilidad; aún más allá, debe ofrecer la generación de nuevas fuentes de trabajo con elementos necesarios para competir en el mercado mundial con la producción y prestación de bienes

y servicios apreciando y practicando los adelantos científicos y tecnológicos.

#### IV. FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

Hemos afirmado en distintas ocasiones que la flexibilidad laboral no debe ser vista como fantasma o como amenaza a los derechos de los trabajadores. Lo más importante es reconocerla como necesaria, juzgar la conveniencia de su aplicación, en la modalidad correspondiente y administrarla, siempre, de acuerdo con los principios y los fines del derecho del trabajo, del clásico y del moderno para conseguir su funcionalidad.

La propuesta de flexibilidad converge en la necesidad de reforzar las garantías de los derechos colectivos (libre sindicalización, libre contratación colectiva y libre ejercicio del derecho de huelga), así como reforzar la tutela de los derechos individuales, entre los cuales está el derecho al trabajo. Se requiere por lo tanto el eclecticismo entre normas proteccionistas y garantistas.

Antes de concretar propuestas, enfatizamos el respeto absoluto a los derechos de los trabajadores, para los cuales es inadmisibles cualquier reducción o nulidad, o simplemente considerar riesgos que impliquen vulnerabilidad.

Por el contrario, pensamos que cualquier modificación puede consentirse cuando beneficien al sector trabajador, en lo colectivo y en lo individual, con los ajustes sociales y económicos necesarios para el equilibrio de sus intereses y los de los empleadores. Por otra parte habrá que considerar que los beneficios no pueden traducirse sólo en aumentos de orden monetario, a los que hay que agregar los de seguridad e higiene en el trabajo, capacitación, adiestramiento, derechos culturales y demás prestaciones de orden social.

La rigidez de la norma laboral reside en la desconfianza por el cumplimiento de la misma. Se le ha de rodear de todo aquello que conmine a su realización. Es una rigidez que demanda exigencia, que a la vez denota la inseguridad en su transformación, es decir, la flexibilidad puede generar cambios en los derechos fundamentales o en los derechos adquiridos para disminuirlos o extinguirlos. Frente a tal consideración, cierta por cierto, habrá que compensar con otras normas que garanticen lo contrario. En este caso podría ser la seguridad social. Si la flexibilidad

limita la estabilidad en el empleo, habrá que compensarlo estableciendo el seguro de desempleo. Dicho esto de manera general pues se sabe que en cada caso tendrían que concretarse las formas y los medios.

La flexibilidad, impuesta y voluntaria, externa e interna, no es una novedad. En la práctica laboral mexicana, como lo muestran los pactos y concertaciones sociales a nivel nacional, y a nivel industrial o empresarial con los contratos ley o colectivos, la práctica de algunas modalidades de flexibilidad es normal. La flexibilidad impuesta, por sí sola, no es aconsejable y no somos partidarios de la misma.

Los efectos de la flexibilidad repercuten tanto en las relaciones colectivas como en las individuales, sólo que en el primer caso, los derechos de los trabajadores se cuidan y protegen con su afiliación a sindicatos, con los cuales se forma un escudo importante para su defensa. No ocurre igual con los trabajadores que entran en el mercado laboral por sí mismos y quienes deben “negociar”, cuidar y proteger sus derechos en lo individual. Por ello hablamos en relación con la ley mexicana de la “garantía” legal de los derechos colectivos y de la “tutela” o norma proteccionista de los derechos individuales. Esta circunstancia es importante por los cambios en la administración empresarial y el impulso que existe a la creación de micro y mediana empresas en cuyos contextos son propicias las contrataciones individuales.

## V. CALIFICACIÓN Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Dentro de las relaciones individuales se distinguen los empleados o trabajadores a medida que se eleva su calificación; los de mayor preparación tienden a desempeñarse bajo la condición de los llamados *freelancers* o trabajadores autónomos, con elementos jurídicos que los acerca a la condición de libre relación profesional. En cuanto disminuye la capacitación o preparación del trabajador, la relación se dirige en sentido contrario y lleva la tendencia a la subcontratación laboral, al mercado informal o clandestino de mano de obra con las consecuencias de precariedad absoluta y nula seguridad social.

La formación y aumento de los grupos de mano de obra menos calificada, deben ser la palanca movilizadora en el ánimo de reforma a la ley del trabajo para ampliar los puestos de empleo y mantener la equidad

y la justicia social, no sólo en las relaciones entre trabajadores y patrones, sino también en las relaciones económicas y sociales en general.

## VI. POLÍTICA DE EMPLEO

### *Importancia de la política de empleo*

Si bien ocupación, trabajo y empleo pudieran considerarse con un parentesco, su distinción es importante. Hemos optado por llamar empleo al trabajo subordinado en términos clásicos, considerado de aquí en adelante como el objetivo de estas reflexiones, referido directamente a la legislación y a la situación nacional, con el propósito de engarzar armoniosamente bienestar social y condición económica, con el apoyo de la norma jurídica. Bien se sabe que tal armonía requiere de una serie de elementos de cohesión, armados con precisión, además de oportunidad. Una parte no engarzada apropiadamente origina desajustes como el desempleo, resultado de una explosión demográfica o de modelos económicos erróneos.

El desempleo resulta hoy por hoy una consecuencia de malos engrajes, que tanto pueden ser de índole poblacional como económica pero que producen las mismas consecuencias: pobreza, exclusión social o precariedad en el estándar de vida. La cuestión del empleo, o mejor decir, del desempleo, es el foco urgente de atención social, económica y política. Los organismos económicos internacionales manifiestan tal preocupación

Los organismos internacionales rectores u orientadores de la economía mundial, tales como lo son el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), coinciden en estrategias concernientes a la mejoría económica mundial. El desempleo es, sin duda alguna, uno de los puntos centrales, siempre asociado con estadísticas de pobreza y de exclusión social (por lo tanto, de protección y de seguridad social), así como de inversión y ahorro. En el empleo (no en la ocupación) se manifiesta la convergencia por excelencia de lo social y lo económico.

El encadenamiento de factores económicos, políticos y sociales es el sustento de la calidad de vida de los individuos, cuyo soporte principal se localiza en las estructuras del mercado laboral, comprendido éste como

el medio principal de obtención de ingresos y de consolidación de prestaciones de carácter social.

El BM declara en su informe anual de 1999, la importancia de las reformas internas en los países para conseguir un crecimiento vigoroso y la del aprovechamiento de la globalización.<sup>3</sup> El FMI busca políticas en aras del crecimiento de las economías nacionales y al igual que estos dos organismos, pueden citarse otros tantos como son el Banco interamericano de Desarrollo (BID), la OCDE y principalmente la OIT, empeñados cada uno en el análisis de la cuestión del empleo, como lo reflejan sus estadísticas y sus propuestas.

El empleo es uno de los puntos centrales de atención y de medida en el progreso de las naciones. Recordemos el binomio hombre-trabajo. De tal suerte que si no se quiere crear un vasto Estado de bienestar colmado de instituciones de asistencia pública, es indispensable procurar empleo para cada uno de los individuos integrantes de la población económicamente activa, y generarlos conforme al crecimiento de la misma. Hacerlo, además, conforme a la dignidad humana, como siempre ha pugnado el derecho social.

El trabajo es un derecho humano el cual se desempeña por la mayoría bajo subordinación, al lado de otras formas menos comunes como son el autoempleo o trabajo independiente, algo así como debió ocurrir en la prehistoria, sólo que ahora en lugar de conseguir los satisfactores vitales de manera directa, se consiguen a través del propio esfuerzo, obteniendo la moneda para adquirirlos. La humanidad, como diría Edgar Morin, se desenvuelve como un bucle retroalimentado por sí mismo. Los hombres antes satisfacían sus necesidades por sus propios esfuerzos, directamente; después por intercambio de bienes y hoy en día lo hacen a través del intercambio manejado con una medida de valor, la moneda con la cual se surten los bienes y servicios.

Los modelos económicos se han hecho protagonistas en las formas de vida social; el dinero y el monetarismo son los que marcan los niveles sociales, los que determinan la calidad de vida. La capacidad adquisitiva del salario se convierte en el común denominador en el orden de la satisfacción del ser humano y, por ende, el acceso al empleo, la carencia del mismo o su precariedad, hacen de éste y del desempleo uno de los índices principales de los bajos niveles de vida. (En el medio aparecen

3 [http://www.worldbank.org/html/extpb/annrep/español/pdf/ar99\\_7.pdf](http://www.worldbank.org/html/extpb/annrep/español/pdf/ar99_7.pdf), p. 26.



factores como la educación, la capacitación, la inversión económica, la gestión social, la administración en todas sus modalidades —financiera, empresarial, laboral— y la legislación, cuando es adversa al trabajador.)

El desempleo no se ha abatido plenamente, sin embargo ha disminuido en algunos países, principalmente en aquellos con mayor potencialidad económica, sin que ésta sea la regla definitoria. Por otra parte, habrá países que eleven la tasa de empleo sin haber consolidado sus fuerzas económicas, o bien que se reduzca el número de trabajadores por cuenta propia como ha ocurrido en México, aunque no plenamente.<sup>4</sup> Sin embargo, se asocian crisis económicas y mercado laboral, como lo confirma la OIT a través de sus investigaciones.<sup>5</sup>

## VII. EMPLEO, DESEMPLEO; FORMALIDAD E INFORMALIDAD

El mismo informe de la OIT destaca la reducción del desempleo y del trabajo informal en México, como el aumento de la productividad al tiempo de continuar la contracción de los salarios reales.<sup>6</sup> Si bien los esfuerzos de los organismos mundiales se encaminan a la consecución de un modelo económico adaptable y conveniente para todos. La OIT, como el principal organismo encargado de las relaciones laborales en un marco de entendimiento y apoyo para los trabajadores, extiende sus políticas de acción al buscar tanto empleo como ocupación e introduce sus estrategias para crear empleo a través de la productividad misma, impulsando la creación de pequeñas empresas, tal es el caso del programa llamado *Start and Improve Your Business* (SIYB).

Entre tantos programas de apoyo y de fortalecimiento, así como de financiamiento, recuperación y reconstrucción para enfrentar las crisis, el empleo, en todas sus manifestaciones resulta un camino predilecto en la construcción de estructuras sociales sanas.

Hasta ahora el empleo es regulado de manera principal por las leyes y los códigos del trabajo. Tradicionalmente, son disposiciones referidas a la relación de subordinación que nace entre las partes, llamadas en la

4 *Informa, América Latina y Caribe. Panorama laboral '99*, diciembre de 1999, pp. 12. Según la información de las Encuestas de Hogares refiere una reducción del 17.9% al 17.4% de enero a septiembre de 1998 y el mismo periodo en 1999, p. 12.

5 *Informa, cit. passim.*

6 *Informa, cit.*, p. 17

ley laboral mexicana como trabajadores y patrones. Empieza a gestarse un tipo de reglamentación (y a veces de desreglamentación) en cuanto a las actividades de autoempleo, tanto para combatir la precariedad de éste como para impulsarlo aunque en niveles más altos, toda vez que las condiciones del mercado laboral, con la influencia de la tecnología, ha modificado esquemas en las relaciones de trabajo, que desde nuestro punto de vista incrementa el número de relaciones individuales desarrolladas tanto en el sector informal como en el formal, o en el sector formal haciéndolas pasar como informales. En el primero y en el tercer caso ocurre la emergencia de apoyo y de transformación para someterlo a la legalidad. También es imprescindible mencionar la importancia de cubrir el *autoempleo* en la mano de obra calificada (*free-lancers*), en relación con la previsión y la protección social.

En las condiciones de autoempleo vale la pena considerar la propuesta de la economía social y solidaria. Apunta Jacques Robin lo necesario que es soltar la sociedad salarial tradicional y utilizar la imaginación y la innovación para transformar las modalidades de la distribución de bienes y de servicios. Actitud que implica análisis en otras áreas,<sup>7</sup> mismo que permita detectar la viabilidad de las recetas y que de ser factibles, se apliquen con las modalidades requeridas, sin alejarse de la realidad histórica. Se trata de pensar de manera general y de trabajar en lo específico, como lo ha marcado una política de la OCDE relacionada con el desarrollo local y la creación de empleos, aplicable tanto en el espacio nacional como en el regional. Esta situación es de gran interés para países como México, que aún contempla escenarios de empobrecimiento, exclusión y precariedad cuando paradójicamente toma la vereda del crecimiento macroeconómico y asume el reto de aumentar la productividad y de participar en la competitividad internacional.

En México se ha presentado un contraste hasta cierto punto indefinible. Se trata de un país cuya economía ocupa el lugar número 13, de acuerdo con el BM, pero ha debido superar algunas crisis de fuerte dimensión, como las ocurridas entre 1987 y 1992.<sup>8</sup>

7 Robin, Jacques: *Quelles perspectives pour le <tiers secteur>*, *Le Monde diplomatique* <http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/economiesolidaire7>, 4 de abril de 2000.

8 Véase, Gordon, Sara, *Pobreza y patrones de exclusión social en México*, Ginebra, OIT, Programa sobre las Instituciones Laborales y Desarrollo, 1997.

## VIII. TIEMPOS DE CONTRATACIÓN

En la Ley del Trabajo se reglamenta, con carácter general y a manera de excepción, la contratación por tiempo determinado bajo las modalidades de obra y tiempo determinado y por inversión en el caso de la minería. En este esquema, generalizado, se incluyen: a) los trabajadores reconocidos en otras legislaciones como *temporeros o estacionales*, es decir, quienes son contratados para desempeñar sus puestos por una temporada determinada durante la cual se registra el incremento de actividades, lo cual sucede cada periodo o temporada (vacacional, de celebraciones, de producción); b) los *interinos*, suplentes por corto o mediano tiempo, de otros trabajadores de base o contratados por tiempo indeterminado; c) los *eventuales*, con independencia de registrarse por la conclusión de plazos o de obras o servicios. De cierta manera, aunque sin expresarlo, se incluye lo que se conocería como trabajo intermitente.

El desarrollo del trabajo ha madurado y creado distintas modalidades según las necesidades de cada sector y así se sustenta en cada contrato colectivo o contrato ley, al celebrarse de común acuerdo entre ambas partes, conocedoras al detalle de su actividad, materias y materiales de uso, las costumbres de los oficios, de sus riesgos y previsiones, además de todo aquello que oferta la experiencia. Es singular, por ejemplo, la terminología que aplican algunos sectores, e igual definen las categorías de los trabajadores a quienes denominan según la costumbre sectorial.<sup>9</sup> De la misma forma son los propios sujetos de la relación de trabajo, quienes conocen las características, los únicos que pueden ponerse de acuerdo con las condiciones y modalidades para obtener el mejor resultado y la mejor opción para ambas partes.

La base del trabajo (no empleo, al que tácitamente se le considera sinónimo) ha sido, desde 1917, la actividad regular, de tiempo completo, con jornada máxima y salario mínimo con las prestaciones regulares, ordinarias, que se reconocen como derechos para todo tipo de trabajador, con la exclusiva condición de la subordinación al *patrón*. La regulación contenida en una sola ley dispone de normas complementarias en diver-

<sup>9</sup> En el contrato de trabajo del Nacional Monte de Piedad, por ejemplo, se habla de los amarradores. Son amarradores quienes se encargan de guardar en bolsas los objetos de prenda, o bien de etiquetarlos cuando no son amarrables. Así se encuentran otros términos, propios de lenguajes tradicionales.

esos reglamentos, pero no existen normas para regular el mercado del empleo, que debe regirse por las políticas de las autoridades correspondientes.

Las políticas públicas de empleo se rigen desde hace décadas en un mismo sentido: están el trabajador, el patrón, el trabajo, el salario y las condiciones, como vacaciones, gratificaciones, seguridad social, etcétera; reguladas por esa única legislación de orden federal, no obstante se trate de espacios de producción industrial, agrícola o de servicios. Circunstancias entendibles durante una porción de tiempo en el cual se manifestó como regla la concentración económica en sus diferentes derivados. Hoy en día, la necesidad del cambio ha superado el tiempo de la ley y la ha dejado inoperante en cierto sentido. Con esto quiero referirme a la modificación de facto que ha operado en las relaciones laborales, propiciando la precariedad al negarse la modificación de la ley (sin atribuir a este factor la responsabilidad única).

Por otra parte, dicha modificación no podría darse con laxitud cuando el desempleo tiene tasas altas porque lo convertiría en arma de dos filos, circunstancia evaluada prudentemente por las autoridades del ramo. La parte más incisiva ha afectado más a los sectores menos capacitados, a los trabajadores con menos calificación, quienes con menos oportunidades laborales quedan constreñidos a tomar lo que les ofrecen para subsistir. Sin embargo, así como se han institucionalizado diferentes programas de apoyo,<sup>10</sup> es conveniente aplicar otros estímulos que apuntalen las estrategias para ofrecer más empleos y de mejor calidad.

## IX. ALGUNAS ESTRATEGIAS

Las propuestas para crear más fuentes de empleo, no sólo se concentran en la inversión y creación de industrias o comercio, muchas otras quedan a la circunstancia administrativa de las relaciones industriales, de la administración y organización empresarial siendo en estos renglones en donde se advierte, entre líneas, la formación de modalidades de empleo, que surgen espontáneamente de la necesidad de aumentar la competitividad, a la que obliga la comercialización, hoy en día a niveles

<sup>10</sup> CIMO, Probecat, SNE, a nivel nacional y de otros como “Más y mejores empleos para las mujeres”, de acuerdo al programa de la OIT.

internacionales y por ende constreñida a escalar más alto en calidad y en disminución de costes. El reconocimiento de estas necesidades incluye la percepción de los posibles efectos negativos en la calidad del empleo y en la disminución de los derechos de los trabajadores de no modernizar las relaciones laborales. Tampoco se hace la recomendación del cambio abierto, simple y llano que conduzca a la aplicación desmedida de modalidades contractuales. Por el contrario, se aconseja prudencia y estricta reglamentación, antes de llegar a la desregulación que en sociedades y economías como la mexicana, resultaría contraproducente para los derechos de los trabajadores.

Hemos apuntado en otras ocasiones la necesidad de incluir en la contratación laboral algunas de las formas utilizadas en otros países, con economías desarrolladas o como la nuestra, pero que en todo caso pueden ser adaptadas y sometidas a la legislación laboral sin necesidad de modificar la norma positiva. Bastaría aplicar la interpretación por analogía y aludir al artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo cuando se refiere a la buena fe y a la equidad, como consecuencias obligatorias derivadas de las contrataciones o relaciones de trabajo. Uno de estos puntos se refiere a la contratación a tiempo parcial.

## X. NECESIDADES Y MODALIDADES EN EL TRABAJO

La sociedad actual se ha convertido en un escenario plural pero también complicado. Al tiempo que se pugna por tener más libertad parece perderse la calidad en la vida, el tiempo libre, la diversión, la integración familiar. Se intuye un individualismo sugerido y favorecido por la “relación” que se establece cada vez con más intensidad, de hombres y mujeres con los inventos tecnológicos.

Así, en una sola llamada telefónica podemos recibir una información detallada de servicios, logramos una comunicación mediante una voz automatizada que hace varias sugerencias hasta llegar al punto deseado. Se acabó la conversación con las operadoras o las secretarías. El disco o la máquina contestadora las reemplaza. Incluso en transacciones comerciales, específicamente las bancarias, ya no hay necesidad de recurrir físicamente a un banco ante la posibilidad de efectuar las operaciones a través de una máquina o de un monitor; un cerebro programado nos evita esperas, tráfico, riesgos de asaltos, etcétera. Celebramos contratos

de compraventa con las máquinas vendedoras desde golosinas hasta boletos de avión. Dicho de otra manera, el trabajo humano se ha ido sustituyendo, tal y como ocurrió con las máquinas de vapor. Sin embargo, ese esfuerzo humano debe dirigirse a nuevas actividades, como serían, en estos casos, la construcción, programación, surtido y mantenimiento de tales máquinas y aparatos. De no emplearse la imaginación, la inventiva y desde luego la planeación y la voluntad, un porcentaje quedará fuera de la ocupación.

El trabajo independiente, el teletrabajo, los núcleos más pequeños de trabajadores y otras modalidades disminuyen las relaciones humanas. El trabajo va dejando de ser uno de los elementos básicos de cohesión y comunicación pero no puede dejar de ser objeto de protección legal.

La tecnología no ha logrado dar al ser humano la comodidad esperada ni ha solucionado todos sus problemas, por el contrario, ha creado y auspiciado otros. Las mujeres, por ejemplo, hoy trabajan más de ellas en el sector formal o informal, fuera de la labor doméstica, con diferencias altas en la proporción de sus salarios en comparación con el pago de la mano de obra de los hombres; su desempleo es también más alto. Las observaciones empíricas y los resultados estadísticos conducen a replantear, como lo hacen ya autoridades e instituciones, modelos de inserción y políticas equitativas de género.

La mujer ha ingresado al mercado de trabajo por razones distintas pero es innegable que predomina la necesidad económica, sobre todo cuando se trata de trabajo menos calificado ante la urgencia de satisfacer las necesidades de una familia o por lo menos de contribuir a ello, si bien puede ser sólo un complemento o el deseo de superar el nivel de vida. La responsabilidad asumida por la mujer en la vida activa de la economía no ha sido compensada con actitudes para compartir responsabilidades familiares, o bien para recibir el apoyo a través de subsidios o seguros.

En legislaciones como la mexicana, se protege la maternidad con normas de salud, con descanso pre y posnatal, con la conservación del empleo y el pago del salario íntegro durante los descansos, pero no disfruta del seguro de desempleo (tampoco los hombres), que se hace indispensable en virtud de que su condición reproductora se convierte en un elemento de discriminación y desigualdad en el trato en la vida laboral.

Al lado del grupo vulnerable conformado por las mujeres trabajadoras está el grupo de discapacitados con urgencia por incorporarse o reincorporarse a la vida productiva, tanto por la necesidad económica como por la evidente condición de reconocimiento a sus derechos y a su igualdad jurídica. Es urgente considerar las políticas para garantizarles su derecho al trabajo y a la igualdad de oportunidades, por su necesidad de ser reconocidos en la sociedad, por insertarse a la misma en las mismas condiciones que el resto de los seres humanos. A estos dos sectores, de mujeres y discapacitados, nos referiremos enseguida

## XI. MUJERES

La política de empleo en México ha dejado de contemplar algunas modalidades como el medio tiempo, o tiempo parcial de trabajo y el aprendizaje. Existen razones de fondo para ello; sin embargo, habría que considerarlas de nuevo y cuestionar su conveniencia.

Las condiciones relativas a la duración de la jornada tienen trascendencia por las facilidades que puedan ofrecerse a personas que deben atender otras responsabilidades: familiares, de estudio o terapéuticas. Puede considerarse también la dificultad en la transportación, problema severo en ciudades grandes, agravado cuando el servicio público de comunicaciones es ineficiente o cuando las distancias son de dimensión considerable.

El incremento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo es evidente en nuestro país. Dicho comportamiento tiene su origen en razones distintas, la necesidad económica, un mayor índice de estudios o de capacitación así como el ánimo de superación, resultan los más frecuentes.

El porcentaje de jefes varones es de 84.4%. El 31% de las mujeres casadas son económicamente activas. Casi la mitad de las cónyuges mujeres (49.7%) realiza jornadas laborales menores de 35 horas a la semana, predominando las de 1 a 24 horas (37%). El 32.4% trabaja jornadas normales y el 17.9% realiza sobrejornadas. Las cónyuges que trabajan más de 48 horas representan menos del 20% del total nacional.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> *Indicadores de hogares y familias por entidad federativa*, México, INEGI, 1996, pp. 40, 42 y 44.

La inserción de la mujer en la vida laboral ocupa un lugar importante en la economía y las facilidades que deban ofrecerse se justifican ampliamente para equilibrar los desajustes que la maternidad y las responsabilidades familiares le significan, principalmente en el tiempo de su vida reproductora, sobre todo en el medio sociocultural como el nuestro, en que la carga familiar se atribuye aún más a la mujer.

Para quienes resulta indispensable obtener los ingresos, como único sostén familiar, o para participar en el soporte familiar, los años de nacimiento y educación de los hijos menores se convierten en problemas graves, sobre todo por la falta de coordinación de horarios. Las estadísticas demuestran que la ocupación de la mujer disminuye considerablemente, dentro del sector formal, durante el periodo de crianza.

## XII. TRABAJADORAS, EVIDENCIA DE VULNERABILIDAD

El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática reporta en el país, hasta 1995, una población de 91 millones, integrada por casi 45 millones de hombres y un poco más de 46 millones de mujeres (índice de femineidad: 103.0).

Datos más recientes informan que en 1997 la población femenina entre los 15 y los 49 años era de 25.3 millones, por lo tanto, el 52.6% son mujeres en edad fértil, equivalente al 27% de la población total del país, con una concentración de entre los 15 y los 19 años.<sup>12</sup> A este dato agreguemos el de la tasa nacional de crecimiento de 2%, con lo cual advertimos que México aún está alejado del envejecimiento a diferencia de otros países como Japón y España.

La Encuesta Nacional del Empleo de 1997 estima que la PEA de 38'344,658, se integra por 25'340,173 hombres y 13'004,485 mujeres; de las cuales 594,000 sólo trabajan; 13,188 trabajan y estudian y 11'333,791 trabajan y hacen quehaceres domésticos. Cerca de un millón trabajan, hacen quehaceres domésticos y estudian.<sup>13</sup>

El 29.7% de las mujeres que trabajan no complementaron su educación primaria; 30.2 dejaron incompleta la secundaria; 40.6% sí lo consiguieron y 52.6 tienen estudios postsecundarios. La cifra de educación entre las

<sup>12</sup> *Mujeres y hombres en México*, 4a. ed., México, INEGI-Conmujer, pp. 17 y 18.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 155. Fuente: INEGI-STYPS. Encuesta Nacional del Empleo, 1997, base de datos.



mujeres ha ido aumentando, pero aún es inferior a las tasas de educación, capacitación y adiestramiento de los hombres.<sup>14</sup> El 29.7% de la población masculina y el 27.3% de la femenina, mayor de 15 años cuenta con educación superior a la secundaria, lo cual hace una diferencia de menos de 2.4 desfavorable al género femenino.

La matrícula en licenciatura universitaria y tecnológica, para 1997, correspondía a 760,658 hombres y 653,385 mujeres (diferencia de -107,273).<sup>15</sup>

Según los datos actualizados, el 20% de las trabajadoras realizan actividades en el comercio; 12% de las mujeres se dedican a labores de oficina; 11.4% se emplean en el servicio doméstico y 13.5% son artesanas y obreras. Su participación en el sector terciario es superior a la del hombre, en cambio, es drástica la diferencia en el sector primario. En el secundario, un poco más parejo, pero hay todavía una desventaja considerable para la población femenina.

En 1998 se informó que sólo el 39.9% de las “mujeres ocupadas” disfrutaban de prestaciones sociales (seguridad social, 1.3%; seguridad social y otras prestaciones, 33.4%). Esta información debe complementarse con la correspondiente al nivel de su participación en el sostén de los hogares mexicanos. De acuerdo con los datos de la OCDE, en 1996, en los países que pertenecen a este organismo, la proporción de mujeres en trabajos a tiempo parcial era más alto que la cifra de los hombres. En México, dicha proporción era cercana al 40% frente a los hombres que era entre el 15 y el 20%.<sup>16</sup>

### XIII. TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Una de las preocupaciones más importantes en el área de previsión social es la integración de quienes tienen algún impedimento, por ello celebramos la decisión del gobierno mexicano de haber ratificado el Convenio 159 de la OIT respecto al trabajo de los discapacitados. Este inicio debe seguir un camino largo y complejo, en el que por fortuna hay experiencias en otros países, y se cuenta con la información y el apoyo

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 114. Fuente: ANUIES, Población escolar de licenciatura en universidades e institutos tecnológicos, 1998.

<sup>16</sup> OIT, *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999*, p. 155, gráfico 6.3.

de la misma OIT para conseguir la adaptación en cada uno de los casos. El trayecto es, además de largo, costoso, pero indispensable e imostergable.<sup>17</sup>

Es difícil comentar números o estadísticas para ese análisis, en virtud de la variedad de circunstancias, empezando por la necesidad de distinguir entre los impedidos físicamente y los afectados con problemas de orden mental o psicológico, así como de diferenciar su derecho al trabajo productivo del de orden terapéutico para su integración a la sociedad.

Con el fin de cumplir con el derecho al trabajo y propiciar la igualdad de oportunidades para las personas con algún tipo de discapacidad deben tomarse en cuenta las necesidades en cada caso, la adaptación de los puestos de trabajo o de la maquinaria o instrumento que se utiliza. En esto, las consideraciones de orden médico y técnico significan un apartado definitivo que corresponderá analizar a otras disciplinas, como la medicina de rehabilitación y la misma medicina del trabajo. En cuanto a la consideración legal es necesario establecer las condiciones que les garanticen la no discriminación y el pago equitativo por sus labores.

En este empeño que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social ha puesto por cumplir con normas equitativas de trabajo, habrán de modificarse disposiciones normativas en la legislación laboral y de seguridad social para hacer coincidir definiciones y criterios,<sup>18</sup> así como para el cumplimiento del pleno derecho al empleo, la no discriminación y la no segregación; el cumplimiento en los derechos de preferencia, ascensos y antigüedad; pero más importante es todavía la evaluación del trabajo ante las desventajas profesionales, a lo cual debe seguir la adaptación del empleo.

Lo anterior tiene implicaciones importantes para la administración y la organización del personal, sin olvidar el capítulo de capacitación y adiestramiento o de rehabilitación y readiestramiento en aquellos casos en

17 Hunt, Allan H. y Berkowitz, Monroe, *New technologies and the employment of disabled persons*, OIT, 1992, pp.127-162; Stace, Sheila, *Vocational rehabilitation for women with disabilities*, OIT, 1986, *passim*; OIT, *Adaptación de empleos para los inválidos*, 1976, *passim*.

18 El Convenio 159 considera inválida a una prsona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida, cláusula 1. La SCJ ha determinado en Jurisprudencia por reiteración de criterios que la invalidez es un estado físico que se traduce en la pérdida de la capacidad de trabajo, debido a una disminución notable de la salud en la persona, ocasionada por una enfermedad de tipo general o accidente no profesionales. *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. época, t. III, junio de 1996, folio 37845, p. 635.

que los trabajadores quedan discapacitados cuando ya estaban incorporados al trabajo. Igualmente debe considerarse la discapacidad como consecuencia de un riesgo de trabajo.

Será importante considerar la creación de estímulos para establecer talleres u oficinas exclusivas para grupos de personas con algún tipo de discapacidad, como son los llamados talleres protegidos, o bien para pugnar por la apertura de espacios en centros de trabajo con operarios que gozan de plenas aptitudes. En este último caso se hará necesario adaptar no sólo el empleo sino el ambiente físico en que se desempeña. Igual de importante es la preparación de los compañeros de trabajo a quienes se les debe orientar sobre el trato, apoyo y consideraciones, previa concientización de la igualdad entre ellos y sus nuevos compañeros para evitar la sobreprotección, el recelo y la desvalorización.

La contratación de trabajadores con discapacidad requerirá, dentro de ciertos márgenes, la consideración de modalidades ligadas a la flexibilización en el trabajo, aplicable también en la reglamentación de la seguridad social. Ante la necesidad de incorporar a un sector vulnerable en la vida productiva que llega, según cifras estadísticas, a un porcentaje considerable de la población, la norma de trabajo debe ser flexible, o de lo contrario nunca podrán estos trabajadores tener el perfil requerido para los puestos de trabajo.

Las trabajadoras con discapacidad merecen más atención respecto a la discriminación, la cual puede agregarse a la discriminación por razón de sexo.

La atracción de personas discapacitadas a talleres, oficinas y centros de trabajo en general se tendrá que ir manejando con la aplicación de políticas de previsión social como lo hace ya la STPS, a través de la dependencia llamada Equidad y Género. Estas políticas responden al cumplimiento del artículo 5o. constitucional referente al derecho y a la libertad para el trabajo, así como al principio de igualdad, particularmente al derecho a la igualdad jurídica.

En algunos países el tema del trabajo de discapacitados ha madurado con buenos resultados, como es el caso de Dinamarca en relación a la colocación de ciegos —o limitados en la visión— en el ramo de la operación de conmutadores y computadoras. En este aspecto también incurrió Italia preparando programadores ciegos y creó programas didácticos para ciegos y para niños con problemas de comunicación. En el

Reino Unido se ha empleado a discapacitados en una planta de productos de información tecnológica.

Es cierto que el avance tecnológico permitirá incorporar cada vez a los trabajadores con discapacidad al mercado de trabajo, procurándoles niveles más parecidos a los de trabajadores con capacidad plena. El programa debe abrirse paralelamente con los programas de educación especial e incorporar a éstos los de capacitación y adiestramiento laboral.

#### XIV. TELETRABAJO

El llamado teletrabajo, más difundido en los países con alto desarrollo tecnológico, se define por la doctrina como aquel que se realiza en el domicilio del trabajador o en un lugar seleccionado por él, fuera del centro de trabajo. Se desarrolla a distancia, usando informática, técnicas de telecomunicación o bien cuando ésta se usa para transmitir los resultados del trabajo.

Dentro del teletrabajo han brotado una serie de modalidades: el trabajo efectuado con o por electrónica, el *telecommuting* o *télépendulaire*; el teletrabajo nómada como el de los agentes comerciales conectados electrónicamente con la empresa; el teletrabajo en red que se efectúa por medio de Internet o cuando se realizan trabajos en proyectos colectivos; el teletrabajo *off shore*, cuando el servicio se presta en un lugar distante al lugar en que se ordena y el servicio se utiliza en un tercer lugar distinto (teletraducción, telegestión, televantas, teleeducación, televigilancia.<sup>19</sup>

En realidad puede considerarse al teletrabajo como una modernidad a la vez que modalidad del trabajo a domicilio, de tal manera que con su misma normatividad, puede ejecutarse para proteger los derechos laborales, aun cuando se trata de una sofisticación que requerirá de serias adaptaciones.

Una vez más hemos de admirar la visión del legislador mexicano al reglamentar el clásico trabajo a domicilio, que hoy, a treinta años, puede ajustarse a condiciones modernas. Veámoslo enseguida en la Ley Federal del Trabajo: “Artículo 311. El trabajo a domicilio es el que se ejecuta

<sup>19</sup> Girard, Héène, *Comprendre le télétravail, une guide pour l'entreprise*, París, 1995, pp. 185-197. Lemesle, Raymond, Marie et Mqrot, Jean-Claude, *Le télétravail*, París, Presses Universitaires de France, pp. 9-11.

habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente escogido por él, sin dirección ni vigilancia de quien proporciona el trabajo...”.

A esta disposición no es necesario agregarle que deba utilizarse la informática o los medios de comunicación para considerar trabajador a quien preste sus servicios en su domicilio, o lugar seleccionado por él. Basta la analogía.

“Artículo 313. Trabajador a domicilio es la persona que personalmente o con la ayuda de miembros de su familia para un patrón”. En verdad será difícil saber si en el domicilio del trabajador, es él quien realiza la labor encomendada o contratada o una persona de su familia, e incluso una persona ajena.

“Artículo 314. Son patronos las personas que dan trabajo a domicilio, sea que suministren o no los útiles o materias de trabajo y cualquiera que sea la forma de remuneración”.

De tal manera podemos entender que el teletrabajo está regulado por la legislación mexicana. El trabajo tiene en sí, algunas desventajas. Piénsese en el impacto de la cohesión social, en la inoperancia de reglamentos de higiene y seguridad y la dificultad misma para realizar inspecciones. Pero en los casos que nos ocupan, de trabajadores con discapacidad y de las trabajadoras con responsabilidades familiares, a los que se pueden agregar los residentes de zonas lejanas a los centros de trabajo y trabajadores de tercera edad, el teletrabajo representa una opción de gran nivel. De hecho tiene importantes beneficios que trascienden el área de lo laboral, pues además de ayudar a reducir contaminación y la afluencia de pasaje, repercute en la disminución de riesgos *in itinere* y produce algo muy importante, que es el cumplimiento de procurar trabajo digno y útil, como lo marca la Constitución en el artículo 123, además de la integración social.

## XV. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El trabajo parcial se considera “atípico”, modalidad que suele identificarse con la precariedad. Queda fuera de discusión el estrecho vínculo entre ambas categorías, pero habría que considerar que ante la ausencia de empleo de tiempo completo, en el sector estructurado, la inexistencia del seguro por desempleo y por responsabilidades familiares, así como

la insuficiencia de guarderías como prestación social para las trabajadoras y/o trabajadores, conduce a las madres a buscar actividades subcontratadas o en el mercado informal del trabajo, con menos garantías y sin seguridad social.

En el marco legal mexicano no se contempla el tiempo parcial de trabajo. La discusión del tema no parece estar sobre la agenda de estudio, menos para proponer algún cambio al respecto. Esta posición debiera abrir algunas excepciones que podrían apoyar la ocupación parcial, en este caso de mujeres con hijos menores, que sólo pueden o desean comprometerse en un trabajo formal por varias horas al día, o varios días en una semana o en una quincena y que existen centros de trabajo que necesitan estas eventualidades, o bien, pueden ofrecerlas.

El caso del ejemplo puede ubicarse en las empresas de servicios cuyo ritmo de atención aumenta en fechas determinadas como fines de semana, días festivos, o el fin de quincena o días de pago de los salarios. Existen empresas sin capacidad para cubrir puestos de trabajo extras para atender eficientemente a la clientela también “extra” que provoca una “recarga laboral” en ciertos días o en ciertas horas del día, y que en caso de contratarlos permanentemente, quedarían inactivos una buena parte de tiempo, motivos que podrían hacer disminuir la calidad de sus servicios y abaratar los puestos de trabajo restantes. Además, los servicios podrían entrar en competencia desigual.

Las necesidades por intensificar el trabajo pueden ocurrir en lugares de recreo, visitados o disfrutados sólo al final de las semanas, como son parques de diversiones, clubes deportivos, cines, etcétera, en los cuales no es suficiente el trabajo extraordinario de sus mismos trabajadores, o bien no es posible cubrirlo por ellos mismos por exceder la jornada legal extraordinaria.

En instituciones bancarias, en almacenes y en otros servicios, con mayor afluencia ciertos días de la semana o del mes. Las actividades se intensifican en las fechas en que se pagan los salarios, acumulándose la demanda de servicios. Igual ocurre cuando en horas determinadas se solicitan servicios, como se advierte en las estaciones de gasolina en un horario determinado durante el día o en comercios dedicados a la venta de alimentación (v. gr. cafeterías o restaurantes). De hecho sabemos que existen formas de *ocupar* empleados, llamándoles sólo cuando hay ne-

cesidad y pagándoles por día, sin ninguna otra prestación, conocidos como *call-workers* en otros países.

Existen dos argumentos de peso para limitar la posibilidad reglamentaria del trabajo a tiempo parcial. Uno es la baja cuantía del salario mínimo, estipulado por jornada completa y que de fraccionarlo en horas resultaría disminuido de manera escandalosa. La otra circunstancia se liga con la administración de la seguridad social, toda vez que las cotizaciones se calculan de manera proporcional cuando la atención médica es imposible atenderla en forma de proporciones. Más sencillo sería aplicar este método para efectos de las prestaciones y cotizaciones correspondientes a indemnizaciones, pensiones y retiros. Sin duda, en lo concerniente a las prestaciones como vacaciones y descanso semanal, la proporción podría determinarse con mayor facilidad.

En algunas legislaciones se han desarrollado los sistemas proporcionales en los términos del Convenio 175 de la OIT (1994), el cual previene la adaptación equivalente entre el tiempo completo y el parcial medido por ingresos, duración del trabajo o por cotizaciones.

Una de las limitantes de mayor importancia es acaso el de la maternidad. ¿Cómo atender a las madres trabajadoras? En cuanto a las licencias pre y postnatal, así como las aplicaciones de medidas de higiene y salud no podrán reducirse, pero sí podrán cubrirse de manera proporcional. Por ejemplo, el descanso de las seis semanas antes y después del parto deben respetarse, al igual que el tiempo para la lactancia. El subsidio (o salario), se cubriría el monto equivalente al percibido por la trabajadora. El subsidio equivaldría al 100% del ingreso salarial, pero las medidas de protección deben ser exactamente iguales que si se tratara de trabajo tiempo completo.

Las referencias estadísticas nacionales e internacionales, indican la necesidad de apoyar a las mujeres con la obtención de trabajos a tiempo parcial, oportunidades de trabajo bajo condiciones equitativas, con empleo de calidad. Se trata de una práctica de facto que suele conducir a la mujer al trabajo informal, con las consecuencias conocidas. No obstante que tales datos reflejan su preferencia por los trabajos formales, con prestaciones, más del 20% trabajan por su cuenta.<sup>20</sup>

La autorización de la jornada de medio o menor tiempo, no viola preceptos constitucionales o reglamentarios ya que el tiempo de trabajo

<sup>20</sup> *Mujer, trabajo y sector laboral*, México, STPS, 1999, pp. 65 y 67.

se limita en cuanto a su duración máxima pero no mínima (artículo 123 constitucional fracciones I, II y XI).

Para reglamentar el tiempo parcial pueden proponerse las siguientes consideraciones, partiendo de una media jornada:

a) Se consideraría media jornada cuando el tiempo efectivo de trabajo sea hasta por 24 horas semanales.

b) Las horas de trabajo deben distribuirse de acuerdo con las actividades, intereses y oportunidades de las partes.

c) En todo caso debe prevalecer el principio de *jornada humanitaria* para lo cual se atenderían reglamentos específicos y normas técnicas aplicables.

d) La afiliación al seguro social y el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones sociales y económicas deben continuar obligatorias pero el pago de cotizaciones, así como del subsidio, pueden hacerse en forma proporcional.

e) Las condiciones generales de trabajo continúan siendo las mismas que para los trabajadores de tiempo completo; lugar y forma de pago, estímulos económicos, número de días de vacaciones, al cubrir el mínimo puede disfrutarse después de acuerdo al tiempo trabajado, descanso semanal, pago de aguinaldo, antigüedad, primas y demás correspondientes, de manera proporcional al tiempo trabajado.

f) La mayor dificultad que puede encontrarse es el acoplamiento de las obligaciones de orden de seguridad social, sin disminuir los derechos de los trabajadores. Sin embargo, en todo caso, todo es posible y siempre puede encontrarse lo conveniente.

g) La duración de la relación de trabajo puede catalogarse de la misma manera como lo dispone la Ley: tiempo indeterminado, o por tiempo y obra determinada. Igualmente pueden considerarse trabajadores para eventos (eventuales o para temporadas).

h) Existen algunas prestaciones de orden social cuyo cumplimiento pudiera dificultarse pero que serían convertibles en pago económico, como ocurriría en el derecho a las guarderías infantiles, con el pago de una compensación para cubrir el servicio de atención mediante formas alternas, por ejemplo las guarderías por participación

i) Los trabajadores a tiempo parcial podrían disfrutar del beneficio de preferencia para ocupar cargos de tiempo completo en el orden mismo



y de los derechos de antigüedad y ascenso en los términos de Ley (artículos 154-162, LFT).

Se considera más difícil controlar el cumplimiento de las leyes de trabajo en sectores de trabajadores especiales (domésticos, agentes de comercio, trabajo a domicilio) que en relación con los trabajadores a tiempo parcial.

## XVI. PROPUESTAS

La intensificación de las políticas públicas en el ámbito de la previsión social serán inductoras de cambios antes no admitidos o antes no acostumbrados. La resistencia del sector obrero tiene justificación al tratar de evitar el abuso de los empleadores cuando buscan acatar modalidades para obtener ventajas unilaterales.

Un sistema laboral integrado, como el mexicano, en el cual se desempeñen con eficiencia las labores de inspección, la procuración y la administración de justicia, pueden garantizar que las modalidades sean limitadas en su aplicación a lo necesario para beneficio del sector de trabajadores o de ambas partes. No deben continuar como argumentos que retarden más las reformas sustantivas.

La LFT no requiere modificaciones sustanciales, sólo de forma pero lo fundamental es que la aplicación de modalidades es posible por el ajuste de sus normas de acuerdo con las reglas de interpretación, en favor de la equidad y de la justicia social.

## SOBRE LAS NUEVAS CONTRATACIONES LABORALES

Carlos REYNOSO CASTILLO<sup>1</sup>

*SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto. III. Contexto. IV. Clasificación. V. Importancia cuantitativa del fenómeno. VI. Tratamiento jurídico del fenómeno. VII. Efectos. VIII. Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Con estas notas, más que presentar los resultados de amplias investigaciones sobre los cambios y las tendencias en materia de contrataciones individuales de los últimos años, nos proponemos ofrecer una serie de ideas que permitan alimentar y ordenar el análisis y el debate sobre el tema aquí planteado.

Inicialmente conviene hacer mención de algunas premisas que como marco de referencia deben ser tomadas en cuenta en un estudio de lo que se ha dado en llamar “las nuevas contrataciones laborales”.

La primera de ellas se refiere a los términos. La expresión “nuevas contrataciones” o “nuevas modalidades de contratación”, más que una novedad, se refiere a un fenómeno que se da a partir del aumento cuantitativo en las formas de contratación individual, unas contenidas en las legislaciones laborales y otras no, siendo novedoso este proceso porque se caracteriza por un uso intensivo y extensivo de contratos excepcionales o atípicos.

La segunda premisa a tomar en cuenta, se refiere a la conexión de este fenómeno con un proceso que se viene dando a nivel mundial denominado “flexibilización de las relaciones laborales”, y de manera particular de las normas jurídicas que regulan el trabajo y que también forman parte de lo que se ha dado en llamar “las grandes transformaciones

1 Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma Metropolitana. Asesor laboral.

del derecho del trabajo”. Es de considerarse que estos cambios tienen mucho que ver con el contexto económico en el cual las normas laborales pretenden aplicarse, y de manera particular las transformaciones del mercado de trabajo, en donde se advierte un aumento del desempleo y en el cual la adopción de algunas de esas nuevas formas de contratación individual son presentadas como una de las estrategias para abatirlo.

Como tercera premisa a considerar, tenemos el contexto de los “cambios en los procesos productivos”, ya decía el profesor Jean-Claude Javillier que “el derecho del trabajo tropezó de golpe con los cambios tecnológicos y la crisis económica”, lo que inevitablemente repercute en las modalidades de contratación.

Ante este contexto, en el debate de fondo, como dice Ermida Uriarte, se confronta la tradicional concepción del derecho del trabajo protector, a una especie de contra-teoría, encabezada sobre todo por economistas, según la cual la introducción de protecciones laborales es inconveniente, por considerarlas nocivas para la economía en su conjunto.

En lo personal nos parece que asistimos, por lo menos en América Latina, a un proceso de reforma laboral que ha afectado a los más diversos campos e instituciones de esta rama del derecho.

En este debate en el cual se ha situado al derecho del trabajo en los últimos años, dos de las figuras que siempre se presentaron como prototípicas de rigidez y, por ende, como obstaculizadoras del empleo, fueron algunas manifestaciones de la estabilidad en el trabajo: por un lado, la duración de los contratos individuales (donde predominó la contratación por tiempo indeterminado) y, por el otro, el régimen del despido individual. A los cambios operados en el primero de estos temas se le denominó “flexibilidad de entrada”, mientras que al segundo se le llamó “flexibilidad de salida”.

En esta exposición, al referirnos a las nuevas contrataciones, centramos nuestra atención sobre todo en el primero de estos dos aspectos y sugerimos para abordarlo los puntos siguientes: concepto, contexto, clasificación, importancia del fenómeno, tratamiento jurídico del tema y, por último, efectos.

## II. CONCEPTO

Muchas han sido las denominaciones utilizadas para simbolizar el fenómeno que nos ocupa: contratación precaria, contratación flexible, trabajos atípicos, pluralidad o nuevas modalidades de contratación individual; en todos los casos se trata, o bien de situaciones que escapan al derecho del trabajo, o bien al rompimiento del esquema tradicional de contratación que daba al tiempo indeterminado un papel relevante.

Todos estas expresiones y calificativos, parten de una premisa y que es la proliferación de contrataciones laborales que se alejan del “estándar” que la legislación laboral ha dibujado, a saber, trabajador estable con contrato indeterminado, derechos adquiridos, etcétera, pero como ya se indicaba, más allá de la denominación, dos nos parecen los rasgos distintivos del fenómeno, a saber:

- Uso intensivo de contrataciones excepcionales, y/o
- Uso de modalidades ajenas al derecho del trabajo.

Es por lo anterior que, más que elaborar un concepto de nuevas formas de contratación, conviene hablar de formas de debilitamiento de la estabilidad en el empleo.

## III. CONTEXTO

Ante un panorama mundial caracterizado por crisis económicas y variantes políticas originados por la caída del Muro de Berlín, se han creado cambios y ajustes estructurales tanto a nivel macroeconómico como a nivel microeconómico.

Pareciera que a nivel macroeconómico se ha buscado un reacomodo de la participación del Estado en la economía ante el crecimiento del desempleo y del sector informal, y a nivel microeconómico, el cambio de los viejos modelos de producción fordistas y tayloristas, en la búsqueda de nuevas formas de organización de los procesos de trabajo. Es en este contexto que la legislación sería vista como obsoleta y desadaptada.

Cuando se hace un análisis histórico y en perspectiva, se constata que las cosas no siempre fueron así, hay que recordar que el contexto eco-

nómico favorable permitió a los países dotarse, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de un marco legal en que la contratación por tiempo indeterminado y el cálculo de las prestaciones en función de la antigüedad, fueron criterios rectores de las legislaciones laborales.

Sin embargo, en la década de los años ochenta eso cambió como podemos advertir con algunas estadísticas referidas a la región latinoamericana y que son representativas del nuevo panorama dentro del cual tienen su nacimiento las nuevas contrataciones:

- Según datos de la OIT, refiriéndose a la región latinoamericana, en 1999 aproximadamente el 25% de los trabajadores laboraba sin contrato y sin protección, estando algunos de estos asalariados localizados en el sector económico informal.
- En la misma región y en el mismo periodo, cerca de 76 millones de trabajadores no están cubiertos por sistemas de seguridad social, lo que equivale al 38.4% de los asalariados.
- Conforme a las estadísticas de la misma, las mujeres perciben en promedio el 64% de lo que reciben los hombres, lo que es bastante representativo respecto a los años anteriores porque si bien han existido avances, sigue siendo un tema sensible debido a que la brecha es más acentuada tratándose del sector económico informal.

Este contexto se caracteriza por un debilitamiento o ausencia de la protección laboral a los trabajadores, y es precisamente en ese marco en el cual se empieza a hablar de las nuevas contrataciones individuales.

#### IV. CLASIFICACIÓN

Como decíamos al inicio, podemos hablar de contrataciones en el esquema tradicional y de contrataciones novedosas.

Frente a la forma tradicional de contratación individual que prioriza la duración indeterminada, han habido tres variantes por medio de las cuales este esquema de contratación ha venido cambiando y creciendo y que son los siguientes:

a) Interna e intensiva. Siendo la realizada en el mismo marco del esquema tradicional de contratación individual, en este caso la novedad ha consistido en el aumento de los contratos excepcionales, ya por tiempo

u obra determinada. La doctora Kravaritou hablaba de las formas bajo contrato para referirse a esta modalidad.

b) Interna y extensiva. Es la fomentada por la vía legislativa, pero en el marco del derecho del trabajo (mediante reformas a los códigos laborales, o mediante decretos expedidos al efecto), aumentando los casos de excepción a la regla de tiempo indeterminado.

c) Externa y abusiva. Es la que es fomentada y tolerada fuera de los marcos del mismo derecho del trabajo, por ejemplo, por la vía de las contrataciones civiles, verbigracia contratación para prestación de servicios profesionales, o bien haciendo aparecer como legales algunas modalidades de encubrimiento de la relación laboral o de terciarización.

## V. IMPORTANCIA CUANTITATIVA DEL FENÓMENO

Para intentar determinar el impacto e importancia de las nuevas formas de contratación es preciso hacerlo desde distintos ámbitos. A nivel mundial este fenómeno adquirió relevancia sobre todo en los años setenta y con mayor intensidad en algunos países ya en los años ochenta.

Así tenemos que en el año de 1987, menciona el profesor Albuquerque, en países como Portugal cerca del 66% de las nuevas contrataciones correspondía a la modalidad de tiempo determinado, en Suecia el 48%, y finalmente España, cuya experiencia creó todo un catálogo de contrataciones temporarias que sirvió de modelo en varios países latinoamericanos, sobre todo durante la década de los años ochenta.

Hablando del caso español, este fenómeno dio un gran salto a partir del Acuerdo Interfederal para la Estabilidad en el Empleo y su recepción legislativa por Reales Decretos leyes 8 y 9 de 1997, ahí se supusieron reformas puntuales de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y donde se mantiene o se incorporan modalidades de contratación laboral, entre ellas: contrato para la formación, contrato fijo discontinuo, contrato de relevo, contrato de trabajo en prácticas, contrato a tiempo parcial y, caso interesante, el nuevo contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida de 1997. Cabe destacar que a pesar de que el empleador de carácter indefinido creció en 1997, también lo hizo el temporal, aunque por una diferencia de casi un punto porcentual.

Hablando del caso latinoamericano, debido a la promulgación de la Ley Panameña 1/1986, la que se ha considerado como la primera ley

flexibilizadora de la región y que amplió de 2 a 3 meses el periodo de prueba y dejó fuera del código laboral a los trabajadores a domicilio, se inspiraron otras legislaciones de la región, creándose varias reformas en la materia hacia finales de los años ochenta e inicios de los noventa, así tenemos que en Colombia con la Ley 50, vigente a partir de 1991, en donde se autorizó el funcionamiento de empresas de servicios temporales, se facilita la contratación precaria o a plazo fijo. En igual situación se encontró Ecuador con la Ley 133 de noviembre de 1991, en donde se ampliaron las posibilidades de celebrar contratos de trabajo precarios o de duración determinada.

En Argentina, la Ley Nacional del Empleo de 1991, habló de contrato a plazo fijo, contrato eventual, contrato por lanzamiento de nueva actividad, contratos a tiempo parcial, etcétera.

En Perú, la Ley de Fomento al Empleo de 1991 (en particular la Ley de Productividad y Competitividad) abre una gama de posibles contrataciones temporales: por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, por necesidades del mercado, por reconversión empresarial, contrato ocasional, contrato de suplencia, contrato de emergencia, contrato intermitente, de temporada, etcétera.

En Uruguay, de manera más reciente, el sector de los jóvenes que se incorporan al mercado de trabajo ha estado particularmente en la mira. La Ley 16.783 de 3 de octubre de 1997, señaló diversas modalidades específicas de contratación para este sector, como contrato de práctica laboral para egresados, becas de trabajo y contrato de aprendizaje. Fue una Ley consensada entre los sectores interesados, donde las empresas que cumplieran ciertos requisitos (pago regular de contribuciones, no haber despedido trabajadores, que el porcentaje de contratados bajo las nuevas modalidades sea menor de 20%, etcétera), tendrían beneficios como exoneraciones sobre aportaciones patronales del régimen jubilatorio al seguro social de enfermedad. Además se creó el Registro de Contratos de Formación e Inserción Laboral dependiente de el Ministerio de Trabajo, creando con ello un mecanismo muy controlado.

En todos estos casos detectamos que hay cuatro elementos que sobresalen y están más o menos presentes en los nuevos esquemas de contratación planteados, y que son:

- Incentivos a la contratación.
- Controles administrativos.

- Limitaciones de diverso orden.
- Consensos para la adopción y puesta en práctica del esquema.

En el caso de México, tenemos como antecedente de estas nuevas formas de contratación el artículo 218 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que definió y reglamentó el “contrato de aprendizaje”, donde el compromiso incluía señalar un arte u oficio y la remuneración convenida. Esta figura se suprimió en la Ley de 1970.

De manera general las cifras del mercado de trabajo en México en los últimos años no nos permiten ser optimistas respecto a las tendencias de este fenómeno, y si ponen de manifiesto el gran reto del país para los años por venir, los siguientes datos pueden ser ilustrativos:

Conforme a la Encuesta Nacional de Empleo (ENE) de 1997, la Población Económicamente Activa (PEA) en 1997 correspondía a 38'345,000. De ella, el 57% de los asalariados no contaba con prestación social alguna y el 46% sólo tenía un “contrato verbal”, además que una categoría identificada como “asalariados sin prestaciones”, pasaron de 5'627,055 en 1991, a 9'189,477 en 1997; casi se duplicó.

Otras de las cifras representativas nos las proporciona el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que arrojan que en 1977 del total de empleos urbanos asegurados, el 88% eran de carácter permanente y el 12% eventuales. En 1980 los empleos eventuales correspondían al 17%; estas variaciones se hacen más evidentes si sólo se consideran los nuevos empleos creados; así, tenemos que en 1987, de los 794 mil nuevos trabajadores registrados en el IMSS, el 63% correspondía a trabajadores permanentes, mientras que el 37% son eventuales.

Si bien las estadísticas del IMSS siguen mostrando un predominio de la contratación por tiempo indeterminado, se puede constatar un aumento de la contratación de eventuales. Por ejemplo, en 1994 se tenían registrados 1'268,219 trabajadores eventuales, mientras que a marzo de 1999 ese número pasó a 1'438,794 y ya no exclusivamente ubicados en la industria de la construcción como era tradicional.

Las últimas cifras de que disponemos del IMSS establecen que en el primer semestre de 1999, se generaron 326 mil empleos, de los cuales aproximadamente 60% eran permanentes y 40% temporales; tendencia que se mantuvo hacia finales de ese año.

Además de las evidencias anteriores tenemos que algunos estudios estiman que a partir del año 2000, entre 3 y 1.9 millones de personas



pasarán al mercado informal y una pequeña fracción de éstos al desempleo. Si esto llega a concretarse, entonces el sector informal representará cerca del 44% del empleo urbano total.<sup>2</sup>

## VI. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL FENÓMENO

El análisis que corresponde al tratamiento jurídico de las nuevas contrataciones, creemos conveniente realizarlo a partir de cuatro diferentes escalas:

- a) Constitucional.
- b) Legal o legislativo.
- c) Convencional.
- d) Internacional.

### 1. *Constitucional*

Si bien la mayoría de las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa al tipo de contrato de trabajo, sí se señala que no se permitirán actos que se traduzcan en restricciones a la protección acordada en las leyes laborales.

### 2. *Legal o legislativo*

Las leyes reconocieron el principio de tiempo indeterminado, esquema hoy en crisis. En el plano legal esta crisis se ha manifestado en por lo menos dos vertientes: una reglamentarista, haciendo uso intensivo de las normas excepcionales ya existentes, y otra, de precarización provocada con una nueva normatividad, que como ya se veía se da en el marco o fuera del derecho del trabajo y que en ambos casos se traduce en los aumentos de la contratación excepcional.

### 3. *Convencional*

Tradicionalmente, la regulación de la contratación individual se ha reservado al legislador y no a las partes en un contrato colectivo, sin

<sup>2</sup> Cfr. Grupo de internacionales "Perspectivas del empleo nacional hacia el siglo XXI", *La Jornada*, 27 de junio de 1999.

embargo ha habido casos en donde la negociación colectiva ha sido una herramienta de precarización del empleo, como el que se presentó en la empresa General Motors en 1989, donde el empleador propuso aumentar el porcentaje de los trabajadores eventuales.

#### 4. *Internacional*

En materia de convenios de la OIT, el debate que desde los años ochenta giró en torno a la necesidad de saber si los convenios eran aplicables o no a la totalidad de las formas de empleo y si las nuevas contrataciones precarias serían una suerte de posible excepción de las normas internacionales. El Convenio 158 sobre la estabilidad en el empleo, aunque se dirige a todos los trabajadores, admite excepciones, como la duración determinada y para tareas específicas.

### VII. EFECTOS

Los efectos de las nuevas contrataciones laborales bien podemos ubicarlas dentro del marco legal o fuera de él.

a) Dentro del marco legal. En las relaciones individuales, pareciera que se fortalece el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que vulnera la estabilidad en el empleo y en general las condiciones de trabajo.

En materia colectiva, estas contrataciones son a veces elementos desestabilizadores porque los sindicatos trabajan generalmente con la figura del trabajador estable.

En materia de seguridad social, la protección de estos trabajadores o no se manifiesta o sencillamente se da de manera limitada en razón a que los conceptos con que opera, se basan en el principio de la duración indeterminada de la relación laboral. Cabe destacar que la incidencia de siniestros pareciera haber aumentado en el caso de trabajadores temporales.

b) Fuera del marco legal. En algunos países se ha detectado que hay ciertos grupos sociales que participan de manera más activa en este tipo de contrataciones como son los jóvenes, mujeres, jubilados entre otros, acarreando diversas consecuencias en el ámbito social, económico y político, efectos éstos cuyo impacto debiera ser objeto de un análisis puntual.

## VIII. CONCLUSIONES

Es en este rubro que deseamos sugerir algunas ideas para profundizar en el debate en torno a este tema y que son las siguientes.

En algunos casos pareciera estar cobrando nuevo vigor el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y con ello una especie de regreso al derecho civil, como espacio jurídico que la “modernidad” está utilizando para el fortalecimiento de las empresas. Se trata de un debate que hoy día cobra actualidad.

En la mayoría de los países en donde se han dado cambios al sistema de contratación individual, el argumento utilizado y recurrente, como se indicaba al inicio, es que esos cambios permitirán abatir el desempleo, sobre esto el profesor Lyon-Caen decía: “la conversión del derecho del trabajo como un instrumento de política de empleo sólo ha conocido fracasos y en muchos casos ha tenido un efecto perverso. El efecto de esos cambios sobre el desempleo, ha sido más bien discreto”. Apoyándonos en estas consideraciones, creemos que, si bien es cierto que la modificación del marco legal puede ser un elemento que apoye una política económica y laboral para enfrentar el desempleo, no es el único instrumento y tal vez el menos importante. Los empleos no se crean por decreto, ello depende de una economía sana y en crecimiento, en donde el marco legal en el mejor de los casos podría verse tan sólo como una variable.

En perspectiva, en el caso mexicano, deseamos anotar que en el ya viejo debate en torno a la posible reforma a la Ley Federal del Trabajo, en el proyecto del Partido Acción Nacional, el contrato de trabajo puede incluir un periodo de prueba, no mayor de un mes y en casos excepcionales hasta de dos meses, se amplía el concepto de trabajo eventual, para incluir en él, casos como la realización excepcional de obras o la prestación de servicios excepcionales a las actividades normales del empleador, el incremento temporal de la fuerza de trabajo por exigencias circunstanciales del mercado, exceso de pedidos, caso de mantenimiento o reparación de una casa habitación. Independientemente de algunas dudas puntuales (como por ejemplo si nos preguntamos si un trabajador contratado como eventual podría tener un periodo de prueba ya que no se distingue que el periodo sea sólo para los trabajadores contratados bajo la modalidad de tiempo indeterminado), nos parece que se trata de

una propuesta interesante que conviene analizar con detenimiento, en ese análisis conviene tener presentes la experiencia, algunas fallidas, de países con similar desarrollo al nuestro.

En todo caso, nos parece que el análisis de una propuesta de cambio a la legislación laboral en este tema, tiene que estar precedida de una discusión sobre aquellos aspectos que de manera recurrente aparecen en los sistemas jurídicos que han hecho cambios en este terreno y que son:

*a)* Definición clara de cuáles serían algunos incentivos a la contratación.

*b)* Precisión de los límites y controles, tanto judiciales como administrativos, sobre las contrataciones.

Independientemente de que este tipo de cambios, de ser el caso, deberá ir acompañado de los más amplios consensos posibles, tanto para su adopción, como para su puesta en práctica, la inclusión de estos dos elementos nos parece de vital importancia.

La búsqueda del equilibrio entre los intereses presentes en las relaciones laborales, es tal vez la luz que debiera guiar cualquier intento de cambio legislativo en la materia, no concebir así el futuro de temas claves como la contratación individual estaría garantizando la inviabilidad y el fracaso de eventuales reformas.

## LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

## LA GRÈVE DANS LES SERVICES PUBLICS

Jean-Maurice VERDIER<sup>1</sup>

*SOMMAIRE: I. Introduction. II. Service public, service essentiel et réglementation spéciale de la grève. III. Le titulaires du droit de grève dans les services publics. IV. L'encadrement de la grève dans les services publics. V. Des conséquences de la grève dans les services publics.*

### I. INTRODUCTION

1. Comme dans beaucoup de pays, la grève est reconnue en tant que droit en France, et même un droit garanti par la Constitution. Cette situation est le fruit d'une évolution qui va de l'interdiction pure et simple de la grève, constitutive du délit pénal de coalition, jusqu'en 1864, à la reconnaissance d'un droit-liberté, en 1946, en passant par cette phase intermédiaire durant laquelle la grève n'était plus une faute pénale mais demeurait en quelque sorte une faute civile entraînant la rupture du contrat de travail permettant à l'employeur de ne pas "reprendre" le salarié gréviste à la fin de la grève. Evolution lente mais quand même remarquable parce que atypique, puisqu'allant à contre-courant de l'évolution générale du droit, conduisant à la substitution de la justice publique à la justice privée, alors que la grève est un moyen pour les travailleurs de se faire justice à eux-mêmes en cessant le travail pour obtenir satisfaction.

2. Mais du coup, reconnue et légalisée, la grève se trouve encadrée dans l'ensemble du système juridique; elle devient en quelque sorte "réglementée". Et c'est pourquoi le Préambule de la Constitution française de 1946, toujours en vigueur par renvoi du Préambule de la Constitution

<sup>1</sup> Professeur émérite à l'Université Paris X-Nanterre; Président Honoraire de l'Université.

de 1958, énonce que “le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent”.

C’est donc au législateur de le réglementer. Or il ne l’a pas fait d’une manière générale, sauf en disposant en 1950 que “la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié” (art. L. 521-1 Code du Travail). C’est donc aux tribunaux qu’il a appartenu de définir la grève, d’en apprécier les modalités et d’en préciser les effets, à l’égard de l’employeur, à l’égard des grévistes et à l’égard des tiers. Le droit positif français de la grève est donc un droit largement jurisprudentiel.

3. Deux traits essentiels caractérisent le droit de grève en France.

C’est d’abord un *droit fondamental*, une liberté publique, constitutionnellement reconnu, auquel on ne peut renoncer ni individuellement ni même collectivement, comme l’a récemment décidé la Cour de Cassation en estimant qu’“une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l’exercice du droit de grève” et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s’imposant à eux (Cassation Chambre Sociale 7 juin 1995). Toutefois ce n’est pas un droit absolu et son exercice doit donc se concilier avec d’autres droits, en particulier avec le droit à la sécurité des personnes et des biens et avec le droit des usagers à la continuité des services publics.

Mais c’est aussi —originalité française— un droit *individuel* de toute personne engagée dans une relation de travail, bien que son exercice soit collectif. Aussi, non seulement la grève dite “sauvage”, c’est-à-dire déclenchée spontanément sans mot d’ordre ou même sans soutien syndical, est licite, de même qu’est licite une grève minoritaire ou encore la grève d’un seul salarié dans une entreprise, si celle-ci n’emploie qu’un seul salarié (Cassation 13 novembre 1996) ou si le seul salarié gréviste d’une entreprise qui en emploie plusieurs s’associe à un arrêt de travail concernant d’autres entreprises ou un secteur professionnel plus vaste (Soc. 29 mai 1995).

À cet égard le droit français est plus libéral que le droit international du travail. En effet, si les organes de contrôle de l’OIT, considèrent le droit de grève comme “un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux”, donc comme un droit fondamental, c’est en tant qu’il est un “des éléments essentiels du droit syndical”, “un

corollaire indissociable du droit d'association protégé par la Convention no. 87".<sup>2</sup> Il suffit donc, pour qu'une législation nationale soit conforme à la Convention 87 ratifiée, que le droit de déclencher une grève soit reconnue aux organisations syndicales de travailleurs. Celles-ci sont alors aussi titulaires du droit de grève.

4. Cette conception "*organique*" du droit de grève, droit essentiellement syndical, n'est plus totalement étrangère au droit français depuis qu'une loi de 1963 a réglementé la grève dans les *services publics* où la décision de déclencher une grève associe désormais les organisations syndicales représentatives. Et c'est pourquoi, si la question de la grève dans les services publics en France est une question d'actualité parce que les grèves sont nombreuses dans ces services, c'est aussi une question complexe, étant donné les incertitudes qui persistent sur la notion même de services publics et l'importance qu'il y a à déterminer le domaine où la conception organique du droit de grève se mêle à celle, générale, de la liberté individuelle de grève.

5. *Actuel*, le problème de la grève dans les services publics l'est assurément. Certes on assiste, depuis plus d'une vingtaine d'années, à un recul sensible et quasiment continu des conflits du travail qui revêtent la forme d'une grève (4 millions de journées non travaillées en 1975, moins de 500,000 en 1996, 350,000 environ en 1998), même s'il y a de temps en temps des "pics" de remontée. Mais une "conflictualité" latente dans les entreprises demeure importante et même augmente, beaucoup de conflits étant "localisés" dans celles-ci. Et surtout elle reste forte dans le secteur public, fonction publique et entreprises publiques, au point qu'en 1995 les fonctionnaires ont été à l'origine de plus de 60% des grèves et qu'en 1998 66% des journées de grève ont été dues aux agents de l'Etat, qui représentent moins de 10% de l'ensemble des salariés. En décembre 1995, la grande grève des transports, étendue à d'autres secteurs, a pu être considérée comme une "grève par procuration" des salariés du privé, exprimant un malaise social.

Ce sont donc souvent des services publics qui sont touchés et l'on constate ainsi une paradoxe, au moins apparent: c'est là où la grève est le plus réglementée, enserrée souvent dans des règles législatives ou administratives, qu'elle est plus fréquente et prend le plus d'ampleur, alors

<sup>2</sup> Etude d'ensemble "Liberté syndicale et négociation collective", BIT 1994. Parag. 146, 147 et 179.



que par ailleurs les relations de travail s'y situent dans un contexte de représentation effective des salariés et de négociation organisée. Actuellement la réduction du temps de travail, fixée comme objectif par deux lois récentes de 1998 et de 2000, alimente des grèves davantage dans le secteur public et les services publics, semble-t-il, que dans les entreprises privées; comme le montrent les toutes dernières grèves à la Poste.

6. Il y a donc une réglementation législative et administrative de la grève dans les services publics en France, destinée à protéger les usagers, à assurer la satisfaction de leurs besoins essentiels, et aussi à concilier le droit fondamental de grève avec le droit à la sécurité des personnes et des biens et avec le principe de la continuité des services publics. Cette réglementation est permise du reste par le droit international du travail dans la mesure où il s'agit, selon les organes de contrôle de l'OIT, de services "essentiels" ou au moins "d'utilité publique" ou "d'importance primordiale". Elle peut aller pour les premiers jusqu'à l'interdiction de la grève, pour les seconds jusqu'à l'imposition d'un service minimum, certains fonctionnaires, ceux "qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat", pouvant se voir privés du droit de grève.<sup>3</sup>

La grève est donc, dans les services publics, tantôt interdite tantôt restreinte dans son déclenchement et dans ses modalités, bien qu'elle demeure une liberté individuelle mais conditionnée par un mot d'ordre ou au moins un soutien syndical. Au point que ses commentateurs ont mis en doute la conformité à la constitution de certains aspects de cette réglementation, on le verra plus tard.

7. Toujours est-il que dans les services publics se trouvent posés la question des titulaires du droit de grève, en même temps que celle de la nature de ce droit (III), puis les problèmes dus à l'encadrement du droit de grève, dans le déclenchement et dans les modalités de celle-ci (IV), et ceux des effets de la grève à l'égard des grévistes et des usagers (V). Cette *complexité* du droit de grève dans les services publics tient encore davantage aux incertitudes de la notion même de service public, dont il est convenu de dire qu'elle subit une crise en droit français, alors qu'elle conditionne et détermine le domaine d'application de cette réglementation particulière de la grève; aussi sans chercher à résoudre cette question, étant donné son extrême complexité, il importe en premier lieu

<sup>3</sup> Cfr. Gernigon, Odero et Guido, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, Genève, BIT, 2000, p. 17 et s.

d'en fixer au moins les données, en référence à la notion de service essentiel, capitale en droit international du travail auquel le droit français se doit d'être conforme, les conventions relatives à la liberté syndicale ayant été ratifiées par la France (II).

## II. SERVICE PUBLIC, SERVICE ESSENTIEL ET RÉGLEMENTATION SPÉCIALE DE LA GRÈVE

8. La notion de service public ne doit pas être confondue avec celle de secteur public, opposé au secteur privé. Le secteur public, outre la fonction publique, comprend des entreprises publiques dont le capital appartient à l'Etat, qui peuvent être gérées comme des entreprises privées et n'ont aucune finalité de service public: le type en était l'entreprise de production d'automobiles Renault, nationalisée après la deuxième guerre mondiale pour des raisons politiques, jusqu'à sa récente privatisation. Inversement des services publics peuvent être assurés et gérés par des entreprises privées auxquelles leur gestion a été concédée par l'Etat ou par une collectivité territoriale: il en est ainsi très souvent des transports municipaux dans les villes de quelque importance, de moins en moins exploités en régie directe. D'où la complexité de la définition du service public, dont on a pu dire qu'il est en France "en crise" au point de vue juridique (A). La référence la plus exacte est certainement celle de service essentiel utilisée par les organes de contrôle de l'OIT (B). D'où aussi la question de l'autorité habilitée à instituer une réglementation (C).

A. 9. Si "crise" de la notion de service public il y a en France, c'est par suite de la dissociation entre les deux significations des termes "service public".

Une première acception du service public se réfère à la conception *organique* de celui-ci, c'est-à-dire à la structure publique du service, à l'existence d'un organisme relevant d'un statut de droit public, peu important alors l'objet même de ce service, qui pourrait à la limite avoir une finalité marchande et lucrative. La seconde acception est celle qu'on peut qualifier de "*matérielle*" ou de "*fonctionnelle*", qui se réfère à la *nature et à la finalité de l'activité* du service; celle-ci est alors rattachée le plus souvent directement à une personne publique mais peut ne l'être que de manière indirecte, par l'intermédiaire d'une personne de droit

privé, à laquelle est consentie une concession ou une délégation de service public, ce qui est très fréquent pour les transports urbains. Ce qui importe alors, c'est que l'activité soit exercée dans un intérêt public, c'est-à-dire avec une finalité d'intérêt général essentiel.

10. Cette deuxième acception est évidemment la plus intéressante, dans la mesure où la nature de l'activité exercée est plus importante que son statut juridique pour la satisfaction des besoins qui justifient la création du service public. Il y a eu longtemps à peu près coïncidence entre elle et la première acception, le statut public de l'organisme chargé du service étant presque toujours justifié par la finalité d'intérêt public et général de son activité: "Un service public était toujours une activité d'intérêt général gérée par l'administration".<sup>4</sup> Mais il s'est produit une dissociation des deux notions à partir du moment "où l'on a vu des personnes administratives gérer des activités ne correspondant pas strictement à un service public (par exemple les Charbonnages de France) et, d'autre part, à partir du moment où l'on a admis que des organes privés pouvaient gérer des services publics" (par exemple les caisses de sécurité sociale) (ibidem) et où se sont multipliés les établissements publics à caractère industriel et commercial (par exemple: l'Electricité et Gaz de France) à côté des établissements purement administratifs (par exemple: la Poste). D'où ce qu'il est convenu d'appeler la "crise" de la notion de service public.

Il ne saurait être question d'entrer ici dans le détail des controverses doctrinales et des fluctuations des jurisprudences des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Mais c'est bien, semble-t-il, la conception matérielle et fonctionnelle du service public, liée à une activité exercée dans l'intérêt général, qui constitue maintenant la référence principale. Car ce qui importe, c'est l'activité —et non le statut— qui doit correspondre aux besoins qui ont motivé la création du service, lesquels, seuls, peuvent justifier les limitations apportées aux libertés individuelles, notamment au droit de grève.

B. 11. C'est du reste en ce sens que le *droit international du travail* s'est orienté et qu'il doit influencer sur les législations et les pratiques nationales qui veulent être conformes aux exigences de la Convention no. 87 de l'OIT sur la liberté syndicale.

<sup>4</sup> Cfr. Vedel et Delvolvé, *Droit administratif*, t. 2, 11ème édition 1990, Coll. Thémis, PUF, p. 704 et Terneyre; *La grève dans les services publics*, Coll. Droit Public, Sirey, 1991, p. 25.

En effet les organes de contrôle de l'OIT en ce domaine, Commission d'Experts pour l'application des Conventions Internationales du Travail et Comité de la Liberté Syndicale (CLS), se réfèrent moins à la notion de services publics qu'à celles de "Fonction Publique" et surtout de "services essentiels", à juste titre car c'est seulement dans ces deux domaines que peuvent se justifier des restrictions au droit de grève, pouvant parfois aller jusqu'à l'interdiction de la grève.

Plus précisément, pour la *fonction publique*, ils retiennent comme critère autorisant les restrictions au droit de grève non pas les status des personnes (statut de fonction publique) mais la *nature de leurs fonctions*, les restrictions ne devant concerner que "les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat", par exemples les fonctionnaires ayant de hautes responsabilités dans les ministères, les préfets, les magistrats et certains hauts fonctionnaires des services judiciaires.

C'est le même critère, celui de la nature de *l'activité* exercée, qui sert à définir les *services essentiels* dans lesquels des restrictions à la grève, voire des interdictions peuvent concerner les agents. La définition retenue est stricte puisqu'elle vise les services "dont l'interruption mettrait en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé de la personne"<sup>5</sup>. Ce qui a conduit les organes de contrôle de l'OIT à considérer comme essentiels le secteur hospitalier, les services d'électricité, les services d'approvisionnement en eau, les services téléphoniques, le contrôle du trafic aérien; mais au contraire comme non-essentiels la radio-télévision, les installations pétrolières, les ports, les banques, le secteur minier, les transports en général, les entreprises frigorifiques, la construction, l'approvisionnement et la distribution de produits alimentaires, les activités agricoles, l'enseignement, les services postaux, etc...

Dans ces derniers la Commission d'Experts et le Comité de la Liberté Syndicale admettent en revanche que, à la condition qu'il s'agisse de services "d'importance primordiale" ou "d'utilité publique", un service minimum puisse être imposé en cas de grève, mais à la détermination duquel les organisations de travailleurs devraient pouvoir participer, avec les employeurs et les pouvoirs publics, autrement dit négocié; solution qui est du reste préconisée aussi dans les services essentiel au sens strict à titre de mesure évitant des restrictions plus importantes du droit de

5 *Etude d'ensemble sur la liberté syndicale*, précitée, 1994, parag. 159.

grève.<sup>6</sup> Mais dans tous les cas d'interdiction de la grève, des garanties compensatoires doivent être prévues au bénéfice des travailleurs ainsi privé du droit de grève (procédures de conciliation ou d'arbitrage impartiales et rapides, par exemple).

C. 12. Dans les services publics ainsi définis, le problème s'est posé en France de savoir *quelle* "autorité" autre que la loi était habilitée à instituer des restrictions à l'exercice du droit de grève. Question inévitable, puisque le législateur n'a pas, comme l'y invite la Constitution, réglementé d'une manière générale le droit de grève alors que les exigences de la sécurité des personnes et des biens et le principe de continuité du service public appelaient une régulation.

À vrai dire il est des auteurs qui ont mis en doute la licéité d'une réglementation du droit de grève dans les services publics. Mais si le Conseil Constitutionnel a admis que "si le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle" que même le législateur ne pourrait remettre en cause de façon générale, il a également considéré que l'exercice de ce droit est de nature à porter atteinte à d'autres droits ou principes de valeur constitutionnelle, tout comme le Conseil d'Etat avait noté qu'il pouvait être de nature à porter atteinte à la sauvegarde de l'intérêt général. Il doit donc être concilié avec d'autres droits, en particulier le droit à la sécurité des personnes et des biens et le principe de continuité du service public.<sup>7</sup>

Le législateur est intervenu dans quelques cas pour interdire ou pour encadrer la grève, on le verra plus loin,<sup>8</sup> mais en dehors de ceux-ci on pouvait envisager deux possibilités: une régulation par la négociation collective, et des décisions ou mesures prises par des autorités, administratives ou non, gérant les organes chargés d'assurer un service public.

13. 1) En ce qui concerne la régulation par la *négociation collective*, la jurisprudence des tribunaux judiciaires a longtemps admis la licéité des clauses de préavis de grève ou de conciliation obligatoire figurant dans des conventions collectives, à la condition toutefois qu'elles se bornent à aménager l'exercice du droit de grève sans le restreindre (préavis bref, procédure rapide de conciliation). Mais dans un arrêt récent la Cour de Cassation a jugé, à propos de clauses de préavis, qu' "une convention

6 Sur tout ces points *cf.* Gernigon, Odero et Guido, préc., p. 17 et suiv.

7 *Cfr.* Terneyre, préc., p. 30 et s.

8 *Cfr.* infra no. 15 et suiv.

collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule une loi peut créer un délai de préavis s'imposant à eux" (Cassation, Chambre Sociale 7 juin 1995). La cause paraît donc entendue, même si l'on peut s'interroger sur la portée exacte de cet arrêt. De son côté, le Conseil Constitutionnel a estimé que le législateur ne peut, sans méconnaître sa propre compétence dérivant de la Constitution, laisser purement et simplement aux seuls partenaires sociaux le soin de déterminer les conditions d'exercice du droit de grève (décision du 27 juillet 1978).

14. 2) Restent donc, à côté du législateur, les *autorités gestionnaires* des organismes assurant le service public, administratives ou non. C'est là que se situait vraiment en pratique le problème de la mesure des restrictions admissibles au droit de grève; car c'est en définitive celui de la *compétence* de ces autorités qui était posé.

Or si le Conseil Constitutionnel estime que c'est au législateur qu'il incombe de réglementer le droit de grève en conciliant la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen d'expression, avec la sauvegarde de l'intérêt général, notamment la continuité du service public et la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, le conseil d'Etat (la plus haute juridiction de l'ordre administratif) pour sa part reconnaît depuis longtemps la compétence des chefs des services publics pour réglementer l'exercice du droit de grève.

Mais quels sont-ils? Seulement le gouvernement et les ministres ou aussi les chefs de services dans les administrations, centrales ou locales, les organes dirigeants des établissements et des entreprises gérant un service public? Dans des arrêts récents, concernant les services publics de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, le Conseil d'Etat semble, au nom du réalisme et du souci de la proximité maximale des auteurs de la réglementation, avoir reconnu cette compétence à des directeurs opérationnels, tel que le directeur de la production d'électricité (Conseil d'Etat 17 mars 1997, deux arrêts). Certains auteurs ont exprimé des critiques, la reconnaissance de cette compétence à des autorités subalternes ouvrant, à leur yeux, des possibilités excessives de restriction du droit de grève.<sup>9</sup> Il reste qu'en tout état de cause le juge administratif, quel

<sup>9</sup> Cfr. Chorin, "Le droit de grève dans les centrales d'EDF, *Revue Droit social*, février, 1998, p. 140 et suivantes.

que soit le niveau de l'autorité en cause, limite ce pouvoir de réglementation aux exigences du fonctionnement de services qui ne doivent en aucun cas être interrompus et aux mesures qui ne portent pas une atteinte excessive au droit de grève.

### III. LE TITULAIRES DU DROIT DE GRÈVE DANS LES SERVICES PUBLICS

15. En principe toute personne qui travaille dans un service public est titulaire du droit de grève, reconnu par la Constitution à toute personne engagée dans une relation de travail subordonnée. Il faut donc une disposition juridique particulière pour qu'elle en soit privée. Ces dispositions sont de trois sortes: les une concernent la possibilité d'une réquisition, les autres contiennent des interdictions de faire grève, les dernières réalisent un encadrement de la grève.

A. 16. Sur la *réquisition*, on s'étendra peu car elle n'est pas propre aux services publics mais concerne aussi les entreprises indispensables aux besoins du pays; elle peut être décidée par le gouvernement, sous le contrôle du juge, pour permettre de faire face aux "besoins de la nation", et ne doit concerner que les personnels dont l'activité est, à ce titre, indispensable, et non pas tous les personnels d'un service ou d'une entreprise, la justification devant en être l'ordre public ou l'urgence de la continuité du service. Elle est très rarement utilisée en pratique du fait de la difficulté de mettre en œuvre les sanctions contre un grand nombre de personnes, comme cela fut le cas en 1963 lors de la grande grève nationale des mineurs, la réquisition de ceux-ci ayant totalement échoué.

Les organes de contrôle de l'OIT n'admettent la réquisition des grévistes que dans des cas d'une extrême gravité ou pour assurer le fonctionnement des services essentiels au sens strict du terme.

B. 17. *Les interdictions de faire grève* ont une gravité beaucoup plus grande, du fait qu'elles privent en permanence du droit de grève des personnes qu'elles concernent, qui n'en sont plus titulaires. Elles doivent donc rester exceptionnelles et elles reposent sur des *raisons particulières propres aux personnes visées*.

Il en est ainsi de la police et des compagnies républicaines de sécurité (CRS), des militaires, des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (gardiens de prison), des magistrats et du personnel judiciaire,

des membres du corps préfectoral, des services de transmissions du ministère de l'intérieur, chaque fois en vertu d'une disposition législative.

Pour ces personnels, il convient d'observer que le refus du droit de grève n'importe pas celui du droit syndical; tous, sauf les militaires, peuvent créer ou adhérer à un syndicat, et pour ces derniers la question de la reconnaissance du droit syndical est, depuis quelque temps, en débat. Les raisons propres à l'interdiction de la grève n'ont rien à voir avec celles qui justifient pour tout travailleur la garantie de la liberté syndicale.

C. 18. Sous cette double réserve du droit de réquisition et des interdictions de faire grève, la réglementation de celle-ci s'inscrit d'une manière générale, dans le cadre de la liberté individuelle de grève. Mais c'est justement là qu'une réglementation plus systématique de la grève dans les services publics, adoptée par le Parlement en 1963, après l'échec de la grande réquisition des mineurs en grève, à titre de "revanche" du gouvernement de Georges Pompidou, a pu paraître altérer la nature même du droit de grève dans les services publics, parce que non seulement elle encadre les modalités de la grève mais, en subordonnant le déclenchement à un préavis syndical, elle associe les organisations représentatives des travailleurs à l'exercice du droit de grève, même si les travailleurs en restent les titulaires.

Le moment est donc maintenant venu de procéder à un examen technique de la réglementation générale de la grève dans les services publics.

#### IV. L'ENCADREMENT DE LA GRÈVE DANS LES SERVICES PUBLICS

19. Au plan de l'analyse juridique, le juriste se trouve en présence d'une situation hybride: les agents des services publics ne semblent pas a priori avoir le droit individuel de déclencher une grève (B), mais ils ont sûrement celui de participer à une grève légalement annoncée par un syndicat, dans certaines limites (C), la notion de service public étant alors comprise de manière large (A).

A. 20. *Le domaine d'application* de la réglementation issue de la loi du 31 juillet 1963 mérite d'être précisé. La notion de service public est en effet définie par celle-ci de manière compréhensive. Aux termes des dispositions de l'article L. 521-2 du Code du Travail, et par renvoi à



d'autres dispositions légales, cette réglementation s'applique non seulement aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes de plus de 10,000 habitants, mais aussi aux personnels "des entreprises, des organismes et des établissements *publics ou privés* lorsque ces établissements sont *chargés de la gestion d'un service public*", ainsi qu'aux personnels des entreprises mentionnées par un décret de 1950, dites entreprises "à statut", pour lesquels une sorte de présomption irréfragable de participation à la gestion d'un service public est posée.

Sur la base de ces dispositions, la jurisprudence a pu faire application de la loi du 31 juillet 1963 notamment à Air Inter et à l'aéroport de Paris, à la banque de France, aux caisses de sécurité sociale, au Commissariat à l'Energie Atomique et à sa filiale la Cogema, à la SNCF (chemins de fer), à la RATP (métro parisien), à l'EDF-GDF (électricité et gaz de France), aux hopitaux, etc... Le champ d'application de la loi est donc large.

B. *Le coeur de cet encadrement concerne le déclenchement de la grève*, celle-ci n'étant à priori "légale" que si elle est précédée d'un préavis dont les auteurs, les modalités et la fonction doivent être précisés.

21. 1. À priori le *préavis de grève* requis pour que celle-ci soit licite incombe à une —ou plusieurs— *organisation syndicale représentative*.

Toutefois il y a maintenant un débat sur le sens exact de l'exigence légale quant aux auteurs du préavis.

En effet, de cette obligation, certains auteurs, en particulier moi-même, ont déduit, plus ou moins explicitement, jusqu'à présent que les syndicats avaient non seulement le monopole du préavis exigé, mais aussi celui de la grève<sup>10</sup> et les opposants à une réglementation de la grève dans les services publics n'ont guère contesté cette déduction. En arrière plan pouvait se profiler l'idée selon laquelle les salariés ne seraient plus titulaires du droit de déclencher la grève, les syndicats représentatifs se trouvant substitués à eux, la grève spontanée se trouvant interdite. Cette exigence aurait alors une double conséquence. D'une part elle transformerait la nature du droit de grève, qui n'est plus seulement une liberté individuelle, même si elle le reste en ce que chaque travailleur reste libre de ne pas participer à la grève, mais procède aussi de la conception organique de la grève, qui devient également un droit syndical, interdi-

<sup>10</sup> Cfr. Verdier, J. M., "Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963: Préavis de grève et droit syndical", *Recueil Dalloz*, 1963, Chronique, p. 269.

sant ainsi la grève purement spontanée, dite “sauvage”. D’autre part elle interdit aussi la grève “surprise”. Les titulaires du droit de grève sont désormais à la fois les organisations syndicales représentatives et les travailleurs, ceux-ci n’ayant toutefois que le droit de participer à la grève.

Certains auteurs ont toutefois soulevé le problème de la constitutionnalité de cette exigence d’un préavis syndical, qui prive les personnels non-syndiqués de toute possibilité de déclencher une grève et serait ainsi contraire à la liberté individuelle du salarié et aussi à la liberté syndicale, cette exigence étant de nature à inciter les salariés à adhérer aux organisations représentatives, l’égalité entre syndicats se trouvant ainsi rompue; ils en déduisent qu’il est préférable de laisser à tout agent public la faculté de déclencher une grève à condition d’observer les formalités du préavis s’il y a au moins une organisation syndicale représentative, sans préavis ou avec un préavis non syndical, dans le cas contraire.<sup>11</sup>

Récemment un auteur est allé plus loin et, de manière fort pertinente, fait observer que le monopole syndical du préavis ne signifie pas monopole syndical de la grève, en se référant à la formulation de la disposition du Code du Travail due à la loi de 1963. Celle-ci énonce que “lorsque les personnels (des services publics) font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d’un préavis” (art. L. 521-3 al. 1er). Elle signifierait que ce n’est pas le préavis qui déclenche la grève, mais la grève qui déclenche le préavis; il y aurait donc dissociation entre l’arrêt de travail et le préavis,<sup>12</sup> dont la jurisprudence porte des traces. En particulier dans un arrêt récent la Cour de Cassation (Chambre Sociale 12 janvier 1999), a jugé que “*les salariés, qui sont seuls titulaires du droit de grève, ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis*”, et un arrêt de la Cour d’Appel administrative de Marseille du 18 juin 1998 a reconnu légale la grève d’une employée contractuelle isolée, recrutée seule par une municipalité communale pour des fonctions spécifiques, qui avait déposé un préavis confectionné par ses propres soins sans l’intermédiaire d’un syndicat, conduisant l’auteur précité à constater un effacement du monopole syndical de préavis.

<sup>11</sup> Terneyre, préc., p. 54 et suivantes.

<sup>12</sup> Sellami, Hédi, “Le monopole syndical du préavis de grève dans les services publics”, *Revue Pratique de Droit Social*, octobre, 1999, p. 325.

Ces analyses méritent attention car non seulement elles reposent sur une interprétation tout à fait recevable des textes, mais elles renforcent l'idée essentielle selon laquelle les travailleurs demeurent, dans les services publics, les titulaires du droit de grève, liberté individuelle, le préavis syndical de grève constituant moins un privilège syndical qu'une fonction, le rôle des syndicats dans les conflits collectifs se trouvant par là-même reconnu par la loi. En outre certaines décisions de jurisprudence relatives aux sanctions applicables aux grévistes semblent correspondre à cette analyse (*cf.* infra no. 30).

Toutefois, quant à l'évolution de droit positif, il convient d'être prudent. S'il est certain qu'en pratique des salariés décidés à faire grève peuvent s'adresser à un syndicat pour qu'il donne le préavis, s'il est souhaitable qu'en l'absence d'organisation syndicale représentative une grève puisse quand même être déclenchée, s'il n'est pas certain que l'ensemble des juridictions ne continuent pas, malgré quelques décisions contraires, à exiger le préavis syndical légal.

21bis. Reste à déterminer ce qu'il convient d'entendre par l'organisation syndicale représentative habilitée à délivrer le préavis. C'est celle —ou ce sont celles, car il peut y avoir plusieurs— qui satisfont aux critères de la représentativité dans le cadre et au niveau où la grève est déclenchée, c'est-à-dire, selon les cas, dans l'établissement ou dans l'entreprise, ou bien dans le secteur professionnel ou encore dans la catégorie professionnelle intéressée.

22. 2. *Les modalités du préavis* sont simples: il doit être adressé à la direction ou à l'autorité hiérarchique au moins 5 jours francs avant le déclenchement de la grève et fixer le lieu, la date et l'heure du début de la grève, et la durée envisagée, limitée ou non, de celle-ci. Mais il a été jugé que, les salariés étant titulaires du droit de grève, ils ne sont pas tenus de cesser le travail pendant la durée annoncée dans le préavis (Cour de Cassation 12 janvier 1999, SNCF, préc.). Et la pratique des préavis successifs à répétition, la grève annoncée pouvant ainsi ne commencer qu'au moment choisi par les grévistes, a divisé les juges des référés, les uns ordonnant la suspension des préavis considérés comme illicites, les autres ne le faisant qu'en cas de désorganisation de l'entreprise.

Mais la question principale a été celle de la possibilité par un juge des référés de suspendre ou même d'annuler le préavis de grève en por-

tant une appréciation sur les motifs de la grève ou sur le dommage causé aux usagers. La jurisprudence admet le principe de cette possibilité pour le juge des référés, mais seulement en raison d'un dommage excessif causé aux usagers, par exemple lorsque les dates choisies pour une grève du transport aérien correspondaient aux premiers jours des départs massifs en vacances d'été. En revanche, après des hésitations, la Cour de Cassation s'est ralliée à la position de la Cour d'Appel de Paris pour laquelle "le juge judiciaire, qui n'a reçu ni de la loi, ni des parties, mission d'arbitrer ou trancher un conflit du travail, n'a pas qualité ni compétence pour apprécier le bien-fondé, et, par suite, la légitimité des revendications d'ordre professionnel présentées par l'une ou d'autre des parties au conflit"<sup>13</sup>; en l'espèce la revendication concernait le pilotage à deux (et non à un seul) des avions Boeing 737 et Airbus A. 320 sur les lignes d'Air France, revendication que la direction estimait déraisonnable. C'est ainsi à propos du préavis de grève que la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la question générale du contrôle du juge sur les motifs professionnels de la grève, pour lequel il n'a pas à substituer son appréciation à celle des grévistes, au risque de porter atteinte à ce droit fondamental.

23. 3. Quant à la *fonction* du préavis, il est évident qu'elle est d'abord d'avertir l'employeur de la perturbation du service et surtout de protéger les *usagers* du service public, ainsi prévenus et mis en mesure de prendre leurs dispositions en prévision de la grève, et c'est bien pourquoi le juge des référés, juge de l'urgence, peut suspendre le préavis lorsque le dommage causé aux usagers est, malgré le préavis, excessif. Mais elle est aussi, depuis une loi de 1982, d'imposer un temps de réflexion et de concertation, et c'est pourquoi la loi impose aux parties en conflit, pendant la durée du préavis une *obligation de négocier* (art. L 521-3 al. 4. Code du Travail).

C. 24. Les *modalités de la grève* constituent un autre domaine de la réglementation de celle-ci dans les services publics, laquelle prend du reste deux formes différentes mais éventuellement complémentaires: l'interdiction des grèves tournantes et l'imposition d'un service minimum.

25. 1. *L'interdiction des grèves tournantes* (loi de 1963), technique affinée de grève parce que très efficace bien que moins coûteuse pour les salariés, résulte de deux dispositions du Code de Travail aux termes

13 Cour d'Appel de Paris 27 janvier 1988 et Cour de Cassation 2 juin 1992.

desquelles “l’heure de cessation et celle de la reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories ou pour les divers membres du personnel intéressé” (art. 521-4-al. 1er.) et ne peuvent avoir lieu “des arrêts de travail affectant par échelonnement successif ou par roulement concerté les divers secteurs ou les diverses catégories professionnelles d’un même établissement ou service ou les différents établissements ou services d’une même entreprise ou d’un même organisme” (art. L. 512-4-al. 2); cette interdiction concerne donc aussi bien les grèves tournantes dites “verticales” touchant successivement des établissements distincts d’une même entreprise ou les différents services d’un même établissement, que les grèves “horizontales” affectant successivement diverses catégories professionnelles, à condition toutefois que cette succession de grèves soit organisée et non fortuite.

Il était admis en doctrine que, dans les entreprises qui recourent au travail en équipes successives, celles-ci puissent se mettre en grève au moment où elles devraient normalement travailler<sup>14</sup> et la Cour d’Appel de Bordeaux s’était récemment prononcée en ce sens. Il est regrettable que la Cour de Cassation, partant d’une interprétation littérale des textes, ait considéré qu’ils “ne laissent place à aucune distinction selon l’organisation du travail en vigueur dans les services publics” et estimé qu’ils “imposent la détermination dans le préavis de l’heure de cessation du travail, qui doit être commune à tous les membres du personnel intéressé”, le juge pouvant, s’il n’en est pas ainsi, suspendre le préavis de grève (Cassation Chambre Sociale 3 février 1998). On peut espérer que cette position, par trop restrictive de l’exercice du droit de grève, sera assouplie pour tenir compte de la réalité de l’organisation du travail dans certains services publics.

26. 2. Le service minimum apparaît à beaucoup comme la meilleure solution permettant de tempérer l’exercice du droit de grève dans les services publics; et l’on a vu supra no. 11 que pour les services d’importance primordiale ou d’utilité publique, mais aussi pour les services essentiels au sens strict du terme, les organes de contrôle de l’OIT préconisent le recours à cette formule permettant de satisfaire les besoins élémentaires des usagers tout en évitant des restrictions plus graves au droit fondamental de grève, mais en demandant que ce service minimum

14 Terneyre, préc., p. 86.

soit négocié avec les organisations des travailleurs. Toutefois en France une proposition législative générale en ce sens n'a pas abouti.

Actuellement un service minimum est imposé par la loi dans les services de la navigation aérienne, en particulier aux contrôleurs aériens (“aiguilleurs du ciel”), où doivent être assurés en toutes circonstances en particulier la continuité de l'action gouvernementale, l'exécution des missions de défense nationale, le survol du territoire par les aéronefs étrangers, la préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France, les missions nécessaires à la sauvegarde des personnels et des biens. Il en est de même dans les services de radio-télévision, où sont imposés un minimum de journaux radiodiffusés ou télévisés et certaines émissions particulières.

Les autorités administratives ou gestionnaires du service public sont-elles habilitées à imposer un service minimum? On a pu en douter, le Conseil Constitutionnel ayant paru réserver au législateur la compétence pour fixer des limites au droit de grève, mais le Conseil d'Etat a développé, surtout depuis la loi de 1963, une jurisprudence très abondante qui autorise ces autorités à réglementer l'exercice du droit de grève dans les services dont elles ont la charge afin d'en assurer un minimum de continuité indispensable. Mais dans certaines limites.

La première a été fixée par le Conseil Constitutionnel qui considère depuis 1986 que les dispositions instituant un service minimum “n'autorisent nullement à ce que, par l'institution d'un service normal et non d'un service minimal, il puisse être fait obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où sa limitation ou son interdiction n'apparaissent pas justifiées” (décision du 18 septembre 1986). Autrement dit, le service minimum ne doit pas être fixé au même niveau que le service normal.

En outre le Conseil d'Etat prend le soin de vérifier que la mission considérée comme indispensable par l'autorité l'était effectivement et qu'elle correspondait réellement aux besoins essentiels des usagers (informations indispensables, nombre d'avions et de trains nécessaires, par exemple). Il recherche également si le nombre de personnes à qui le travail est imposé n'est pas trop élevé par rapport au service minimum, faute de quoi il annule la décision de l'autorité. Et les agents indispensables à l'exécution des obligations du service minimum ne peuvent être requis que dans la mesure où les non-grévistes sont en nombre insuffisant

pour assurer ce service. Quant aux salariés grévistes qui assurent le service minimum, ils ont droit à rémunération pour le travail effectué.

Bien que d'une manière générale il soit interdit à un employeur de faire appel à du personnel intérimaire pour remplacer des grévistes, le responsable d'un service public a été autorisé à le faire, mais seulement s'il est confronté à des circonstances exceptionnelles, afin d'assurer un fonctionnement minimum (Conseil d'Etat 18 janvier 1980).

## V. DES CONSÉQUENCES DE LA GRÈVE DANS LES SERVICES PUBLICS

27. Certaines d'entre elles complètent l'encadrement de la grève: elles concernent les grévistes eux-mêmes (A). Mais on ne peut ignorer les effets juridiques qu'une grève dans un service public peut avoir à l'égard des tiers, dont on se bornera à donner quelques exemples (B).

A. 28. *A l'égard des grévistes*, deux sortes de conséquences doivent être envisagées, concernant les retenues de salaires et, au cas de non-respect de la réglementation, les conséquences disciplinaires.

29. 1. *Les retenues de salaires* constituent, comme pour tout gréviste en général, une conséquence normale de la grève, celle-ci suspendant le contrat de travail, sans le rompre, et dispensant l'employeur de verser le salaire, sauf accord de fin de grève prévoyant le paiement de tout ou partie des journées d'arrêt de travail. Toutefois, pour les services publics et la fonction publique, s'appliquent des dispositions particulières influencées par les règles de la comptabilité publique.

En effet depuis très longtemps la règle générale de la proportionnalité de la perte de rémunération par rapport au temps non travaillé était écartée pour les grèves de moins d'une journée dans les services publics, les grévistes perdant, en raison d'une règle dite du "trentième indivisible", une journée de traitement ou de salaire même pour un arrêt de travail limité à une ou deux heures. Et une loi de 1977 avait assimilé à une absence de service fait la non-exécution par un agent de tout ou partie de ses obligations de service, par exemple le refus de communiquer des notes d'examen ou d'accueillir le nombre légal d'élèves par classe, pour des enseignants, ou bien le refus d'un contrôleur de transport de vérifier les titres de transport des passagers. Une loi de 1982 avait assoupli le système en prévoyant une retenue de salaire de 1/30ème pour une journée ou moins, 1/50ème pour une demi-journée ou moins,

1/160ème pour une heure ou moins de grève. Une loi de 1987 a rétabli la règle du 30ème indivisible pour toute grève d'une durée quelconque mais seulement, en raison d'une décision du Conseil Constitutionnel, pour les personnels de l'Etat et des établissements publics de l'État à caractère administratif, les salariés des entreprises gérant un service public restant soumis aux règles de la loi de 1982, le personnel des collectivités territoriales et hospitalier étant soumis à la règle générale de retenue strictement proportionnelle à la durée de la grève. En tout état de cause, le jeu de la retenue de salaire ne doit jamais être la conséquence d'une appréciation portée sur le comportement de l'agent.

Concernant l'entreprise de service public Electricité de France, le Conseil d'État dans deux arrêts en date du 17 mars 1997 a surpris en considérant comme régulière une note d'un chef de service prévoyant qu'un agent à son poste de travail qui s'écarte du programme de production et "effectue de manière défectueuse son contrat de travail" percevra néanmoins 20% de son salaire en raison des tâches de maintien de la sûreté et de la sécurité des installations qu'il aura effectuées, alors qu'il n'y a pas véritablement service fait au sens de la loi. Mais sa position rejoint celle de la Cour de Cassation qui a jugé que la retenue pour absence de service fait constitue une sanction pécuniaire prohibée par le Code de Travail (art. L. 122-42) si elle est appliquée à un salarié qui a exécuté son travail dans des conditions défectueuses, sans le cesser (Cassation Chambre Sociale 16 mars 1994: non vérification des titres de transport par un contrôleur des chemins de fer).

30. 2. Les *conséquences d'ordre disciplinaire* concernent évidemment le cas où l'agent d'un service public participe à une grève déclenchée ou menée dans des conditions qui ne respectent pas la réglementation propre à la grève dans les services publics. Celle-ci est d'ailleurs complexe.

Pour les personnels fonctionnaires ou agents publics auxquels le droit de grève a été retiré par des lois, certaines de ces lois ont prévu la perte des garanties disciplinaires, procédurales surtout; mais en vertu de décisions du Conseil Constitutionnel, il semble que doivent être garantis les droits de la défense, en particulier celui de présenter des observations à l'autorité et d'avoir accès à son dossier. Pour les autres fonctionnaires, le droit commun de la répression administrative disciplinaire s'applique.



Pour le personnel de droit privé des services publics, c'est le droit commun de la grève qui s'applique et, pour qu'il y ait sanction, il faut qu'il n'y ait pas exercice normal du droit de grève et qu'il y ait faute lourde imputable au salarié, dans les termes du droit commun défini par la jurisprudence. La sanction peut aller jusqu'au licenciement, et normalement le règlement intérieur de l'entreprise doit définir les sanctions; en outre le Code du Travail prévoit une procédure disciplinaire (information sur les griefs retenus, entretien préalable, notification de la sanction) (article L. 122-41 Code du Travail).

Mais les règles qui précèdent se combinent avec (ou sont remplacées par) celles de la loi du 31 juillet 1963 qui a institué une procédure spécifique en cas de violation de ses dispositions prohibant les grèves surprises (préavis syndical) et tournantes (art. L. 521-5 Code du Travail). Cette procédure est du reste simplifiée, puisque les sanctions prévues par les statuts des personnels intéressés s'appliquent sans autre formalité que la communication du dossier; une exception est faite pour les sanctions plus graves (révocation ou licenciement, rétrogradation), pour lesquelles la procédure de droit commun (administrative ou du Code du Travail) est applicable.

On doit toutefois se demander si le gréviste sanctionné n'est pas en droit de présenter ses observations avant le prononcé de la sanction, conformément au Code du Travail et à l'exigence posée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989. Et si en particulier le défaut ou la non-conformité du préavis sont toujours constitutifs d'une faute lourde de nature de justifier une sanction, alors que la Cour de Cassation a jugé de son côté que la participation à une grève déclenchée sans le préavis requis ne suffisait pas à caractériser une faute grave (Cassation Chambre Sociale 5 juin 1984), ou même une simple faute (Cassation Chambre Crim. 10 mai 1994 et Conseil d'État 8 janvier 1992).

La sanction exige donc que l'administration établisse que l'agent gréviste ne pouvait ignorer de bonne foi l'irrégularité du mouvement de grève (en ce sens Teneyre, préc., p. 132). Car le simple salarié ne peut être fautif du fait du préavis et ne peut l'être que du fait de son arrêt de travail. Et bien sûr le juge, administratif ou judiciaire selon les cas, devra s'assurer que la sanction n'est pas disproportionnée à la faute reprochée, selon les exigences du droit disciplinaire commun.

On le voit en définitive, le régime des sanctions au cas de grève irrégulière dans les secteurs publics demeure complexe et incertain.

B. 31. À l'égard des tiers, la grève dans les services publics soulève à priori les mêmes problèmes que toute grève peut en général poser à leur égard. Ce ne peut être, au cas de dommage causé à des tiers par une faute de tel ou tel gréviste, la responsabilité civile du commettant du fait de son préposé prévue par le Code Civil (article 1184), car le lien de préposition est suspendu par la grève.

Mais ce peut être, toujours en droit commun, la *responsabilité des syndicats* qui ont déclenché ou mené la grève, à l'égard des employeurs ou des non-grévistes parfois empêchés de travailler et privés de salaire. Toutefois la Cour de Cassation a jugé que cette responsabilité "ne peut en principe être engagée à l'occasion de l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu"; mais elle a réservé le cas où le syndicat a effectivement "une part personnelle dans les agissements fautifs constitutifs d'infractions pénales et ne pouvant se rattacher à l'exercice du droit de grève"; sa responsabilité peut alors être engagée (Cassation Ch. Sociale 9 novembre 1982; 26 janvier 2000). Encore faut-il, s'il s'agit d'actes illicites commis par des grévistes, que le syndicat ait incité ceux-ci à les commettre, car les grévistes exerçant leur droit individuel de grève n'engagent pas à ce titre la responsabilité du syndicat (Cassation Ch. Soc. 19 décembre 1998, 30 janvier 1991).

Il en résulte qui à priori un syndicat qui a donné un préavis régulier de grève ne peut, pour cette seule raison, être déclaré responsable des dommages causés, à moins que soit établie une faute personnelle qui lui soit imputable.

La règle est la même pour les délégués ou les représentants syndicaux: leur responsabilité propre peut être engagée s'ils ont été des participants actifs à la grève illicite et si leur participation active, et pas seulement leur présence dans la grève, est établie (Cassation Ch. Soc. 23 juin 1988; 30 janvier 1991). Il faut toutefois regretter la tendance du Conseil d'Etat à retenir la faute des délégués syndicaux dès lors qu'ils n'ont pas joué un rôle modérateur dans le déroulement des faits de grève, cette position risquant de faire de ces délégués des boucs émissaires et de leur assigner un rôle de police de la grève qu'ils ne peuvent, dans la réalité, remplir.

32. Se pose aussi la question des répercussions de la grève dans les services publics à l'égard des *clients ou usagers* de ceux-ci qui peuvent

se trouver en difficulté et subir des dommages dont ils demandent réparation. D'une manière générale, la jurisprudence ne considère pas la grève comme une force majeure dispensant l'employeur d'exécuter ses obligations, à moins que la grève soit suffisamment *générale*, rendant ainsi impossible de faire exécuter ces obligations par une autre entreprise, *imprévisible*, et possède une *cause extérieure à l'employeur*.

Toutefois, une grève des salariés de l'Electricité de France due à des décisions gouvernementales de blocage des salaires a été considérée comme imprévisible et extérieure, du fait de sa cause, et insurmontable, parce qu'il était impossible de réquisitionner un personnel qui avait respecté les exigences de la sécurité; elle exonérait donc le service public, en tant que force majeure, à l'égard des usagers (Cassation Chambre mixte 4 février 1983 et Ch. Civile 24 janvier 1995).

Récemment la Cour de Cassation a qualifié de force majeure, exonérant la SNCF (Chemins de fer) de toute réparation du préjudice subi par l'entreprise des automobiles Peugeot, une grève déclenchée non pas pour soutenir des revendications concernant directement la SNCF mais pour contester des projets du gouvernement concernant le régime de sécurité sociale et les retraites des agents, projets échappant à SNCF qui n'avait ni la possibilité de négocier avec les grévistes ni de satisfaire leurs revendications; ce dont il ressortait que cette grève résultait d'un fait extérieur à la SNCF; son ampleur et sa durée, paralysant l'entreprise et la vie économique du pays tout entier, étaient imprévisibles; en fin la réquisition ou l'expulsion des grévistes, ainsi que leur remplacement, étaient illusoire ou techniquement impossibles; la grève constituait donc une force majeure pour le SNCF (Cassation Chambre Sociale 11 janvier 2000). Déjà en 1993 la Cour de Cassation avait estimé qu'en cas de grève déclenchée sans préavis, le juge doit rechercher si la grève ne présente pas un caractère d'imprévisibilité et d'irrésistibilité mettant l'entreprise dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations par l'effet d'une cause étrangère qui ne lui serait pas imputable (6 oct. 1993 et 11 juin 1996).

Cette jurisprudence est révélatrice d'une des particularités du régime de la grève dans les services publics: ceux-ci étant soumis à une tutelle ou au moins à un contrôle de l'État ou des collectivités territoriales, les conflits collectifs opposent souvent les travailleurs moins à leur employeur direct qu'aux autorités de tutelle ou de contrôle dont les décisions

son contestées, et de ce fait les grèves présentent plus souvent que dans les autres secteurs les caractéristiques d'une force majeure opposable aux tiers, usagers ou clients, dans leurs rapports avec le service public.

33. Les développements qui précèdent n'appellent pas de conclusion, sinon pour constater et souligner la complexité du régime juridique de la grève dans les services publics en France, ainsi que les incertitudes qui le caractérisent. Celles-ci procèdent, dans une large mesure, du "flou" qui affecte la notion même de service public; celle-ci est dominée maintenant par la nature de l'activité exercée, qui la rapproche davantage du concept de service essentiel; mais elle reste encore à certains égards influencée par les statuts divers de l'organisme et des personnels assurant le service, lesquels rendent plus difficile et plus variable la conciliation entre la garantie du droit fondamental de grève et le principe de continuité du service public. Aussi attend-on avec intérêt les inflexions possibles de la jurisprudence des juridictions et de possibles concertations préluant à des changements législatifs.

## THE RIGHT TO STRIKE IN ESSENTIAL SERVICES UNDER UNITED STATES LABOR LAW<sup>1</sup>

Marley S. WEISS<sup>2</sup>

*SUMMARY: I. Introduction. II. A Brief History of U.S. Collective Labor Relations Laws. III. The Structure of Labor-Management Relations in The U.S. IV. The Right to Strike. V. Private Sector “Essential Services” Provisions: LMRA National. VI. Conclusion.*

### I. INTRODUCTION

This paper will focus on the right to strike under the collective labor relations laws of the United States. It will particularly address strikes in the types of services regarded as public or “essential” services in many other countries, although not necessarily in the U.S.

While I will discuss public sector law, the main focus will be on the two major federal laws governing collective labor relations in the private sector: the National Labor Relations Act (or NLRA)<sup>3</sup> and the Railway Labor Act (or RLA).<sup>4</sup> The industrial relations models of the Railway Labor Act and of the National Labor Relations Act are in general similar. However, there are some important differences, particularly in the area of collectively bargaining to impasse and the right to strike. Both of these laws guarantee employees the right to strike, but under different conditions. In addition, this paper will discuss the Norris-LaGuardia Act,<sup>5</sup> which limits the ability of federal judiciary to issue court orders enjoining strikes.

1 Copyright 2000 Marley S. Weiss. All rights reserved. Published by express permission of the author.

2 Professor of Law, University of Maryland School of Law.

3 29 U.S.C. 151-169.

4 45 *id.* 151-188.

5 29 *id.* 101-115.

“Essential services” is not a category defined under most labor legislation in the U.S. Little distinction is made in U.S. law between strikes in these kinds of jobs and in those with much less dramatic impact upon the public. Although several state level public sector labor relations laws recognize such a category, it is unnecessary under most state laws, because they flatly prohibit strikes by public employees. There is some recognition of a similar-sounding category, the “national emergency dispute”, under the 1947 Labor Management Relations Act amendments to the NLRA,<sup>6</sup> but the prerequisites to its applicability are stringent. There was considerable history of its invocation in the first thirty years after the national emergency disputes provision was enacted,<sup>7</sup> and it was subjected to heavy criticism.<sup>8</sup> Today, however, it is a dead letter: for the past twenty years, the LMRA national emergency dispute provision has remained unused.<sup>9</sup>

There is broader language under the RLA which is still used occasionally. The generally-applicable RLA provision permits appointment of an emergency board when a labor dispute “threaten[s] to interrupt interstate commerce to a degree such as to deprive any section of the country of essential transportation services...”.<sup>10</sup> This provision too, however, has been utilized much less frequently in recent years, compared to the period before 1980. The one exception to this trend is a 1981 amendment to the RLA,<sup>11</sup> pertaining to governmentally-owned, local commuter railroads, which has been invoked relatively frequently since its inception.

6 Sections 206-210 of the LMRA, 29 *id.* 176-180.

7 See generally, e.g., Donald E. Cullen, *National Emergency Strikes* (1969); Charles M. Rehms, *The Operation of the National Emergency Provisions, 1947-1954, in Emergency Disputes and National Policy* 261 (Irving Bernstein, et al., eds. 1955).

8 See generally, e.g., Cullen, *supra* note 7.

9 See Barbara Yuill, *Labor Law: Taft-Hartley's National Emergency Provision Has 50-Year History, Is Seldom Used Today*, 1997 Daily Lab. Rep. (BNA) No. 157, at D8 (August 14, 1997).

10 Section 10 of the Railway Labor Act (RLA), 45 U.S.C. 160.

11 Omnibus Budget Reconciliation Act of 1981, Pub. L. No. 97-35, tit. XI, 1157, 95 Stat. 357, 681-82 (1981) (codified at 45 U.S.C. 159a).

### A. *Disputes Over Interests v. Disputes Over Rights*

This paper will be confined to the right to strike in disputes over interests, that is, for a new or modified collective bargaining agreement.<sup>12</sup> The RLA, unlike the NLRA, uses special terminology, in which these are called “major disputes”.<sup>13</sup> Disputes over interpretation and application of an existing, in force collective bargaining agreement are called “minor disputes”.<sup>14</sup> Minor disputes are subject to a special grievance procedure culminating in arbitration before a quasi-administrative tribunal, a “board of adjustment”, composed of equal numbers of representatives of labor and management, with appointment of a neutral in the event of deadlock.<sup>15</sup> Under the RLA, strikes are prohibited over “minor disputes”, and may be enjoined by a federal court as the behest of the employer.<sup>16</sup>

12 This paper also will not separately address strikes aimed at compelling a non-union employer to recognize and bargain with the union. Under the RLA, there is no distinction between such strikes and strikes to win a new or amended collective bargaining agreement. Under the NLRA, Section 8(b)(7)(C), 29 U.S.C. 158(b)(7)(C), limits organizational and recognitional strikes and picketing to a maximum of 30 days unless an NLRB election petition is filed within that time period. Once an election petition has been filed, however, for most purposes the NLRA, too, treats the use of economic pressure tactics in recognition disputes similarly to their use in disputes over bargaining a new labor contract.

13 Sections 2, Seventh; 6 of the RLA, 45 U.S.C. 152, Seventh; 156 create this category, but the label “major disputes”, was originated by the Supreme Court in *Elgin, J. & E. Ry. Co. v. Burley*, 325 U.S. 711, 723-24, 739 (1945). For the distinction between major and minor disputes, see also, e.g., *Brotherhood of RR Trainmen v. Chicago R. & I. R. Co.*, 353 U.S. 30, 33 (1957); *Consolidated Rail Corp. v. Railway Lab. Execs.’ Ass’n*, 491 U.S. 299 (1989).

14 Sections 2, Sixth; 3, First (i) of the RLA, 45 U.S.C. 152, Sixth; 153, First (i), create the category of disputes, to which *Elgin, J. & E. R. Co. v. Burley*, 325 U.S. at 723, first attached the label “minor dispute”. See also, e.g., *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Chicago R. & I. R. Co.*, 353 U.S. 30, 33 (1957); *Consolidated Rail Corp. v. Railway Lab. Execs.’ Ass’n*, 491 U.S. 299, 303-04 (1989).

15 Provisions establishing the National Railroad Adjustment Board in the railroad industry and outlining adjustment board procedures are contained in Section 3 of the RLA, 45 U.S.C. 153. Section 204 of the RLA provides for similar boards of adjustment to be established either at carrier level or multi-carrier level by air carriers and the unions representing their employees. *Id.* 184. Differences in procedures for minor as opposed to major disputes are detailed in *Burley*, 325 U.S. at 724-28. In *Trainmen v. Chicago R. & I. R. Co.*, 353 U.S. at 34-36, 39, the Supreme Court held that all minor disputes were subject to mandatory, final and binding arbitration through the board of adjustment procedures, which could be invoked by either party.

16 Sections 2, Sixth; 3, First; 201-202 of the RLA, *id.* 152, Sixth; 153, First; 181-182. See, e.g., *Trainmen v. Chicago R. & I.R.*, 353 U.S. 30, 39, 42 (1957). See also *Brotherhood of Locomotive Engineers v. Louisville & N.R. Co.*, 373 U.S. 33 (1963) (union prohibited from striking to enforce monetary award rendered on grievance by adjustment board; judicial enforcement procedures of

Under the NLRA, the statute itself does not prohibit strikes during the term of the agreement. The employees, Section 7 right to strike applies, whether or not a collective bargaining agreement is in effect.<sup>17</sup> However, most collective bargaining agreements contain an express or implied no-strike clause which is deemed sufficient waiver of these Section 7 rights. A no-strike clause will be implied from the existence in the agreement of a grievance procedure culminating in binding arbitration.<sup>18</sup> The courts will enforce a contractual no-strike clause to prevent a strike as to matters resolvable by arbitration under the labor contract, until after expiration of the agreement.<sup>19</sup> Sympathy strikes and other disputes not subject to the arbitration process, however, may fall outside the scope of the no-strike clause. Depending on the wording of the no-strike clause, honoring the picket line of another union may be neither a breach of contract, nor an unfair labor practice, nor otherwise subject to judicial intervention.<sup>20</sup> This area has many complexities beyond the scope of the current topic.

This introductory section will next review the sources of U.S. law pertaining to the right to strike, then it will outline the scope of coverage of the various statutes pertaining to collective bargaining and the right to strike.

Section 3, First (p) of RLA provide exclusive remedy). The employer may not unilaterally change rates of pay, rules, or working conditions absent compliance with the “major dispute” strike prerequisites of notice, negotiation, and exhaustion of the NMB mediation processes. *See, e.g., Brotherhood of Locomotive Engineers v. M-K-T R. Co.*, 363 U.S. 528 (1960).

17 Section 7 provides that employees have “the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities...” Section 13 provides that “[n]othing in this Act... shall be construed so as either to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike”. In *UAW v. O’Brien*, 329 U.S. 454, 457 (1950), the Supreme Court construed this language as “expressly recogniz[ing] the right to strike”.

18 *See, e.g., Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, 369 U.S. 95, 105 (1962) (permitting an award of damages to the employer against the union for the breach of the agreement).

19 *See Boys’ Mkts., Inc. v. Retail Clerks Union, Local 770*, 398 U.S. 235 (1970).

20 *See Buffalo Forge Co. v. United Steelworkers*, 428 U.S. 397 (1976).



## B. Sources of Law

Freedom of association, both positive and negative, has been held to have a constitutional basis in the United States, and to be applicable to public as well as private sector employees. The courts have considered it to be a part of the broader right to political and social freedom of speech, assembly and association provided by the First Amendment to the Constitution.<sup>21</sup>

On the other hand, the right to bargain collectively and to strike in the private sector has a checkered history. Some courts have found either constitutional or common law support for such workers, rights, while others have held them to be wholly dependent on statutory provisions.<sup>22</sup> The judicial suggestions of a common law or less clearly, a constitutional basis for a right to strike occur only in the context of construction of legislation establishing or curtailing the right to strike, and until a handful of relatively recent state court cases, only as to private sector employees.<sup>23</sup> Flat bans on striking by public employees have been upheld against a variety of constitutional challenges in several cases.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> See, e.g., *United Fed'n of Postal Clerks v. Blount*, 325 F.Supp. 879 (D.D.C.), *aff'd mem.*, 404 U.S. 802 (1971). See also *Smith v. Arkansas State H'way Employees, Local 1315*, 441 U.S. 463, 465 (1979); *Allee v. Medrano*, 416 U.S. 802, 814-15, 819 n. 13 (1974).

<sup>22</sup> Compare, e.g., *International Ass'n of Machinists v. NMB*, 425 F.2d 527, 536 (D.C. Cir. 1970) ("constitutional as well as common law underpinnings of the rights of employees to strike" bear on construction of the RLA) with, e.g., *Arkansas State H'way Employees*, 441 U.S. at 465-66 (public employer does not violate constitution by refusing to entertain employee grievances presented by union and by insisting that employees file on their own behalf); *Blount*, 325 F. Supp. at 882 (neither common law nor constitutional right to strike). The history is reviewed in James Gray Pope, *Labor and the Constitution: From Abolition to Deindustrialization*, 65 *Tex. L. Rev.* 1071, 1071-72, 1083-96 (1987).

<sup>23</sup> See, e.g., *Machinists v. NMB*, 425 F.2d at 536 (relying on constitutional and common law rights to construe RLA). Modern state court decisions include *Los Angeles County Sanitation Dist. No. 2 v. Los Angeles County Employees Ass'n Local 660*, 38 Cal. 3d 564, 577-78, 699 P.2d 835, 844, 214 Cal. Rptr. 424, 433 (1985) (abrogating common law rule prohibiting public employee strikes, except as to essential public services), *cert. denied*, 474 U.S. 995 (1985); *Davis v. Henry*, 555 So. 2d 457 (La. 1990) (construing Louisiana Little Norris-LaGuardia Act in light of possible common law right to strike to preclude state court injunctions against striking public employees unless they perform essential public services); *Local 1494, Firefighters v. City of Coeur d'Alene*, 99 Idaho 630, 586 P.2d 1346 (1978). See generally Ricky L. Babin, *Note: Davis v. Henry: One More Piece to the Public Employee Strike Rights Puzzle*, 51 *La. L. Rev.* 1271 (1991).

<sup>24</sup> See, e.g., *United States v. Greene*, 697 F.2d 1229, 1233-34 (5<sup>th</sup> Cir.) (void for vagueness), *cert. denied*, 463 U.S. 1210 (1983); *Blount*, 325 F. Supp. at 883 (equal protection); *United Steelworkers v. University of Alabama*, 430 F.Supp. 996, 1001-02 (N.D. Ala.) (First Amendment), *aff'd*,

Consequently, employees who are excluded from coverage under the National Labor Relations Act and the Railway Labor Act, particularly public sector employees at all levels of government, are generally regarded as having no constitutional right to collective bargaining or to strike, although their right to form or join a union is protected by the federal constitution. The right to collective bargaining and the right to strike in the public sector is dependent upon the existence and nature of separate public sector collective bargaining laws, which vary greatly in their coverage and exclusions, and in several, mainly less populous states, do not exist at all.

The right to strike, that is, to collectively, temporarily, withhold one's labor, should not be confused with the individual's right to quit working for the employer, that is, to permanently, individually, withhold one's labor.<sup>25</sup> The Thirteenth Amendment to the Constitution of the United States, which ended slavery and "involuntary servitude", consistently has been interpreted to prohibit courts from ordering unwilling employees to continue their employment relationship with a particular employer.<sup>26</sup> Common law doctrines even before the Civil War were customarily construed to similar effect. The Norris-LaGuardia Act, the RLA, and the Labor Management Relations Act (LMRA) each contain separate provisions confirming this principle.<sup>27</sup>

599 F.2d 56, 61-62 (5<sup>th</sup> Cir. 1979); *Pinellas County Classroom Teacher' Ass'n v. Board of Pub. Instruction*, 214 So. 2d 34, 37 (Fla. 1968) (involuntary servitude). See generally *Developments in the Law Public Employment*, 97 *Harv. L. Rev.* 1676 (1984) [hereinafter "Developments"]; Bernhard D. Meltzer & Cass R. Sunstein, *Public Employee Strikes, Executive Discretion, and the Air Traffic Controllers*, 50 *U. Chi. L. Rev.* 731, 734-35, 778-81 (1983). The arguments for holding labor strikes, picketing, boycotts, and other expressive activities to be protected by the First Amendment are marshaled in Pope, *supra* note 22.

<sup>25</sup> See, e.g., *Texas & N.O. R. Co. v. Brotherhood of Railway Clerks*, 281 U.S. 548, 566-67 (1930).

<sup>26</sup> See, e.g., *Pollack v. Williams*, 322 U.S. 4 (1944) (Thirteenth Amendment guarantees individual worker's right to quit in response to unacceptable working conditions). For historical cases construing the Thirteenth Amendment to guarantee workers the right to strike, see Pope, *supra* note 22, at 1083-84 & n. 93, 1088-89, 1090 & n. 136, 1096, 1097. Pope argues for a modern Thirteenth Amendment-based "constitutional theory of labor liberty" encompassing the right to strike, picket and boycott. *Id.* at 1096-1112.

<sup>27</sup> Section 4 of the Norris LaGuardia Act, 29 U.S.C. 104 (precluding federal courts from exercising jurisdiction to enjoin any person from "whether singly or in concert ... (a) ... ceasing or refusing ... to remain in any relation of employment..."). RLA Section 2, Tenth, 45 *id.* 152, Tenth ("[N]othing in this Act shall be construed to require an individual employee to render labor or

### C. Scope of Coverage of the Collective Labor Laws

It is useful to start by outlining what types of activities fall within the jurisdiction of which body of labor law. The RLA covers the rail and air transportation sectors, both freight and passenger transport, and applies to rail carriers regardless of whether they are public or private.<sup>28</sup> Certain aspects of the RLA —determination of appropriate units for collective bargaining, mediation of collective interest disputes, and recognition of impasse— are administered by a federal agency, the National Mediation Board (NMB).<sup>29</sup> Once the NMB is involved in mediating a labor dispute, the union may not strike, and the employer may not make changes in rates of pay, rules, and working conditions until a lengthy series of steps has taken place. The *status quo* is frozen throughout negotiations and mediation, until the NMB deems its efforts to mediate a settlement fruitless, and, after an unsuccessful proffer of voluntary interest arbitration, releases the parties, as well as for a thirty-day cooling-off period thereafter.<sup>30</sup>

The NLRA covers virtually everything else in the private sector, with the main sectoral exclusions being agricultural labor and domestic household labor.<sup>31</sup> The National Labor Relations Board, or NLRB, administers

service without his consent, nor shall anything in this Act be construed to make the quitting of his labor by an individual employee an illegal act; nor shall any court issue any process to compel performance by an individual employee of such labor or service, without his consent”.); Section 502 of the LMRA, 29 *id.* 143 (including nearly identical language to the RLA, plus a provision excluding from the definition of a strike, an employee work stoppage triggered by “abnormally dangerous conditions for work”). Boilerplate language also may be found in many of the injunctions issued under the national emergency dispute provisions of the NLRA, stating: “provided, however, that nothing in this [order] shall be construed to require an individual employee to render labor or services without his consent nor to make the quitting of his labor or service by an individual employee an illegal act”. *See, e.g.*, *United States v. United Steelworkers*, 202 F.2d 132, 135 (2d Cir.), *cert. denied*, 344 U.S. 915 (1953); *United States v. Boeing Co.*, 215 F. Supp. 821, 827 (W.D. Wa.), *vacated on other grounds sub nom. International Ass’n of Machinists v. Boeing Co.*, 315 F. 2d 359 (9<sup>th</sup> Cir. 1963) (*per curiam*).

28 Sections 1, First; 201-202 of the RLA, 45 U.S.C. 151, First; 181-182.

29 Sections 2, Ninth; 4 of the RLA; *id.* 152, Ninth; 154. *See, e.g.*, *Switchmen’s Union v. NMB*, 320 U.S. 297, 301, 303, 305 (1943) (NMB has unreviewable authority of designation of appropriate craft or class for bargaining as well as over conducting representation elections).

30 Section 2, Seventh, Section 5, First, Section 6 of the RLA, 45 U.S.C. 152, Seventh, 155, First, 156.

31 Section 2(3) of the NLRA, 29 *id.* 152(3) excludes workers in these two industries from the definition of covered employees.

many aspects of this law, including determination of appropriate bargaining units and enforcement of the rights created by the law against unfair labor practices by employers or unions.<sup>32</sup> The NLRB does not, however, play the same role as the NMB in mediation; the Federal Mediation and Conciliation Service is available to the parties for that purpose.<sup>33</sup> The NLRB has no role akin to the NMB in declaring an impasse to have been reached in bargaining. Under the NLRA, the parties may exercise their rights to use economic weapons against each other without any advance ruling by the agency, although if they act in violation of the NLRA, the agency may afterwards find a violation and impose a suitable remedy, or the other side may be free to resort to otherwise unavailable self-help measures.

If either the NLRA or the RLA is applicable to an employer, that statute applies to the exclusion of any state regulation of the right to organize and bargain collectively, including to a very great extent the right to strike, lockout, boycott, and engage in other non-violent, economic pressure tactics.<sup>34</sup> One limited exception has to do with the location of picket lines and other union activities when they entail trespassing on the employer's property.<sup>35</sup> Violent or coercive strike-related misconduct remains subject to state as well as federal intervention.<sup>36</sup>

Public sector labor law is addressed separately, with legislation at the federal level regarding federal employees, and at the state level regarding state and local government employees.<sup>37</sup> The Federal Service Labor-Man-

32 See Sections 3-6, 9-12, 14 of the NLRA; *id.* 153-156, 159-162, 164.

33 See Sections 201-205 of the LMRA, *id.* 171-175.

34 Many cases hold that federal labor law preempts state regulation of economic weapons. *See, e.g.,* Lodge 76, Machinists v. Wisconsin Emp. Rel. Comm'n, 427 U.S. 132 (1976) (NLRA); Amalgamated Motor Coach Employees v. Wisconsin Emp. Rel. Bd., 340 U.S. 383, 391-92 (1951) (NLRA); UAW v. O'Brien, 339 U.S. 454, 451 (1950) (NLRA); Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal, 394 U.S. 369, 380 (1969) (RLA); California v. Taylor, 353 U.S. 553, 560-61 (1957) (RLA). A separate line of NLRA preemption case law holds that if the matter is arguably protected or arguably prohibited under the NLRA, the NLRB has exclusive jurisdiction over the matter. *See* San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon, 359 U.S. 236, 243-44 (1959).

35 See *Sears, Roebuck & Co. v. San Diego Dist. Council of Carpenters*, 436 U.S. 180 (1978).

36 See, e.g., *Allen-Bradley Local No. 1111 v. Wisconsin Emp. Rel. Board*, 315 U.S. 740, 748-49 (1942); *Jacksonville Terminal*, 394 U.S. at 386; *United Automobile Workers v. Russell*, 356 U.S. 634 (1958); *United Constr. Workers v. Laburnum Constr. Corp.*, 347 U.S. 656 (1954).

37 The exclusion of governmental employers from the definition of "employer" under the NLRA ensures exclusion of these employers from NLRA coverage. Section 2(2) of the NLRA, 29 U.S.C. 152(2). The same definition applies under the LMRA, which includes the national emergency dispute provisions. See Section 501(3) of the LMRA, *id.* 241(3). See, e.g., *Crilly v. Southeastern Pa. Transp. Auth.* 529 F.2d 1355, 1362-63 (3d Cir. 1976).

agement Relations Act (or FSLMRA), covers employees of the federal government.<sup>38</sup> Federal employees have the right to bargain collectively, but only over a limited range of topics, mainly concerned with working conditions, because the federal Congress has by statute set the rules governing most aspects of wages and benefits.<sup>39</sup> The exception here is the U.S. Postal Service, which under the Postal Reorganization Act, is partially subject to the NLRA, albeit without the right to strike or to engage in “other concerted activities for mutual aid or protection.”<sup>40</sup>

Each state has authority over its own public sector collective labor relations, and the states have enacted a wide range of legislation. In the majority of states, collective bargaining legislation covers state employees; many states either include local government employees under the same state laws or include them under separate legislation. Some states instead delegate to the county or city the authority to legislate regarding the collective bargaining rights of their own employees. A few states have no public employee collective bargaining legislation whatsoever; others have none covering state employees, while several have none covering local government employees.<sup>41</sup>

A word is in order here about which activities are covered by public as opposed to private sector labor relations law. In the case of the railways, all railroads operating in interstate commerce or integrated into the interstate railroad system are covered by the RLA, even publicly-

38 Title VII of the Civil Service Reform Act of 1978, 5 U.S.C. 7101-7135.

39 See generally, e.g., Peter B. Broida, *A Guide to Federal Labor Relations Authority Law & Practice, 1979-1989* (3rd ed. 1989).

40 The Postal Reorganization Act (PRA) makes the NLRA applicable to postal service workers to the extent it is not inconsistent with the PRA. 39 U.S.C. 1209. For the most part, the separate PRA provisions regarding protected “employee” status and bargaining units are similar to the usual NLRA rules, and the provisions pertaining to grievance and arbitration procedures are similar to those applicable under Section 301 of the LMRA. See *id.* 1201-1209. However, *id.* 1209(c), provides postal workers with only a truncated version of the rights provided other workers by Section 7 of the NLRA. Postal employees have “the right, freely and without fear of penalty or reprisal, to form, join, and assist a labor organization or to refrain from any such activity”, but no mention is made of any right “to engage in ... concerted activity for mutual aid or protection”. 5 *id.* 7311 applies to postal workers, depriving them of the right to strike. The PRA provides for factfinding, followed by interest arbitration in lieu of the right to strike in collective bargaining disputes. 39 *id.* 1207.

41 See generally, e.g., Martin H. Malin, *Public Employees’ Right to Strike: Law and Experience*, 26 *U. Mich. J. L. Ref.* 313 (1993); *Developments, supra* note 24; Benjamin Aaron, *Unfair Labor Practices and the Right to Strike in the Public Sector: Has the National Labor Relations Act Been a Good Model?* 38 *Stan. L. Rev.* 1097 (1986).

owned carriers.<sup>42</sup> The boundary between public and private does not affect coverage under the RLA. Under the NLRA, however, it is the crucial determinant of statutory coverage.

The public sector includes federal, state, and local government employees, both civil servants and employees of state-run institutions. In many fields, state or local government institutions compete with private non-profit organizations or with private for-profit businesses. Universities, hospitals, and electric utility companies are examples of fields in which the private sector predominates in many regions of the United States. Local mass transit, trash collection and other municipal sanitation services, and even prison management are handled by private enterprise in some places, although in many others, they are governmentally-provided services.

To determine whether an enterprise is public or private, and therefore whether it falls under public sector labor law or under the NLRA, one must determine who owns and manages the enterprise.<sup>43</sup> While there are some complicated borderline cases,<sup>44</sup> most of the time it is fairly clear that the university, hospital, electric power company, or bus company is privately or publicly owned and operated. The privately-owned entity may be heavily regulated, and its prices set by government authority,

42 Sections 1, First; 201 of the RLA, 45 U.S.C. 151, First, 181. See *California v. Taylor*, 353 U.S. 553, 561-67 (1957). See also *United Transp. Union v. L.I.R.R. Co.*, 455 U.S. 678, 690 (1982) (upholding constitutionality). The proviso to Section 1 excludes certain electric railways, operating independently of the interstate railroad system, subject to a judicially unreviewable determination by the Surface Transportation Board (formerly Interstate Commerce Commission) as to whether an electric railway falls within the exclusion. See *Shannahan v. United States*, 303 U.S. 596 (1938). Section 1 also excludes coal companies which operate rail lines exclusively within coal mines, to bring the coal to the regular rail carrier.

43 An entity is a political subdivision of a state, exempt from the NLRA, if it was “either (1) created directly by the state, so as to constitute [a] department or administrative arm of the government, or (2) administered by individuals who are responsible to public officials or to the general electorate. *NLRB v. Natural Gas Utility Dist.*, 402 U.S. 600, 604-05 (1970).

44 Compare, e.g., *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 284-89 (1947) (treating coal miners in mines seized by the federal government as government employees for purposes of Norris-LaGuardia Act); *id.* at 329 (same); and *Natural Gas Utility Dist.*, 402 U.S. 600 (1971) (holding public utility to be “political subdivision” of the state, exempt from NLRA, where utility was governed by board of commissioners appointed by a judge and responsible to state government officials, held governmental power of eminent domain, and was treated as exempt governmental unit for certain tax purposes) with, e.g., *United Mine Workers*, 330 U.S. at 319-21 (Frankfurter, J., concurring in the judgment) (arguing that miners working in federally-seized operation were properly treated as private employees, since under the statute authorizing seizure, the plant operated under same management and labor relations practices as had been the case before seizure).

as is the case with so-called “public utilities”, but the entity is still legally deemed a private enterprise, and subject to the private sector labor law, the NLRA.<sup>45</sup> Even a state governmental seizure of the business will not suffice to transform it into a public entity, exempt from the NLRA, at least unless the government rather than the private owners substantially controls operations.<sup>46</sup>

Once it has been determined that the employer is covered by the NLRA or the RLA, depending on the industry, these employees have the statutory right to strike, even if there are competing public sector institutions, where by federal, state or local government labor relations law, the employees lack the right to strike. The secretaries at a state university, for example, may be prohibited from striking, while the secretaries at the private university across the street have the right to do so under the NLRA.

U.S. Bureau of Labor Statistics 1999 data<sup>47</sup> indicate that the U.S. labor force total 128,450,000, of which 108,450,000 (84%) work in the private sector, and 20,160,000 (16%) work for a governmental employer. Within the public sector, 2,669,000 (2% of the total labor force) are federal employees; 4,695,000 (4% of the total labor force) are state employees, and 12,795,000 (10% of the total labor force) are local government employees. Within the private sector, 6,791,000 (5% of the total labor force) work in the transportation and public utility industries. This number provides some idea of how many private sector employees work in what might be regarded as “essential public services”, although the number is both over—and under— inclusive. It is overinclusive because many employees in these industries are only tangentially related to the delivery of service, and their participation in a work stoppage would have little

<sup>45</sup> See, e.g., *Amalgamated Motor Coach Employees v. Wisconsin Emp. Rel. Bd.*, 340 U.S. 383, 391-92 & nn. 13-15 (1951) (collecting cases and relevant legislative history); *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 222, 224 (1938) (local public utility engages in interstate commerce and is subject to NLRA).

<sup>46</sup> Compare *Division 1287, Amalgamated Motor Coach Employees v. Missouri*, 374 U.S. 74, 82 (1963) (state seizure of public utility insufficient to render it a state enterprise exempt from NLRA) with *United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 287-88 (1947) (federal government post-World War II seizure of coal mines sufficiently rendered the workers federal employees to permit federal court to enjoin miners' strike under implied exemption to Norris-LaGuardia Act for federal employment).

<sup>47</sup> All data in this paragraph are drawn from Bureau of Labor Statistics, *Current Labor Statistics*, 123 *Monthly Lab. Rev.* 53 (Feb. 2000).

effect on the public. The health care industry, on the other hand, is not included in this figure, and many of its workers provide equally vital services.

Another important point about the right to bargain collectively as well as the right to strike is that not all employees have these rights, even if they are employed by an employer covered by the NLRA or the RLA. Managerial and supervisory staff are excluded from the protections of these laws.<sup>48</sup> It is not illegal for them to bargain collectively or to strike, and in some industries, they do so; however, they have no protection under the law.<sup>49</sup> In a few industries, particularly construction, employers traditionally agree to include lower level supervisors within the coverage of collective bargaining agreements. This is a result of historical factors regarding the skilled construction trades, the structure of their benefits plans, and the need of lower level supervisors to maintain their union membership against the chance that they will later work in a non-supervisory position. The arrangement, however, produces some special problems when a strike occurs.<sup>50</sup>

There is a significant difference between private sector workers such as supervisors, managers, and agricultural laborers, who lack the right to strike because they fall outside the categories of employees covered by the NLRA, and public employees under most public sector labor laws. The private sector workers lack an affirmative right to strike, since the statutes do not cover them. If they strike, an employer is free to take

48 Sections 2(3), 2(11) of the NLRA, 29 U.S.C. 152(3), 152(11), defining “supervisor” and excluding such workers from the definition of “employee” protected under the Act; Section 1, Fifth of the RLA, 45 *id.* 1, Fifth (“employee... includes every person in the service of a carrier (subject to its continuing authority to supervise and direct the manner of rendition of his service) who performs any work defined as that of an employee or subordinate official in the orders of the Interstate Commerce Commission...”). See *NLRB v. Yeshiva University*, 444 U.S. 672 (1980) (excluding “managers” from “employee” status under the NLRA); *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974) (same). Note that the Norris-LaGuardia Act contains no similar exclusions from its prohibition against federal courts enjoining the concerted activities of “employees”.

49 See Section 14(a), 29 U.S.C. 164(a). See also, *e.g.*, *Florida Power & Light Co. v. International B’hd of Electrical Workers*, 417 U.S. 790, 812 (1974) (Congress solved the problem of conflicting loyalties of supervisors by giving employers the choice either to demand, under threat of discharge, that their supervisory personnel not participate in or retain membership in a union, or alternatively, to “permit [their] supervisors to join or retain their membership in labor unions, resolving such conflicts as arise through ... collective bargaining”).

50 See, *e.g.*, *Florida Power & Light*, 417 U.S. at 805, 812; *American Broadcasting Cos. v. Writers Guild, West, Inc.*, 437 U.S. 411 (1978); *NLRB v. International B’hd of Elec. Workers*, 481 U.S. 573 (1987).



the self-help measure of firing them. However, the strike itself violates no law. The Norris-LaGuardia Act precludes federal courts from interfering in such a labor dispute.<sup>51</sup> State anti-injunction laws in many states will prevent the state courts, as well, from ordering a halt to the work stoppage. Modern application of nineteenth century state common law tort doctrines imposing damage liability on private sector strikers is unlikely, although this will vary from state to state.

In the public sector, on the other hand, either by statute or by judicial interpretation, many governments have adopted statutes which not only deny employees the right to strike, they affirmatively prohibit public workers from striking.<sup>52</sup> Not only can the employer fire the worker for striking, but depending on the law, the strike may be enjoined by a federal or state court, the worker may be subject to civil or criminal penalties, the union may be subject to civil or criminal penalties, and the union may lose its entitlement to represent the workers.

Federal employees may fare the worst: a union commits an unfair labor practice if it calls or fails to take action to stop a strike by its

51 Section 4 of the Norris-LaGuardia Act, 29 U.S.C. 104, provides, in pertinent part: “No court of the United States shall have jurisdiction to issue any restraining order or temporary or permanent injunction in any case involving or growing out of any labor dispute to prohibit any person or persons participating or interested in such dispute ... from doing, whether singly or in concert, any of the following acts: (a) Ceasing or refusing to perform any work; ... (e) Giving publicity to the existence of, or the facts involved, any labor dispute, whether by advertising, speaking, patrolling, or by any other method not involving fraud or violence; (f) assembling peaceably to act or to organize to act in promotion of their interests in a labor dispute; (g) Advising or notifying any person of an intention to do any of the acts heretofore specified; (h) Agreeing with other persons to do or not to do any of the acts heretofore specified; and (i) Advising, urging, or otherwise causing or inducing without fraud or violence the acts heretofore specified...”. Section 13(c), *id.* 113(c), defines “labor dispute” in exceptionally broad terms, to include “any controversy concerning terms or conditions of employment, or concerning the association or representation of persons in negotiating, fixing, maintaining, changing, or seeking to arrange terms or conditions of employment, regardless of whether or not the disputants stand in the proximate relation of employer and employee”. Sections 13(a) and 13(b), *id.* 113(a), 113(b), in turn, in broadly inclusive terms define when a case is deemed to “involve or grow out of a labor dispute”, and persons or associations deemed to be “participating or interested in a labor dispute”.

52 *See, e.g.,* Aaron, *supra* note 41, at 1097-98. Aaron spells out at some length the range of penalties States impose on unlawful strikers, *See id.* at 1115-18. Malin also details the severe penalties imposed by a few states, especially New York State, and posits that only sanctions so draconian as to be fully effective have much effectiveness at all. *See* Malin, *supra* note 41, at 328-29. Based on his empirical research and a comparison of outcomes between States, Malin concludes that legalizing strikes in the public sector in the U.S. actually reduces, rather than increases the number of strikes which actually occur. *See id.* at 378.

members;<sup>53</sup> the Federal Labor Relations Authority is entitled to seek interim injunctive relief from a federal district court stopping the strike pending the outcome of the unfair labor practice proceedings,<sup>54</sup> at which point a permanent injunction will be entered enforcing the FLRA adjudication; a union may be decertified, meaning it loses its right to represent the workers, for participating in a strike;<sup>55</sup> the striking worker “may not hold or accept a position in the Government of the United States”,<sup>56</sup> which by some has been construed not merely to permit but to require the firing of the striker, by some, to preclude subsequent rehiring of the striker at the same agency, and by a few, to preclude the striker’s rehiring ever, by any federal agency;<sup>57</sup> the striker may be criminally prosecuted for committing a felony by striking;<sup>58</sup> it is possible the union, too, may be subject to criminal prosecution for aiding and abetting the striker in committing a felony.<sup>59</sup> Another provision of the FSLMRA excludes strikers from the definition of “employee”,<sup>60</sup> and labor unions which participate in a strike from the definition of “labor organization”,<sup>61</sup> thereby excluding both from all rights under the statute. Federal employees are also required to take an oath including a commitment not to strike during the term of their employment.<sup>62</sup>

In 1981, President Reagan relied on these provisions to fire some 11,000 striking members of the Professional Air Traffic Controllers Organization (PATCO) who refused to return to work after a forty-eight hour warning, in a watershed event.<sup>63</sup> Few ever got their jobs back.<sup>64</sup> The union was decertified,<sup>65</sup> the strike enjoined,<sup>66</sup> strike leaders threatened with civil and criminal contempt citation and prosecution, as well as

53 5 U.S.C. 7116(b)(7)(A), 7116(b)(7)(B).

54 *Id.* 7105(g)(3).

55 *Id.* 7120(f).

56 *Id.* 7311(3).

57 See Meltzer & Sunstein, *supra* note 24, at 771-72, 781-94.

58 18 U.S.C. 1918.

59 *Id.* 2.

60 *Id.* 7103(a)(2)(B)(v).

61 *Id.* 7103(a)(2)(D).

62 *Id.* 3333.

63 See Meltzer & Sunstein, *supra* note 24, at 761. The entire story is narrated in detail in *id.* at 746-72.

64 See *id.* at 769 n. 174.

65 See *id.* at 759-60.

66 See *id.* at 758.

criminal prosecution,<sup>67</sup> the air traffic controllers replaced by members of supervision, non-strikers, returning strikers, military air traffic controllers, and permanent replacements as fast as they could be trained.<sup>68</sup> Air traffic kept flying, although at a somewhat reduced rate for quite a long time.<sup>69</sup> Many view this event as emboldening not only public sector employers to oppose strikes, but also private employers to use permanent replacement and other strategies to try to break unions (or more politely, to “deunionize”) and operate “union free”.

The vast majority of employees in the United States, however, are not employed in the public sector, and are not subject to statutory prohibitions against striking. Most workers are employed by businesses that fall under either the NLRA or the RLA. Both on that ground, and because, despite significant deviations, the private sector legislation has served as a template for most public sector legislation, the bulk of the attention in this work will be addressed to private sector labor relations law. Part II will briefly review the historical development of U.S. collective bargaining and strike legislation, along with the evolution of the U.S. trade union movement. Part III will summarize the basic features common to the NLRA, RLA, and most if not all public sector labor legislation in the U.S. Part IV will outline the contours of the right to strike under the NLRA and the RLA, including countervailing economic weapons available to the employer, as well as alternative economic pressures workers may bring to bear. Part V, after outlining earlier cases of government intervention into labor-related “emergencies”, will describe the special procedures available under the NLRA for “national emergency disputes”, and the RLA for disputes which threaten “to deprive any section of the country of essential transportation service”. It also will examine utilization patterns for these provisions. Part VI will present some concluding observations.

<sup>67</sup> See *id.* at 758-59.

<sup>68</sup> See *id.* at 761.

<sup>69</sup> See *id.* at 761.

## II. A BRIEF HISTORY OF U.S. COLLECTIVE LABOR RELATIONS LAWS

### A. *The Railway Labor Act*

One may date the modern era of U.S. labor-management relations from the Congressional enactment of the Railway Labor Act of 1926. The statute was intended to bring some stability to the railway industry. Since their completion in the later half of the nineteenth century, the railroads had been subject to major labor disputes and mass work stoppages, disrupting what was then the most vital part of the nation's transportation system. A series of earlier laws had failed to provide a workable process which could yield industrial peace.<sup>70</sup>

The RLA was negotiated jointly by the major employer and trade union organizations in the industry, and adopted by Congress as agreed to by the bargaining partners. Unlike Europe, where legislative proposals by the social partners are not unusual, it is the only instance in the United States of federal adoption of major labor legislation based upon a joint legislative proposal advanced by the opposing economic interest representation organizations.<sup>71</sup>

The RLA provided railway employees with a judicially-enforceable right to organize, that is, freedom of association, the right to bargain collectively through representatives of the employees' own collective choosing, and the right to conclude collective bargaining agreements.<sup>72</sup> The right to strike was implied by the Supreme Court from the structure of collective bargaining as a whole established by the RLA.<sup>73</sup> This Act was later extended to the airline industry,<sup>74</sup> and with certain amendments,

<sup>70</sup> See, e.g., *General Comm. of Adjustment v. M.-K.-T. R. Co.*, 320 U.S. 323, 328-29 & n. 3 (1943); *Texas & N.O. R. Co. v. Brotherhood of Railway Clerks*, 281 U.S. 548, 560-64 (1930).

<sup>71</sup> See *Elgin, J. & E.R. Co. v. Burley*, 325 U.S. 711, 753 (1945) (Frankfurter, J., dissenting); *Burlington N.R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 447 n. 13 (1987).

<sup>72</sup> Section 2, First, Third, Fourth, of the RLA, 45 U.S.C. 2, First, Third, Fourth. See *Virginia R. Co. v. System Fed'n No. 40*, 300 U.S. 515 (1937); *Texas & N.O. R. Co.*, 281 U.S. at 567-70.

<sup>73</sup> The right to "self-help", i.e., strikes, lockouts, and unilateral changes in terms of employment, has been implied by the Supreme Court from the statutory scheme. See, e.g., *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal*, 394 U.S. 369, 378, 384-85, 390, 392-93 (1969) (implying "right to self-help for both unions and employers from statutory scheme as a whole"); *Brotherhood of Railway Clerks v. Florida & E. C. R. Co.*, 384 U.S. 238, 244 (1966) (same).

<sup>74</sup> Sections 201-206, 45 U.S.C. 181-186.

remains in effect today. Because the RLA covers public as well as private employers, virtually the entire industry is covered by the statute.

### B. *The Norris-LaGuardia Act*

In 1932, Congress enacted the Norris-LaGuardia Act.<sup>75</sup> The law was a reaction to decades of abusive federal court intervention into labor disputes, enjoining union strikes, picketing, and boycotts at the behest of employers.<sup>76</sup> It constituted a Congressional recognition that by the very nature of strikes and labor disputes, judicial back-to-work orders overwhelmingly favored the employer. It was also Congress' effort for the second or third time to persuade the U.S. Supreme Court to interpret legislation exempting combinations of workers from federal anti-trust prohibitions as meaning what it said.<sup>77</sup>

The statute is deregulatory rather than regulatory in design. It imposes no duty to bargain, and dictates no structures to support collective bargaining, leaving these matters to be determined on the basis of the economic power of labor and management. Its main provision simply takes the federal courts out of the business of enjoining picketing, boycotts, strikes, and other union activities in labor disputes.<sup>78</sup>

### C. *The Original Wagner Act — the NLRA— and Subsequent Legislation*

In 1935, in the midst of the Great Depression, after earlier attempts towards social partnership and other progressive legislation were struck down by a very conservative U.S. Supreme Court,<sup>79</sup> Congress, with the support of President Franklin Delano Roosevelt, enacted the National Labor Relations Act. The NLRA was intended to provide rights of association and collective bargaining, similar to those railroad and airline employees had under the Railway Labor Act, to most other employees

<sup>75</sup> 29 *id.* 101-115.

<sup>76</sup> The historic work credited with helping to galvanize Congress into enacting the Norris-LaGuardia Act, is Felix Frankfurter & Nathan Greene, *The Labor Injunction* (1930).

<sup>77</sup> See *United States v. Hutchinson*, 312 U.S. 219, 235-36 (1941); *Burlington Northern*, 481 U.S. at 437-39.

<sup>78</sup> See *International Ass'n of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740, 772 (1961); *Burlington Northern*, 481 U.S. at 440 & n. 7.

<sup>79</sup> See *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) (holding unconstitutional the National Industrial Recovery Act of 1933).

in the private sector.<sup>80</sup> The NLRB has authority to make broadly-applicable rules to implement the statute,<sup>81</sup> but it also sits, much like an appellate court, to adjudicate cases arising under the National Labor Relations Act after an initial hearing before an NLRB Administrative Law Judge or Hearing Officer.<sup>82</sup> In practice, because of the strong American common law tradition of case-by-case development of precedent, the NLRB has relied almost entirely upon its adjudicatory powers to develop an intricate set of practical rules elaborating the rights and responsibilities specified under the Act.<sup>83</sup>

The NLRA, as originally enacted, was extremely favorable to workers and unions, providing them only with rights, and no duties, and imposing on management legally-binding duties, but no rights against workers or unions. By the end of World War II, unions had successfully unionized key industries and had become quite powerful. Some said, too powerful.

After the death of President Roosevelt, a Democrat, a Republican-dominated, more conservative Congress overrode a veto by Roosevelt's successor, President Harry Truman, and enacted the Labor Management Relations (or Taft-Hartley) Act of 1947 (LMRA),<sup>84</sup> amending the NLRA. These amendments for the first time imposed duties on unions, and limited the economic weapons they could bring to bear in labor disputes.<sup>85</sup> The most important restrictions constrain unions' ability to strike and boycott other employers in order to put pressure on the particular employer with whom the union has a dispute. National emergency dispute procedures were also enacted as part of the LMRA.<sup>86</sup> Further restrictions on "secondary" pressure tactics, as well as on picketing and strikes aimed at winning recognition of the union as bargaining agent of an employer's employees, were added in the 1959 Labor-Management Re-

<sup>80</sup> See generally, e.g., Walter E. Oberer, Kurt L. Hanslowe, Jerry R. Andersen, & Timothy J. Heinz, *Cases and Materials on Labor Law: Collective Bargaining in a Free Society* 158 (3rd ed. 1986).

<sup>81</sup> Section 6 of the NLRA, 29 U.S.C. 156. See *American Hosp. Ass'n v. NLRB*, 499 U.S. 606, 609-10, 613 (1991).

<sup>82</sup> Sections 9, 10 of the NLRA, 29 U.S.C. 159, 160. See also 29 C.F.R. Part 101 (NLRB Statement of Procedure).

<sup>83</sup> See *American Hosp. Ass'n*, 499 U.S. at 608.

<sup>84</sup> Labor Management Relations Act, popularly known as the Taft-Hartley Act, Pub. L. No. 101, 80th Cong., 1st Sess., 1947.

<sup>85</sup> See generally, e.g., Oberer, et al., *supra* note 80, at 159-160, 163.

<sup>86</sup> 29 U.S.C. 176-180.

porting and Disclosure (or Landrum-Griffin) Act (LMRDA).<sup>87</sup> In 1974, full coverage of health care employers, which had been truncated in the 1947 amendments, was restored, although with several special provisions pertaining only to the health care industry.<sup>88</sup>

The Railway Labor Act was never similarly amended to restrict the use of particular economic weapons. The limitations on secondary economic pressures added to the NLRA do not apply to the RLA.<sup>89</sup>

#### D. *The Decline of Private Sector Unions and the Growth of Public Sector Labor Law*

Throughout most of this period, the ranks of the labor movement were growing. Before passage of the National Labor Relations Act, unions represented about 10% of the American workforce. By the mid-1950s, the trade union movement had reached a peak of 35% or 40% of the workforce. Virtually all of this membership was in the private sector; public sector bargaining was almost unheard of.<sup>90</sup>

Beginning in the late 1950s, this situation began to reverse itself, with some public employees, usually after bitter labor disputes involving illegal work stoppages, persuading the appropriate legislative body to adopt collective bargaining legislation. By the mid-1970s a majority of states, including most of the populous, industrial states, provided legislatively for collective bargaining by at least some public employees. In 1978, Congress passed the Civil Service Reform Act, Title VII of which expanded and codified a previous Executive Order providing collective bargaining rights to most federal employees.<sup>91</sup> Thereafter, the pace of state adoption of public sector bargaining legislation slowed, although it has yet to stop entirely.

In the early 1980s, Illinois and Ohio became two of the final industrial states to adopt broad collective bargaining laws covering most state and

<sup>87</sup> Labor-Management Reporting and Disclosure Act, popularly known as the Landrum-Griffin Act, 704(a), 73 Stat. 542-543.

<sup>88</sup> See *infra* text accompanying notes 192-198, 387-392.

<sup>89</sup> See *Burlington N. R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 448 (1987).

<sup>90</sup> See Paul C. Weiler, *Governing the Workplace* 9, 104, 109 (1990).

<sup>91</sup> Federal Service Labor-Management Relations Act, 5 U.S.C. 7101-7135.

local government employees.<sup>92</sup> In 1992, New Mexico adopted a public sector collective bargaining law, but it was enacted subject to a seven-year sunset provision, and in 1999, the governor thwarted efforts to extend or reenact the law.<sup>93</sup> Maryland became the most recent state to adopt such legislation in 1999.<sup>94</sup> While different commentators classify state labor relations laws differently, some thirty-seven states and the District of Columbia provide collective bargaining rights for at least certain occupations, particularly public school teachers, police and fire fighters, or certain levels of government, such as state or county or city government.<sup>95</sup>

From in the late 1950s onward, private sector union membership steadily declined, while public sector union representation increased.<sup>96</sup> The U.S. Bureau of Labor Statistics estimates that private sector union membership has dropped to about 9.4% of the private sector, non-agricultural labor force,<sup>97</sup> a lower level of union representation than existed before enactment of the NLRA. Recent vigorous efforts by the AFL-CIO to organize more workers have borne some fruit; the trend seems to have halted, although it cannot yet be said to have solidly reversed. The absolute number of union members is rising, but the increase is offset by growth in the size of the total labor force, so the percentage has yet to

<sup>92</sup> See Illinois Public Labor Relations Act, P.A. 83-1012, codified as 5 ILCS 315/1 315/27; ORC Ann. 4117.01 4117.24. See generally Malin, *supra* note 41, at 336-48 (discussing Illinois and Ohio legislation).

<sup>93</sup> The statute was the Public Employee Bargaining Act, N.M. Code Ann. 1998, N.M. Stat. Ann. 10-7D-1 10-7D-26. The governor twice vetoed legislation which would have retained collective bargaining rights for state employees. See William H. Carlisle, *State Employees: New Mexico Governor Vetoes Bargaining Law; Unions Threaten Legal Action To Keep Rights*, 105 Daily Lab. Rep. (BNA) A-5 (June 2, 1999).

<sup>94</sup> Ch. 298, Acts 1999, codified as Md. State Personnel and Pensions Code Ann. 3-101 3-601. The governor had previously issued Executive Order 01.01.1996.13, providing state employees with collective bargaining rights after the legislature failed to enact legislation. See McCulloch v. Glendening, 347 Md. 272, 701 A.2d 99 (1997).

<sup>95</sup> See generally Public Employee Department, AFL-CIO, *Public Employees Bargain for Excellence: A Compendium of State Public Sector Labor Relations Laws* (1993) [hereinafter PED].

<sup>96</sup> See, e.g., Weiler, *supra* note 90, at 9, 109 (crediting Richard B. Freeman, *Contraction and Expansion: The Divergence of Private Sector and Public Sector Unionism in the United States*, 2 J. Econ. Perspectives 63, 64 (1988), for pointing out the significance of the simultaneity).

<sup>97</sup> The data on union membership in this paragraph are taken from Daniel J. Roy, *Leading the News: Unions: Number of Union Members Rose Slightly in 1999, But Percentage Remained Constant*, 13 Daily Lab. Rep. (BNA) AA-1 (Jan. 20, 2000).



go up. 1999 was the first year in quite a while in which the percentage did not decrease.

The proportion of public sector employees represented by a labor union and covered by a collective bargaining agreement has risen to 37.3%, a figure that has changed little over the last decade. A public sector worker today is four times as likely as a private sector employee to be a member of a trade union. The public sector, however, is less than one-fifth of the American labor force. Aggregating public and private sector unionization statistics, about 13.9% of the U.S. labor force belongs to a labor union, and a slightly higher percentage is represented by a union and covered by a collective bargaining agreement.

The severe drop in private sector unionization rates, contrasted with the much higher, and steady level in the public sector, has led to conflicting claims about the causes.<sup>98</sup> One view suggests that the less adversarial form public sector bargaining takes in many places, because of the lack of the right to strike, is a factor in increased union support among the modern generation of employees. Another position urges that increased employer resistance to private sector unionism, seldom politically or economically feasible in the public sector, accounts for a large part of the precipitous decline in private sector unionization, and is one key to the divergence.<sup>99</sup> An essential component is the weakness of the private sector strike weapon in the face of employers' rights to temporarily or permanently replace strikers, to temporarily subcontract their work, and to whipsaw employees with implicit threats of subcontracting or relocation of operations to far away facilities.<sup>100</sup> In any event, the decline in the level of private sector unionization has had the consequence of greatly weakening private sector unions when they attempt to exercise their right to strike, by decreasing public support for strikes

<sup>98</sup> A review of many of these contentions may be found in Weiler, *supra* note 90, at 10-14, 186-93.

<sup>99</sup> Jim Pope, for example, points to the inability of governmental employers to relocate operations to escape from a union, as compared to private employers' ability to use the threat or actuality of capital mobility to thwart unionization, or weaken an existing union. To some degree, however, privatization has in recent years provided an equivalent weapon to public employers for certain types of operations. See also, e.g., Weiler, *supra* note 90, at 111-12, 114, 128-29, 228.

<sup>100</sup> See, e.g., Craig Becker, "Better Than a Strike": *Protecting New Forms of Collective Work Stoppages under the National Labor Relations Act*, 61 *U. Chi. L. Rev.* 351, 353-55 (1994); Paul C. Weiler, *Striking a New Balance: Freedom of Contract and the Prospect for Union Representation*, 98 *Harv. L. Rev.* 351, 354-57, 387-404, 415-419 (1984); Weiler, *supra* note 90, at 231, 263-69.

and increasing the willingness of unemployed workers as well as consumers to cross union picket lines during a strike.

Hard figures shed further light on the extent of the decline in the exercise of the right to strike in the U.S. In 1999, there were fewer major work stoppages than in any year since 1947, when the Bureau of Labor Statistics began collecting data.<sup>101</sup> In all of the United States, in 1999, there were only 17 work stoppages involving 1,000 workers or more, involving 73,000 workers and 2 million work days of idleness. The estimated percentage of time lost owing to stoppages based on preliminary data for Jan.-Oct., 1999, estimate percentage of working time lost owing to stoppages as varying from .00 to .01%. In 1998, there were only 34 work stoppages, with 387,000 workers participating, causing 5,116,000 days of idleness. The estimated percentage of working time lost to owing to stoppages in 1998 was .02%.<sup>102</sup>

Before I turn to the law regarding strikes, let me provide a few basic points about the structure of the U.S. industrial relations system.

### III. THE STRUCTURE OF LABOR-MANAGEMENT RELATIONS IN THE U.S.

The labor-management relations system in the United States is organized, in several key respects, on a different basis than that of most western industrialized countries. First, and foremost, it is premised on an arms-length, adversarial bargaining relationship as the one and only method by which workers can participate in collectively determining wages, benefits, and all manner of terms and conditions of employment.<sup>103</sup> The union is the “exclusive” bargaining agent of the employees.<sup>104</sup> Union

<sup>101</sup> *Economic News: Work Stoppages: Union Work Stoppages Hit New Low in 1999; Only 17 Reported*, BLS Says, 38 Daily Lab. Rep. (BNA) D-4 (Feb. 25, 2000)[hereinafter “*Work Stoppages*”].

<sup>102</sup> *Work Stoppages*, *supra* note 101; Bureau of Labor Statistics, *Current Labor Statistics*, 123 *Monthly Lab. Rev.* 53 (Feb. 1, 2000). These figures include illegal as well as legal strikes, including specifically the 1999 Deroit public school teachers’ strike. See *Work Stoppages*, *supra*.

<sup>103</sup> See Section 8(a)(2) of the NLRA, 29 U.S.C. 158(a)(2); Sections 2(3), 2, Fourth of the RLA, 45 *id.* 2(3), 3, Fourth.

<sup>104</sup> Section 9(a) of the NLRA, 29 U.S.C. 159(a). See RLA Section 2, Fourth, 45 *id.* 152, Fourth (“The majority of each craft or class of employees shall have the right to determine who shall be the *representative* of the craft or class” for collective bargaining purposes under the RLA). See *also*, e.g., J.I. Case Co. v. NLRB, 321 U.S. 332 (1944) (NLRA); *Virginian Ry. Co. v. System*

representatives bargain with management, and conclude collective bargaining agreements. The agreements commonly include provisions covering a wide range of topics, including protections against arbitrary termination of employment without “just cause”, seniority-based order of priority for reductions-in-force, promotions, and job transfers, protection of health and safety in the workplace, working hours, break time, premium pay for overtime work, wages, pensions, and health and disability insurance benefits. In addition, most collective agreements provide for a grievance procedure administered between labor and management. The grievance procedure is the forum for negotiated adjustment, or, failing that, binding arbitration before a private labor arbitrator, to resolve disputes over interpretation and application of the collective bargaining agreement. Under the RLA, instead of a private arbitration, unsettled grievances are adjudicated in an arbitration-like proceeding, before a quasi-administrative tribunal, a board of adjustment.<sup>105</sup>

Thus, there is no division of jurisdiction between a works council, on the one hand, and enterprise, sectoral, or national level collective bargaining on the other hand. No separate entity or structure deals with the employer concerning plant, office, or work site level matters, or regarding participation in resolution of particular topics, such as technological or organizational restructuring. Rather, it is customary to categorize collective bargaining topics as “economic” and “non-economic”, distinguishing between matters such as wages and fringe benefit forms of compensation, on the one hand, and union recognition, dues withholding, union security, a seniority system, and grievance procedures, on the other. However, both are customarily negotiated collectively between labor and management, and embodied in a collective bargaining agreement.<sup>106</sup> These features are characteristic of all U.S. collective labor relations systems: NLRA, RLA, and the public sector regimes.

Fed’n No. 40, 300 U.S. 515 (1937) (RLA); *Elgin, J. & E. Ry. Co. v. Burley*, 325 U.S. 711, 728-29 (1945).

<sup>105</sup> Under the RLA, however, unlike the NLRA, employees have greater individual rights pertaining to the handling of their grievances. See *Burley*, 325 U.S. at 733-34, 738-39.

<sup>106</sup> When bargaining takes places at the corporate level, there often are two levels of collective bargaining agreements: one covering the employer as a whole, entered into with the national union, and one separately negotiated between plant management and the local union, covering only workplace level issues.

Second, the U.S. system provides for a government agency, the NLRB under the NLRA,<sup>107</sup> and the NMB under the RLA,<sup>108</sup> to delineate an appropriate unit for collective bargaining. Most public sector systems which confer collective bargaining rights provide a labor relations agency to determine appropriate bargaining units, or otherwise legislate a dispute resolution process for union recognition issues. The defined unit determines those workers who may vote for a collective bargaining representative and also defines those workers over whose terms and conditions of employment management must bargain. If a union is elected by majority vote as bargaining agent, that union becomes the exclusive bargaining agent for all employees in the defined bargaining unit, regardless of the individual employee's union sympathies.<sup>109</sup> Under both the NLRA and the RLA, fairly standard conventions have developed to establish which job classifications should be grouped together in one bargaining unit, or in RLA parlance, as a "craft or class".

One important difference between the two laws, however, is the prevalence of workplace versus employer-wide bargaining. Under the NLRA, the statute has been construed to create a presumption in favor of the appropriateness of single workplace bargaining units, and a large portion of NLRA collective bargaining takes place at workplace level.<sup>110</sup> Under the RLA, on the other hand, bargaining is normally conducted system-wide; the multi-location integration of operations is the essence of rail and air transportation. In some cases, railroad employers bargain on a system-wide, multi-employer basis with one or more unions. This difference between the usual bargaining structure in transportation and in other industries helps explain differences between the NLRA and the RLA in the design of their respective emergency dispute provisions, as well as the very different rate at which these provisions have been invoked.

<sup>107</sup> Section 9(b) of the NLRA, 29 U.S.C. 159(b).

<sup>108</sup> Section 2, Ninth, 45 *id.* 152, Ninth.

<sup>109</sup> *See* Section 9(a) of the NLRA, 29 U.S.C. 159(a); Section 2, Ninth of the RLA, 45 *id.* 152, Ninth.

<sup>110</sup> Dixie Belle Mills, Inc., 139 N.L.R.B. 629, 631 (1962) (single site unit appropriate despite argument for larger unit); Beaumont Forging Co., 110 N.L.R.B. 2200 (1954) (single site unit appropriate despite argument for smaller units) (construing Section 9(b) of the NLRA, 29 U.S.C. 159(b)). *See also, e.g.*, General Mills Restaurants, Inc., 300 N.L.R.B. 908, 910 (1990); Esco Corp., 298 N.L.R.B. 837, 839 (1990); Kapok Tree Inn, 232 N.L.R.B. 702, 703 (1977).

## IV. THE RIGHT TO STRIKE

### A. *Protected, Unprotected, and Illegal Work Stoppages: Protections and Penalties Depending on the Legal Status of the Strike*

As will become clear shortly, the strike in the United States is often a very weak weapon, because the employer, in most circumstances, lawfully may resort to an array of effective counterweapons, the most important of which is permanently replacing the strikers. On the other hand, when the strike lacks legally protected status, further sanctions may be available to the employer to deter employees from striking or to coerce the union to get the employees back to work. When the union otherwise would have the social, economic and political power to mount an effective strike, rules of law governing the availability of these remedies to the employer or to the government may determine the outcome the labor dispute.

The employees are first and foremost interested in whether the employer can fire them, or through permanent replacement or lockout, deprive them of their jobs for a long period of time. They are also concerned about whether the employer or any injured third party can hold them personally liable for damages suffered because of a strike, although this is uncommon. The union, however, may be just as concerned about the threat of a court order or injunction, commanding the employees to return to work and the union to end the strike.

A brief overview of these legal remedies and sanctions is provided here, as background for more specific examination of particular provisions of U.S. labor law. Bear in mind that there are three, rather than two, possible legal situations: (1) a statute may expressly protect the right to strike against employer interference; (2) a strike may be deemed illegal on the basis of either statute or common law; (3) the strike may be legal but unprotected, *i.e.*, it is not proscribed, but no statutory provision protects the strikers' job entitlements. Caselaw under the NLRA has developed three categories: protected, prohibited, and neither protected nor prohibited.<sup>111</sup> These categories grow out of a context specific

<sup>111</sup> See, *e.g.*, *Lodge 76, Machinists v. Wisconsin Emp. Rel. Comm'n*, 427 U.S. 132 (1976). See also *United Auto Workers, AFL v. Wisconsin Emp. Rel. Bd. (Briggs-Stratton)*, 336 U.S. 245, 265 (1949) (intermittent strike tactics "neither forbidden by federal statute nor was it legalized and approved thereby"). Aaron, *supra* note 41, at 1111 & nn. 106-112, outlines major categories of concerted activities which have been held unprotected by the NLRB or the courts.

to the NLRA and refer broadly to all forms of concerted activity. Nevertheless, these three categories provide a helpful matrix for examining the legal status of strikers under other bodies of U.S. law as well as the NLRA.

### 1. *Risks to the Strikers' Employment*

When a statute affirmatively protects the right to strike, the employer violates the law if it fires or otherwise penalizes the worker for exercising that right. If the employer fires or disciplines the worker, the worker will be able to file charges with the labor relations board,<sup>112</sup> or to go to court,<sup>113</sup> depending on the statute. The worker will win relief including reinstatement to the worker's prior position, and back pay and benefits lost in the interim.<sup>114</sup> The threat to fire workers if they strike also violates the statute.<sup>115</sup> After a strike has ended and the strikers have returned to work, it is illegal for the employer to discriminate against them based on their previous strike activity regarding seniority, work assignments, and other conditions of employment.<sup>116</sup>

When there is no statutorily protected right to strike, however, the employer is free unilaterally to exercise whatever rights it has in dealing

<sup>112</sup> This is the case under the NLRA, see sections 8(a)(1), 8(a)(3), 29 U.S.C. 158(a)(1), 158(a)(3), and under many of the state public sector labor relations laws which are modeled on the NLRA.

<sup>113</sup> Section 2, Third, Fourth, 45 *id.* 152, Third, Fourth. The RLA has no administrative agency charged with enforcing employee rights under the law, and the Supreme Court has found that employee's whose RLA rights have been violated have the right to sue in federal district court. *See, e.g., Texas & N.O. R. Co. v. Brotherhood of Railway Clerks*, 281 U.S. 548 (1930). The RLA also makes these types of violations criminal, if willful, and subject to prosecution by the U.S. Attorney for the district. *See RLA Section 2, Tenth*, 45 U.S.C. 152, Tenth.

<sup>114</sup> *See NLRA Section 10(c)*, 29 U.S.C. 160(c). There is an exception permitting the employer to fire a striker based on serious violence or other misconduct committed by the striker in the course of the strike. However, the employer must be correct in its accusation; a good faith but erroneous belief will be no defense in an unfair labor practice case charging the employer with unlawfully interfering with the employee's right to strike. *NLRB v. Burnup & Sims, Inc.*, 379 U.S. 21 (1964).

<sup>115</sup> *See, e.g., Victor's Café 52, Inc.*, 321 N.L.R.B. 504 (1996); *American Freightways Co.*, 124 N.L.R.B. 146 (1959).

<sup>116</sup> *See, e.g., NLRB v. Erie Resistor Corp.*, 373 U.S. 221 (1963) (award of twenty years of superseniority to nonstrikers unlawful). *See also NLRB v. Great Dane Trailers, Inc.*, 388 U.S. 26 (1967) (unlawfully discriminatory to pay earned vacation pay to non-strikers but not strikers while strike in progress).

with the employees. In every state except Montana,<sup>117</sup> the private sector employer is entitled to a presumption that the relationship is one of employment-at-will. This means that the employer is free to terminate the employee with or without cause, and without notice. Of course, an employer may have contracted away this right. Collective bargaining agreements normally require an employer to establish just cause for the termination, but in the private sector, relatively few unrepresented employees have express or implied employment contracts restricting the employer's right to discharge. Absent a statute ensuring the right to strike, most employees in the U.S. may be fired or disciplined in the unfettered discretion of their employer.

There are two important legal differences between the situations of protected strikes and legal, but unprotected strikes: one primarily affects the employees and the other primarily affects the union. For the employees, the difference between a strike that is legally protected, and one that is not illegal but is unprotected, depends on how fast employee turnover occurs in the workplace. As will be spelled out more fully shortly, even when a strike is legally protected, the employer may in most cases permanently replace the strikers. The permanently replaced strikers retain the status of employees,<sup>118</sup> and have the right to return to work as vacancies occur.<sup>119</sup> The faster the turnover of employees, the shorter the time the strikers risk being off work, awaiting reinstatement. The lower the rate of turnover, the greater the risk the employees will never get their jobs back, since eventually, they will accept employment with other firms, severing their entitlement to rehiring by the struck employer. In that case, from the employees' point of view, they might as well have been fired.

For the union, the difference is that if the employer has the right to fire the strikers, the union risks losing representation rights almost immediately, since in any subsequent representation election, the strikers

<sup>117</sup> Montana has adopted the Montana Wrongful Discharge from Employment Act. Mont. Code Ann. 39-2-901 39-2-909, Section 4(2) of which characterizes a discharge as "wrongful" if, *inter alia*, "the discharge was not for good cause and the employee had completed the employer's probationary period of employment". Remedies include damages, but not reinstatement.

<sup>118</sup> Section 2(3), 29 U.S.C. 152(3) (1982), defines "employee" as including "any individual whose work has ceased as a consequence of, or in connection with, any current labor dispute ... and who has not obtained any other regular and substantially equivalent employment".

<sup>119</sup> See *Laidlaw Corp.*, 171 N.L.R.B. 1366 (1968), *enfd*, 414 F.2d 99 (7<sup>th</sup> Cir. 1969); *NLRB v. Fleetwood Trailer Co.*, 389 U.S. 375 (1967).

will have no voting rights. When the strikers have been replaced but are entitled to return to work as vacancies arise, they have prolonged voting rights in any representation elections that may occur. Under the NLRA, they retain voting rights for up to a year after the strike has commenced.<sup>120</sup>

These rules do not apply in quite the same way in the public sector. Even under the NLRA, there is some question as to whether there are any forms of work stoppage that fit into the “neither protected nor prohibited” category.<sup>121</sup> The same question arises separately under the RLA and under each state public sector law providing for a right to strike. In the public sector, the issue is compounded by the fact that most state laws permitting strikes, include restrictions applicable to specified categories of “essential” workers, or for strikes which pose threats to the public health or safety. Public workers are more likely than their private sector counterparts to be striking under illegal or doubtfully legal circumstances, so one might think they would be highly vulnerable to termination of employment.

In the public sector, however, there are often also civil service, teacher tenure, and other laws which abrogate employment-at-will and provide some form of “good cause” prerequisite for employee dismissal. In addition, constitutional due process requirements as well as the procedural provisions of civil service and tenure laws, may require the employer to exhaust lengthy, complex administrative procedures as a pre-condition to terminating returned strikers. In the public sector, therefore, even when a strike is clearly not protected by statute, the employer may find itself legally unable to fire the strikers.<sup>122</sup> In addition, in a few states, it appears that the labor relations act statutory language may prohibit the public employer from permanently replacing legally protected strikers.<sup>123</sup> Fi-

120 NLRA Section 9(c)(3), 29 U.S.C. 159(c)(3) (“Employees engaged in an economic strike who are not entitled to reinstatement shall be eligible to vote... in any election conducted within twelve months after the commencement of the strike”). See, e.g., *Wahl Clipper Corp.*, 195 N.L.R.B. 634 (1972). Analogous rights under state laws and the RLA vary.

121 See, e.g., *Lodge 76, International Ass’n of Machinists v. Wisconsin Emp. Rel. Comm’n*, 427 U.S. 132 (1976).

122 See Janet Resetar, *Comment: The Louisiana Teachers’ Tenure Act Protection from Dismissal for Striking Teachers?* 47 *La. L. Rev.* 1333 (1987) (Louisiana). This is, of course, aside from the political difficulties such firings may entail.

123 See Malin, *supra* note 41, at 340 (Illinois); *id.* at 315 n. 11 (employer refusal to engage in “nonmandatory” factfinding or who declines to accept “non-binding” recommended settlement of factfinder is precluded from permanently replacing strikers in any ensuing strike).



nally, public employees seem to be more successful than their private sector counterparts in getting away with outright illegal, rather than merely unprotected strikes. Several studies have found a fairly high rate of illegal public sector strikes resulting in collective bargaining agreements and minimal sanctions against the strikers.<sup>124</sup>

## 2. *Risks to Employees and Unions Of Monetary Damage Liability*

When labor market forces or legal rules minimize the risk of termination or replacement, one might think the legal status of the strike would be unimportant. It is in these circumstances, however, that the line between legality (regardless of protected or unprotected status) and illegality of the strike may matter. One risk is that the employer may sue and recover damages for operational losses suffered because of an illegal strike, either recovering from the union or the employees. This is seldom a major concern, however.

For employees covered by the NLRA, Section 301(b) of the LMRA<sup>125</sup> treats the trade union in a fashion equivalent to that of an incorporated entity, insulating individual members against liability for contract violations committed by the union.<sup>126</sup> Even when employees engage in a “wildcat strike”, against the instructions of the union, they cannot be held personally liable for damages for breach of the no-strike clause of the contract.<sup>127</sup> Section 303 of the LMRA provides employers, as well as their injured business partners, with a federal court cause of action when the union employs secondary strikes, picketing and boycott tactics in violation of Section 8(b)(4), but there, too, liability is limited to the

<sup>124</sup> See, e.g., Malin, *supra* note 41; Janet Currie & Shena McConnell, *The Impact of Collective Bargaining Legislation on Disputes in the U.S. Public Sector: No Legislation May Be the Worst Legislation*, 37 *J. Law & Econ.* 519 (1994).

<sup>125</sup> 29 U.S.C. 185(b). This provision permits a union to sue or be sued as an entity in federal courts. It further instructs, “[a]ny money judgment against a labor organization in a district court of the United States shall be enforceable only against the organization as an entity and against its assets, and shall not be enforceable against any individual member of his assets”. This statutory language was inserted by Congress in preclude a future judicial decision akin to the notorious *Danbury Hatters* case, *Loewe v. Lawlor*, an early anti-trust treble damage action in which union members were held liable for an employer’s losses caused by the union-directed boycott of its hats, resulting in many of them losing their homes. See *Complete Auto Transit, Inc. v. Reis*, 451 U.S. 401, 406-07 & 407 n. 6 (1981).

<sup>126</sup> See *Atkinson v. Sinclair Refining Co.*, 370 U.S. 238, 248 (1962).

<sup>127</sup> See *Complete Auto Transit*, 451 U.S. at 407-08, 415.

union itself.<sup>128</sup> The Supreme Court has held that Section 303 itself, as well as other aspects of the NLRA, evidences Congressional intent to permit no other damage remedies to employers for secondary strike activity whether it is illegal or merely unprotected under the NLRA.<sup>129</sup> Because both protected and prohibited forms of concerted activity fall under the exclusive jurisdiction of the NLRB, which awards no damages to employers, state courts as well as federal courts are preempted from awarding damages to businesses injured by a strike, except compensatory damages, against the union alone, awardable under Section 303.<sup>130</sup> Employees, therefore, are wholly insulated from liability for strikes and other concerted activity so long as they do not commit criminal acts of violence, sabotage, or vandalism.

Union liability, on the other hand, can only be imposed for acts of the union itself, not for unauthorized acts of its members. Union members are not employees of the union, so the usual rule of vicarious liability of the employer for the acts of its agents, its employees, does not apply. Union officers and employees are agents of the union, for whose acts it may be held liable, but pursuant to provisions of both the LMRA and the Norris-LaGuardia Act<sup>131</sup> the union is not responsible for the acts of

<sup>128</sup> 29 U.S.C. 187. See *Complete Auto Transit*, 451 U.S. at 413-14.

<sup>129</sup> See *Local 20, Teamsters v. Morton*, 377 U.S. 252, 258-60 (1964); *San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon*, 359 U.S. 236 (1959).

<sup>130</sup> *Morton* limits the remedies for secondary economic pressures as stated in text. As to other forms of concerted activity, if the activity is neither protected nor prohibited by the NLRA, state claims are preempted under “*Machinists* preemption”, which actually dates back to *Morton*. See, e.g., *Local 20, Teamsters v. Morton*, 377 U.S. 252, 258 (1964) (holding that LMRA preempts state torts causes of action based on secondary strike activity whether unlawful or simply unprotected under the NLRA); *Golden State Transit Corp. v. City of Los Angeles*, 475 U.S. 608 (1985) (state may not intervene or disrupt the balance between contending economic forces, even if a party uses weapons neither protected nor prohibited under the NLRA); *International Ass’n of Machinists v. Wisc. Emp. Rel. Comm’n*, 427 U.S. 132 (1976). As to strikes and other economic weapons arguably protected or arguably prohibited by the NLRA, non-NLRA remedies are likewise precluded, under the *Garmon* preemption doctrine. See, e.g., *Wisconsin Dep’t of Indus. v. Gould, Inc.*, 475 U.S. 282 (1986); *San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon*, 359 U.S. 236 (1959).

<sup>131</sup> Section 301(b) of the LMRA, 29 U.S.C. 185(b), in pertinent part provides that “any labor organization” and “any employer ... shall be bound by the acts of its agents”. Section 301(e) instructs courts to apply common law agency principles to the interpretation of section 301(b). See, e.g., *Carbon Fuel Co. v. United Mine Workers*, 444 U.S. 212, 216 (1979). Section 6 of the Norris-LaGuardia Act, id. 106, provides: “No officer or member of any association or organization, and no association or organization participating or interested in a labor dispute, shall be held responsible or liable in any court of the United States for the unlawful acts of individual officers, members, or agents, except upon clear proof of actual participation in, or actual authorization of,

mere members, unless the union ratifies the acts or has itself induced or participated in them. An international union may not be held liable for the acts of its local union, absent authorization or control sufficient to render the local its agent.<sup>132</sup> The Norris-LaGuardia Act language requires “clear proof” that the acts upon which liability is predicated were actually participated in or authorized before the fact by the union, or that the union ratified them after the fact. The Norris-LaGuardia rule creates a heightened standard of proof of agency, and applies to all liability claims growing out of a labor dispute, including torts claims and anti-trust claims, as well as labor law violation. However, the provision, by its own terms, applies only to suits in federal courts.

Damage liability for either union or worker has seldom been litigated in cases subject to the RLA.<sup>133</sup> A 1992 federal Sixth Circuit Court of Appeals decision held, over a vigorous dissent, that neither union nor employees could be sued for damages caused to their employer by a strike over what the union had contended was a major dispute. The strike had eventually been held to be over a minor dispute, which meant the strike violated the RLA. The court noted that in the history to that date of the statute, no court in an officially published opinion had ever permitted an award of damages against a union for an unlawful strike.<sup>134</sup> As the dissenting judge noted, “[r]ailways often drop their damage claim against unions after receiving injunctive relief”.<sup>135</sup> The court cited one unofficially published district court decision allowing recovery of damages against a union for an unlawful strike, which had been reversed

such acts, or of ratification of such acts after actual knowledge thereof”. See *Brotherhood of Carpenters v. United States*, 330 U.S. 395, 401 (1947); *Ramsay v. United Mine Workers*, 401 U.S. 302 (1971).

132 In *United Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715 (1966), the Supreme Court held that an international union could not be held liable for tortious actions committed by one of its local unions unless the employer presented “clear proof” of “participation, authorization, or ratification” by the international union. Cf. *NAACP v. Overstreet*, 384 U.S. 118 (1966) (On the basis of the First Amendment, holding that the relationship between national civil rights organization and one of its branches was insufficient to impute liability to national body for actions of its branch).

133 See *CSX Transp., Inc. v. Marquar*, 980 F.2d 359, 376 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) (Batchelder, J., dissenting).

134 *Id.* at 379, 380. See also *id.* at 375 (Batchelder, J., dissenting).

135 *Id.* at 376.

on other grounds on appeal.<sup>136</sup> Two previous federal appellate decisions had rejected claims for damage remedies when unions unlawfully struck in major disputes before exhausting the negotiation and mediation process, in violation of RLA *status quo* requirements.<sup>137</sup> The Sixth Circuit majority explained that “courts have not permitted the railroads and unions to use the club of damages against each other”, because they “threaten the delicate balance” intended by the statute to “facilitate collective bargaining and to achieve industrial peace”.<sup>138</sup> While the legal issue is hardly settled, the rarity of such cases indicates that the risk of damage liability against either striking workers or unions under the RLA is minimal.

In the public sector, a number of courts have balked at employers’ and businesses’ efforts to win damages for illegal strikes, not only preventing employers from reaching individual employees’ assets but hindering them from suing the union for damages as well. However, public sector unions and their members fall outside the shelter provided by Section 301 of the LMRA and the NLRA preemption doctrines. As a result, their exposure to liability appears to depend on the vagaries of state law, which varies considerably from state to state.<sup>139</sup> There remains an unforeclosed argument that the Norris-LaGuardia Act, with its limitations on imputing liability to a union for the acts of its members, applies to state and local government employee unions, although the Supreme Court’s decision holding that the federal government and its employees are excluded from Norris-LaGuardia decreases the chances of such a holding.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> *Id.* at 381 n. 31 (citing *Denver & R.G.W. R. Co. v. Brotherhood of Railroad Trainmen*, 58 L.R.R.M. (BNA) 2568 (D. Colo. 1965), *rev’d on other grounds*, 367 F.2d 137 (10<sup>th</sup> Cir.1966), *rev’d*, 387 U.S. 556 (1967)). Such an opinion is not normally regarded as precedential.

<sup>137</sup> *Louisville & N. Ry. Co. v. Brown*, 252 F.2d 149 (5<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 356 U.S. 949 (1958); *Burlington N. Ry. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 961 F.2d 86 (5<sup>th</sup> Cir. 1992), *cert. denied*, 506 U.S. 1071 (1993). *See also* *National Airlines, Inc. v. Airline Pilots Ass’n Int’l*, 431 F. Supp. 53, 54 (S.D. Fla. 1976) (damages not available to air carrier for union’s violation of Section 2, “First duty to exert every reasonable effort to avoid interruption of service”).

<sup>138</sup> *CSX*, 980 F.2d at 380 (quoting *International B’hd of Elec. Workers v. Foust*, 442 U.S. 42, 47 (1979)). *See also id.* at 381-82.

<sup>139</sup> *See, e.g., Crilly v. Southeastern Pa. Transp. Auth.*, 529 F.2d 1355, 1361-62 (3d Cir. 1976).

<sup>140</sup> *See United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1947). Virtually no federal court cases have been brought involving state or local government employee labor disputes, in which Norris-LaGuardia could be asserted as a defense. In *Bowman v. Township of Pennsauken*, 709 F. Supp. 1329, 1336 (D.N.J. 1989), the matter involved the employees’ right to work in a second job

On the other hand, a few public sector laws specify concrete and draconian monetary penalties for illegal work stoppages. Some also subject the union to loss of its status as bargaining agent. These provisions, which are often extremely effective in choking off strike activity, are discussed further in Part VI regarding public employees' right to strike.

### 3. *Injunctive Relief*

A court order requiring the union and its members to end the strike and return to work may be the most powerful remedy against a strike, and is often the one of greatest concern to the union. This is especially true as to federal court orders; only to a lesser extent, do unions perceive state judicial injunctions as posing a similar threat.

It is not that workers in the United States have extraordinary respect for the courts, but rather that the courts wield some extremely powerful sanctions to back up their orders. Federal courts may hold in contempt of court anyone—union, worker, or other person—who knowingly violates a court order. Without going into great detail, there are two types of contempt citation: civil or criminal.<sup>141</sup> The same conduct violating a court order may be the basis for both types of contempt findings at once.<sup>142</sup>

during off-duty hours, but the employees' claim was pled on the basis of a violation of their constitutional rights under 42 U.S.C. 1983. The court summarily dismissed the employer's contention that Norris-LaGuardia precluded an award of injunctive relief on grounds that the matter was not a "labor dispute" but rather, a constitutional rights case, without focusing on whether it applied to a public employer. Since the RLA covers public as well as private railroads, a holding that Norris-LaGuardia did not apply to public employers would lead to a two-tier RLA system. Courts adjudicating injunction issues under the RLA has simply assumed applicability of Norris-LaGuardia to local governmental entities. *See, e.g.,* Southeastern Pa. Transp. Auth. v. Brotherhood of Railroad Signalmen, 708 F. Supp. 659, 662 (E.D. Pa.), *aff'd*, 882 F.2d 778 (3d Cir. 1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1044 (1990). Those few courts have examined the question have followed a portion of the reasoning in *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1947), and held that state or local governments are not "persons" subject to Norris-LaGuardia. *See* USX Corp. v. Pennsylvania Dep't of Lab., 643 F. Supp. 1567, 1571 (M.D. Pa. 1986); *Almacs, Inc. v. Hackett*, 312 F. Supp. 964 (D.R.I. 1970); *Lake Mich. Coll. Fed'n of Teachers v. Lake Mich. Comm. Coll.*, 390 F. Supp. 103, 135 (W.D. Mich. 1974), *rev'd on other grounds*, 518 F.2d 1091 (6<sup>th</sup> Cir. 1975), *cert. denied*, 427 U.S. 904 (1976).

<sup>141</sup> *See* *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1947); *United Mine Workers v. Bagwell*, 512 U.S.821 (1994). There are important procedural differences between the two, however, which need not be addressed here.

<sup>142</sup> *See* *United Mine Workers*, 330 U.S. at 298-300.

Civil contempt citation has two objectives: to compensate the complaining party for losses caused by the non-compliance and to coerce the violator to comply with the court order.<sup>143</sup> Relief aimed at compensation can include a fine in the amount of proven losses payable to the injured party.<sup>144</sup> Relief aimed at coercing compliance on the other hand, should take no account of losses suffered by injured parties. Rather, the court should consider “the character and magnitude of the harm threatened by continued contumacy, and the probable effectiveness of any suggested sanction in bringing about the result desired”.<sup>145</sup> In these cases, it is appropriate for the court to take account of the union’s financial resources in considering the likely effectiveness of the contempt order.<sup>146</sup>

Sentences for criminal contempt are intended to vindicate the authority of the court, and are punitive in nature.<sup>147</sup> They may include fines payable to the government treasury, and as to individual defendants, they may include imprisonment.<sup>148</sup> In deciding whether and how much to fine the contemnor, the trial judge must consider “the extent of the willful and deliberate defiance of the court’s order, the seriousness of the consequences of the contumacious behavior, the necessity of effectively terminating the defendant’s defiance as required by the public interest, and the importance of deterring such acts in the future”.<sup>149</sup> Fines for contempt of court are often set on a per day basis, continuing to accumulate until the workers return to work, or otherwise cease their prohibited conduct. The level at which the fines are set may be aimed at bankrupting the union leader or the union treasury within a matter of days if compliance is not rapid.<sup>150</sup>

The historic United Mine Workers strike shortly after the end of World War II, while the federal government was still in control of the coal mines,<sup>151</sup> provides an extreme example. The union and its president, John

143 *Id.* at 303-04; *Bagwell*, 512 U.S. at 827.

144 *United Mine Workers*, 330 U.S. at 304; *Bagwell*, 512 U.S. at 834.

145 *See United Mine Workers*, 330 U.S. at 304. However, only criminal contempt may be available to punish noncompliance (hence coerce compliance) in cases involving out-of-court disobedience to certain types of complex injunctions. *See Bagwell*, 512 U.S. at 834, 835-36, 838.

146 *United Mine Workers*,

147 *See, e.g., Bagwell*, 512 U.S. at 827.

148 *United Mine Workers*, 330 U.S. at 302-303.

149 *Id.* at 303.

150 *See, e.g., id.* at 375 (Frankfurter, J., concurring).

151 The government had taken possession of the mines under the authority of the War Labor Disputes Act. *See id.* at 262 & n. 1.

L. Lewis, were held in contempt by the district court, when the union had already, for 15 days, refused to comply with the court's injunction. The judge imposed a fine of \$10,000 against the union president, and \$3,500,000 against the union. On appeal, the U.S. Supreme Court reduced the fine against the union to \$700,000, as a penalty for past violation of the court order. The remaining \$2,800,000, however, was retained as a conditional fine, should the union fail within the next 5 days to fully comply with the court order.<sup>152</sup> These were immense fines in 1947 dollars, but the union and its president had directly challenged the authority of both the U.S. President and the federal court system. The miner's strike had threatened to bring not only the coal mining industry but the entire national economy to a halt, just at the beginning of the transition from a war-time economy back to a peace-time economy.<sup>153</sup>

In a more recent example, long after a state trial court issued an injunction prohibiting their conduct, the United Mine Workers persisted in a massive campaign of civil disobedience in a major labor dispute with some coal mine operators. Their actions included sitting in, obstructing ingress and egress, and mass picketing, as well as occasional threats of violence and seeding the road with objects causing blow-outs on tires of vehicles of the company and those of its employees working during the strike.<sup>154</sup> The court eventually imposed fines on the union totaling \$64 million,<sup>155</sup> although the Supreme Court in the end struck down the fines because the matter had improperly been adjudicated as a civil, rather than criminal contempt proceeding, depriving the union of its right to trial by jury.<sup>156</sup>

A federal trial court judge has great discretion in contempt of court proceedings, as well as in most types of injunction proceedings.<sup>157</sup> State court judges often are conferred with similar discretion, although in some states, public sector labor relations statutes constrain that discretion by listing criteria or factors controlling injunction or contempt proceed-

<sup>152</sup> *Id.* at 304-05.

<sup>153</sup> *See id.* at 265-68, 289-90, 303, 305-07; *id.* at 311 (Frankfurter, J., concurring in the judgment).

<sup>154</sup> *Bagwell*, 512 U.S. at 823.

<sup>155</sup> *Id.*

<sup>156</sup> *Id.* at 837-38.

<sup>157</sup> *See United Mine Workers*, 330 U.S. at 303. The court's discretion is much less, however, in national emergency dispute injunction proceedings. *See infra* Part V.B.

ings.<sup>158</sup> Differences among members of the judiciary, as well as differences in the law, therefore, affect the expectations of unions and employers regarding the likelihood and degree of strictness of injunctive enforcement of a strike prohibition, as well as the severity of any sanctions imposed in the event of contempt of court.

Federal judges are appointed by for life by the President, with the advice and consent of the Senate. The lifetime appointment is designed to insulate them from political pressures and other extra-legal considerations. There are limited opportunities for federal district judges to be elevated to the courts of appeals, scarcely any opportunities for federal appellate court judges to be appointed to the Supreme Court, and relatively few members of the federal judiciary who abandon it for subsequent careers as practicing lawyers, law professors, or political officials. There are few influences which might sway a federal judge other than his or her view of the appropriate handling of a case. Because of the severity of the potential sanctions, private sector unions today rarely commit extended violations of federal court injunctions, and are to some extent discouraged at the outset from engaging in illegal strikes, picketing and boycotts when such acts may subject them to a federal court injunction.<sup>159</sup>

The state judiciary, on the other hand, in most states hold office for a fixed, fairly lengthy term, but not for life. In many states, they must run periodically for re-election, or they may be initially appointed by the governor, subject to a vote of confirmation by the general electorate at a later election. Many state judges hope for elevation to a higher bench or to a federal judgeship, and it is not unusual for judges to leave the state courts for political office, appointed positions, legal practice, or business opportunities. They tend to be much more attuned to the political and social ramifications of enjoining a strike, particularly if the strikers and their friends and families will compose an important part of the electorate who will vote on the judge's continuation in office.<sup>160</sup> When confronted with a public employer's request for an injunction, these judges are likely to use the threat of an adverse ruling against both em-

<sup>158</sup> See Aaron, *supra* note 41, at 1116-17.

<sup>159</sup> *But cf.* Aaron, *supra* note 41, at 1100 (suggesting that the NLRA secondary activity restrictions have had little effect on union behavior).

<sup>160</sup> Marty Malin also makes this point. See generally Malin, *supra* note 41.



ployer and union, in an attempt to mediate a settlement, thereby avoiding enjoining the illegal strike.<sup>161</sup> Unions are less likely to fear the issuance of an injunction in the first place from a state court, and their concern about contempt sanctions for violations of court orders will vary considerably depending on the locality as well as the particular judge.

### B. *Norris-LaGuardia and Anti-Strike Injunctions*

The Norris-LaGuardia Act of 1932 prohibits the federal courts from issuing court orders to end or prevent a strike at the request of a private employer.<sup>162</sup> Although the matter is often ignored, it remains an open question whether Norris-LaGuardia should affect state courts' authority to issue injunctions in labor disputes.<sup>163</sup>

In several ways, the Norris-LaGuardia Act responds to Congressional frustration with prior Supreme Court construction undermining the effect of earlier federal anti-injunction provisions. First, the law does not merely substantively preclude federal courts from issuing injunctions in labor disputes; it removes the courts' jurisdiction to do so. In other words, it takes labor disputes as a subject matter outside the competence of the federal courts to issue injunctive orders. In clear-cut cases, the union need not obey the order, since it is void *ab initio*.<sup>164</sup> In more uncertain cases, however, the union risks contempt of court sanctions, although if it prevails on the merits as to the proper construction of Norris-

<sup>161</sup> See, e.g., *id.*

<sup>162</sup> Sections 1, 4, 29 U.S.C. 101, 104 (1992). "The Norris-LaGuardia Act expresses a basic policy against the injunction of activities of labor unions". *International Ass'n of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740, 772 (1961). See also, e.g., *Burlington N.R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429 (1987); *Amazon Cotton Mill Co. v. Textile Workers Union*, 167 F.2d 183, 189 (4<sup>th</sup> Cir. 1948). Under the NLRA, an important exception has been created by judicial interpretation when a strike occurs while a collective bargaining agreement is in effect, grows out of a dispute over an arbitrable matter, and is in violation of a no-strike clause. See *Boys Mkts., Inc. v. Retail Clerks Union, Local 770*, 398 U.S. 235 (1970). The analogous exception under the RLA prohibits strikes over minor disputes and permits courts to enjoin them. See *supra* note 16 and accompanying text. Under the NLRA, however, even during the term of an agreement with a no-strike clause, because a sympathy strike occurs over a non-arbitrable matter (a dispute between the employer and a different union), the matter is not subject to injunctive relief under the *Boys Markets* doctrine. See *Buffalo Forge Co. v. United Steelworkers*, 428 U.S. 397 (1976).

<sup>163</sup> See *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 394 U.S. 369, 383 n. 18 (1969); *Avco Corp. v. International Ass'n of Machinists*, 390 U.S. 557, 560 n. 2 (1968).

<sup>164</sup> See *United States v. United Mineworkers*, 330 U.S. 258, 293 (1947).

LaGuardia, no civil contempt sanctions will stand for the violation of an invalid court order.<sup>165</sup>

Second, Section 4 does not just state that all forms of non-violent, concerted activity by workers are protected against judicial intervention, rather, it exhaustively details virtually every conceivable form of union activity to preclude any narrowing construction. Third, Section 13 defines “labor dispute”, “case[s] involv[ing] or grow[ing] out of a labor dispute”, and “person[s] or association[s] ... interested in a labor dispute” in the broadest terms conceivable, covering economic pressures aimed at one employer to win a dispute with another, and alliances for mutual support among workers across the spectrum of unionized labor, as well as similarly broad alliances on the employer side. This “class warfare” language was aimed at avoiding a narrow interpretation similar to the Supreme Court’s construction of Section 20 of the Clayton Act,<sup>166</sup> which had eviscerated the provision’s restrictions on federal court injunctions in labor disputes, by holding that only labor tactics between the directly involved employer and employees were covered.<sup>167</sup>

Exceptions have since been either legislatively or judicially carved out of this statute for injunctions against strikes by federal employees,<sup>168</sup> for RLA injunctions to effectuate statutory prohibitions against striking or changing conditions of employment except over major (interest) disputes after compliance with notice, negotiation, and mediation requirements of the Act,<sup>169</sup> for NLRB-initiated injunction proceedings under the NLRA,<sup>170</sup> for injunction proceedings initiated by the U.S. Attorney General under the LMRA national emergency dispute provisions,<sup>171</sup> and for injunctions to ensure compliance with an express or implied no strike clause contained in a collective bargaining agreement, while it is in force.<sup>172</sup>

<sup>165</sup> *Id.* at 294-97.

<sup>166</sup> Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921).

<sup>167</sup> *See, e.g.*, Burlington N.R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees, 481 U.S. 429, 437-39 (1987); United States v. Hutcheson, 312 U.S. 219, 235-36 (1941).

<sup>168</sup> United States v. United Mineworkers, 330 U.S. 258 (1947).

<sup>169</sup> *E.g.*, Detroit & T.S.L.R. Co. v. United Transp. Union, 396 U.S. 142 (1969) (major disputes); Brotherhood of Railroad Trainmen v. Chicago R. & I. R., 353 U.S. 30, 39, 42 (1957) (minor disputes).

<sup>170</sup> Section 10(h) of the NLRA, 29 U.S.C. 160(h). *See, e.g.*, Muniz v. Hoffman, 422 U.S. 454 (1974).

<sup>171</sup> Section 208(b) of the LMRA, 29 U.S.C. 178(b).

<sup>172</sup> Boys’ Mkts, Inc. v. Retail Clerks Union, Local 770, 398 U.S. 235 (1970).

Nevertheless, in disputes over interests, the Norris-LaGuardia Act remains a powerful force precluding federal courts from interfering with employees' exercise of the right to strike.

The Norris-LaGuardia Act constitutes recognition in federal labor relations policy that “[a]n injunction does not settle a dispute it simply disables one of the parties”.<sup>173</sup> Especially significant for purposes of the present inquiry, it is the Norris-LaGuardia Act which ensures that no federal court will issue an injunction to a private employer or a third party against a strike by workers whose union has complied with the statutory procedural prerequisites to a strike in accordance with the NLRA or RLA, no matter how “essential” the employees are claimed to be.<sup>174</sup> The only exceptions as to interest disputes entail that the federal government request an injunction, rather than the employer.

Norris-LaGuardia was also intended to end a wide range of abuses of judicial process that had become common in federal court labor injunction proceedings. Under Norris-LaGuardia, if the employer can present specific allegations of violence, obstruction of entry or exit to the plant, or mass picketing, the federal court can exert jurisdiction, provided the employer can also show that the local police cannot or will not adequately protect its premises.<sup>175</sup> However, the court may not issue orders *ex parte*, or without an adequate opportunity for the union to present evidence controverting the employer's claims, nor may the employer rely on hearsay and other forms of inadmissible evidence to support its contentions.<sup>176</sup> Any injunctions issued must be narrowly tailored to avoid interference with lawful strike activity.<sup>177</sup>

The provisions for holding workers or unions in contempt of court for violating an anti-strike injunction also specified much clearer and higher standards, substantively and procedurally.<sup>178</sup> One especially significant requirement prevents a litigant otherwise entitled to an injunction

<sup>173</sup> *Burlington Northern*, 481 U.S. at 451.

<sup>174</sup> See, e.g., *Amalgamated Motor Coach Employees v. Wisconsin Emp. Rel. Bd.*, 340 U.S. 383 (1951).

<sup>175</sup> Section 7 of the Norris-LaGuardia Act, 29 U.S.C. 107. See also, e.g., *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 394 U.S. 369, 386 (1969) (neither NLRA nor RLA preempts state injunctions against violent or coercive conduct incident to a labor dispute).

<sup>176</sup> Section 7 of the Norris-LaGuardia Act, 29 U.S.C. 107.

<sup>177</sup> Section 9 of the Norris-LaGuardia Act, *id.* 109.

<sup>178</sup> Section 11, reenacted in 62 Stat. 844, and recodified at 18 U.S.C. 3692, applicable to federal court injunctions in all types of cases.

from obtaining one if it “has failed to make every reasonable effort to settle such dispute either by negotiation or with the aid of any available governmental machinery of mediation or voluntary arbitration”.<sup>179</sup> This provision has been relied on in cases under both the RLA and the NLRA to deprive employers of injunctions they would otherwise have been entitled to under Norris-LaGuardia, if they have refused to mediate or arbitrate.<sup>180</sup>

The Norris-LaGuardia Act has been construed to exclude federal employees.<sup>181</sup> Its applicability to state and local government employees has never been authoritatively determined; injunctions are normally sought in state courts when labor disputes arise involving these workers.

The NLRA creates a special exception to the Norris-LaGuardia Act, under which the NLRB General Counsel’s office can ask a federal court to issue an interim order to stop a strike, a picket line, or a boycott, but only after the NLRB General Counsel has made a preliminary determination that the strike, picket line, or boycott violates the NLRA, and has issued its own administrative complaint commencing an unfair labor practice proceeding against the union.<sup>182</sup> This provision, however, does not permit private parties to seek injunctive relief; neither employer nor union may rely on the NLRA to seek a federal court injunction against the other in a labor dispute.<sup>183</sup>

Because there is no equivalent administrative remedial scheme for violations of the RLA, violations of the major provisions of the RLA, particularly the duty to recognize and bargain with the employee’s selected bargaining agent, the duty to “exert every reasonable effort to make and maintain agreement”, and the duty to preserve the *status quo* without either strikes or unilateral changes in rates of pay, rules, or conditions of work except after exhaustion of notice, negotiation, and mediation procedures, have been construed to be exceptions to the Norris-LaGuardia Section 4 anti-injunction prohibition,<sup>184</sup> rendering the

179 Section 8 of the Norris-LaGuardia Act, 29 U.S.C. 108.

180 See, e.g., *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Toledo, P. & W. R.*, 321 U.S. 50 (1944).

181 See *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 271-80, 282 (1947).

182 See Sections 10(h), 10(j), 10(l) of the NLRA, 29 U.S.C. 160(h), 160(j), 160(l).

183 See, e.g., *Burlington N. R.R. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 448 (1987); *San Antonio Comm. Hosp. V. Southern Cal. Dist. Council*, 125 F.3d 1230, 1235 (9<sup>th</sup> Cir. 1997) (collecting citations).

184 See, e.g., *Chicago & N.W. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 402 U.S. 570, 582 (1971); *Virginian Ry. Co. v. System Fed’n*, No. 40, 300 U.S. 515 (1937).

procedural limitations of Norris-LaGuardia particularly important in major labor disputes under the RLA.

State courts can, under most circumstances, enjoin the location of a picket line, if the picketers are trespassing upon the employer's private property. This is, in most circumstances, considered strictly a matter of state common law real property and tort doctrine.<sup>185</sup> State courts are without jurisdiction, however, to enjoin violations of the NLRA. In addition, many states have enacted a state version of the Norris-LaGuardia Act, often referred to as an anti-injunction statute, which limits state courts in much the same way that Norris-LaGuardia curtails federal court authority to enjoin strikes and other economic weapons during labor disputes.

### *C. The Right to Strike and Employ Other Economic Weapons Under the NLRA*

Recall that most workers delivering essential services in the U.S., such as utility company employees, hospital workers, ambulance drivers, bus drivers, railway workers and airline employees, are in the private sector, because they are employed by private businesses or non-profit organizations. For the most part, therefore, to discuss the right to strike of workers employed in essential services, requires an examination of private sector labor law. These workers have the right to strike by statute, and also the right to refrain from striking. In only a few respects does the right to strike of these workers differ from the rights of other workers, such as automobile assembly line workers, restaurant waiters and waitresses, or janitors cleaning office buildings. Consideration of the right to strike of workers performing essential services will therefore start, in this subsection, with a description of the general rules regarding the use of economic weapons under the NLRA. The next subsection will look

<sup>185</sup> See *Sears, Roebuck & Co. v. San Diego Dist. Council of Carpenters*, 436 U.S. 180 (1978) (unless union files charge of unlawful interference, employer may seek state court injunction based on trespassory location of picketers or leafletters). See also *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992) (treating non-employee trespass rights for purposes of union organizing as almost exclusively determined by state law). NLRB caselaw, however, continues to apply the pre-*Lechmere* balancing test of *NLRB v. Babcock & Wilcox Co.*, 351 U.S. 105 (1956) to consumer boycott appeals by persons not employed by the owner of the premises. See generally Douglas E. Ray, *Labor-Management Relations: Strikers, Lockouts and Boycotts* (Cum. Supp. 1999) 11:08, at 82-83 [hereinafter, Ray 1999 Supp.].

at the rules under the RLA. This will be followed by Part V of this article, which will address the very narrow categories of national emergency disputes, which receive special treatment under the NLRA, and presidential emergency boards under the RLA.

This subsection will first address the unions' general right to engage in a primary strike or picketing under the NLRA, a right much more limited and complicated than in many other countries. It also will consider the employer's right to lockout workers. After that, there will be a brief discussion of the complex and restrictive rules about secondary strikes and secondary boycotts. The section will conclude by mentioning some union tactics of uncertain legal status, such as partial strikes, slow-downs, and "working to rule", as well as the so-called "corporate campaign" or systematic efforts to use corporate structures, apart from the labor relations laws, to pressure employers in collective bargaining.

### 1. *NLRA Procedural Requirements Regarding Primary Strikes and Lockouts*

Section 7 of the NLRA guarantees employees the right to bargain collectively and to engage in "concerted activities for mutual aid or protection".<sup>186</sup> Section 13 further assures the right to strike.<sup>187</sup> The Supreme Court has held that "[c]ollective bargaining, with the right to strike at its core, is the essence of the federal scheme".<sup>188</sup> The right, however, is far from absolute. In some other countries, the employer must subsidize a lawful strike by paying strikers their lost wages at the strike's conclusion. In many countries, the employer may not operate during a lawful strike, so that parallel economic pressures are placed on both sides to induce settlement: the workers earn no pay and the employer earns no profits. In the U.S. and a few other countries, however, the employer may always try to continue operations, meaning the strikers earn no pay, but the employer may be earning profits, depending on its ability to obtain temporary, substitute labor. In the U.S., on top of that, the employer has the often potent weapon of permanently replacing the strikers.

<sup>186</sup> 29 U.S.C. 157.

<sup>187</sup> 29 U.S.C. 163.

<sup>188</sup> Division 1287, *Amalgamated Motor Coach Employees v. Missouri*, 374 U.S. 74, 82 (1963).

As a precondition to engaging in any strike, lockout, or other use of economic force, either the union or employer must comply with a requirement that they provide their bargaining partner at least sixty days advance notification of their intent to terminate or modify the agreement. This provision is designed to ensure an “insulated” period of collective negotiations for sixty days prior to the expiration of the previous agreement without risk of the use of economic weapons. Unless a new agreement is reached, within thirty days of notifying the other party to the labor contract, the party seeking to terminate or modify the labor contract must also notify the Federal Mediation and Conciliation Service of the dispute, to ensure adequate time for that agency to mediate in an effort to resolve the dispute peacefully. All existing terms and conditions of employment must be maintained, unaltered, throughout the sixty day period.<sup>189</sup> After that, the union is free to strike. The employer, however, is not permitted to change terms and conditions of employment if the employees remain on the job, until an impasse in bargaining has been reached.<sup>190</sup>

In the health care field, the period of advance notification to the other party to the contract is extended from sixty to ninety days, and the period for advance notice to FMCS is extended to sixty days.<sup>191</sup> This measure is intended to decrease the incidence of picket lines and strikes disrupting patient care in hospitals. Another provision unique to health care specifies that health care facilities can neither be struck nor picketed without the union giving the hospital at least ten days advance written notice.<sup>192</sup> This sometimes complicates the union’s task, if negotiations continue and the union would be willing to defer beginning a strike. In general, however, the goal of the provision was not to prevent strikes or picket lines at hospitals but to make sure that the hospital has an adequate opportunity to move critically ill patients to another facility, or to take other action to protect the needs of patients. A third, special provision allows FMCS to establish a factfinding board of inquiry, which may sometimes briefly delay a strike or lockout, if a stoppage would “substantially interrupt the delivery of health care in the locality”.<sup>193</sup> is dis-

189 Section 8(d) of the National Labor Relations Act, 29 U.S.C. 158(d) (1992).

190 See *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736 (1962).

191 Section 8(d) of the National Labor Relations Act, 29 U.S.C. 158(d) (1992).

192 Section 8(g) of the NLRA, *id.* 158(g).

193 Sections 213(a), 213(c) of the LMRA, *id.* 183(a), 183(c).

cussed in Part V together with other LMRA emergency dispute procedures.

The health care provisions are the product of a historical accident: health care was originally covered by the NLRA, but the 1947 amendments removed all except for-profit institutions from NLRA coverage. In 1974, the statute was amended to resume coverage of the entire industry, and at that time, these special provisions were inserted to largely retain the existing NLRA scheme, while placating those who were concerned about the risk to public welfare of disruption in health care services.<sup>194</sup>

Health care is the only sector receiving such protective treatment; public utility workers, local commuter line bus drivers, and others performing services essential to the public welfare, are treated exactly like factory workers and secretaries, and may strike upon a moment's notice once they have satisfied the Section 8(d) contract termination or modification notice requirements. It should be added that many hospital unions, especially unions representing registered nurses, work out voluntary agreements with management before they strike to assure maintenance of minimum levels of staffing; they do this because of professionalism and for public relations reasons, however, not because of the law.<sup>195</sup>

Compliance with the Section 8(d) and 8(g) notice provisions is normally a matter of mechanics and advance planning, and does not unduly burden the right to strike. However, the consequences of a mistake can be serious. If the union fails to properly notice the employer or FMCS, either of intent to terminate or modify the contract, or in case of a health care institution, intent to picket or strike, the striking workers lose their status as employees for the duration of the strike.<sup>196</sup> The employer is free to terminate them without violating the NLRA. If they are reinstated at the conclusion of the strike, however, they regain employee status as though they had never participated in an unprotected work stoppage.<sup>197</sup>

<sup>194</sup> See, e.g., *American Hosp. Ass'n v. NLRB*, 499 U.S. 606, 609-10, 614-16 (1991).

<sup>195</sup> This statement is primarily based on the author's ten years of experience as counsel for the Professional Staff Nurses' Association of Maryland, from 1986-1996.

<sup>196</sup> Section 8(d) of the NLRA, *id.* 158(d).

<sup>197</sup> *Id.*



## 2. *Strikes, Lockouts, and Other Lawful Primary Weapons under the NLRA*

The parties, both labor and management, are under a duty to bargain in good faith with each other, “but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession”.<sup>198</sup> The essential idea here is that both sides must genuinely try to reach mutual agreement. However, this simple concept is extremely difficult to enforce, and employers too often resort to bad faith bargaining, bargaining on the surface with no real intention of concluding an agreement, as part of a strategy to eliminate union representation from the workplace.<sup>199</sup>

In addition, the duty to bargain is limited to matters falling within the Section 8(d) statutory phrase, “wages, hours, and other terms and conditions of employment”, and the right to strike is similarly limited to issues falling within the scope of mandatory bargaining as defined by that phrase.<sup>200</sup> Although the phrase has been broadly construed in many respects, as to certain issues, the contrary has been the case. Capital redeployment, that is, relocation of operations, disinvestment in unionized plants, subcontracting, and plant closure decisions, provide employers with a potent set of weapons against unions. While bargaining over the effects of such decisions is plainly mandatory, the extent to which bargaining is required over the decisions themselves has been hotly contested.<sup>201</sup>

In practice, the right to strike is frequently of limited value. As one commentator put it, “[s]ince the NLRA’s passage... the potency of the

198 *Id.*

199 See, e.g., Weiler, *supra* note 100, at 390-93.

200 See *NLRB v. Borg-Warner*, 356 U.S. 342 (1958).

201 Compare *First Nat’l Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666 (1981) (holding complete closure of operation to be permissive bargaining subject) with *Fibreboard Paper Prods. Corp. v. NLRB*, 379 U.S. 203 (1964) (subcontracting of on-premises work is mandatory subject). Current NLRB caselaw requires bargaining over such decisions if they turn on labor costs. See *Dubuque Packing Co.*, 303 NLRB 386, 391 (1991), *enf’d sub nom.* *United Food & Commercial Workers, Local 150-A v. NLRB*, 1 F.3d 24 (D.C. Cir. 1993), *cert. dismissed sub nom. Dubuque Packing Co. v. United Food & Commercial Workers, Local No. 150-A*, 511 U.S. 1138 (1994). Contract provisions specifying in advance limitations or prohibitions on particular forms of capital redeployment for the term of the agreement, at least when concretely linked to job security, have been deemed mandatory bargaining subjects. See, e.g., *AlliedSignal Aero, Inc.*, 330 N.L.R.B. No. 175 (April 12, 2000).

strike has been annihilated”.<sup>202</sup> When a union strikes over disputed issues connected with the negotiation for a new contract, the law, as it has been interpreted pursuant to the forty-five year-old Supreme Court decision in *NLRB v. Mackay Radio & Tel. Co.*,<sup>203</sup> permits the employer either temporarily, for the duration of the strike, or permanently, to replace the striking workers. In addition, the employer may subcontract the struck work for the duration of the strike,<sup>204</sup> or may attempt to operate using supervisory and other non-bargaining unit personnel. The employer also is free to lock out the workforce as an economic pressure tactic to win a favorable collective bargaining agreement,<sup>205</sup> and may even operate during the lockout with non-bargaining unit staff or temporary (but not permanent) replacements.<sup>206</sup>

When the employer operates with temporary replacements or supervisory personnel, or temporarily subcontracts work during the strike, at the conclusion of the strike, the strikers are normally entitled to promptly return to their jobs, even if this entails the discharge of the temporary replacements or contractors.<sup>207</sup> Exercise of the union’s right to strike, in these circumstances, pits the strikers, surviving on modest union-provided strike benefits, or their own savings, against an employer operating with substitutes, albeit with less than full productivity.<sup>208</sup>

<sup>202</sup> Becker, *supra* note 100, at 353.

<sup>203</sup> 304 U.S. 333 (1938).

<sup>204</sup> Permanent subcontracting, however, has been held unlawful when instituted during a strike or lockout, without first bargaining to impasse over the decision with the union. *See, e.g.*, *International Paper Co.*, 319 N.L.R.B. 1253 (1996), *enf. denied*, 115 F.3d 1045 (D.C. Cir. 1997).

<sup>205</sup> *See, e.g.*, *NLRB v. Truck Drivers, Local Union No. 449*, 353 U.S. 87 (1957) (lockout in response to union strike against one employer in attempt to fragment multi-employer bargaining unit); *American Ship Bldg. Co. v. NLRB*, 380 U.S. 300 (1965) (lockout intended to control timing of shutdown); *NLRB v. Brown Food Store*, 380 U.S. 278 (1965).

<sup>206</sup> *See, e.g.*, *Harter Equipment, Inc. (Harter I)*, 280 N.L.R.B. 597 (1986), *rev. denied sub nom. Operating Engineers Local 825 v. NLRB*, 829 F.2d 458 (3d Cir. 1987); *Harter Equipment, Inc. (Harter II)*, 293 N.L.R.B. 647 (1989) (permissible to lock out, and to temporarily but not permanently replace); *Ancor Concepts, Inc.*, 323 N.L.R.B. No. 134 (1997) (permissible to lock out, but not to permanently replace), *enf. denied*, 166 F.3d 55 (2d Cir. 1999); *Goldsmith Motors Corp.*, 310 N.L.R.B. 1279 (1993).

<sup>207</sup> *See Laidlaw Corp.*, 171 N.L.R.B. 1366 (1968), *enf’d*, 414 F.2d 99 (7<sup>th</sup> Cir. 1969), *cert. denied*, 397 U.S. 920 (1970); *NLRB v. Fleetwood Trailer Co.*, 389 U.S. 375 (1967).

<sup>208</sup> A few states permit strikers, after passage of a disqualification period of several weeks, to obtain unemployment insurance benefits. *See New York Tel. Co. v. New York State Dep’t of Lab.*, 440 U.S. 519 (1979). Almost half the states, however, permit workers unemployed as a result of a lockout, to obtain unemployment benefits; a few go farther and will treat an employee work stoppage as a “lockout” caused by the employer based on the employer’s bargaining position,

It is the threat of permanent replacement, however, that has most greatly undermined the effectiveness of the right to strike. Under the law, the permanently replaced striker is not formally fired, but retains “employee” status.<sup>209</sup> It is on this basis that the U.S. claims to preserve the right to strike.<sup>210</sup> However, when the strike is settled, if a worker has been “permanently replaced” he or she no longer has a vacant position to return to. She or he has the right to return to employment, but only as vacancies occur.<sup>211</sup> This is dependent upon the size of the workforce, rate of turnover, and subsequent expansion or contraction of the production or services provided by that workforce, at that facility, much of which is partly or totally within the control of the employer.

Of course, the employer’s ability to resort to this tactic depends upon the availability of striker replacements. Availability is mainly influenced by two sets of factors: (1) the situation in the labor market, and (2) community social attitudes. When there is high unemployment, workers in traditionally unionized, heavy industry jobs, which are predominantly unskilled or semi-skilled positions, are usually easily replaced. Only in two situations do workers have reasonable assurance that the employer will not replace them if they strike. Workers in skilled trades, and highly educated technical and professional workers have scarce training and knowledge and prove more difficult to replace. Very large employers, such as automobile manufacturers employing 50,000 to 300,000 factory workers who may all strike at once, find it hard to replace a workforce on such a large scale. But for most small, medium, and even large businesses, until quite recently, it has been fairly easy to hire permanent replacements for most striking employees in a normal labor market. At the time of this writing, however, the labor market in many parts of the U.S. is so tight that this is much less true than usual. Predictions are that the present U.S. labor shortage will end within the next decade or sooner.

qualifying the workers for unemployment benefits. See Douglas E. Ray, *Labor-Management Relations: Strikers, Lockouts and Boycotts* 1:08, at 14-15 (1997).

209 Section 2(3) of the NLRA, 29 U.S.C. 152(3).

210 NLRB v. Mackay Radio & Tel. Co., 304 U.S. 333 (1938). See also *Trans World Airlines v. Independent Fed’n of Flight Attendants*, 489 U.S. 426 (1989) (RLA).

211 *Laidlaw Corp.*, 171 N.L.R.B. at 1369-70.

Losses in union membership, and a decline in the general sense of social solidarity, contribute significantly to employers' ability to operate during strikes. The right to replace strikers would mean little were no workers willing to be employed while a labor dispute is in progress. Declining support for the labor movement has made other workers far more willing than they were fifty years ago to cross a picket line and break a strike. Workers in the bargaining unit represented by the union also have the right to refrain from striking, if the employer continues to operate;<sup>212</sup> many choose to do so. Some walk out on strike but later abandon the strike and "cross over" the picket line to return to work.<sup>213</sup> Supreme Court decisions have also weakened the ability of unions to use fines, expulsion, and other internal union disciplinary measures to reinforce the strike commitment of union members, even if they initially voted to commence the strike. All the members need to do is formally resign from union membership before they cross the picketline.<sup>214</sup> Even after a strike has begun, the greater the risk of permanent replacement, and the lower the rate of workforce turnover, the more the striker's incentive to abandon the strike, and the greater the pressure on the union to end it prematurely.

The Caterpillar strike presents a clear example.<sup>215</sup> The United Auto Workers (UAW), a very strong union, struck Caterpillar in 1991, in an effort to maintain the traditional industry-wide pattern bargaining system in the agricultural implement manufacturing industry. The union attempted to pressure Caterpillar to enter into a collective bargaining agreement similar to the one the union had reached with John Deere Co. After a five month strike, involving over 12,000 employees, the union returned to work, without a contract, working under the terms of the employer's previously-rejected last contract offer. The employer had

212 Sections 7, 8(b)(1)(A) of the NLRA, 29 U.S.C. 157, 158(b)(1)(A).

213 See, e.g., *Trans World Airlines v. Independent Fed'n of Flight Attendants*, 489 U.S. 426 (1989); *Pattern Makers' League v. NLRB*, 473 U.S. 95 (1985); *NLRB v. Textile Workers Union (Granite State Joint Board)*, 409 U.S. 213 (1972).

214 See *Pattern Makers' League*, 473 U.S. at 100, 106-07, 115; *NLRB v. Textile Workers Union (Granite State Joint Board)*, 409 U.S. at 215-17. See generally Becker, *supra* note 100, at 364; Michael H. LeRoy, *The Mackay Radio Doctrine of Permanent Striker Replacements and the Minnesota Picket Line Peace Act: Questions of Preemption*, 77 Minn. L. Rev. 843, 849 & n. 43 (1993).

215 The Caterpillar narrative is largely drawn from the report of the strike contained in Ray, *supra* note 208, 1:20, at 36-38; Ray 1999 *Supp.*, *supra* note 185, 1:20, at 7-8.

threatened to hire permanent replacements, and its job advertisements had generated thousands of applicants to work as permanent striker replacements. After working without a contract for two more years, a second, bitter strike lasted from June, 1994 to December, 1995. Management estimated that nearly 4,000 of the strikers crossed the picketline and returned to work before the strike was over, although such figures are sometimes inflated. In the end, the union was again forced to return to work without a contract.

The employer had discharged some 60 strikers for supposedly illegal conduct during the strike. The union had filed about 1,000 unfair labor practice (ULP) charges against Caterpillar in the course of the strike, and the NLRB General Counsel has issued a formal complaint on over 400 of these charges. Litigation of the ULP cases threatened to overwhelm the NLRB's resources, not to mention draining both the employer and the union with legal costs. In March, 1998, a strike settlement was reached. All outstanding litigation between the UAW and Caterpillar was settled, and all discharged strikers were reinstated. A collective bargaining agreement was entered into on terms that must be labeled a victory for management, although not a complete one. The Caterpillar strike demonstrated to employers and unions alike, that a determined employer can, under the right conditions, permanently replace an entire workforce on a larger scale than had been tried previously, and that when labor market conditions make the threat credible, exposure to the threat of permanent replacement can bring to its knees even a powerful union in a strongly unionized company.

Under the law, strikers retain their employee status indefinitely, hence their right to reinstatement as vacancies occur, until they obtain substantially equivalent, regular employment elsewhere.<sup>216</sup> However, after one year, strikers cease to be eligible to vote if an NLRB representation election is held.<sup>217</sup> At that point, some employers withdraw recognition and unilaterally cease bargaining with the union, or themselves petition the NLRB to conduct a representation election.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Section 2(3), 29 U.S.C. 152(3).

<sup>217</sup> Section 9(c)(3), id. 159(c)(3).

<sup>218</sup> See LeRoy, *supra* note 214, at 863 & n. 133 (citing John J. Lawler, *Unionization and Deunionization: Strategies, Tactics, and Outcomes* 182 (1990), on employer utilization of strike-related tactics to "deunionize").

Either course of action is an unfair labor practice unless the employer harbors a good faith doubt of the union's continued majority support among the employees in the bargaining unit, including non-strikers, permanent replacements, and strikers. The good faith doubt must be based on objective considerations going beyond merely the numbers of strikers as opposed to others then employed; the evidence must be free of any taint of the employer threatening or coercing employees to abandon the union or commission of other unfair labor practices.<sup>219</sup> Employers increasingly often claim to have such evidence, however.

If a new election is held, either upon the employer's request, or upon the request of the union seeking restoration of its bargaining rights, it is not unusual for the new workforce to vote to end representation by the union. The electorate at that point is composed of non-strikers, permanent striker replacements, and "cross-overs", that is, workers who abandoned the strike before its conclusion, together with a few strikers reinstated at the end of the strike. Once the employer has waited more than a year after the strike began, those strikers still awaiting reemployment will be ineligible to vote. When proportionately few strikers have succeeded in regaining employment, the employer has a fairly good chance of becoming non-unionized.<sup>220</sup>

The strike often is thus a snare and delusion for both the union and its members. The costs of a lost strike are not merely a poor collective bargaining agreement. The strikers risk losing their jobs and their union representation, while the union risks losing its right to represent the bargaining unit. Small wonder that unions are engaging in fewer primary strikes, that is, walking off the job and picketing their own employers.<sup>221</sup> There is very little difference to a striker between being fired outright, with no right to return to work, and being "permanently replaced", when

<sup>219</sup> See *Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359, 361, 366 (1998). See also *NLRB v. Curtin Matheson Scientific, Inc.*, 495 U.S. 775, 787-88, 796 (1990). See generally Marley S. Weiss, *The Supreme Court 1997-1998 Labor and Employment Law Term (Part II): The NLRA, Takings Clause, and ADA Cases*, 14 *The Lab. Law.* 533, 548-68 (1999).

<sup>220</sup> Note, however, that the NLRB, in a change in its caselaw, now presumes replacements to be temporary in representation election proceedings, and places the burden of proof on the employer to show a shared understanding between the replacements and management that the replacements would have permanent status, before the NLRB will deem the replacements permanent, hence eligible to vote. See *O.E. Butterfield, Inc.*, 319 N.L.R.B. 1004 (1995).

<sup>221</sup> See *supra* notes 101-102 and accompanying text.

low attrition means few vacancies will occur and her or his entitlement to reinstatement will never be made effective.

There is an important exception to these rules if the strike begins or is prolonged because of unfair labor practices committed by management. In such a case, the employer is forbidden to permanently replace the strikers, who are identified in legal terminology as “unfair labor practice strikers”. At any point when they make an unconditional offer to return to work, these employees are entitled to full reinstatement in their jobs, even if workers hired to replace them must lose their jobs as a consequence. Unfair labor practice strikers may only be temporarily, never permanently replaced.<sup>222</sup> Put another way, an employer adjudged to have committed unfair labor practices which caused or prolonged the strike will have to discharge “permanent” replacements if necessary to reinstate the returning strikers, even if this exposes the employer to state common law liability for breaking promises of job permanence to the replacements, or misleading them about their status.<sup>223</sup> The union’s bargaining power is therefore greatly enhanced in its efforts to negotiate a reasonable set of terms in a new collective agreement to settle the strike.

The result of these rules is that both labor and management often engage in bargaining strategies that have little to do with good faith exploration of each other’s problems in an attempt to find mutually beneficial, or at least acceptable, solutions. The union often tries to trap the employer into committing a legally provable unfair labor practice, while the employer seeks to avoid bargaining any new agreement, while giving sufficient appearance of doing so to prevent a successful unfair labor practice charge from being proven before the National Labor Relations Board.

It is easy to see at least one explanation for why the private sector unionization rate is declining and union power decreasing compared to that of employers. When a union’s main economic weapon is the primary strike, against the workers’ own employer, it is often too weak to bargain successfully under these rules.

Over the last decade, the trade union movement has mounted a major effort to enact legislation which would overturn the *Mackay Radio* rule,

<sup>222</sup> See *Mastro Plastics Corp. v. NLRB*, 350 U.S. 270, 278 (1956). See also *Belknap, Inc. v. Hale*, 463 U.S. 491, 508 (1983).

<sup>223</sup> See *id.*; *Caterpillar, Inc.*, 322 N.L.R.B. 690 (1996).

and would, at least in part, preclude employers from permanently replacing strikers. However, prospects for passage of such an amendment to the NLRA currently appear slim.<sup>224</sup>

### 3. *Pressures Based on Appeals to Third Parties for Support*

Some unions are in a position to use economic weapons relying on the support of third parties, rather than merely their own economic power. In addition to striking, most American unions picket outside the facilities where the strike is taking place. Picketing here means five or ten or thirty people, walking back and forth in a line or a circle, in front of each entrance and exit. The picketers customarily carry signs announcing the existence of the labor dispute, and urging everybody, including fellow workers, striker replacements, suppliers, persons making deliveries, customers, and the general public, not to cross the picket line and enter the premises.

Sometimes, the struck operations depend upon deliveries of goods or material. Under these circumstances, the union that obtains the support of the Teamsters' Union, whose members may refuse to cross the picket line, greatly strengthens its economic leverage. Similarly, highly skilled workers who are difficult to replace may work for the same employer as the workers who are on strike, but in a different bargaining unit. If essential co-workers refuse to cross the picket line, the employer may be unable to replace these workers, hence the strike may prove successful. In addition, if the same employer company owns other factories, offices or shops, the union is entitled to picket outside those facilities asking other workers, suppliers, contractors, and customers not to cross the picket line. Depending upon the response, this tactic may provide an otherwise weak union with substantial economic leverage in collective bargaining negotiations.

All of these tactics fall within the legal definition of primary striking and picketing, hence are lawful, protected activity under the National

<sup>224</sup> See, e.g., Becker, *supra* note 100, at 371-72 (reviewing striker replacement bills and summarizing their failure to be enacted); Leonard Bierman & Rafael Gely, *Striker Replacement: A Law, Economics, and Negotiations Approach*, 68 s. *Cal. L. Rev.* 363, 363 (1995); LeRoy, *supra* note 214, at 843 & n. 2 (same); Ray, *supra* note 208, 1:07, at 8-10. A listing of some of the voluminous academic literature on the striker replacement issue may be found in Becker, *supra*, at 362 n. 49, and Bierman & Gely, *supra*, at 365-66 & nn. 13-17.



Labor Relations Act. In all of these cases, the economic pressure is directed against the employer with whom the dispute arose. There is no question that the picketers are engaging in protected, concerted activity under the Act. Employees who refuse to cross the picket line, whether they are employed by the primary employer inside the bargaining unit, in another bargaining unit, outside any bargaining unit, or by a different employer, are all usually treated as primary strikers, entitled to the rights, such as they are, of primary strikers.<sup>225</sup>

Even as amplified by these additional sources of support, however, the primary strike continues to be a weak weapon against most employers. In the 1930s and 1940s, when primary weapons failed, unions could resort to secondary weapons. They could indirectly bring pressure to bear upon the primary employer, with whom the dispute existed, by directly pressuring other businesses to disrupt business relationships with the primary employer unless the labor dispute was resolved on their terms. However, changes in the NLRA, initiated in the Taft-Hartley Act of 1947, and expanded in the Landrum-Griffin Act of 1959,<sup>226</sup> prohibit some important forms of secondary activity. The NLRA does not “contain a ‘sweeping prohibition’ of secondary activity; instead it ‘describes and condemns specific union conduct direct to specific objectives’”.<sup>227</sup>

Secondary weapons spread the picketing, boycotts and work stoppages to other company’s premises, seeking to pressure the other, or “secondary” employer to stop doing business with the employer who is in-

225 “The protected primary strike ‘is aimed at applying economic pressure by halting the day-to-day operations of the struck employer ... and protected primary picketing has characteristically been aimed at all those approaching the site whose mission is selling, delivering, or otherwise contributing to the operations which the strike is endeavoring to halt’, including other employers and their employees”. *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 394 U.S. 369, 388 (1969) (quoting *United Steelworkers v. NLRB*, 376 U.S. 492, 499 (1964)). See also, e.g., *Business Servs. by Manpower, Inc. v. NLRB*, 784 F.2d 442, 446-53 (2d Cir. 1986) (reviewing caselaw regarding “stranger picketlines”). A few cases, however, have held the employer entitled to fire an employee who refuses to cross a picket line at another company if the employer can demonstrate “business justification”. Caselaw on the status of these workers is complicated by the possibility that their own workplace is covered by a collective bargaining agreement containing a no-strike clause, which, depending on its wording, may encompass refusals to cross pickets lines of other unions.

226 Sections 8(b)(4) and 8(e) of the National Labor Relations Act, 29 U.S.C. 158(b)(4), 158(e).

227 *Burlington N.R.Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 448 (1987) (quoting *International B’hd of Carpenters v. NLRB*, 357 U.S. 93, 98 (1958)). Only a sketchy outline of the interpretations stemming from this prohibition can be presented here.

volved in the labor disputes, the “primary” employer. “The gravamen of a secondary boycott is that its sanctions bear, not upon the employer who alone is a party to the dispute, but upon some third party who has no concern in it. Its aim is to compel him to stop business with the employer in the hope that this will induce the employer to give into his employees”.<sup>228</sup> Picketing to induce the secondary employer’s workers or contractors to stop work is generally illegal.<sup>229</sup> The intent of this portion of the NLRA is to prevent the spreading of labor disputes, economic disruption, and work stoppages beyond the immediate parties to the underlying dispute. It is legal for the union to ask a supplier or contractor not to patronize the struck employer for the duration of the dispute, but without use of the prohibited pressures,<sup>230</sup> few businesses do so voluntarily.

Consumer appeals, however, are treated much more permissively, both under the terms of the Act and because the First Amendment to the Constitution is considered to be implicated. When the employer is itself a retailer, consumer appeals may take place as part of primary pressures. When the primary employer sells goods or services to a retail outlet, appeals to consumers are secondary appeals, but many types of consumer appeals are nevertheless allowed. Picketing by the union, requesting consumers to boycott the products of the manufacturer directly involved in the dispute, for example, may take place at the premises of a second employer, the retailer, so long as neither the retailer’s employees nor employees of the firms making deliveries are requested to refuse to work.<sup>231</sup> Leafleting, but not picketing, is permitted requesting consumers

<sup>228</sup> International B’hd of Elec. Workers, Local 501 v. NLRB, 181 F.2d 34, 37 (2d Cir. 1950), *aff’d*, 341 U.S. 694 (1951), *quoted in Jacksonville Terminal*, 394 U.S. at 388.

<sup>229</sup> Section 8(b)(4)(i)(B), 29 U.S.C. 158(b)(4)(i)(B). *See, e.g.*, International B’hd of Elec. Workers v. NLRB, 341 U.S. 694 (1951). There are important exceptions if the secondary employer is an “ally”, performing the struck work of the primary, or if the secondary employer is so closely tied by corporate affiliation to the primary as to be treated as if they were one entity. *See, e.g.*, Douds v. Metropolitan Fed’n of Architects (Ebasco), 75 F.Supp. 672 (S.D.N.Y. 1948); NLRB v. Business Machine & Office Appliance Mechanics Conf. Bd. (Royal Typewriter), 228 F.2d 553, 557-59 (2d Cir. 1955), *cert. denied*, 351 U.S. 962 (1956).

<sup>230</sup> Under Section 8(b)(4)(ii)(B), 29 U.S.C. 158(b)(4)(ii)(B), an appeal directed to the secondary employer, rather than its employees, is only unlawful if it involves tactics that “threaten, coerce, or restrain” the neutral firm.

<sup>231</sup> NLRB v. Fruit & Vegetable Packers, Local 760 (Tree Fruits), 377 U.S. 58, 63-64, 71-72 (1964). In *NLRB v. Retail Store Employees Union, Local 1001 (Safeco)*, 447 U.S. 607, 614 (1980), however, the Supreme Court excluded from the *Tree Fruits* “struck product” doctrine, those cases

to boycott the retailer entirely, until it ceases to carry the products of the struck primary employer.<sup>232</sup> An important, 1988 Supreme Court decision held lawful a union's handbilling of a shopping mall asking consumers not to patronize any of the stores in the mall. One tenant, a department store, had been using a non-union contractor paying substandard wages, to construct its new building in the mall. There were no business relationships whatsoever between the tenants and the department store, so the pressures aimed at the department store and the mall owner, as well as the non-union contractor, were quite indirect. Nevertheless, to avoid potential conflict with First Amendment free speech protection, the Supreme Court interpreted the NLRA statutory language, which prohibits acts that "threaten, coerce or restrain" one company with an object to "force or require" it to cease doing business with someone else, as not applying to purely verbal appeals. As long as the union confines itself to leafleting rather than picketing, consumer appeals are now generally treated as protected, concerted activity under the NLRA.

These are protected forms of pressures under the NLRA, but they can only be brought to bear effectively in certain situations. Nonunion suppliers, contractors and customers may ignore picketers or leafleters. If the primary employer sells only to wholesalers or businesses, consumer pressures are usually impossible to bring to bear. If the primary employer's retail outlets sell via catalogues and the internet, consumers cannot be reached by picketing or leafleting a physical site of the secondary.

Note that the entire primary/secondary distinction is a function of the level at which collective bargaining is conducted. Because the bargaining units are mainly designed to operate at plant or company level, restrictions on secondary pressures have a great deal of force. In the handful of industries in which bargaining is conducted on a multi-employer basis

in which the secondary firm carries mostly products or services provided by the primary employer. At that point, there is little difference between picketing which requests consumers to boycott the struck product and picketing which requests consumers to cease patronizing the secondary employer. Section 8(b)(4)(ii)(B) plainly prohibits picketing asking consumers to totally boycott the secondary until it stops carrying the primary's goods and services. The Supreme Court, in *Safeco*, regarded the case of a retailer the majority of whose sales came from the struck product to be closer to the total boycott case than the product boycott case. *Id.* at 613-14.

232 NLRB v. *Servette*, 377 U.S. 46 (1964). *Servette* contrues the consumer publicity proviso to Section 8(b)(4), 29 U.S.C. 158(b)(4), as allowing such leafleting, 377 U.S. at 55. As to picketing, see *supra* note 229 and accompanying text.

in the local area, the exclusion of secondary strikes is less important. If most of the employers in the industry locally are bargaining in one unit, pressures directed throughout the industry are primary, not secondary.

It is mainly unions representing workers in retail businesses, or workers whose employers sell or deliver products or services directly to retailers, who are in a position to effectively use consumer appeals. Hospitals and universities, to some extent, fall into this category, as do passenger transportation workers, but only some cargo transport workers. Moreover, the effectiveness of these strategies depends on the degree of public support in the locality for the labor movement in general as well as their sympathies toward the particular labor dispute. If workers are truly “essential”, substitution for the goods or services they produce is difficult, making it difficult to mobilize consumer support for a boycott request.

Remedies for exertion of unlawful secondary pressures are much more stringent than for other NLRA violations. Once it is determined that there is sufficient merit in a Section 8(b)(4) charge for a formal complaint to be issued, the NLRB General Counsel must seek preliminary injunctive relief under Section 10(l), asking a federal court to enjoin the secondary picketing or strikes, pending the outcome of the litigation on the merits before the NLRB. If a violation is found on the merits, the NLRB, and a federal appellate court on petition for enforcement, will enter an order permanently prohibiting the unlawful secondary activity. The employer cannot itself obtain an injunction, and the NLRB will not award it compensation for its losses. However, the employer, as well as third party businesses, may sue the union in federal district under Section 303 of the LMRA and recover compensatory damages for injuries caused by the union’s violations.<sup>233</sup>

#### 4. *Alternatives to the Strike*

Most U.S. unions must live by their wits, not their muscles. The declining ability of unions to mount successful strikes has encouraged them to search for alternative strategies, entailing little or no risk of permanent replacement, to pressure employers to meet unions’ bargaining demands. Unions who can neither mount successful strikes against their own em-

<sup>233</sup> 29 U.S.C. 160(l), 187.

ployer, nor useful pressure through lawful secondary activities are in a position similar to that of those public sector union members who are prohibited entirely from striking and provided with no binding alternative form of dispute resolution. Unions are increasingly resorting to a range of concerted activities that are of questionable legal status, but difficult for employers to prove or, as a practical matter, to defend against.<sup>234</sup> These tactics are sometimes lumped together under the label “partial strikes”.<sup>235</sup> Besides decreasing the risk of replacement and job loss, another advantage of these strategies to the union is that they minimize union members’ time off the job, so members suffer less income loss than they would in a traditional strike. In general, these actions are not prohibited, but whether they are protected or unprotected is an open question.<sup>236</sup>

Work slowdowns, particularly the popular “work-to-rule” is the most common tactic. The workers announce that so long as negotiations fail to reach a successful conclusion, they will follow fully, exactly, and precisely, every single rule, instruction or command laid down and not formally rescinded by management. In big businesses and government operations, work is greatly decreased by such a strategy. Similarly, the use of quickie strikes of a few hours or days duration, too short to permit the employer as a practical matter to hire permanent replacements, is a strategy of uncertain legal status and increasingly frequent use. Intermittent strikes and conduct of a series of short strikes over separate, individual grievances, are related strategies. Concerted refusals to work overtime, and strikes by part, but not all of a bargaining unit, may also fall into this category.

Under both the NLRA and the RLA, these forms of behavior are not prohibited, but it is unclear whether they are protected, and whether the employer may lawfully permanently replace or fire the employees.<sup>237</sup> The

<sup>234</sup> See, e.g., Becker, *supra* note 100, at 355 n. 23.

<sup>235</sup> See, e.g., *id.*, at 356 & n. 24, 369-70.

<sup>236</sup> See *id.*, at 382 (acknowledging that the Supreme Court has “never held that intermittent or partial strikes are unprotected”).

<sup>237</sup> See, e.g., Lodge 76, Machinists v. Wisconsin Emp. Rel. Comm’n, 427 U.S. 132, 150 n. 12, 152-53, 153 n. 14 (1976) (reversing preemption holding of *Briggs-Stratton*, and pointing out that it was unsettled whether on the job slowdown was unprotected or whether it was protected, concerted activity, leaving to NLRB to reconsider the question). See also NLRB v. Insurance Agents’ Int’l Union, 361 U.S. 477 (1960) (holding NLRB precluded from finding union’s concerted refusal to work overtime and other partial strike tactics prohibited under NLRA); United Auto Workers, AFL

employer may in any case have a hard time exercising whatever rights it has to replace to replace partial strikers, and if it chooses instead to lock them out, it may not permanently replace them if their activities in the end turn out to be protected.<sup>238</sup>

Last spring's threatened strike at US Airways included a plan for the flight crews to refuse to fly only on selected flights or selected routes, a good example.<sup>239</sup> The union called the planned action "CHAOS", for "Creating Havoc Around Our System". The employer, in return, threatened to shut down,<sup>240</sup> engaging in a lockout, which under such defensive circumstances is lawful under both the NLRA and the RLA.<sup>241</sup> Fortunately, the parties reached a new agreement a few hours after the midnight deadline, and the union called off its work stoppages.<sup>242</sup>

The trade unions have also devised a wide range of strategies, sometimes lumped under the general label "corporate campaign", aimed at using corporate law and other aspects of corporate structure and operations to provide leverage lacking in the traditional labor arsenal of weapons.<sup>243</sup> Unions have attempted to place labor dispute issues on proxy

v. Wisconsin Emp. Rel. Bd. (*Briggs-Stratton*), 336 U.S. 245, 265 (1949) (intermittent strike tactics "neither forbidden by federal statute nor was it legalized and approved thereby"). In light of the Supreme Court's 1939 decision in *NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp.*, 306 U.S. 280 (1939), holding a sit-down strike to be unprotected by the right to strike, along with the holdings in *Briggs-Stratton* that intermittent work stoppages were unprotected, and *Insurance Agents*, which in dicta characterizes the partial strike as unprotected, Craig Becker regards the prevailing view among both NLRB and the courts as being that all forms of labor withdrawal short of a total and continuous work stoppage are unprotected. See Becker, *supra* note 100, at 365-71, 376-93. I read *Machinists* more strongly than he does, however, as an invitation to the NLRB to reconsider this body of caselaw. Becker argues that a series of strikes over employee grievances should be deemed protected, even if other forms of partial strikes are held to be unprotected. *Id.* at 399-420, a position which seems unexceptionable. See also Ray 1999 Supp., *supra* note 185, 7:17, at 52-53, collecting recent cases.

238 See Becker, *supra* note 100, at 389-90.

239 The airline is, of course, covered by the RLA rather than the NLRB, but the issue is the same.

240 Pam Ginsbach, *NMB: Chairman Hopeful on US Airways Dispute; Agency Sees Expansion in ADR Requests*, 54 Daily Lab. Rep. (BNA) B-1 (Mar. 20, 2000).

241 See, e.g., *NLRB v. Truck Drivers, Local Union No. 449*, 353 U.S. 87 (1957) (lockout in response to union strike against one employer in attempt to fragment multi-employer bargaining unit); *American Ship Bldg. Co. v. NLRB*, 380 U.S. 300 (1965) (lockout intended to control timing of shutdown).

242 Michelle Amber, *Airlines: Flight Attendants Would Receive Pay Hikes of 11 Percent in Five Year US Airways Pact*, 60 Daily Lab. Rep. (BNA) at AA-1 (Mar. 28, 2000).

243 Becker, *supra* note 100, at 372-75 contains a good summary of these strategies, their strengths and weaknesses.

ballots sent to shareholders in conjunction with the annual election of the corporate board of directors, they have sought to persuade shareholders to replace present management with new management less hostile to collective bargaining, and they have pressured members of corporate boards to step down in protest over the management's handling of the labor dispute, particularly when the Board member is an officer of a second company with whom the trade union movement does considerable business. Such strategies are occasionally successful, but depend on the existence of very particular, favorable pressure points, that seldom can be found by union representatives. In addition, campaigns directed to shareholders in a broadly held, publicly traded company can be very expensive.

In summary, when the primary strike weapon is inadequate, U.S. unions systematically consider a range of alternative options to exert pressures on the employer. The net effect of rules weakening the primary strike has been to increase resort to all sorts of third party appeals. This compels union dependence upon third party support, and reduces trade unionists' ability independently, on the basis of their own solidarity, to win labor disputes.<sup>244</sup> The very nature of what a labor union is, and its members' participatory role, is undermined. Ironically, this result also undercuts accomplishment of the purpose of the Section 8(b)(4) restrictions on secondary strikes and boycotts, by greatly multiplying union efforts to enmesh neutral businesses in their labor disputes. Finally, the economic results are also perverse: these policies encourage partial strikes and other job actions likely to more greatly interfere with productivity than would a single, outright economic strike without permanent replacement.

#### *D. The Right to Strike Under The Railway Labor Act*

The Railway Labor Act exclusively regulates the labor relations of common carriers in the rail and air transportation industries, which in

<sup>244</sup> Becker makes this latter point, highlighting three drawbacks, first, the risk the third parties will be insufficiently supportive or responsive, second, dependence on third party actors means the union loses control over the weaponry, and sometimes cannot terminate aspects of a campaign, even when it would facilitate a settlement, and third, some types of campaigns play on weaknesses of the employer at most indirectly related to the employee grievances underlying the labor dispute. See *id.* at 354, 373-75.

many countries would be labeled “essential public services”. The statute was “designed to maximize settlements and minimize strikes”.<sup>245</sup> The RLA has been quite successful in this goal: the NMB estimates that in the course of over 70 years, about 97% of labor disputes in the two industries have been resolved without disruption to operations.<sup>246</sup>

Neither outright prohibitions against strikes nor a requirement of binding arbitration were used for this purpose, however, nor were the terms of employment subject to judicial intervention or regulatory establishment.<sup>247</sup> Instead, the dispute resolution procedures resolve collective bargaining disputes primarily by freezing the bargaining parties into their positions for extended periods of negotiation, mediation, and conciliation, as a prerequisite to any strike or unilateral change in conditions of employment.<sup>248</sup> In the end, however, unless both parties agree to interest arbitration, which they are free to reject, each has the right to exercise self-help.<sup>249</sup>

The RLA rules regarding bargaining and economic weaponry are more straightforward than those of the NLRA.<sup>250</sup> Normally, collective bargaining agreements under the RLA do not have a fixed duration, but only a date upon which they become amendable.<sup>251</sup> A major dispute commences when a party serves upon the other a Section 6 notice of its intent to change specified provisions of the agreement pertaining to rates of pay, rules, and working conditions.<sup>252</sup> Absent a Section 6 notice and for at least 30 days after one has been issued, existing practices must

<sup>245</sup> *Brotherhood of Railway Clerks v. Florida East Coast Ry. Co.*, 384 U.S. 238, 250 (1966) (White, J., dissenting). *See also, e.g.*, *Detroit & T.S.L. R. Co. v. United Transp. Union (Shore Line)*, 396 U.S. 142, 148 (1969) (“to encourage collective bargaining by railroads and their employees in order to prevent, if possible, wasteful strikes and interruptions of interstate commerce).

<sup>246</sup> Pamela M. Prah, *NMB: DuBester Says Focus on Preventative Mediation Is Showing Results in Rail, Airline Bargaining*, 1998 Daily Lab. Rep. (BNA) No. 86, at D25.

<sup>247</sup> *See, e.g.*, *General Comm. of Adjustment v. Missouri-Kansas-Texas R. Co.*, 320 U.S. 323 337 (1943).

<sup>248</sup> *See, e.g., id.*; *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 394 U.S. 369, 378 (1969); *Elgin J. & E. Ry. Co. v. Burley*, 325 U.S. 711, 725 (1945).

<sup>249</sup> *See, e.g.*, *Brotherhood of Locomotive Engineers v. Baltimore & O.R. Co.*, 372 U.S. 284, 290-91 (1963); *Jacksonville Terminal Co.*, 394 U.S. at 378-79; *Burlington N.R.Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 445 (1987).

<sup>250</sup> The standard Supreme Court summary of the processes may be found in *Jacksonville Terminal*, 394 U.S. at 377-78.

<sup>251</sup> *See Prah, supra* note 246.

<sup>252</sup> 45 U.S.C. 156.



be maintained in effect unchanged.<sup>253</sup> Both the employer and the union must confer and “exert every reasonable effort to make and maintain agreements”,<sup>254</sup> a duty analogous, but not identical to the NLRA duty to bargain in good faith,<sup>255</sup> until the NMB declares prospects for successful mediation to have been exhausted, offers the parties binding interest arbitration, at least one party has refused the offer, and a thirty day cooling off period has elapsed.<sup>256</sup> Throughout this period, neither party may strike, lock out, otherwise deploy economic weapons, or change rates of pay, rules, or “actual objective working conditions and practices”.<sup>257</sup> This is said to be the “freeze” or “*status quo*” period, because the requirement of preservation of the *status quo* freezes the parties in place until its conclusion.<sup>258</sup> If the Section 9A or 10 emergency board procedures, described in Part V, are invoked, they simply extend the *status quo* period through factfinding and an additional cooling-off period.<sup>259</sup>

Under an implied exception to the Norris-LaGuardia Act, the federal courts will enjoin violations of the freeze period. A union attempting to strike will be enjoined at the employer’s request, and an employer unilaterally changing existing rates or pay or other terms of employment will also be enjoined.<sup>260</sup> In addition, a party’s violation of the requirement

<sup>253</sup> Section 2, Seventh, *id.* 152, Seventh.

<sup>254</sup> Sections 2, First; 2, Second of the RLA, *id.* 152, First; 152, Second.

<sup>255</sup> See *Chicago & N. W. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 402 U.S. 570, 579 n. 11 (1971).

<sup>256</sup> Section 5, First, 45 U.S.C. 155, First. Both parties have the right to request NMB mediation. *Id.* If neither party requests mediation of the NMB, the NMB may unilaterally initiate its involvement in the dispute in any case when “a labor emergency is found by it to exist”. *Id.* In those cases in which the NMB is uninvolved, parties must wait at least the 30 days from issuance of the Section 6 notice, as well as at least 10 days after bargaining sessions have ceased, before striking or otherwise engaging in self-help. Section 6, *id.* 156. It is very rare, however, for neither party to request NMB mediation and for the Board to fail on its own to intervene.

<sup>257</sup> *Shore Line*, 396 U.S. at 152. See Section 2, Seventh, 45 U.S.C. 152, Seventh; Section 6, *id.* 156. The obligation to preserve existing practices about which the labor agreement is silent, however, assumes the employer cannot reasonably argue that the existing collective bargaining agreement gives it the discretion to make such a change. The Supreme Court has held that a minor dispute exists whenever the employer has claimed “that the terms of an existing agreement either establish or refute the presence of a right to take the disputed action. The distinguishing feature of such a case is that the dispute may be conclusively resolved by interpreting the existing agreement”. *Consolidated Rail Corp. v. Railway Lab. Execs. Ass’n*, 491 U.S. 299, 305, 306 (1989).

<sup>258</sup> See, e.g., *Shore Line*, 396 U.S. at 150; *National Airlines, Inc. v. International Ass’n of Machinists*, 416 F.2d 998, 1001 (5<sup>th</sup> Cir. 1969).

<sup>259</sup> 45 U.S.C. 159a, 160.

<sup>260</sup> See, e.g., *Shore Line*, 396 U.S. at 153 (enjoining employer from unilaterally changing work rules).

contained in RLA Section 2, First that both sides “exert every reasonable effort to make ... [an] agreement concerning rates of pay, rules, and working conditions”,<sup>261</sup> will be grounds for a federal court to enjoin their exercise of self-help.<sup>262</sup> If the employer first violates the *status quo* requirement by unilaterally changing a term or condition of employment, however, the union is free to strike until the *status quo ante* has been restored.<sup>263</sup>

The Supreme Court has more than once labeled the collective bargaining process under the RLA as “almost interminable”,<sup>264</sup> and “purposely long and drawn out”.<sup>265</sup> The rationale for this process is simple:

[The immediate] effect [of the freezing of the *status quo*] is to prevent the union from striking and management from doing anything that would justify a strike. In the long run, delaying the time when the parties can resort to self-help provides time for tempers to cool, helps create an atmosphere in which rational bargaining can occur, and permits the forces of public opinion to be mobilized in favor of a settlement without a strike or lockout. Moreover, since disputes usually arise when one party wants to change the *status quo* without undue delay, the power which the Act gives the other party to preserve the *status quo* for a prolonged period will frequently make it worthwhile for the moving party to compromise with the interests of the other side and thus reach agreement without interruption to commerce.<sup>266</sup>

The RLA subjects major “disputes to virtually endless ‘negotiation, mediation, voluntary arbitration and conciliation”.<sup>267</sup> A bargaining party may properly notify the other side of its desire to modify specified terms of the collective bargaining agreement, bargaining may ensue, and the NMB may preclude a strike and require the parties to maintain in place all terms and conditions of employment for one or two years, or more, while negotiations drag onward, so long as the NMB sees realistic hope

261 See *Pittsburgh & L.E. R.R. v. Railway Lab. Exec. Ass’n*, 491 U.S. 490, 503-04 (1989).

262 See *Chicago & N. W. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 402 U.S. 570, 578-80 (1971).

263 *Shore Line*, 396 U.S. at 154; *Atlanta & W.P.R.Co. v. United Transp. Union*, 439 F. 2d 73, 80 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 404 U.S. 825 (1971).

264 See, e.g., *Shore Line*, 396 U.S. at 149.

265 *Brotherhood of Railway Clerks v. Florida E.C.R.Co.*, 384 U.S. 238, 246 (1966); *Shore Line*, 396 U.S. at 143, 149.

266 *Shore Line*, 396 U.S. at 150.

267 *Burlington N. R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429, 444 (1987) (quoting *Shore Line*, 396 U.S. at 148-49).

that they may reconcile their differences. The NMB's discretion in this matter is almost unreviewable.<sup>268</sup> Courts may intervene only after a showing of "patent official bad faith" on the part of the NMB, or that the agency has continued mediation and withheld release for self-help "on a basis that is completely and patently arbitrary ... for a period that is completely and patently unreasonable".<sup>269</sup> Courts have in several cases refused to order the NMB to terminate mediation and proffer arbitration, none appear to have granted such an order.<sup>270</sup>

NMB data presented in one court case indicated that in 1988, 155 cases out of the NMB's active mediation docket of 359 cases, or 43%, had been in the mediation process for over twenty-four months.<sup>271</sup> This period did not include whatever time the parties spent negotiating before one of the them invited the NMB to intervene, or the agency unilaterally did so after finding "a labor emergency to exist".<sup>272</sup>

Sooner or later, however, the parties either settle their dispute by agreeing on terms of a new agreement, or the NMB acknowledges the failure of mediation, and upon rejection of arbitration, frees the parties thirty days later to take action. If the Section 9A or Section 10 Presidential Emergency Board procedures have been invoked, then at their conclusion, after the cooling off period, the parties may commence self-help actions. The union is free to strike. For so long as employees remain on the job, the employer is free to unilaterally change those aspects of pay, work rules and conditions of employment that were specified in the original contract modification notices of either party, but unless the entire contract was reopened, it must maintain all other terms of employment.<sup>273</sup>

If the union strikes, the employer has the right, and perhaps even the duty as a common carrier under the Interstate Commerce Act, to attempt

<sup>268</sup> See *Local 808, Bldg. Maintenance Workers v. NMB (Metro-North)*, 888 F.2d 1428, 1429 (D.C. Cir. 1989); *International Ass'n of Machinists v. NMB*, 425 F.2d 527, 535-37, 540 (D.C. Cir. 1970); *Delaware & H. Ry. v. United Transp. Union*, 450 F.2d 603, 608 & n. 11 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 403 U.S. 911 (1971).

<sup>269</sup> *Metro-North*, 888 F.2d at 1434 (quoting *Machinists*, 425 F.2d at 537, 543).

<sup>270</sup> See *id.* at 1433.

<sup>271</sup> *Id.* at 1440.

<sup>272</sup> The NMB may enter a case only under upon invitation by at least one party, or after it has made such a finding. Section 5, First of the RLA, 45 U.S.C. 155, First.

<sup>273</sup> RLA Section 2, Seventh, 45 U.S.C. 152, Seventh; RLA Section 6, *id.* 156. See, e.g., *Brotherhood of Locomotive Engineers v. Baltimore & O.R. Co.*, 372 U.S. 284, 290-91 (1963).

to operate, if possible.<sup>274</sup> It may do so using supervisory staff, and it may hire striker replacements, either temporary or permanent.<sup>275</sup> Unopened provisions of the collective bargaining agreement remain in effect throughout, so in theory, the replacements, too, must be paid and employed under the pre-existing work rules and terms and conditions of employment, except to the extent that they were re-opened by the original notices of intent to modify the agreement, under most circumstances.<sup>276</sup> In some cases, however, this would make it impossible for the railroad to operate during a strike. In such instances, the employer is permitted to seek an order of the federal district court granting it relief from the RLA requirement that it abide by the non-opened provisions of the existing agreement. The district court is to strictly limit and supervise such deviations.<sup>277</sup> The federal court is authorized to allow the carrier to “make only such changes as are truly necessary in light of the inexperience and lack of training, of the new labor force” or the fact that it is operating with a smaller employee complement, and the employer bears the burden of proof to demonstrate that its requested changes meet this standard.<sup>278</sup>

The Supreme Court’s attitude toward the use of replacements and toward the employer’s efforts to unilaterally dictate their terms of employment is in striking contrast to its approach to the use of striker replacements under the NLRA. Under the RLA,

collective bargaining agreements are the product of years of struggle and negotiation; they represent the rules governing the community of striking employees and the carrier. That community is not destroyed by the strike, as the strike represents only an interruption in the continuity of the relation. Were the strike to be the occasion for a carrier to tear up and annul, so to speak, the entire collective bargaining agreement, labor-management relations would revert to the jungle. \* \* \* [A] carrier might indeed have a strong reason

274 See *Brotherhood of Ry. Clerks v. Florida East Coast Ry. Co.*, 384 U.S. 238, 244-45 (1966) (citing *Interstate Commerce Act*, 49 U.S.C. 1(4), 1(11)). The Supreme Court carefully did not “say that the carrier’s duty to operate is absolute, but only to emphasize that it owes the public reasonable efforts to maintain the public service at all times, even when beset by labor-management controversies and that this duty continues even when all the mediation provisions of the Act have been exhausted and self-help becomes available to both sides...” *Id.* at 245.

275 See *id.* at 238.

276 RLA Section 2, Seventh, 45 U.S.C. 152, Seventh; RLA Section 6, *id.* 156.

277 *Brotherhood of Ry. Clerks v. Florida East Coast Ry. Co.*, 384 U.S. at 246.

278 *Id.* at 248.

to prolong the strike and even break the union. The temptation might be strong to precipitate a strike in order to permit the carrier to abrogate the entire collective bargaining agreement on terms most favorable to it. The processes of bargaining and mediation... would indeed become a sham if a carrier could unilaterally achieve what the Act requires be done by the other orderly procedures.<sup>279</sup>

The interest arbitration provisions of the RLA are wholly optional with the parties; both must agree to arbitrate before either is bound.<sup>280</sup> Sometimes, however, one party can derive a tactical advantage from accepting the NMB's offer of arbitration when the party has reason to believe the other side will reject the offer. Section 8 of the Norris-LaGuardia Act<sup>281</sup> contains a clean hands requirement precluding issuance of an otherwise proper injunction in a labor dispute to a party "who has failed to make every reasonable effort to settle such dispute either by negotiation or with the aid of any available governmental machinery of mediation or voluntary arbitration". This provision has been applied in RLA cases to prevent issuance of an injunction, despite allegations of picketline violence directed against those attempting to continue operations, when the union had offered to arbitrate but the employer had declined.<sup>282</sup> Thus, while there is no enforceable legal duty to arbitrate,<sup>283</sup> one party's expression of willingness to do so may change the rules of economic warfare as to the other, placing pressure upon the other to accede to arbitration to resolve the dispute.<sup>284</sup>

It should be noted that the Railway Labor Act never underwent an amendment similar to Section 8(b)(4) of the NLRA; consequently, secondary strikes, boycotts and picketing are theoretically just as legal as primary economic pressures during railway and airline labor disputes.<sup>285</sup>

<sup>279</sup> *Id.* at 246-47.

<sup>280</sup> *See, e.g.,* *Elgin, J. & E. Ry. v. Burley*, 325 U.S. 711, 722-28 (1945).

<sup>281</sup> 29 U.S.C. 108.

<sup>282</sup> *See Brotherhood of Railroad Trainmen v. Toledo, P & W R.R.*, 321 U.S. 50, 56, 65 (1944).

<sup>283</sup> Section 7, First of the RLA, 45 U.S.C. 157, First.

<sup>284</sup> *See Toledo, P & W R.R.*, 321 U.S. at 63 ("This is not compulsory arbitration. It is compulsory choice between the right to decline arbitration and the right to have the aid of equity in a federal court").

<sup>285</sup> *See Burlington N. R. Co. v. Brotherhood of Maintenance Way Employees*, 481 U.S. 429 (1987). *See also Delaware & H. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 450 F.2d 603, 610-11 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 403 U.S. 911 (1971) (holding protected a selective strike against one employer of a multi-employer bargaining unit, where the goal was not to fragment the employer association, but to achieve a better collective bargaining agreement with the association).

Neither state nor federal courts<sup>286</sup> are permitted to enjoin such picketing. The fact that most bargaining occurs on a multi-employer basis or with a single employer system-wide, that is, on a national scale, also makes it difficult for employers to operate during a strike. The rail and airline industries have remained highly unionized, further discouraging efforts to permanently replace strikers and eventually eliminate the union. 1998 NMB data indicate that over 70% of the one million employees in the two RLA industries are unionized,<sup>287</sup> compared to the 10% figure for the private sector workforce as a whole. The right to utilize secondary pressures, moreover, permits even a union in a dispute with a small railroad to shut down large portions of the national transportation system to pressure the employer.<sup>288</sup> Unlike the situation under the NLRA, therefore, the strike has remained an effective weapon for unions under the RLA, although more so in rail than air transportation.<sup>289</sup>

<sup>286</sup> *Burlington Northern*, 481 U.S. at 453 (federal court injunctions); *Jacksonville Terminal*, 394 U.S. at 392-93 (state injunctions).

<sup>287</sup> Prah, *supra* note 246.

<sup>288</sup> See, e.g., *Jacksonville Terminal*, 394 U.S. at 381 (“railroad [and airline labor] disputes typically present problems of national magnitude. A strike in one State often paralyzes transportation in an entire section of the United States and transportation labor disputes frequently result in simultaneous work stoppages in many states’.) The *Burlington Northern* strike represents a good example. In a dispute triggered by a local railroad’s plan to eliminate the jobs of 300 out of its 400 employees represented by the union, after four or five years of negotiation, the parties exhausted the mediation requirement and were free to engage in self-help. The union first struck its own employer, and two days later extended the strike to the employer’s two other railroad subsidiaries. When the employer’s use of supervisory personnel threatened to undermine the effectiveness of the strike, the union commenced picketing other railroad lines along the East Coast with whom its employer interchanged a significant volume of traffic, and notified the American Association of Railroads of its intent to picket other carriers and request their employees to strike in sympathy. Several injunction proceedings ensued in which various railroads sought to preclude the union from picketing their installations, culminating in the eventual Supreme Court decision holding the secondary activities to be legal under the RLA and not enjoined under *Norris-LaGuardia*. In the interim, a Presidential Emergency Board was convened, which automatically reinstated the freeze of the *status quo* under the RLA. After its report and the expiration of the attendant 30 day cooling off period, the parties were again free to strike, but Congress again intervened, setting up another advisory board to report, and this time recommend a settlement, with a further freeze of the *status quo*. On the basis of this report, Congress expeditiously enacted a legislated settlement, ensuring that the parties could not resume their economic warfare. See *Burlington Northern*, 481 U.S. at 432-36.

<sup>289</sup> One prominent example of a union loss in the airline industry is the successful manipulation of bankruptcy proceedings by Continental Airlines to repudiate its collective bargaining agreement. The airline provoked a pilots strike, in which many strikers were permanently replaced, culminating in a strike settlement which provoked a group of disgruntled strikers to sue the union unsuccessfully for breaching its duty of fair representation, in a case which went to the Supreme Court. See *Air*

Because the strike continues to be a viable form of economic pressure in this critical industry, the Presidential Emergency Board procedures under the RLA continue to be invoked on occasion. When key transportation hubs nevertheless have been disrupted by such strikes, Congress has sometimes intervened with special legislation halting the strike.<sup>290</sup>

### E. *The Right To Strike Under Public Sector Labor Law*

“The only illegal strike is an unsuccessful one”, Robert Polli is quote as saying.<sup>291</sup> Ironically, he was the leader of PATCO, and he made this statement just before President Reagan broke the strike he led and crushed his union. Nevertheless, the point is an essential one; in the United States, there are many extremely successful strikes in the public sector, despite their illegality under the prevailing labor law. In fact, it may be easier for a union to win a strike in some jurisdictions where strikes are nominally prohibited than it is in some states where strikes are legally, but so highly regulated that it is difficult for workers to

Line Pilots Ass’n v. O’Neill, 499 U.S. 65, 68-71 (1991). The opinion of the federal appeals court in the case characterized the strike settlement as “worse than the result the union would have obtained by unilateral termination of the strike”. *Id.* at 78-79 (citing 886 F.2d 1445-46). Another example might be the *Trans World Airlines v. Independent Fed’n of Flight Attendants*, 489 U.S. 426 (1989), previously discussed in connection with the Supreme Court’s treatment of strikers who cross over the picket line and return to work. The employer’s policy of giving cross-overs priority along with permanent replacements to retain the domicile assignments they had obtained during the strike, resulted in displacement from their previous home bases of those strikers who finally obtained reinstatement, and no doubt led some to decline reinstatement when it was conditioned on their acceptance of assignment to a new home base.

<sup>290</sup> In several instances, Congress adopted legislation as an interim solution, imposing certain terms on an interim basis or simply extending the *status quo* freeze period and requiring the parties to resume bargaining. See, for example, *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Akron & B.B.R. Co.*, 385 F.2d 581 (D.C. Cir. 1967), *cert. denied*, 390 U.S. 923 (1968); *Delaware & H. Ry. Co.*, 450 F.2d at 606. In other cases, Congress enacted legislation fully resolving a strike or lockout by imposing a solution intended to operate in lieu of a collective bargaining agreement. See, for example, *Burlington Northern*, 481 U.S. at 436 (enactment of legislatively imposed settlement to the Burlington Northern strike after PEB failed to produce settlement); *Akron & B.B. R. Co.*, 385 F.2d at 596 (upon failure to interim legislation to produce agreement, legislation imposed compulsory arbitration with the award equivalent to a two year labor contract); *Brotherhood of Locomotive Engineers v. Kansas City S. Ry. Co.*, 26 F.3d 787 (8<sup>th</sup> Cir. 1994) (permanent legislative settlement), *cert. denied*, 513 U.S. 930 (1994); *International B’nd of Elec. Workers v. Washington Terminal Co.*, 473 F.2d 1156 (D.C. Cir. 1972) (same), *cert. denied*, 411 U.S. 906 (1973).

<sup>291</sup> Meltzer & Sunstein, *supra* note 24, at 754 n. 110 (quoting *Aviation Daily*, Feb. 5, 1981, at 177).

exercise their right to strike, and the penalties for improper strikes are more effective.

The state laws, to varying degrees, follow the National Labor Relations Act collective bargaining model, but there are major differences in the area of the right to strike and interest dispute resolution.<sup>292</sup> In all but about ten states, as well as in the federal sector under the FLRA, public employees are entirely prohibited from striking. A variety of alternative approaches are substituted as a means of inducing the parties to take collective bargaining seriously in the absence of the threat of a strike. One common solution is binding interest arbitration, so that if the parties do not reach their own agreement, an arbitrator will impose one upon them. Another alternative is non-binding factfinding.

Public sector bargaining laws often cover civil servants, police, firefighters, public elementary and secondary school teachers, and other staff, and less frequently, public universities and hospitals. Even in those states, police and firefighters are exempted, are prohibited from striking, and usually bargain collectively subject to binding interest arbitration. More interesting for our purposes, a few of those states recognize an exception not present under the NLRA or RLA, in which the need to maintain essential services justifies the government in requiring certain, specified employees to continue work despite a lawful strike, either by job category or by a general requirement that the parties negotiate a list of specified workers.<sup>293</sup>

In states where public employees lack a right to strike, they may nevertheless effectively be able to do so, while in others, sanctions for strikers are so severe that there are virtually no strikes. Public school teachers in many cities have won strikes in the face of statutory prohibitions, especially in areas where unions are strong, and they issues over which they are striking include matters such as class size, where students, parents, and other citizens can be mobilized to support the strike. For example, the City of Detroit public school system and teachers' union were involved last year in a nine day strike of some 11,000 teachers. In the face of strong opposition by the state governor and legislature, the teachers closed the schools and won the strike, concluding with a new col-

<sup>292</sup> See generally, e.g., Aaron, *supra* note 41; Malin, *supra* note 41; *Developments*, *supra* note 24. A summary description of each state law may be found in PED, *supra* note 95.

<sup>293</sup> See generally Malin, *supra* note 41.



lective bargaining agreement achieving many of the gains they had sought.<sup>294</sup>

#### F. *Does A Legal Right to Strike Matter?*

Let me conclude this discussion of the rules pertaining to strikes by highlighting two points. First, in the U.S., there often is little practical difference between a legal and an illegal strike. Second, the economics of a strike are very different if the law prohibits replacement of legally striking workers. Let us take for illustration of the first point, a teachers' union striking a private high school, as compared to a teachers' union striking a public school system. The former are in the private sector, hence covered by the right to strike, while the latter are employees of a local governmental entity, so in most states they are prohibited from striking. The private school teachers' strike may not be enjoined by a court, and they cannot be fired for engaging in the strike. The public school teachers' strike is illegal, so a court may issue an injunction ordering its cessation, and the union and its leaders may be threatened with fines or even jail sentences for contempt of court if the union continues to strike in violation of the court order. In the end, however, in both the private and public sector cases, the strike will be won or lost based on the employer's ability to keep the school operating, by using administrators as temporary instructors, by hiring temporary substitute teachers, or by permanently replacing the strikers. This will also depend on the parents' willingness to send their children to school while a strike is going on, either because of their sympathies for or against the strikers, or because of their concerns about risks of violence or social ostracism if their children cross the teachers' picket line. If the strikers are determined and most remain off the job in solidarity, whether the strikers are "fired", or "permanently replaced" makes little difference to the outcome. The key is the employer's ability to replace the strikers and to persuade the students to continue to attend school. Ironically, this is likely to be much easier to do in the private school, where the strike is legal, but only a small number of teachers must be replaced, then it

<sup>294</sup> See, e.g., *Detroit Teachers Reach Tentative Contract Providing Higher Wages and Smaller Classes*, 37 Gov't Emp. Rel. Rep. (BNA) No. 1828, at 1200 (Sept. 13, 1999); *Detroit Teachers Ratify Contract*, 37 Gov't Emp. Rel. Rep. (BNA) No. 1830, at 1266 (Sept. 27, 1999); *Work Stoppages*, *supra* note 102.

is in a large, public school system. There, hundreds or even thousands of teachers may have to be replaced at one time, and the public and political nature of the issues means much greater publicity and a stronger potential for public support of the strike. The second point is that the economic consequences of permitting strikes in essential services differs greatly if no permanent replacement is permitted from the U.S. case, in which replacement and continued operation is allowed. When no replacement is allowed, a strike by a majority of the workforce usually results in the operation being shut down. There is no risk of the strike being broken, employees cannot be enticed to cross over the picket line and return to work, and no replacements can be hired. The issue is how long the workers can last without their paychecks, as opposed to how long the employer can last without revenue coming in from operations. Even in public services such as the Metro system or public hospitals, this is approximately accurate. In services financed out of the budget alone rather than through user fees, such as the public schools, the employer is less concerned about lack of incoming revenues, and more concerned about the political consequences of voter reaction to the loss of the service, and its impact upon their children's education as well as upon local businesses whose parents' work schedules are disrupted by child care problems.

A strike in which replacement of strikers is not permitted, in short, carries much less risk and is much more effective than one in which replacement is permitted. Only when labor market economics, either of scarce skill supply in the labor market, or sheer scale of the largest employers, makes replacement and continued operation in the face of a strike unfeasible, are the two equivalent in practical impact. The key factor in the U.S., then, is less whether the strike is legal or illegal, and more whether the employer is able to operate despite the strike, both in terms of consumer support for the strike and in terms of the realistic possibility of replacing a high enough proportion of the strikers.

## V. PRIVATE SECTOR “ESSENTIAL SERVICES” PROVISIONS: LMRA NATIONAL EMERGENCY DISPUTES AND RLA PRESIDENTIAL EMERGENCY BOARDS

### A. *Injunctions, Seizures, and Enactment of the LMRA*

There is an abundant history in the U.S. of governmental intervention into labor disputes which were perceived to threaten the national economy or welfare. Prior to Norris-LaGuardia, the employers, as well as the government, found it relatively easy to use anti-trust and other laws to enjoin most forms of strikes affecting any significant portion of the economy. No proof of impact upon the health, safety, or welfare of the populace was necessary, although the pretext of “public emergency” was often asserted.<sup>295</sup>

Enactment of Norris-LaGuardia changed the landscape. Leaving aside the Railway Labor Act, with its solution specific to the railroad, and later airline industries, the Norris-LaGuardia Act on its face precluded federal injunctions against continuation of private sector lockouts, strikes, and other work stoppages at the behest of the private employer or the federal government.<sup>296</sup> Until 1947, when the Taft-Hartley amendments created an avenue for federal government intervention into the most serious disputes, the entire economy seemed to be at the mercy of the private bargaining partners, whose recalcitrance often tested the patience of the public. The pre-Norris-LaGuardia history of governmental, employer, and judicial abuse of the power of judicial injunctions lays behind

<sup>295</sup> See, e.g., *United States v. United Mineworkers*, 330 U.S. 258, 277-78 (1947); *id.* at 315-16 (Frankfurter, J., concurring).

<sup>296</sup> See *United States v. United Mineworkers*, 330 U.S. 258, 277-78 (1947) (Legislative history recites instances in which the U.S. government obtained injunctions in private sector labor disputes “where some public interest was thought to have become involved;” these were used to illustrate “the abuses flowing from the use of injunctions in labor disputes... [T]hey indicate that Congress, in passing the [Norris-LaGuardia] Act, did not intend to permit the United States to continue to intervene by injunction in purely private labor disputes”). See also *id.* at 270-71, 274-76 (differentiating situations in which the U.S. is itself an employer, hence may obtain an injunction, from labor disputes between private parties); *id.* at 310 (Frankfurter, J., concurring in the judgment) (statute explicitly withdraws “power from federal courts to issue injunctions in an ordinary labor dispute between a private employer and his employees”); *id.* at 312-15, 321 (arguing that Norris-LaGuardia precludes federal courts from issuing injunctions in all labor disputes, including those where federal government is a party or plants it has seized); *id.* at 336-38 (Murphy, J., dissenting) (same); *id.* at 343 (Rutledge, J., dissenting) (same).

the limited scope of the Taft-Hartley exceptions. This history is also an important factor in the judicial reluctance in later years to accept expansive interpretations of the Taft-Hartley exceptions, and the refusal of Congress to enact an “essential services” provision in any federal law governing collective bargaining which would preclude, rather than temporarily postpone, the right to strike.

The use of federal government seizures of private facilities as a means to solve intractable labor disputes also became important, particularly after enactment of Norris-LaGuardia precluded the possibility of a court order halting a strike or lockout. By 1952, one Supreme Court Justice counted at least sixteen separate pieces of federal legislation authorizing federal seizures of facilities for production, communications, transportation, or storage, and listed seizures occurring during the Civil War, World War I, and World War II.<sup>297</sup> The seizure was always for a limited period of time, and the exercise of seizure authority conditioned upon “time of war”, “national security or defense”, “urgent and impending need” or “public safety”. In actuality, almost all seizures occurred in the context of a war.<sup>298</sup> Seizures were also usually predicated upon the owner’s failure or inability to make the plant available to supply the government’s needs.<sup>299</sup> As a temporary form of government taking, under the Constitution the government was required to pay just compensation to the owner for the period of the seizure.<sup>300</sup>

During World War II, the threat of disruption of production was regarded as unacceptable. At the urging of the government, a no-strike, no-lockout pledge was entered into by top union and employer representatives at a national labor-management conference.<sup>301</sup> In 1943, Congress enacted the War Labor Disputes Act.<sup>302</sup> This law provided the President with authorization to seize possession and operating control of facilities necessary to the war effort if a strike or labor dispute disrupts their ability to function; it remained in effect for the duration of the war

<sup>297</sup> See *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 611-13, 620 (1952) (Frankfurter, J., concurring).

<sup>298</sup> See *id.*

<sup>299</sup> *Id.* at 597-98, 615 (Frankfurter, J., concurring).

<sup>300</sup> See *id.* at 631 (Douglas, J., concurring).

<sup>301</sup> See *id.* at 605 (Frankfurter, J., concurring) (citing S. Rep. No. 2250, 81<sup>st</sup> Cong., 2d Sess. 41; H.R. Rep. No. 3042, 81<sup>st</sup> Cong., 2d Sess. 35).

<sup>302</sup> 57 Stat. 163. See *United Mineworkers*, 330 U.S. at 262, 284; *id.* at 347 (Rutledge, J., dissenting).

and as to already seized plants, for six months thereafter.<sup>303</sup> In 1943, four facilities were seized under its authority; in 1944, the number was seventeen; in the first eight months of 1945, fifteen seizure cases arose, including the coal mine seizures which culminated in the strike and anti-strike injunction that went to the Supreme Court as *United States v. United Mineworkers*.<sup>304</sup>

A wave of labor unrest helped galvanize a more conservative, post-World War II Congress into enacting the Taft-Hartley Act in 1947, including the national emergency dispute provisions of the LMRA. During the winter of 1946, major strikes in telephone and coal mining occurred,<sup>305</sup> heightening the sense that with the war-time discipline ending, the situation was escalating out of control. Statistics help comprehend the magnitude of the labor unrest: in 1943, in the midst of the war, 13'500,529 worker days were lost through work stoppages; by 1945, the number was 38,025,000; in 1946, the number was 113'00,000.<sup>306</sup> Congress considered but consciously rejected alternatives which would have authorized federal seizures of strike-bound plants, as well as interest arbitration or some other form of dispute resolution imposed upon the bargaining partners by third parties. Instead, it deliberately adopted an emergency dispute approach, drawing to some degree upon the RLA model, imposing a series of special processes totaling up to 80 days, including factfinding, and a cooling-off period under possible court order, in the hope that public pressure and the risk of further Congressional intervention would induce the parties to settle.<sup>307</sup> As had been the case during enactment many years earlier of the RLA, the legislative history of the LMRA emergency dispute provisions demonstrates that labor and management, with rare unanimity, joined hands to urge Congress against adoption of any stronger forms of intervention which might reduce their autonomy.<sup>308</sup> After the conclusion of the 80 period, the parties are again free to strike or lock out. Congress chose to retain the possibility of

303 See *id.* at 348 & n. 10 (Rutledge, J., dissenting).

304 See *id.* at 348 n. 9 (Rutledge, J., dissenting).

305 See *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. at 598-99 (Frankfurter, J., concurring).

306 See *United Mineworkers*, 330 U. S. at 348 n. 7 (Rutledge, J., dissenting) (citing U.S. Bureau of Labor Statistics sources).

307 See *Youngstown Sheet & Tube Co.*, 343 U.S. at 586; *id.* at 598-602 & nn. 1-3 (Frankfurter, J., concurring); *id.* at 657 & n. 4 (Burton, J., concurring); *id.* at 663-64 (Clark, J., concurring).

308 See *id.* at 601 & n. 5 (Frankfurter, J., concurring).

crafting legislation to intervene at that point, in the specific labor dispute, rather than to prescribe broad rules applicable generically.<sup>309</sup>

The threat of a nationwide steel strike in 1952, in the midst of the Korean War, led President Harry Truman to order the federal government to seize and operate most of the affected steel mills. This precipitated a constitutional crisis, culminating in the Supreme Court's landmark decision in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*,<sup>310</sup> the *Steel Seizure Case*. The case put an end to any Presidential claim of authority without legislative authorization to use seizure and operation of a facility as a means to resolve settle labor disputes. Because the United States has not been involved in a formally-declared war since that time, and Congress has normally limited legislative authorization for seizures to war-time situations, governmental seizure has since then faded from view as even a possible tool in government's arsenal to ensure labor peace.

The President had not relied upon the recently-enacted LMRA national emergency dispute provisions, which could not have supported seizure of facilities. Nor did he rely upon another piece of legislation, which might have supported at least some of the seizures, had the administration first completed a series of complicated prerequisite procedures. Instead, reasoning that steel production was essential to the manufacture of virtually all defense materiel for the conflict, the President acted on the basis of the executive powers of his office, as well as his powers as Commander-in-Chief of the armed forces.<sup>311</sup>

A six member majority of the nine member Supreme Court held the steel plant seizures unconstitutional, although there was a difference of views regarding the rationale. The majority opinion, authored by Justice Black, held that no provision of the constitution could support the seizure, absent Congressional legislative authorization, and suggested that a contrary holding would permit assertion of legislative-type powers by the President, violating the constitutional principle of separation of powers.<sup>312</sup>

Justice Frankfurter, joined by four other justices, wrote a concurring opinion on narrower grounds. The opinion reasoned that the issue was

<sup>309</sup> See *id.* at 600 & nn. 1-3, 601-03, 607 & n. 10 (Frankfurter, J., concurring); *id.* at 657 & n. 4 (Burton, J., concurring); *id.* at 663 (Clark, J., concurring).

<sup>310</sup> 343 U.S. 579 (1952).

<sup>311</sup> *Id.* at 585-87. See also *id.* at 589-92 (reprinting the text of the Executive Order directing the seizures).

<sup>312</sup> *Id.* at 587-89.

not what powers the President could exercise had there been no legislation in the field. Instead, the question posed was whether the President could unilaterally take the type of action in a labor dispute that Congress itself had rejected in enacting the LMRA, as well as failing to comply with requirements of other legislation authorizing seizures under specified conditions.<sup>313</sup> Wise or unwise, the concurring opinion concluded, even in an armed conflict such as the Korean War, if the President wanted to engage in plant seizures, Congressional authorization would have to be obtained first.<sup>314</sup>

Justice Douglas separately concurred, reasoning that a government seizure of property was a taking under the constitution, and without authorizing legislation, there would be no funds appropriated to pay the constitutionally mandatory just compensation to the owners, rendering the taking itself unconstitutional from the outset. Seizures therefore entail legislative power, and the President's attempt at its unilateral exercise violated the separation of powers reserving legislative authority to the Congress.<sup>315</sup>

Justice Jackson's concurring opinion differentiated three categories of Presidential actions: those taken when authorized by Congress, those taken when Congress has not acted in the field, and "measures [taken which are] incompatible with the expressed or implied will of Congress",<sup>316</sup> into which category he placed the steel mill seizures.<sup>317</sup> For actions taken in this third, least-favored category, he reasoned, "we can sustain the President only by holding that seizure of such strike-bound industries is within his domain and beyond control by Congress",<sup>318</sup> a conclusion he rejected. Justices Burton and Clark, as well as Justice Jackson, held that since Congress had reserved to itself the power to authorize labor dispute-related seizures on an *ad hoc* basis, except if very specific provisions in certain defense-related facility seizure laws, the President could not unilaterally formulate and implement different seizure procedures without unconstitutionally invading Congress' legislative authority.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> *Id.* at 597-604.

<sup>314</sup> *Id.* at 602-04.

<sup>315</sup> *Id.* at 631-33.

<sup>316</sup> *Id.* at 637.

<sup>317</sup> *Id.* at 638.

<sup>318</sup> *Id.* at 640.

<sup>319</sup> *Id.* at 655 (Jackson, J. concurring); *id.* at 660 (Burton, J., concurring); *id.* at 662-63, 665-66 (Clark, J., concurring).

In response to the government's urging that "we declare the existence of inherent powers *ex necessitate* to meet an emergency", Justice Jackson wrote two pages reviewing the uses and abuses of emergency powers in the German Weimar Republic, the French Republic, and Great Britain,<sup>320</sup> concluding that this

contemporary foreign experience... suggests that emergency powers are consistent with free government only when their control is lodged elsewhere than in the Executive who exercises them. That is the safeguard that would be nullified by our adoption of the "inherent powers" formula. Nothing in my experience convinces me that such risks are warranted by any real necessity, although such powers would, of course, be convenient.<sup>321</sup>

Justice Jackson concluded by emphasizing the Court's responsibility to preserve the rule of law:

No one, perhaps not even the President, knows the limits of the power he may seek to exert in this instance and the parties affected cannot learn the limit of their rights. We do not know today what powers over labor or property would be claimed to flow from Government possession if we should legalize it, what rights to compensation would be claimed or recognized, or on what contingency it would end. With all its defects, delays and inconveniences, men have discovered no technique for long preserving free government except that the Executive be under the law, and that the law be made by parliamentary deliberations.

Such institutions may be destined to pass away. But it is the duty of the Court to be last, not first, to give them up.<sup>322</sup>

## B. *The LMRA National Emergency Dispute Provisions*

### 1. *The Statutory Provisions*

The national emergency dispute procedures of the LMRA authorize the President to appoint a board of inquiry whenever, in his opinion, a threatened or actual strike or lockout, which affects an entire industry or substantial part of an industry, will "imperil the national health or safety" if

<sup>320</sup> *Id.* at 651-52.

<sup>321</sup> *Id.* at 652.

<sup>322</sup> *Id.* at 655.



permitted to continue.<sup>323</sup> The board of inquiry is an ad hoc body, separately appointed by the President for each national emergency dispute, with the power to hold hearings and take evidence, “to ascertain the facts with respect to the causes and circumstances of the dispute”,<sup>324</sup> and the duty to issue a written report to the president, within a time limit specified by the President at the time the board is appointed.<sup>325</sup> The report is also filed with the FMCS and its contents made public.<sup>326</sup> The report is to include the board’s identification and description of the issues pertaining to the dispute, as well as each party’s statement of its position.<sup>327</sup> The board of inquiry has no power to make recommendation as to the terms of settlement (unlike the power of the Presidential Emergency Board under the RLA). Since the board of inquiry is a purely investigatory body, without any power to adjudicate, its procedures are wholly within its own discretion, and need not include adjudicatory hearings or other elements of due process.<sup>328</sup>

Unless a settlement occurs in the interim, upon receipt of the report, the President has the discretion to instruct the Attorney General to petition appropriate federal district courts for injunctions against the strike or lockout under Section 208 of the LMRA. The conditions upon a court’s issuance of such an order are similar to those prerequisite to appointment of the board of inquiry. “The court must find that the threatened or actual strike or lockout (i) affects an entire industry or a substantial part thereof... and (ii) if permitted to occur or to continue, will imperil the national health or safety...”<sup>329</sup> Unlike the presidential “opinion” that these criteria have been met, however, the district court’s findings may be subjected to appellate review.<sup>330</sup> Such injunctions constitute an express exception to the Norris-LaGuardia Act.<sup>331</sup>

If the district court issues an injunction, a sixty-day cooling-off period ensues, in which the collective bargaining parties must “make every ef-

323 Sections 206-210 of the LMRA, 29 U.S.C. 176-180.

324 Section 207 of the LMRA, *id.* 177.

325 Section 206 of the LMRA, *id.* 176.

326 *Id.*

327 *Id.*

328 *See, e.g.,* United Steelworkers v. International Longshoremen’s Ass’n, 246 F. Supp. 849, 854-55 (S.D.N.Y. 1964).

329 Section 208(a) of the LMRA, 29 U.S.C. 178(a).

330 Section 208(c) of the LMRA, *id.* U.S.C. 178(c).

331 Section 208(b) of the LMRA, *id.* 178(b).

fort” to settle their dispute.<sup>332</sup> The President is required to reconvene the board of inquiry, which, if no settlement is reached by the end of the sixty day period, “shall report to the President the current position of the parties and the efforts which have been made for settlement, and shall include a statement by each party of its position and a statement of the employer’s last offer...”<sup>333</sup> This report, too, is to be made public, and may be used to mobilize public pressure upon the parties. Within the next fifteen days, the NLRB must conduct a secret ballot vote of the employees of each employer involved in the matter, to determine whether they are willing to accept the employer’s final offer. The NLRB must certify the results to the Attorney General within five more days. At that point, however, or sooner if the dispute is settled sooner by the parties’ agreement, the Attorney General must return to court and have the injunction dissolved.<sup>334</sup>

The Section 208 injunction is in effect, therefore, for a maximum of 80 days. Upon dissolution of the injunction, the bargaining parties are restored to the *status quo* in effect prior to the injunction.<sup>335</sup> Assuming no settlement, the President at that point submits to Congress a comprehensive report of the proceedings, including the board of inquiry reports and the outcome of the secret ballot vote, as well as any recommendations the President may make to Congress for legislative action.<sup>336</sup> Depending upon the economic ramifications of the dispute, as well as the political repercussions of action versus inaction, Congress has on a few occasions, enacted a legislatively imposed settlement.

Like other provisions allowing the government to seek injunctive relief against strikes or lockouts, Section 208 has been construed not to permit a private party to seek such relief, even when the company claimed that the union was violating an injunction issued under Section 208 at the behest of the Attorney General in another federal district court.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> Sections 209(a), 209(b) of the LMRA, *id.* 179(a), 179(b).

<sup>333</sup> *Id.*

<sup>334</sup> Section 210 of the LMRA, *id.* at 180.

<sup>335</sup> *See, e.g.,* Seafarers Int’l Union, Pac. Dist. V. United States, 304 F.2d 437, 443, 445 (9<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 370 U.S. 924 (1962).

<sup>336</sup> *Id.*

<sup>337</sup> Universal Shipping Corp. v. Local 953, Checkers Int’l Ass’n, 294 F. Supp. 4, 6-7 (D. Md. 1969).

## 2. *Experience in Implementation*

These provisions were invoked relatively frequently in the years shortly after their enactment in 1947, but with decreasing frequency thereafter. Since 1978, they have remained totally unused.

From 1947-1954, the emergency dispute provisions were commenced through presidential appointment of a board of inquiry twelve times: once each in the meat packing industry, telephone industry, maritime industry, nonferrous metals industry, and once, at a single, pipe manufacturing plant, which was a sole source supplier for the atomic energy industry. Two disputes involved atomic energy facilities, two involved the East Coast longshoring industry, and three involved the bituminous coal industry. In three matters the meat packing industry, telephone industry, and one bituminous coal industry dispute no injunction was sought. In all three cases, a settlement was reached before the board of inquiry report was filed. In all of the other cases, judicial injunctions were obtained, and with the exception of one, a bituminous coal industry dispute, all injunctions were effective in stopping or preventing the strike. In two cases in which an injunction had been issued, the dispute was settled while the injunction was still in effect. In five cases, no settlement was reached while the injunction remained in effect. In all five, the NLRB conducted a strike vote, and in four, the employer's final offer was rejected by majority vote. In the fifth, the union boycotted the balloting, and not a single vote was cast. In three of these cases, a major strike followed the dissolution of the injunction.<sup>338</sup>

The requirement of submission of the employer's final offer to an NLRB-conducted vote of the employees was imposed on the theory that the union leaders were often out of touch with their less militant rank and file. Experience suggests just the opposite, however. In addition to the data above, a summary covering the period from 1947-1967 indicates that management's final offer was *never* accepted in NLRB-conducted balloting under the emergency dispute procedures.<sup>339</sup>

Donald E. Cullen's review of the first twenty years the national emergency dispute provisions were in effect indicates that during the longer period, there were a total of twenty-four labor disputes culminating in

<sup>338</sup> These materials are summarized on the basis of Rehmus, *supra* note 7, at 262.

<sup>339</sup> Cullen, *supra* note 7, at 61.

injunction proceedings, and twenty-eight in which a board of inquiry was appointed.<sup>340</sup> This is a rate of 1.4 disputes per year in which the President appointed a board of inquiry, and 1.2 per year in which an injunction was obtained. While many of the early emergency disputes occurred in the coal industry, in later years, longshoring (loading and unloading ships) and the maritime industry (ocean shipping) predominated, together accounting for nine of the twenty-four injunctions. Another twelve cases arose in what Cullen characterized as “direct defense industries”, five of which involved the atomic energy industry, two the aerospace industry, one the aircraft production industry, three in plants manufacturing military aircraft engines, and one in shipbuilding.

During this longer period, the judicial injunction remained highly effective at temporarily stopping strikes. In the twenty cases identified in which an injunction was issued after a work stoppage was in progress, all but two strikes ceased immediately and one additional strike stopped three weeks later, after the union and its president were held in contempt of court and fined. Of the total of twenty-four cases in which an injunction was issued against threatened or actual strikes, seventeen were wholly settled without further work stoppages, and two more were partially settled. However, in eight of the twenty-four, or one-quarter of the total, major post-injunction strikes occurred.<sup>341</sup>

After 1967, however, utilization of the national emergency dispute procedures began to decline. There are very few reported injunction proceedings after that time, and all involved longshore or maritime industry strikes.<sup>342</sup> According to another study, in the first year after adoption of the LMRA, the President commenced the procedure by appointing a board of inquiry seven times; in the first thirty years, however, a board of inquiry was appointed only thirty-five times in total. Cases were con-

<sup>340</sup> These materials are drawn from Cullen’s review and analysis of the 1947-1967 period in *id.*, at 55-59.

<sup>341</sup> *Id.* at 60-61.

<sup>342</sup> *United States v. International Longshoremen’s Ass’n*, 337 F. Supp. 381 (S.D.N.Y. 1971); *United States v. Portland Longshoremen’s Benevolent Soc.*, Local 861, 336 F. Supp. 504 (D. Me. 1971); *United States v. International Longshoremen’s Ass’n*, 335 F. Supp. 501 (N.D. Ill. 1971), *emergency relief denied*, 78 L.R.R.M. (BNA) 2801 (7<sup>th</sup> Cir. 1971); *United States v. International Longshoremen’s Ass’n*, 334 F. Supp. 1134 (S.D. Ga. 1971); *Universal Shipping Corp. v. Local 953, Checkers Int’l Ass’n*, 294 F. Supp. 4 (D. Md. 1969); *United States v. International Longshoremen’s Ass’n*, 293 F. Supp. 97 (S.D.N.Y. 1968).

centrated in four industries: longshore, aircraft-aerospace, bituminous coal, and atomic energy.<sup>343</sup>

Research into this area is largely historical in nature. No president has used these procedures since Jimmy Carter's unsuccessful efforts in 1978 to end a coal strike.<sup>344</sup> In 1980, the FMCS terminated a position it had listed in the federal government personnel system as Executive Secretary to a Board of Inquiry appointed under Section 208 "because the authority is no longer used".<sup>345</sup> Subsequent presidents have resisted calls to use these provisions to intervene in labor disputes. The most recent example was President Clinton's rejection of Congressional and business demands that he appoint a board of inquiry during the 1997 United Parcel Service strike by some 185,000 Teamsters Union members. UPS is the biggest delivery service in the U.S., handling 80% of the market volume. At the start of the strike, the company operated using about 50,000 supervisors and non-union personnel to perform tasks normally handled by the strikers, and delivered about 10% of its usual volume of about 12 million packages per day, with priority going to packages containing pharmaceutical products and similar urgent delivery items. Nevertheless, the President took the position that the stringent requirements of the national emergency dispute procedures were not met; there were other carriers transporting a sizeable portion of the volume UPS had previously handled, and economic experts estimated that the overall effect of the strike on the economy would not be too great.<sup>346</sup>

343 Yuill, *supra* note 9.

344 *Id.*

345 45 Fed. Reg. 81025 (Dec. 9, 1980) (revoking 5 C.F.R. 213.3147(a)).

346 See, e.g., Elizabeth Walpole-Hofmeister, *Trucking: No Talks Set in UPS/Teamsters Dispute; White House Reiterates Hands-Off Stance*, 1997 Daily Lab. Rep. (BNA) 151, at D18 (Aug. 6, 1997); Elizabeth Walpole-Hofmeister, *Trucking: Teamsters, UPS Agree to Resume Talks; Sweeney Pledges Labor's Support for IBT*, 1997 Daily Lab. Rep.(BNA) 152, at D 7 (Aug. 7, 1997); Michelle Amber, *Trucking: Labor Secretary Herman Enters Dispute Between UPS and Teamsters*, 1997 Daily Lab. Rep.(BNA) 155, at D7 (Aug. 12, 1997); *Summary/Highlights*, 1997 Daily Lab. Rep. (BNA) 155, at D2 (Aug. 12, 1997); *Analysts Say Economic Impact of UPS Strike Likely to Be Spotty, Small*, 1997 Daily Lab. Rep.(BNA) 155, at AA-2 (Aug. 12, 1997); Pam Ginsbach, *Trucking: UPS Says Job Losses Likely by Week's End if Strike Continues; Union to Augment Funds*, 1997 Daily Lab. Rep. (BNA) 156, at D7 (Aug. 13, 1997).

### 3. *Judicial Construction*

In contending that the UPS strike did not satisfy the Taft-Hartley Act emergency dispute requirements, the President was on safe ground. The statute may be invoked only when “in the opinion of the President”, the statutory criteria are met; in exercising his discretion to decline to appoint a board of inquiry, his decision was wholly unreviewable. This is in accord with the Congressional framers’ notion that the president be subject to political accountability for his choices about such intervention, rather than an unelected, politically unaccountable, federal judge serving a lifetime appointment to the bench.<sup>347</sup>

He was also on safe ground in his interpretation of the legal pre-conditions. Effectively, there are two conditions: (1) that the threatened or actual strike affect all or a substantial part of an industry; and (2) that it imperil the national health or safety. One can guess that, had the matter ever come before a court, the UPS strike would have been held to affect a substantial part of an industry, but not to imperil the national health or safety. Too many alternative means existed for transporting urgent deliveries, and the overall impact on the economy, while not insignificant, was not disastrous.

#### a. *The Local Essential Services Cases*

There has been surprisingly little authoritative interpretation of these provisions. In two Supreme Court decisions, the Court has overturned state efforts to emulate the national emergency dispute provisions as to essential local services.

In *Amalgamated Coach Employees v. Wisconsin Employment Relations Board*,<sup>348</sup> the Supreme Court struck down the State of Wisconsin’s Public Utility Anti-Strike Law,<sup>349</sup> applying the Supremacy clause of the U.S. Constitution to hold it preempted by the federal NLRA. Two consolidated cases were decided together by the Court, the first arose from a labor dispute between mass transit workers and their private employer, the Milwaukee Electric Railway & Transport Company, while the second

<sup>347</sup> See *United States v. United Steelworkers*, 361 U.S. 39, 48, 57-58 (1959).

<sup>348</sup> 340 U.S. 383 (1951).

<sup>349</sup> Wis. Stat., 1949, 111.50 *et seq.*

involved a strike at the local utility company responsible for providing natural gas to households and businesses.<sup>350</sup> In each case, the Wisconsin state labor relations agency had obtained a state court injunction to stop the strike under the Wisconsin law.<sup>351</sup> The law forbade “employees of a public utility” to engage in any type of work stoppage, and forbade these employers to lock out its employees, when these actions “would cause an interruption of an essential service”.<sup>352</sup> Whenever a bargaining stalemate threatened to result in an interruption of services, the Wisconsin board was to substitute binding interest arbitration for a strike or lockout.<sup>353</sup> Covered employers included privately-owned water, heat, gas, electric, power, public passenger transportation and communications utilities.<sup>354</sup> The Supreme Court held that Congress in enacting the NLRA and LMRA, had intended to fully occupy the field, to the exclusion of state regulation of the right to strike over wages, hours, and terms and conditions of employment,<sup>355</sup> and further that the Wisconsin legislation directly conflicted with the federal law.<sup>356</sup> The Court noted that in enacting the national emergency procedures, Congress had considered and decided not to adopt provisions which would have specially treated “public utilities”, “local emergency disputes”, “public emergencies” or “essential public services”.<sup>357</sup>

In a subsequent case, the Supreme Court rejected on similar grounds the State of Missouri’s seizure of Kansas City Transit, Inc., a private corporation operating mass transit systems in Kansas and Missouri, when a different division of the same bus employees’ union called a strike. The state governmental seizure was intended to transform the entity into a public employer, much as the federal government had done during the post-World War II coal mining strike, thereby exempting the strike from federal private sector labor law, and allowing the state court to enjoin a strike that, according to the governor’s proclamation, by interrupting

<sup>350</sup> 340 U.S. at 360 & n. 2, 386 & n. 3.

<sup>351</sup> *Id.* at 386.

<sup>352</sup> *Id.* at 387, 388 n. 4 (quoting Wis. Stat., 1949, 111.63, 111.64).

<sup>353</sup> *Id.* at 388.

<sup>354</sup> *Id.* at 388 (citing Wis. Stat., 1949, 111.51).

<sup>355</sup> *Id.* at 389-90, 390 n. 12, 314 (relying on *United Auto Workers v. O’Brien*, 389 U.S. 454 (1950)).

<sup>356</sup> *Id.* at 399.

<sup>357</sup> *Id.* at 391-95, & nn. 13-16, 20, 21; 397. *Accord* *Div’n 1287, Amalgamated Motor Coach Employees v. Missouri*, 374 U.S. 74, 82 n. 9 (1963).

services endangered the public interest, health, and welfare.<sup>358</sup> The court rejected the state's effort to characterize the employer as now a public entity, viewing the change as one of form rather than substance, and insufficient to take the company out from under the jurisdiction of the NLRA, since no property was actually conveyed or transferred, the employees continued to be treated for other purposes not as state employees but as employees of the private company, and private management continued in all respects to operate the company exactly as before.<sup>359</sup> The Court also rejected the state's argument that the law was "strictly emergency legislation", in the state's effort to distinguish the earlier *Bus Employees* case. It reiterated its holding from the earlier decision that when "the state seeks to deny entirely a federally guaranteed right which Congress itself restricted only to a limited extent in case of national emergencies, however serious, it is manifest that the state legislation is in conflict with federal law".<sup>360</sup>

In short, if the impact of a strike or lockout is too local to satisfy the national impact aspect of an LMRA national emergency dispute, it must be handled like any other collective bargaining dispute under the NLRA. The *Bus Employees* cases leave open two options to state and local governments concerned about the impact of labor disputes on delivery of essential services. One is for the government to actually own and operate the public utility, permanently, rather than on a temporary and purely formal basis.<sup>361</sup> Private sector operating efficiencies and other factors, however, may dissuade a government from adopting this approach. Rarely will the workers' NLRA right to strike be the decisive factor in the face of a strong trend in favor of privatization.

Alternatively, the State retains its customary authority "to deal with emergency conditions of public danger, violence, or disaster under appropriate provisions of the State's organic or statutory law".<sup>362</sup> The state may not, however, enact special rules pertaining to strikes and lockouts, nor may it differentially treat problems incident to labor disputes in applying its general body of emergency law pertaining to public violence, danger or disaster.

<sup>358</sup> *Id.* at 79, 81.

<sup>359</sup> *Id.* at 81.

<sup>360</sup> *Id.* at 82 (quoting *Amalgamated Motor Coach Employees*, 340 U.S. at 394).

<sup>361</sup> *Id.* at 83.

<sup>362</sup> *Id.*



## b. The *Steelworkers* Case

The Supreme Court has only decided one case directly arising under the national emergency dispute provisions of the LMRA: *United Steelworkers v. United States*.<sup>363</sup> In a *per curiam* decision, the Supreme Court affirmed the lower court's issuance of an injunction to prevent continuation of an industry-wide strike in the basic steel industry. The core of the decision was that when the Attorney General sought an injunction, so long as the two criteria of industry-wide disruption and peril to national health or safety were both met, it should be granted, without further consideration of "the merits of the parties' [bargaining] positions or the conduct of their negotiations".<sup>364</sup> Equitable considerations normally applicable to requests for injunctive relief, in other words, were irrelevant.

The decision, however, did little to elucidate the scope of either of the two preconditions for emergency dispute procedures. The steel strike was national and industry-wide, so it plainly satisfied what the Court termed the "breadth of involvement" criterion.<sup>365</sup> As for the second criterion, pertaining to peril to national health or safety, the Court relied upon evidence of the strike's disruptive effect on a series of specifically identified defense projects for which key materials were rendered unavailable by the strike, and held that this sufficed to "imperil the national safety".<sup>366</sup> The Supreme Court thereby avoided addressing the government's arguments favoring broader construction of "national safety". The Court also left unresolved the litigants' competing interpretation of "national health", which the government argued included "the country's general well-being and economic health" while the union argued that the term is limited to the physical health of the populace.<sup>367</sup> Today, over forty years later, these points of statutory construction remain unsettled.

The Supreme Court did elaborate on the purposes the statute was enacted to serve, which in U.S. judicial reasoning may be relied on to inform future judicial interpretation of the statute in conformity with

<sup>363</sup> 361 U.S. 39 (1959).

<sup>364</sup> *Id.* at 41.

<sup>365</sup> *Id.*

<sup>366</sup> *Id.* at 42 & n.\*; *id.* at 46-47 (Frankfurter, J., concurring).

<sup>367</sup> *Id.* at 42. See also *id.* at 65-68 (Douglas, J., dissenting) (citing legislative history rejecting "public welfare" and "public interest" as statutory phrases, as well as the history of enactment of the Norris-LaGuardia Act in support of a narrow interpretation).

Congressional objectives. The “statute ... recognize[s] certain rights in the public”, of which the federal government is the guardian, “to have unimpeded for a time production in industries vital to the national health or safety”, despite the fact that the injunction only lasts a maximum of eighty days.<sup>368</sup>

*c. Lower court decisions on “breadth of involvement”*

Most of the lower court cases find the entire industry or a substantial part of it to have been affected by a work stoppage. In some cases, however, the lower courts permitted the government to manipulate the definition of “industry” to make it easy to establish that a substantial part had been disrupted. One court, for example, held that a maritime strike that would immobilize 45% of the vessels in the U.S. merchant fleet affects “a substantial part” of the industry, without taking into account the availability of foreign flag shipping, on the theory that one function of the domestic merchant marine fleet was to serve in a backup military capacity for which the foreign flag vessels were ineligible.<sup>369</sup>

While Congress’ primary focus was plainly “strikes of a substantially industry-wide scope”, the Second Circuit Court of Appeals held in one case that the breadth criterion was also satisfied by a purely local strike which caused a bottleneck disrupting an entire, albeit different, industry, crucial to the national defense. The union members worked at a plant producing heat exchangers, pressure vessels, and prefabricated pipe, and a strike at this one plant would clearly not have affect a substantial part of that industry. However, much of the plant’s production was in fulfillment of a contract in which it was the sole source to supply highly specialized parts to some of the prime contractors to the U.S. Atomic Energy Commission; ultimately, the bottleneck threatened to jeopardize the manufacturing of atomic bombs. In the midst of the Cold War, the risk to the national defense seemed manifest to the court, which refused to require that the affects on an entire industry or substantial part, be on the same industry as that in which the labor dispute had arisen.<sup>370</sup>

<sup>368</sup> *Id.* at 43.

<sup>369</sup> *United States v. National Marine Engineers’ Beneficial Ass’n*, 294 F. 2d 385, 386 & n. 3 (2d Cir. 1961).

<sup>370</sup> *United States v. United Steelworkers*, 202 F. 2d 132, 134, 136-38 (2d Cir. 1953).

Courts in several similar cases adopted this construction, holding strikes at sole suppliers of crucial military aircraft or munitions parts to affect substantial parts of those industries by creating production bottlenecks, even though the affect on the industry in which the labor dispute itself arose was negligibly affected by single plant strikes.<sup>371</sup> Reading the language of these opinions, however, it is plain that they were influenced by the Cold War and later Vietnam War mentality, rejecting all arguments about alternative sourcing or the union's willingness to permit production allocated to the defense contractor, and readily applying the national defense label, equated with the national safety criterion, to hold the statutory requirements satisfied.

d. “*National Health or Safety*”

Until the end of the Vietnam War, virtually all cases brought to court seeking a national emergency injunction were successful, in large measure because the government routinely submitted evidence indicating some impact on national defense, defense contractors, or overseas military partners, which the courts routinely accepted as sufficient to show imperilment of national safety. When a maritime strike disrupted half the U.S. fleet, the federal government submitted evidence about the impact on pharmaceuticals and food supplies, for example, but it was easiest, and sufficient for the court to rely on the legal obligation that the merchant marine serve as a military and naval auxiliary in time of war or national emergency.<sup>372</sup>

Some lower courts uncritically accepted government evidence of purely economic impact as sufficient to “imperil the national health or safety”.<sup>373</sup> In one of the many cases involving a strike by dockworkers,

371 See *United States v. Avco Corp.*, 270 F. Supp. 665 (D. Conn. 1967); *United States v. American Locomotive Co.*, 109 F. Supp. 78 (W.D.N.Y. 1952), *aff'd sub nom. United States v. United Steelworkers*, 202 F.2d 132 (2d Cir.), *cert. denied*, 344 U.S. 915 (1953); *United States v. General Elec. Co.*, Civil No. 3350 (S.D. Ohio 1966), *cited in Avco*, 270 F. Supp. at 672 n. 16; *United States v. International Ass'n of Machinists*, Civil No. 62C662 (E.D.N.Y. 1962), *cited in Avco*, 270 F. Supp. at 672 n. 16, 674; *United States v. Lockheed Aircraft Corp.*, Civil No. 62-1575 (S.D. Cal. 1962), *cited in Avco*, 270 F. Supp. at 672 n. 16, 674.

372 *United States v. National Marine Engineers' Beneficial Ass'n*, 294 F. 2d 385, 388 (2d Cir. 1961).

373 *E.g.*, *United States v. International Longshoremen's Ass'n*, 337 F. Supp. 381, 383 (S.D.N.Y. 1971).

a district court relied on evidence of the impact to the strike on food deliveries to U.S. ports, on employment in cities up and down the East Coast, and on the country's balance of payments in finding peril to the national health and safety and issuing an injunction against the strike.<sup>374</sup> Many cases uncritically cite an array of government evidence of impact on direct military defense activities, indirect military defense activities, international military and civilian foreign aid, delivery of food and medicine, macroeconomic impact affecting the balance of payments, levels of unemployment and wage loss, and then, without specifying how each or any of these relates to either national health or national safety, simply conclude that in the aggregate, the impact suffices.<sup>375</sup>

*e. Clauses to Preserve the Status Quo*

Courts are divided over a point which would be important were these statutory provisions in regular use today: whether they should include in a Section 208 injunction a clause preserving in effect the terms and conditions of employment under the collective bargaining agreement. The purpose of the Section 208 injunction is to preserve the *status quo* as it existed prior to the actual or threatened strike or lockout.<sup>376</sup> The statute is unclear, however, as to whether the *status quo ante* to be preserved or restored is composed only of the performance of work and provision of services or production, that is, is defined from the employer's perspective, or whether it also includes the terms under which the work is performed, that is, it is also defined from the employees' perspective. Courts have espoused three possible positions: (1) it is beyond the district court's authority to include a clause preserving terms and conditions of employment in a Section 208 injunction;<sup>377</sup> (2) it is

<sup>374</sup> United States v. International Longshoremen's Ass'n, 293 F. Supp. 97 (S.D.N.Y. 1968).

<sup>375</sup> See, e.g., United States v. International Longshoremen's Ass'n, 336 F. Supp. 504, 506 (D. Me. 1971).

<sup>376</sup> See, e.g., United States v. International Longshoremen's Ass'n, 246 F. Supp. 849, 855 (S.D.N.Y. 1964).

<sup>377</sup> See, e.g., United States v. Boeing, 215 F. Supp. 821 (W.D. Wash.), *vacated and remanded sub nom.* International Ass'n of Machinists v. Boeing, *id.* at 825, 315 F.2d 359 (9th Cir. 1963) (*per curiam*).

within the district court's sound, equitable discretion to do so;<sup>378</sup> and (3) the district court as a rule ought to do so.<sup>379</sup>

#### *f. Post-Vietnam War Developments*

It was not until public support for the Vietnam War waned, that the extent of reliance by the government on defense-related arguments, and more tacitly, judges' patriotic sentiments, began to become manifest in cases in which the courts refused to issue injunctions requested under Section 208. Until then, in almost every case, the courts granted the Attorney General's request for an injunction. In addition, fragmentation of bargaining units meant that fewer and fewer labor disputes occurred on a sufficiently large scale to trigger applicability of these provisions. Bear in mind that in 1999, there were only 17 work stoppages in the entire country involving over 1,000 employees.<sup>380</sup>

In one of the few cases in which a formal government request for a Section 208 injunction was rejected, a federal court refused to consider the aggregate effects of a series of simultaneous strikes by independently acting longshoremen's unions.<sup>381</sup> The court found that the strike by a Chicago local union, involving 200 longshoremen working inside grain elevators, would affect only a small portion of the industry, measured in number of workers, volume of cargo handled, value of the cargo, and that the proportion of total corn and soybean shipments affected would be about 3.8% of total U.S. shipments. The court also found that the businesses which would be affected were unrelated to any U.S. defense programs. It concluded that neither element of Section 208 was satisfied: the strike would not have an effect on a substantial part of the maritime industry, and it would neither imperil national health or safety.<sup>382</sup> The court also construed Section 208 to "preclude enjoining of a strike on

<sup>378</sup> See, e.g., *International Longshoremen's Ass'n*, 293 F. Supp. at 104.

<sup>379</sup> See, e.g., *Seafarers Int'l Union v. United States*, 304 F. 2d 437 (9<sup>th</sup> Cir.), *cert denied sub nom.* *Pacific Maritime Ass'n v. Seafarers Int'l Union*, 370 U.S. 924 (1962); *International Ass'n of Machinists v. Boeing Co.*, 215 F. Supp. 821, 825, 315 F.2d 359 (9<sup>th</sup> Cir. 1963) (per curiam); *United States v. International Longshoremen's Ass'n*, 246 F. Supp. 849, 856 (S.D.N.Y. 1964); *United States v. Avco Corp.*, 270 F. Supp. 665, 673, 675 (D. Conn. 1967).

<sup>380</sup> See *supra* text accompany note 101.

<sup>381</sup> *United States v. International Longshoremen's Ass'n*, 335 F. Supp. 501 (N.D. Ill. 1971), *emergency relief denied*, 78 L.R.R.M. (BNA) 2801 (7<sup>th</sup> Cir. 1971).

<sup>382</sup> *Id.* at 503-505.

purely economic grounds absent some element of national defense”.<sup>383</sup> The court reasoned that “ ‘national health or safety’ cannot be interpreted as fiscal health or national economic welfare and [that the government] is foreclosed from picturing this strike as a defense threat to the ‘national safety’ by the complete lack of any defense or war effort considerations”.<sup>384</sup>

The courts’ attitude was plainly changing. Of the four main industries previously subjected to Section 208 injunctions —longshore, aircraft-aerospace, bituminous coal, and atomic energy—<sup>385</sup> aircraft-aerospace manufacture and to a great extent, atomic energy, mainly fall under the statute because of defense considerations. Arguments about peril to the nation’s safety became regarded much more critically as the Vietnam War wound to a close, and thereafter. A delay of several months in completion of an atomic energy plant or production of a new fighter jet no longer sounds like a very great threat to the national defense, since the country is not in a state of armed conflict.

The remaining two industries, as well as to a great extent, other manufacturing industries, were always primarily subject to national emergency dispute procedures on the basis of national health, rather than national safety and defense. Removal of somewhat specious claims of defense-related issues, however, made it easier for the courts to recognize availability of substitutes and alternatives which prevented a finding of peril to national health, and made it harder for the government to argue that a substantial part of an industry was affected by a purely local strike. Moreover, only a strike affecting a substantial part of an industry qualifies for national emergency dispute procedures. Over time, fragmentation of collective bargaining within industries, along with increased numbers of successful non-union competitors, both domestic and foreign, has meant that fewer and fewer strikes surpass the “substantial part” of the industry threshold, even before consideration of the availability of substitutes reduces the possibility that peril to national health or safety will develop.

Presidential political and philosophical attitudes have also changed, in favor of a hands-off, laissez faire attitude which decreases their willingness to use their emergency powers to intervene. If the strike is not

383 *Id.* at 506.

384 *Id.* at 507.

385 Yuill, *supra* note 9.

causing an overwhelming impact, the upshot of the entire national emergency dispute process is merely to suspend the strike or lockout for 80 days, after which, if it still has not been settled, the parties are free to resume their economic warfare. They may continue to battle it out indefinitely, regardless of the harm to national health or safety, unless the President recommends and Congress adopts legislation specific to the dispute to terminate the strike.

*g. The Health Care Local Emergency Disputes Provision*

As has already been observed, local disputes receive no special treatment under the LMRA. Even the involvement of an employer whose products or services lack equivalent substitutes, does not permit the government to intervene against the workers' right to strike. However, the U.S. market for goods and services in most fields has so much competition that it is rare for a strike to do more than inconvenience consumers and force them to rely on a substitute. Perhaps otherwise, the law would have been framed to take a different approach.

In health care, the political circumstances at the time of the industry's reinsertion into NLRA coverage in 1974 were very different from those prevailing either in 1935, when the original Wagner Act version of the NLRA was adopted, or in 1947, when the LMRA was passed. In recognition of the local market for most health care services, and its intrinsically essential nature, Congress crafted a special emergency dispute provision added as Section 213 of the LMRA, triggered by a finding of the Director of FMCS that "a threatened or actual strike or lockout affecting a health care institution will, if permitted to occur or to continue, substantially interrupts the delivery of health care in the locality concerned..."<sup>386</sup>

The Director of the FMCS, rather than the President, is to appoint a board of inquiry; the appointment must be made within thirty days of receiving notice from the union or employer, a notice required to be provided to FMCS under Section 8(d), at least sixty days before the labor agreement is due to expire.<sup>387</sup> The board, once appointed, is to

<sup>386</sup> 29 U.S.C. 183. *Cf. Sinai Hosp. v. Horvitz*, 621 F.2d 1267, 1270 (4<sup>th</sup> Cir. 1980) (holding NMB determination judicially unreviewable).

<sup>387</sup> *Id.* 158(d), 183. *See, e.g., Sinai Hosp. v. Scarce*, 561 F.2d 547 (4<sup>th</sup> Cir. 1977).

investigate the issues and make a written report within fifteen days of its appointment, including findings of fact and non-binding recommendations for settling the dispute.<sup>388</sup> The parties are required to preserve the *status quo* for an additional fifteen day cooling off period after the board of inquiry report has been issued.<sup>389</sup> Courts which have examined these provisions have held that the FMCS has thirty days after receipt of the union's or employer's notice of intent to renegotiate within which to appoint the board of inquiry, or any appointment will be void and it will be unable to utilize this procedure.<sup>390</sup>

In the normal course of events, this provision does not prolong the period in which the parties must maintain the *status quo*, since they must do so in any event under Section 8(d) for ninety days after the one party notifies the other of its intent to terminate or modify the agreement, and for at least sixty days after their notice to the same effect to FMCS. If FMCS is notified on the last possible day, and it uses all thirty days to appoint the board of inquiry, and the board of inquiry uses the full fifteen days to make its written report, the subsequent fifteen days will end on the same day as the Section 8(d) *status quo* requirement.<sup>391</sup> The provision, in any case, seems to be ineffectual in most circumstances, since it requires appointment of the board of inquiry, and for them to make their recommendations, early in the bargaining process as it occurs in many health care institutions. Unlike a presidentially appointed board of inquiry or national emergency board, whose report is likely to receive substantial press coverage and to engender considerable political and social pressure upon the bargaining parties, an FMCS-ap-

<sup>388</sup> 29 U.S.C. 183(a).

<sup>389</sup> *Id.* 183(c).

<sup>390</sup> See, e.g., *Affiliated Hosps. v. Scarce*, 583 F.2d 1097, 1099 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); *Sinai Hosp. v. Scarce*, 561 F.2d at 552-54. See also *Southwest La. Hosp. Ass'n v. Local Union No. 87, Office Employees Int'l Union*, 664 F.2d 1321, 1328 (5<sup>th</sup> Cir. 1982).

<sup>391</sup> See *id.* at 554 & n. 11. See also *Sinai Hosp.*, 621 F.2d at 1270-71 (outlining strict timing of steps). In new bargaining units, however, appointment of a board of inquiry may briefly extend the *status quo* period; Section 8(d) requires thirty days notice to FMCS, and Section 213(a) gives FMCS ten days to appoint the board of inquiry in such cases. If the board takes the full fifteen days to report, the *status quo* in such cases will be frozen for tens days longer than it would if the FMCS did not appoint a board of inquiry. However, for the most part., these are cases in which there is no incumbent union and no collective bargaining agreement. The union is likely to bargain longer before striking, whether or not a board of inquiry is appointed; the employer cannot in any case alter the status quo until it has bargained with the union to impasse.



pointed board's report will often receive little or no public notice. Presidentially-appointed boards generate a trail in the public record, making it fairly easy to ascertain when and how many have been appointed; the FMCS Section 213 appointment process generates no similar records, so it is unclear how frequently the provision has been utilized. Certainly every bargaining dispute at every health care institution does not threaten to deprive the local community of essential services, but there is no record to indicate the FMCS' construction of this language. However, after the first few years, when parties challenged FMCS' belated appointment of boards of inquiry in several cases, there have been no published decisions under Section 213. This suggests that either FMCS is seldom resorting to it, or it has so little impact that it is any event not worth either party's efforts to litigate.

## *B. The RLA Section 10 Presidential Emergency Board Provisions*

### *1. The Section 10 Provisions*

The RLA contains an provision analogous to the LMRA national emergency dispute provisions. Section 10 of the RLA is triggered if, in the judgment of the NMB, a dispute unresolved through all the usual, prolonged RLA steps of negotiation, mediation, and proffer of arbitration, "threatens substantially to interrupt interstate commerce to a degree such as to deprive any section of the country of essential transportation service". In such a case, the NMB is to notify the President, who has the discretion to appoint a Presidential Emergency Board (PEB), of however many persons the President chooses, to investigate the facts and provide a report to the President regarding the dispute within thirty days of the board's appointment. Unlike the LMRA boards of inquiry, which are expressly prohibited from making recommendations, the RLA PEB's are permitted to recommend a resolution for the labor dispute, and often do. The Section 10 procedures operate to further extend the regular RLA *status quo* freeze period by an additional sixty days, since upon appointment of the PEB, the *status quo* is frozen until the board makes its report and for thirty days thereafter. The same body of law developed regarding the maintenance of the *status quo* during negotiation, mediation, and for the thirty day cooling off period after NMB proffer of

mediation and its rejection by at least one party, applies to this sixty day extension of the *status quo* period.<sup>392</sup>

Unlike the LMRA emergency dispute procedures, no injunction proceedings are necessary under the RLA, since the extended status quo obligation automatically comes into force once a PEB has been appointed. However, if one of the parties violates the *status quo* requirement, the other may sue in court to enjoin the observation of the *status quo*, just as is the case regarding the status quo requirement during negotiations, mediation, and the thirty-day cooling off period.<sup>393</sup> Enforcement is thus in the hands of the bargaining parties, rather than the government; on the other hand, the drastic remedies for contempt of court do not apply until after the union or employer breach the *status quo* obligation, the other side obtains a federal court injunction, and then the party continues to violate the *status quo*.

There has been little litigation about the NMB's decision that to refer a case to the President under Section 10, on grounds that a strike "threatens to ... deprive any section of the country of essential transportation services". Since the statute reserves this question to the "judgment" of the NMB, and the appointment of an emergency board thereafter to the "discretion" of the President, Courts would be likely to construe this matter as unreviewable, or reviewable on narrow grounds such as bad faith or corruption on the part of the agency; this is what the courts have done regarding the NMB's determination that the prospects for successful mediation have been exhausted, leading to proffer of arbitration, and release of the parties to engage in self-help. The presidential appointment of a board does, however, of its own force, deprive the parties of the right to strike and lockout for an additional sixty days; one might imagine either party in a proper case, challenging the determination that a section of the country was being deprived of "essential" transportation services, particularly where trucking, buses, automobiles and airplanes provide ready substitutes.

Comparing the statutory triggering conditions under Section 10 of the RLA for PEB appointment with those of the Section 206 of the LMRA for board of inquiry appointment, at first glance, the RLA language seems to encompass a much broader set of disputes. Unlike the LMRA,

<sup>392</sup> See, e.g., *Detroit & T.S.L.R. Co. v. United Transp. Union*, 396 U.S. 142, 150-52 (1969).

<sup>393</sup> See, e.g., *id.*

no national impact need be shown to utilize the RLA language; an impact on a section of the country is enough. Nor is there any threshold based on all or a substantial part of an industry being affected. Under the RLA, a strike involving even a small segment of the national rail or air system may be subject to Section 10 if it threatens to deprive “a section of the country of essential service”. Nor need any impact on national health or safety be demonstrated. In effect, Congress in enacting Section 10, determined that rail, and later air, transportation was sufficiently important to the health, safety, and welfare of the populace that depriving any section of the country of essential transportation service would in and of itself warrant intervention in the form of the PEB and the extended *status quo* period. There is some irony in this, since Congress has stood by, refusing government subsidies, and permitted the rail transport system, particular the passenger transportation system, to wither in many parts of the country for lack of profitability.

## 2. Rates of Appointment of PEB's under the RLA

It is illuminating to compare the number of LMRA presidentially-appointed board of inquiry with the number of RLA presidentially-appointed emergency boards, notwithstanding the differences between the two statutes. From 1947-54, there were 70 PEB's appointed in the railroad industry, and 11 in the airline industry, for a total of 81; this compares to 12 boards of inquiry under the LMRA. From 1955-1967, rail have 40 and air had 22 PEB's, for a total of 62, as compared to 16 boards of inquiry under the LMRA national emergency dispute provisions.<sup>394</sup>

From 1982 to the present, my own research reveals that the President appointed a total of 39 PEB's under the RLA.<sup>395</sup> This, of course, compares with 0 boards of inquiry appointed under the LMRA during the

<sup>394</sup> The RLA figures are based on a summation of data drawn from Cullen, *supra* note 7, at 70-71. LMRA data are derived from *id.*, at 55-59 and Rehmus, *supra* note 7, at 261-62.

<sup>395</sup> These figures are based on the following search performed on June 13, 2000, in LEXIS, Labor library, Fed.Reg. file: (emergency board or PEB or P.E.B.) & (RLA or R.L.A. or railway labor). This data base goes back only to 1982. Two of these PEB's were technically appointed under the terms of the Rail Passenger Service Act, 45 U.S.C. 5901, regarding collective bargaining related to transfer of certain operations from Conrail to local governmental commuter rail service providers, but they were designed to function on a basis equivalent to Section 10 PEBs under the RLA, so that is how they are treated here.

same time period. In several instances, two RLA boards were appointed in succession in connection with the same dispute, so the number of labor disputes involved is actually 29. All but one involved rail carriers, the exception being a 1997 labor dispute between American Airlines and its pilots' union.<sup>396</sup> Publicly funded and operated rail commuter lines, including the Southeastern Pennsylvania Transportation Authority (SEPTA), Metro-North Commuter Railroad, the Long Island Railroad, the Port Authority Trans-Hudson Corp. (PATH), and the New Jersey Transit Rail Operation together account for 22 boards, a majority of the PEB's appointed during the period, although they only account for 12 of 29 labor disputes during the period. In light of the relatively small proportion of both RLA-covered employers and RLA-covered employees working on such commuter lines, these figures might seem startling; but in fact, they reflect that under the special Section 9A provisions applicable to such commuter rail carriers, one PEB is appointed in virtually every case, and in most cases, a second one is later appointed as well.

A few general statements may be made on the basis of these statistics. First, RLA figures have been consistently decreasing at a moderate rate over time, while the LMRA figures have been plummeting dramatically. The RLA figures, when disaggregated, also reflect a trend toward fewer rail and more air disputes. This is even more evident if we exclude the commuter line Section 9A PEB's, which are all but automatic in every unresolved dispute, and examine only the rail and air PEB's under Section 10. However, this may not be a product of more harmonious labor relations and smoother contract settlements in the railroad industry, and the converse in among the airlines. The decline in RLA numbers is somewhat misleading. The number of carriers and the number of employees has also dropped drastically over the past 50 years as the railroad industry has consolidated and reorganized, so one would expect fewer disputes. The number of airlines and their employees has fluctuated over this time period, as, after an initial period of expansion, deregulation led to several carriers merging and consolidating operations, including some who went bankrupt, but also led to new, low-cost, non-union entrants, and disputes pertaining to their organization.

Second, many more boards have been appointed under the RLA than the NLRA/LMRA at any given point in time, even though the scope of

<sup>396</sup> See E.O. 13036, 62 *Fed. Reg.* 7653 (Feb. 15, 1997).

coverage under the NLRA/LMRA, in terms of numbers of employers and numbers of employees covered, is many times greater than that of the RLA. Even limiting the figures to unionized workers under each statute, there are several times more unionized workers under the NLRA/LMRA than the approximately 700,000 under the RLA;<sup>397</sup> earlier in time the ratio was much greater than it is today.

One might think that appointment of a PEB under the RLA is all but automatic, but this has not been the case, at least under Section 10. Presidents prefer to avoid using these powers, in part because even after they have been invoked, it is not uncommon for no solution to be reached. In such cases, the strike is merely deferred, but then it finally occurs and may be even harder to settle. The *status quo* usually favors employers, and unions often wield considerable pressure against presidential intervention. In addition, neither the NMB nor the President wish to create expectations of appointment of a board among the bargaining parties, lest it produce the syndrome whereby no serious bargaining occurs until the PEB stage, undermining the process as a whole.

There have been several actual or imminently threatened strikes, particularly against airlines in recent years, without government intervention. The strike which came within a few moments of occurring against US Airways this past spring is the most recent example. Because there is a lot of competition in air transportation, there has been relatively moderate public pressure in favor of government intervention.

One may contrast this with the situation in passenger rail traffic. In the last 20 years, there have been numerous instances of presidential intervention, because the situation is usually a monopoly, although of course, rail passengers have airplanes, buses, and cars as alternatives and freight shippers have trucks. At about the same time, for example, the President Clinton was refusing to appoint an LMRA board of inquiry in the UPS strike, he appointed an RLA Section 10 PEB, over strenuous objections by labor, to avoid a threatened strike at Amtrak, the primary rail passenger carrier in the U.S.<sup>398</sup> The President has expressly pointed to the more stringent criteria for applicability under the LMRA in de-

<sup>397</sup> The 700,000 figure is derived by multiplying the number of employees subject to the RLA by the percentage of the RLA workforce covered by collective bargaining agreements; both figures come from Prah, *supra* note 246.

<sup>398</sup> See Pamela M. Prah, *Railroads: Clinton Intervenes to Prevent Strike at Amtrak; Creates Emergency Panel*, 1997 Daily Lab. Rep.(BNA) 163, at D6 (Aug. 22, 1997).

clining to appoint a board under the one statute, while appointing one under the other.<sup>399</sup>

In the commuter railroad field, on the other hand, strict application of the Section 10 criteria that a “section of the country” be deprived of “essential transportation services”, tended to result in those cases, which most upset the greatest number of citizens, being least likely to trigger appointment of a board. After unsuccessful efforts by public agencies to establish a constitutional basis for exempting their commuter lines from the RLA entirely,<sup>400</sup> the problem led to enactment of a special emergency board provision, Section 9A.

#### 4. Section 9A PEB Procedures for Commuter Lines

The Section 9A process for appointing a presidential emergency board looks deceptively similar to that under Section 10. In practice, however, it operates as an almost automatic extension of the *status quo* freeze period for 240 days. It usually involves two PEBs, one after the other, and culminates in a form of final offer factfinding which, although not quite binding interest arbitration, is coupled with a cut-off in important economic supports for the losing side which makes its operation very close. While rail commuter line employees still have the right to strike, it has been considerably weakened, particularly when compared to employees of other rail carriers.

Section 9A may be invoked whenever the President fails to appoint a PEB under Section 10 in a rail commuter line case; if the President does respond under Section, the rules of Section 9A provide the applicable procedures in any event.<sup>401</sup> Under Section 9A(b),<sup>402</sup> either labor or management, or the governor of any State through which the line operates, may request the President to appoint a PEB, and upon such a request, under Section 9A(c)(1), the President is required to make the appointment.<sup>403</sup> It is a virtual certainty that at least one of these actors will make such a request in every commuter rail labor dispute.

399 See, e.g., *id.*; Yuill, *supra* note 9.

400 See *United Transp. Union v. L.I.R.R. Co.*, 455 U.S. 678 (1982).

401 Section 9A(c)(2), 45 U.S.C. 159a(c)(2).

402 *Id.* 159a(b).

403 *Id.* 159a(c)(1).

The presidential appointment of the board triggers a 120 day freeze of the *status quo* for the bargaining partners. During those 120 days, two separate procedures take place. During the initial thirty days, this first PEB operates under Section 10 procedures, investigating the facts and circumstances of the dispute, and a recommendation for its settlement, reporting to the President within thirty days.<sup>404</sup> If there has been no settlement, within sixty days of creation of the PEB, the NMB must hold a public hearing, at which the parties must present testimony regarding why they have not accepted the board's recommendation for settlement.<sup>405</sup>

When the 120 days *status quo* period expires, the parties are only theoretically free to engage in self-help. Either bargaining partner or any governor through whose state the commuter line operates may immediately request the President to appoint a second PEB. Upon such request, presidential appointment is again mandatory.<sup>406</sup> Appointment of the second PEB triggers a second *status quo* period, which in total freezes the parties for up to another 120 days.

When the second PEB has been appointed, the bargaining parties have thirty days to submit to the board their final contract offers.<sup>407</sup> The board then has thirty days to submit a report to the President selecting one of the two final offers.<sup>408</sup> The bargaining parties must maintain the *status quo* throughout these proceedings and for sixty days after the board submits its report.<sup>409</sup>

The second board's selection of a final offer does not bind either party. After expiration of the second, 120 day, *status quo* period, the parties may strike, lockout, or change conditions of employment. However, whichever party's offer was selected by the board, then rejected by the other side, will have an advantage compared to the usual RLA labor disputant. If the employer's final offer is selected by the board, and the union strikes, the workers will be ineligible to receive unemployment benefits, which are otherwise normally available to striking

404 *Id.*

405 *Id.* 159a(d).

406 *Id.* 159a(e).

407 *Id.* 159a(f).

408 *Id.* 159a(g).

409 *Id.* 159a(h).

workers under the Railroad Unemployment Insurance Act.<sup>410</sup> If the union's final offer is selected by the board, the carrier is prohibited from drawing benefits from any fund created by agreement among carriers to provide financial support during a work stoppage.<sup>411</sup>

As one might expect under this system, once the parties fail to settle their contract dispute before appointment of the first board, they are unlikely to settle until after appointment of the second board. From 1982 to the present, of the twelve rail commuter line labor disputes in which a first PEB was appointed, a second PEB was appointed in ten, or 83% of the cases; the twelve disputes accounted for twenty-two boards appointed during that period.<sup>412</sup>

## VI. CONCLUSION

I will summarize in closing by suggesting that there are several reasons for the U.S. permissiveness allowing workers to strike even when the services are quasi-public in nature, when they are either "essential" or at least of great societal importance. The answer may lie in the following factors. First, the weakness of the strike weapon itself makes both the threat and the actuality less powerful and disruptive than would be the case if, for example, no striker replacement were permitted. Second, the strike may be a far less economically and socially disruptive weapon than the alternatives which would surface in its absence or its prohibition. Work-to-rule strategies and intermittent, hit-and-run work stoppages are two examples. Third, competitiveness in the U.S. market rarely leaves consumers, hence voters, without a feasible substitute for a struck service or product, despite the strike causing some hardship or inconvenience. If one hospital is on strike and unable to accept patients, another one in the vicinity is usually available to accept the more urgent cases. If the commuter railroad is on strike, the Metro and the buses are still operating, as are private cars, not to mention pedestrian's feet. Fourth, the limitations on secondary strikes and boycotts help ensure that so long as there is competition among employers providing the same or

<sup>410</sup> *Id.* 159a(i) (citing 45 U.S.C. 351 *et seq.*).

<sup>411</sup> *Id.* 159a(j).

<sup>412</sup> These computations are based on the research cited *supra* note 394.



substitutable services or products, a strike at one employer will leave others operating to supply the substitute.

One might say that most of the time, in the U.S., the competitive market coupled with the restrictions on secondary economic pressure tactics means that almost no service can properly be called “essential”. Nearly always, there is a reasonable substitute. These last two factors are inseparable from the employer-based or establishment-based structure of the majority of collective bargaining units in the U.S. It is precisely because most collective bargaining agreements cover only one employer or one establishment that the limitations on secondary activity have so much applicability. It is precisely because a strike normally occurs at only one employer, or one facility, that consumers normally retain many options. This is much less true for the Railway Labor Act, where the bargaining unit is usually employer-wide, and the employer is much more likely to control a majority of the market in particular localities for rail or air transport services. It is not a coincidence that the Railway Labor Act contains many more legally specified opportunities for mediators to step in, factfinding to be invoked, and the strike to be delayed in hopes a settlement will be reached. Nor is it coincidental that Congress has several times stepped in and imposed interim or long-term legislated terms in place of disputed provisions of a labor contract, when RLA bargaining partners have been deadlocked, along with service disruption, for extended period of time.

Comparisons across time, like those between the NLRA and the RLA, bolster this conclusion. In the late 1940s and 1950s, basic industries such as steel, automobile, aerospace, and agricultural implement manufacturing and coal mining, were almost entirely unionized. Collective bargaining in those fields was mainly conducted at the national level, with pattern bargaining producing a result almost equivalent to industry-wide bargaining with an employer association; in coal mining, a peak employer association collective bargaining agreement with the union applied to most major employers in the industry and the smaller ones followed its terms as a pattern. In those years, the threat of a coal strike meant the threat of lack of heating fuel in cold weather; the threat of a nation-wide steel strike meant the threat that the economy, and particularly the militarily-related production portion of the economy, would grind to a halt.

Years of increased global and local competition, bankruptcies and corporate reorganization have fragmented these industries and introduced new, competitive, non-union producers, vastly decreased union power and reduced the effects of strikes. The last national steel strike was in 1959, although the labor peace during the next twenty-five or so years was mainly attributable to voluntary adoption of interest arbitration in the industry, to break a cycle of customer strike expectations and inventory stockpiling that was injuring employer and union alike. A key justification for presidential and judicial intervention, the risk to military preparedness created by major strikes in many industries, disappeared with the ending of the Vietnam War. Public, and indeed, judicial acceptance of vague arguments about the impact of a work stoppage on the American military and its domestic and overseas commitments reversed from almost instant acceptance to incredulity.<sup>413</sup>

During the same period, deregulation, technological change, and increased global trade have led to collapse of union control over major industries and segments of the labor market. In automotive manufacturing, competition resulting both from foreign manufacturers' imports, and from direct investment into U.S. manufacturing plants of those foreign manufacturers, has shaken the UAW's ability to set labor standards in the industry, especially in the more fragmented parts suppliers segment. Deregulation has undercut the Teamsters' hold on trucking, and both deregulation and foreign penetration have adversely affected the airline pilots union's bargaining leverage.<sup>414</sup> Containerization and adoption of a complex set of rules regarding allocation of work in light of the new technologies played an important role in eliminating many of the disputes on the docks.<sup>415</sup>

Were these factors regarding the U.S. industrial relations system, and the economy as a whole to change, one might conjecture that the rules regarding strikes in "essential" services might change, too.

<sup>413</sup> See Julius Getman & John D. Blackburn, *Labor Relations Law, Practice, and Policy* 323 (2d ed. 1983).

<sup>414</sup> See Weiler, *supra* note 100, at 132.

<sup>415</sup> See *NLRB v. International Longshoremen's Ass'n*, 473 U.S. 61, 64-69 (1985); *NLRB v. International Longshoremen's Ass'n*, 447 U.S. 490, 494-500, 513-22 (1980).

## LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Carlos FUENTES PUELMA

*SUMARIO: I. Breve análisis explicativo sobre la negociación colectiva y el convenio colectivo en el derecho laboral chileno. II. Tratamiento constitucional y legal de la negociación colectiva y la huelga en Chile. principales disposiciones. III. La huelga en los servicios públicos. IV. Algunas conclusiones sobre la negociación colectiva y la huelga en los servicios públicos de Chile. V. Bibliografía consultada.*

### I. BREVE ANÁLISIS EXPLICATIVO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

El derecho del trabajo es, principalmente, la expresión jurídica de las relaciones laborales. A su vez, las relaciones laborales, insertas como están, en toda una estructura social, política, económica e institucional, asumen, en cada país o grupo de países, una fisonomía determinada y distintiva, que termina por proyectarse en esa expresión jurídica.

Pues bien, las características generales del sistema de relaciones laborales predominantes en América Latina no han facilitado históricamente el desarrollo de la negociación colectiva. Entre tales características podemos señalar: el predominio de la norma estatal sobre la autonomía colectiva, la endémica debilidad sindical, la preferencia por una acción sindical de naturaleza política extramuros de la empresa, el predominio del paternalismo empresarial reacio al diálogo y la ausencia de una legislación promocional de la negociación colectiva.

Aun cuando el grado de presencia de estas características generales no es el mismo en todos los países latinoamericanos, ellas reflejan de manera fiel la situación en Chile y explican que la negociación colectiva, tradicionalmente y más aún después de las reformas laborales del gobierno militar, está circunscrita al ámbito de la empresa privada. Sólo a raíz de la reforma de 1991 (Ley 19.069), la Ley considera la posibilidad

de negociación *supraempresa o pluriempresarial*, aunque con limitaciones que la hacen absolutamente inviable.

En cambio, como se dirá más adelante, la negociación colectiva en la administración pública goza de absoluta prohibición constitucional y legal.

La negociación colectiva, siempre en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación (artículo 304, Código del Trabajo), se encuentra definida en la legislación chilena como

el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.<sup>1</sup>

Como la definición es, hasta este momento, entusiasmantemente amplia, el inciso segundo de esa disposición se encarga de limitar su alcance, señalando que “La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes”. Como era previsible, el empresariado chileno no ha otorgado el acuerdo que la Ley exige y ello ha impedido que la negociación colectiva se lleve a efecto fuera de la empresa.

Precisamente, el Proyecto de Ley modificatorio, enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional de Chile (Cámara de Diputados) con fecha 11 de enero de 1995, y reiterado en diciembre de 1999, contenía, como una de sus más importantes disposiciones, la “Ampliación de la negociación colectiva”. Señala, al efecto, el proyecto: “Tendrán derecho a negociación colectiva, *obligatoria para el empleador*, los sindicatos interempresa y los sindicatos de trabajadores eventuales y transitorios”. El proyecto no fue aprobado en el Senado y el gobierno de Ricardo Lagos se apresta a insistir próximamente .

En cuanto al convenio colectivo, debemos, de manera previa, aclarar que lo que en la doctrina y legislación europea y en la legislación internacional (OIT) se denomina convenio colectivo, en Chile corresponde al *contrato colectivo*, el cual es definido como “el celebrado por uno

1 Artículo 303, Código del Trabajo.

o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”.<sup>2</sup>

En general, en Latinoamérica se emplean distintas denominaciones para señalar la misma institución, en los diversos países: las más utilizadas son *convención colectiva de trabajo* y *contrato colectivo de trabajo*. En algunos países se utiliza el concepto de *pacto colectivo*. Comparto, al respecto, la molestia expresada por Héctor Hugo Barbagelata, cuando señaló que “el empleo contradictorio de las palabras contrato, convención y pacto (y aun acuerdo) resulta bastante molesto cuando se están haciendo comparaciones”.

Sin embargo, el problema no termina allí: en Chile también existen los *convenios colectivos*, aunque, por cierto, su definición no corresponde a lo que por tal entendemos en Europa y en las definiciones de la OIT. El convenio colectivo está definido en el artículo 351 del Código del Trabajo como

el suscrito entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el fin de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, sin sujeción de las normas de procedimiento de la negociación colectiva reglada ni a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento.

Así pues, lo que diferencia al contrato colectivo del convenio colectivo, en Chile, es la sujeción o no sujeción a las normas de procedimientos de la negociación colectiva y a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento. Como se emprenderá, requisito *sine qua non* para la generación de un convenio colectivo es el acuerdo de las partes para mantener las conversaciones respectivas. Sin ese acuerdo previo y sostenido, no habrá ninguna posibilidad de convenio colectivo de trabajo.

La propia Ley se encarga de expresarlo muy claramente:

Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, con acuerdo previo de las partes, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna

2 Artículo 344, inc. 2, Código del Trabajo.

naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales ... negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios...<sup>3</sup>

En cuanto a los efectos de los convenios, la Ley es categórica: los “convenios colectivos ... tendrán los mismos efectos que los contratos colectivos...”<sup>4</sup>

La eficacia jurídica del contrato colectivo chileno es, igual que en el resto de Latinoamérica, de naturaleza *normativa*, lo que se encuentra establecido legalmente en el artículo 311 del Código del Trabajo: “Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido”.

En cuanto a los sujetos negociadores —*legitimación negocial*— debemos distinguir entre el lado empresarial y el lado social: desde el punto de vista empresarial, nada impide en Chile que negocien indistintamente empleadores aislados o agrupaciones coligadas de empleadores, pero no pueden negociar asociaciones y organizaciones empresariales (sin olvidar que la negociación supraempresarial requerirá siempre acuerdo previo de las partes, como ya ha quedado dicho).

Desde la perspectiva de los trabajadores, aun cuando la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas se inclinan por atribuir legitimación negocial únicamente a los sindicatos (federaciones o confederaciones), con o sin la exigencia legal de determinados requisitos, en Chile también están facultados para negociar entes extrasindicales —grupos de trabajadores que se unan para tal efecto— lo que constituye una situación excepcional en la región.

En relación con la *eficacia personal aplicativa* de los contratos colectivos, el ordenamiento chileno les atribuye eficacia *limitada*, lo que es posible deducir de lo dispuesto en los artículos 345 y 346, respecto de los contratos colectivos, y el artículo 314 en cuanto a los convenios colectivos, cuyos efectos, como ya se ha señalado, se han igualado al del contrato colectivo.

3 Artículo 314, inc. 1o., Código del Trabajo.

4 Artículo 314, inc. 4o., Código del Trabajo.

El artículo 345 del Código del Trabajo señala que “Todo contrato colectivo deberá contener, a lo menos ... la determinación precisa de las partes a quienes afecte”.

Más clara, aún, era la disposición del antiguo artículo 317 del Código del Trabajo (hoy derogado) que decía: “Las estipulaciones de los contratos colectivos y las resoluciones de los fallos arbitrales sólo regirán respecto de los trabajadores que hayan sido parte de la negociación...”.

La jurisprudencia administrativa lo reflejó claramente: “Los efectos de un contrato colectivo radican *exclusivamente* en los trabajadores que estuvieron afiliados al sindicato al momento de iniciarse el proceso de negociación y que figuraron en la nómina a que se refiere el artículo...”.

Resulta interesante recordar, desde la actual perspectiva, una jurisprudencia administrativa de 1984: “En cualquier caso, el empleador puede, por *mera liberalidad*, otorgar los beneficios del contrato colectivo a aquellos trabajadores que no participaron en el proceso de negociación”.

Así, “No hay extensión de los contratos colectivos y fallos arbitrales; sólo rigen para quienes son parte en la negociación”.

En fin, como una manera de resumir el análisis precedente, podemos puntualizar lo que sigue:

a) En cuanto a la legitimación negocial, si bien en Chile predomina la sindicalización sobre la libre representación —como en toda Latinoamérica— en Chile tiene cabida la negociación extrasindical, en la forma que ya se ha señalado.

b) En cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos y convenios colectivos, se les asigna una clara eficacia normativa.

c) En cuanto a la eficacia personal aplicativa, dentro de la gran variedad de soluciones legales latinoamericanas, el ordenamiento chileno atribuye a contratos y convenios colectivos una eficacia limitada.

## II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA HUELGA EN CHILE. PRINCIPALES DISPOSICIONES.

### 1. *Constitución Política del Estado*

Artículo 19, No. 16, incisos 5o. y 6o.

Inciso 5o.: La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la Ley expresamente no permita

negociar. La Ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La Ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

Inciso 6o.: No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La Ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

## 2. *Ley 12.927, sobre seguridad del Estado, artículo 11*

Sanciona penalmente a los responsables de toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño de cualquiera de las industrias vitales.

## 3. *Código del Trabajo, derecho con fuerza de Ley No. 1 de 1994*

Artículo 1o. Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

Artículo 303. Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o



con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.

La negociación colectiva se afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes.

### Artículo 304, incisos 1o., 2o. y 3o.

Inciso 1o.: La negociación colectiva podrá tener lugar entre las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación.

Inciso 2o.: No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.

Inciso 3o.: Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un cincuenta por ciento por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.

Artículo 305, inciso 1o.: No podrán negociar colectivamente:

1. Los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada;

2. Los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;

3. Las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores, y

4. Los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

### Artículo 306, incisos 1o. y 2o.

Inciso 1o.: Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo.

Inciso 2o.: No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

### III. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

#### 1. *Algunas consideraciones doctrinarias y derecho comparado*

La expansión del derecho colectivo al sector público comienza como una situación de hecho, a través de negociaciones colectivas de facto y con formas atípicas de negociación que posteriormente son formalizadas unilateralmente por el órgano que corresponda, por ejemplo, el poder legislativo.

Se trata de situaciones que expresan un poder sindical emergente en ciertos sectores de la administración pública, como la salud y la educación, conformando una tendencia que, con el tiempo, comienza a institucionalizarse jurídicamente.

Parte de la doctrina ha justificado la existencia de un estatuto especial distinto del derecho laboral para los funcionarios públicos, en el hecho de que éstos trabajan para un empleador muy especial: el Estado, el cual no persigue fines de lucro y cumple la función de velar por el bien común, por lo que carecería de sentido suponer que pueda abusar de sus trabajadores, siendo innecesario un derecho protector como el laboral para estos funcionarios.

Además, el beneficio del trabajo en el sector público no se radica en el patrimonio de su contraparte empleadora —el Estado—, sino en el de la nación toda.

Se contesta a esta argumentación afirmando que el trabajo humano es uno solo y que a pesar de sus matices su regulación debe ser idéntica. Por otra parte, la distinción entre trabajadores públicos y otros trabajadores no tiene fundamento ya que el Estado igualmente debe someterse a los principios y normas fundamentales de la Constitución, como la libertad sindical y el derecho de huelga.

Además, no sería válido argumentar que en el Estado prima el interés general sobre el particular, ya que el mayor interés de la sociedad se centra en el respeto de la igualdad y en la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, sean éstos trabajadores públicos o privados.

Para los partidarios de la existencia de un estatuto especial para los funcionarios públicos, es cuestionable la aplicabilidad del derecho colectivo a este sector debido a que los salarios de estos funcionarios son materia de una ley especial, la ley de presupuestos, cuya aprobación

compete al poder legislativo. Por lo anterior, si los funcionarios públicos negocian con su “empleador”, esto es el Poder Ejecutivo, éste no podría comprometer la voluntad de otro poder del Estado como el Legislativo.

Pero donde hay una argumentación hay una contraargumentación, y se sostiene que los poderes Legislativo y Ejecutivo se unen cada vez más, a tal grado que nada impide que previamente se negocie un convenio sobre prestaciones económicas de los funcionarios públicos que se incluya posteriormente en el proyecto de ley de presupuestos.

La discusión doctrinaria sobre esta materia es muy interesante, y en general se advierte una tendencia a la consolidación de organizaciones de defensa de los intereses profesionales de los trabajadores públicos.

El tratamiento otorgado a la huelga en los servicios públicos, en algunos países, es el que, sucintamente, se refiere a continuación:

*Brasil:* La Constitución brasileña dispone que el derecho de huelga en la administración pública será ejercido en los términos y límites definidos en la ley complementaria que se dicte.

*Estados Unidos:* La mayoría de los Estados prohíben la huelga y sólo algunos la han legalizado y limitado argumentando que la negociación colectiva no puede operar sin derecho a huelga y que, en el área pública, de hecho, son comunes las huelgas ilegales por lo que el reconocer este derecho y limitarlo podría ayudar a acercar el derecho a la realidad.

*Italia:* Con el tiempo, se desarrollaron sindicatos de hecho en el sector público que actuaron como grupos de presión ante la autoridad y muchas veces organizaron paralizaciones ilegales. Desde la década de los sesenta, ciertas leyes permitieron la contratación colectiva para algunos trabajadores del sector público y desde la Ley de 29 de marzo de 1983, No. 93, se estableció una normativa general sobre esta materia.

*Perú:* El derecho de huelga se encuentra consagrado en la Constitución y comprende a los funcionarios públicos, salvo aquellos que cuentan con poder de decisión, que desempeñan cargos de confianza o de dirección, los miembros de las Fuerzas Armadas y los de la Policía Nacional.

*Venezuela:* En la actualidad, la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, mantiene a los obreros al servicio del Estado dentro de su competencia y dispone que ella es fuente supletoria para los empleados públicos, a quienes reconoce en forma expresa los derechos de huelga y negociación colectiva.

## 2. La huelga en los servicios públicos de Chile

La huelga en los servicios públicos se encuentra, en Chile, en un estadio intermedio entre la prohibición y la tolerancia, debido a que si bien se encuentran plenamente vigentes las disposiciones que prohíben, terminantemente, la huelga en los servicios públicos, la negociación colectiva tiene lugar, de hecho, en estos estamentos, acompañada o no de paralizaciones de actividades, que pueden ser la consecuencia de negociaciones iniciadas pero frustradas, o que, más aún, suelen constituir el punto de inicio de una negociación.

Sólo en 1994 vio la luz la Ley 19.296 que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, reconociéndoles el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la Ley y a los estatutos de las mismas (artículo 1o., inciso 1o.). En todo caso, esta Ley no se aplica, por expresa disposición de su artículo 1o., inciso 2o.,

a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la Ley, puedan constituir sindicatos.

Las disposiciones de la Ley 19.296 son bastante similares a aquellas del Código del Trabajo que legislan sobre las organizaciones sindicales en el sector privado. Sin embargo, se excluye de ella toda normativa sobre negociación colectiva y sobre huelga. Esta legislación prohibitiva es frecuentemente infringida, pues en el sector público se producen numerosas negociaciones informales, se firman acuerdos y protocolos que a veces son verdaderos contratos colectivos y *se ha vuelto común la realización de huelgas y paralizaciones ilegales* a fin de presionar a la autoridad respecto de una determinada pretensión.

Entre los muchos ejemplos que existen en esta materia, analizaremos en seguida dos casos que resultan iluminadores.

*A. Negociación del Gobierno con la ANEF —Asociación Nacional de Empleados Fiscales— efectuada en octubre de 1997, sobre el reajuste del sector público para el año siguiente*

Este acuerdo tiene relación con las condiciones económicas, estatutarias y sociales de los trabajadores de la administración pública. Es el resultado del trabajo de una comisión Anef-Gobierno constituida en enero de 1997, al firmarse un Protocolo Agenda de Trabajo entre las partes.

Se trata de un Plan de Desarrollo Integral de los Funcionarios Públicos, que abarca principalmente las siguientes materias:

a) Capacitación: mejora de los programas existentes y acceso igualitario para todos los funcionarios del sistema. Se contempla un sistema participativo por medio de comités bipartitos, los cuales elaboran, revisan y evalúan las propuestas de programas de capacitación.

b) Sistema de evaluación del desempeño: se trata del perfeccionamiento del sistema de calificaciones para permitir y facilitar el establecimiento de incentivos remuneracionales para los funcionarios públicos.

c) Carrera funcionaria: mejora los mecanismos de ascensos a fin de que éstos se produzcan efectivamente por mérito.

d) Plan de retiro: se contempla un incentivo que se otorgará en el lapso de dos años, para aquellos funcionarios con requisitos para jubilar con el objeto de compensar la reducción de ingresos provocados por la jubilación.

El monto del referido incentivo es de ocho meses de remuneración como promedio, con un máximo de diez y un mínimo de seis, considerando los siguientes factores de desprotección: género, nivel salarial y edad.

e) Beneficios sociales: se consideran diversos beneficios que buscan la equidad y la redistribución de ingresos hacia los funcionarios más desprotegidos económicamente.

Se establece un complemento para el bono de escolaridad, una asignación para zonas extremas, un incremento en los fondos de los servicios de bienestar, un fondo de becas concursable para cuatrocientos beneficiarios y el mejoramiento de los ambientes de trabajo.

f) Remuneraciones: se contempla una asignación de modernización, de pago trimestral, conforme a los elementos y porcentajes que se detallan en el Acuerdo.

g) Reajuste general: la asignación antes mencionada complementa el reajuste general que se otorga cada año a partir de diciembre a todos los funcionarios públicos.

El gobierno se compromete, además, a enviar al Congreso Nacional los proyectos de ley que se requieran a fin de aplicar el Acuerdo.

Finalmente, se dispone que la vigencia del Acuerdo será de dos años y se establece un comité técnico encargado del seguimiento, evaluación y verificación del cumplimiento de los acuerdos.

El Acuerdo, como muchos otros del mismo tipo, presenta una serie de interesantes características. En cuanto a su ámbito de aplicación cabe destacar su gran amplitud, que lo hace aplicable a todos los trabajadores del sector estén o no afiliados a la ANEF.

Además, la constitución de comisiones *ad hoc*, tanto para negociar el Acuerdo como para velar por su cumplimiento implica un modelo negociador mucho más dinámico que el contemplado en nuestro Código del Trabajo y que el desarrollado en el sector privado de nuestro país. En el derecho comparado se habla de método de negociación institucional o dinámico cuando se crea un órgano bilateral permanente en el cual ambas partes están representadas en forma paritaria y cuyas funciones consisten en regular, por medio de decisiones unánimes, los salarios y demás condiciones de trabajo del sector correspondiente. Sin embargo, se ha precisado que nada impide que estas comisiones *ad hoc* se limiten a realizar encuentros periódicos dirigidos a solucionar los problemas pendientes entre las partes.

Llama también la atención la amplitud del objeto de este Acuerdo, en cuanto a las materias de que trata, como la carrera funcionaria, los beneficios sociales y los sistemas de evaluación por desempeño, comprendiendo materias de negociación prohibidas en nuestro actual Código del Trabajo.

### B. “Mesa de diálogo” del gobierno y asociaciones de funcionarios de tesorería e impuestos internos

El 9 de mayo de 2000, con objeto de evitar un conflicto que amenazaba una inminente paralización de actividades, se acordó la formación de una mesa de diálogo entre dirigentes de la Asociación de Funcionarios de Tesorería e Impuestos Internos y el Ministerio de Hacienda y

sus principales asesores, respecto al diferendo surgido por el traspaso de trabajadores para reforzar el combate a la evasión tributaria.

El Ministerio de Hacienda estuvo representado por Mario Marcel, director del Presupuesto, quien presidió la instancia; Javier Etcheverry, director de Impuestos Internos, y Yanisse Lambertini, Tesorero General de la República.

Los trabajadores fueron representados por la Asociación de Empleados de Tesorería, la Asociación Nacional de Impuestos Internos, además del presidente de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), Raúl de la Puente, quien aseguró que el ministro de Hacienda, Nicolás Eyzaguirre, les dijo que no habría despidos de personal.

Una vez más, en este segundo caso, se advierten interesantes y novedosas facetas que pasan ya a constituir verdaderas características de una negociación ilegal en el ámbito de los servicios públicos.

Reiterando una fórmula popularizada desde los últimos tiempos del presidente Frei Ruiz Tagle, una vez más se ha constituido una “mesa de diálogo”. Este continente, que ha sido llenado con diversos contenidos, encubre, en este caso, una clara negociación colectiva en el ámbito del servicio público. Aunque el detonante ha sido un diferendo surgido por el traspaso de trabajadores para reforzar la lucha contra la evasión tributaria, el presidente de la Asociación de Funcionarios de Tesorería ha sido enfático en señalar que esta instancia será la encargada de “decidir el futuro de ambos servicios”, lo que no es poco decir.

Recordemos que esta forma de participación de los servidores públicos en la gestión de los servicios, no está prevista en disposición alguna y, por el contrario, podría estimarse que atenta contra el derecho y la obligación de las autoridades de gobierno para manejar la cosa pública. A mayor abundamiento, no se trata aquí de simples mejoras salariales, sino de decisiones de la autoridad pública sobre gestión de los servicios, que los funcionarios han estimado les afectan. No es, por tanto, aventurado afirmar que este tipo de ejemplos, de alguna manera, estaría dando cuenta de una suerte de cultura participativa *in crescendo* que, utilizando los elementos de la negociación colectiva, se extiende y proyecta a materias bastante ajenas a ella, lo cual debe ser entusiastamente recibido como un paso dado en la dirección correcta, dentro del proceso de participación ciudadana en la cosa pública, en otras palabras, en el proceso de democratización del país.

No obstante, es preciso reconocer el riesgo que implica la paralización de actividades —la huelga ilegal— o la sola amenaza, como elemento de presión para provocar el diálogo o forzar un acuerdo. Este y otros antecedentes, ameritan avanzar en la regulación del sistema, sin ahogarlo, como ha ocurrido en el sector privado.

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE CHILE

Lo reseñado precedentemente, nos permite esbozar algunas conclusiones sobre el tema que nos ocupa:

1. Tanto los funcionarios públicos como el Estado-empleador (gobierno), sustentan posiciones iniciales y finales de arreglo, toda vez que los primeros han planteado desde el principio peticiones superiores a lo que aceptaron y acordaron en definitiva con los primeros. Éstos, por su parte, han respondido a la petición inicial de los trabajadores con una oferta menor a la entregada al final del proceso o a aquella incorporada en el acuerdo final.
2. A diferencia de los procesos formales de negociación, en los procesos informales las posiciones iniciales y finales de arreglo están conformadas por muy pocas peticiones; en la gran mayoría de los casos por una sola. De aquí que los trabajadores no utilicen peticiones “de relleno” para los fines de estrategia de negociación o para camuflar la posición final de arreglo.
3. Ambas partes desconocen la posición final de arreglo de la otra. Por ello, y aunque los trabajadores presenten una o muy pocas peticiones, piden más que lo que realmente les satisfará. El gobierno, por su parte, hace lo mismo y por lo tanto también se da la característica de que las posiciones iniciales de arreglo están bastante separadas al iniciarse el proceso. A medida que transcurre el tiempo, ambas partes van mejorando su oferta a la otra y por tanto las posiciones iniciales de arreglo varían constantemente.
4. Evidentemente existe una fecha crítica, la que es determinada por los trabajadores, toda vez que señalan la fecha en que paralizarán las actividades, salvo que la autoridad acepte o dé una respuesta que sea satisfactoria a su petición o peticiones. En algunos casos



los trabajadores postergan la fecha crítica para permitir a la autoridad estudiar mejor su respuesta o contraproposición, pero en todo caso su existencia hace que ambas partes se sientan presionadas para mejorar su oferta a la otra y así, entre otras funciones, hace que se llegue a un acuerdo.

5. Aun cuando no lo deseen e incluso no tengan la obligación legal de negociar, en la medida que las autoridades de gobierno se vean obligadas a sentarse en una mesa de negociación, por informal que sea el proceso, lo harán con el fin de llegar a un acuerdo, con lo que se da también en estas situaciones una última característica de la negociación colectiva de hecho, cual es, precisamente, el llegar a un acuerdo.

Dado lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la mayoría de las características de los procesos formales de negociación colectiva en los que las huelgas que se produzcan son legales, se dan también en los procesos informales en el sector público, en los que las huelgas o paros son ilegales.

6. Por último, aunque hasta el momento no haya ocurrido y la legislación nada diga sobre el particular, no puede descartarse bajo ninguna circunstancia la participación de una tercera parte en los procesos informales de negociación colectiva, especialmente ante paros o huelgas ilegales, muchas de las cuales pueden afectar seriamente a la comunidad y al país.
7. Las huelgas, en los servicios públicos, tienen una connotación más “política” que aquellas que se desarrollan en el sector privado. Hay una mezcla de reivindicación económica social, con fines políticos. De allí la participación activa, aunque no precisamente como parte, de la o las centrales sindicales, las que no tienen ninguna participación en las negociaciones legales.
8. Aparte de la huelga, en los servicios públicos los trabajadores utilizan también otras medidas de presión, de carácter justamente más político, mediante la sensibilización de la opinión pública, o mediante actos de fuerza que, aunque no con frecuencia, suelen devenir en delitos.

9. Los acuerdos producto de una negociación de hecho en los servicios públicos, generalmente se plasman en normas legales o decisiones administrativas, con una evidente obligación de paz asumida por las partes. Si no existiera esa proyección legal o de decisión administrativa, el acuerdo quedará entregado a la buena fe de las partes y la obligación de paz convencional adquiere su mayor relevancia.
10. Es notable, por último, el reconocimiento por la autoridad gubernamental, del derecho de los funcionarios públicos a negociar colectivamente, aunque eso sea totalmente al margen de la Ley; y el reconocimiento, asimismo, de la huelga, como un elemento de presión que está dentro de las reglas del juego, lo que se traduce en que la autoridad administrativa estará normalmente llana a solucionar el problema de la no remuneración de los días de huelga, mediante, por ejemplo, el expediente de trabajo extraordinario, como una manera de recuperar el tiempo perdido.
11. La población, por su parte, aun aquella que pueda resultar perjudicada directamente por la falta de servicio en estos casos de huelgas ilegales, no obstante expresa, por regla general, su solidaridad hacia los huelguistas, les encuentra la razón e insta al gobierno a solucionar el problema, accediendo a las demandas salariales y laborales de los funcionarios involucrados.
12. Cabe mencionar que recientemente (abril de 2000) el Senado de la República ha aprobado la ratificación del Convenio 151 de la OIT, con lo que ese Convenio internacional será próximamente Ley de la República, lo que precipitará las necesarias reformas y ajustes de nuestra legislación.
13. Finalmente, de lo dicho podemos colegir que, en las actuales circunstancias, en Chile, las importantes disposiciones de los convenios 87 y 98 de la OIT tienen más aplicación en el ámbito de los servicios públicos —donde, paradójicamente, está prohibida la negociación colectiva y la huelga— que en el sector privado, en que la negociación y la huelga están legalmente reguladas.

Sólo en 1999, Chile ratificó los convenios 87 y 98, los cuales han comenzado a tener vigencia plena en marzo de 2000. Esto obliga a un gran esfuerzo de adaptación legislativa, que se está desarrollando en este

momento y que constituye una de las prioridades del gobierno de Ricardo Lagos.

Sin embargo, sería deseable que los avances en estas materias, en el ámbito de los servicios públicos, se atuviera a las normas del Convenio 151 y, en todo caso, no siga los pasos de la excesiva regulación existente en el sector privado.

## V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 14a. ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995.

ARMSTRONG V., Alberto, *Marco general de referencia sobre negociación colectiva y huelgas*, Escuela de Administración Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo; ROSENBAUM RIMOLO, Jorge y GARMENDIA ARIGON, Mario, *El contenido de los convenios colectivos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

FUENTES PUELMA, Carlos, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, EDEVAL, 1996.

IV CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Santiago de Chile, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tt. II y III, 1998.

POOLE, Michael, *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Colección Informes y Estudios, 1996.

WALKER, Francisco y ARRAU, Alfonso (eds.), *Las Relaciones de Trabajo en el Chile de Hoy*, núm. 1, Serie de Relaciones Laborales, Programa de Relaciones Laborales Universidad de Chile, 1993.

## EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES

Susana TORRENTE<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Aproximación.* II. *La Constitución.* III. *Las presiones normativas en el derecho español.* IV. *El artículo 28-2 de la Constitución.* V. *Conclusión.*

### I. APROXIMACIÓN

Para examinar el derecho de huelga y los servicios esenciales en el ordenamiento español hay que diferenciar tres contextos normativos:

1. La Constitución de 1978 en cuyo artículo 28-2 reconoce “el derecho a la huelga para los trabajadores para la defensa de sus intereses” remitiendo a una ley la determinación de las garantías necesarias para que el ejercicio no atente al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
2. El Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/77, de 4 de marzo (DLRT), norma preconstitucional que el Tribunal Constitucional (TC) ha insistido en “reinterpretar” conforme al orden constitucional y que continúa siendo el único tratamiento legal, en sentido estricto, que regula la ordenación del conflicto en un servicio esencial.
3. La jurisprudencia del TC y también de los Tribunales ordinarios. En este ámbito los pronunciamientos del TC han resultado fundamentales en tres materias:
  - a) En relación a la lectura de acuerdo con la Constitución del DLRT, que no se adaptaba ni formal ni materialmente a las previsiones constitucionales.

<sup>1</sup> Profesora de la Universidad de Zaragoza, España.

- b) Estableciendo qué es un servicio esencial y cuándo un servicio es esencial.
- c) Determinando las garantías de mantenimiento, identificadas con los servicios mínimos.

## II. LA CONSTITUCIÓN

El texto constitucional tiene una significación especial por lo que se refiere al derecho de huelga, pero no sólo por el reconocimiento específico del derecho, sino por el conjunto de implicaciones que contempla. Podríamos diferenciar tres, fundamentalmente:

1. Recoge el derecho de huelga como derecho fundamental ubicado en la sección primera, del capítulo II del título primero.
2. El reconocimiento estaba, además, impuesto por otras cláusulas de la norma fundamental que contemplaba diferentes connotaciones configuradoras de un Estado social y democrático de derecho, como el papel institucional de los sindicatos, además de los objetivos de libertad e igualdad tanto individual como de los grupos. Este orden político, entre otras significaciones tiene la de

legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión —que es necesario— para hacer valer los conflictos socio-económicos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales (STC 11/81, Fj. 9, párrafo 3).

Además, el principio democrático expresa la idea de soberanía popular como respuesta normativa a la legitimación política que define *la participación* como condición necesaria a la actividad y funcionamiento del Estado mismo, que calificado como social y democrático, incluye entre sus requisitos de funcionamiento la defensa de los derechos fundamentales; y entre sus condiciones de convivencia, la exigencia de una libertad e igualdad real de los sectores social y económicamente más deprimidos.

3. La existencia de otros reconocimientos constitucionales específicos que implican la existencia del derecho de huelga, como sería el supuesto del derecho de libertad sindical, con un contenido mínimo del que puede formar parte el derecho de huelga junto con la negociación colectiva y los medios de solución de conflicto colectivos, pues “atentará contra el contenido esencial de la libertad sindical el no reconocer por el legislador ordinario ninguno de los derechos sometería a los sindicatos a la indefensión” (STC 57/82).

### III. LAS PRESIONES NORMATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### 1. *El DLRT*

La obligada protección del derecho de huelga llevó a una parte de la doctrina y alguna fuerza política a la conclusión de entender derogadas las normas precedentes a la democracia política, incluso el DLRT 17/77, en cuanto manifiestamente restrictivo del derecho, apuntando la conveniencia de un desarrollo normativo posterior. Esta postura constataba la eficacia de la cláusula derogatoria de la Constitución y del artículo 9-3 que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y estaba también propiciada por un clima sociopolítico que reaccionaba contra el autoritarismo del régimen político precedente.

Ciertamente, el tratamiento del derecho de huelga como fundamental le imprime un especial carácter, que hace sea directamente ejercitable ante los tribunales sin necesidad de desarrollo normativo aunque así lo prevea el artículo 28. No obstante, no se puede inferir un auténtico régimen jurídico si no es por medio de algún tipo de regulación específica y aunque la previsión normativa del precepto constitucional fuese futura; además de que en otros artículos constitucionales (artículo 86) se exigiese una regulación exclusiva por ley orgánica; tal limitación, entendió en su momento el TC, afecta sólo a la legislación promulgada después de la Constitución.

En efecto, la exigencia de ley orgánica chocaba directamente con el rango del DLRT, que incumplía igualmente los requisitos de aprobación de los decretos leyes, pues no se dictó con extraordinaria y urgente necesidad ni tampoco fue controlado por el Parlamento. Pero, a juicio del

TC, no es posible exigir de manera retroactiva la reserva de ley, y de hecho el juego de la disposición derogatoria y de los artículos 81-1, 82-1 y 86-1 no podía llevar a concluir la derogación del DLRT por carecer de categoría constitucional para regular el derecho, ya que en caso de una norma anterior a la determinación de un procedimiento de elaboración y aprobación no es razonable la exigencia de su observancia (STC 11/81).

Por ello, en opinión del TC, no existía ningún obstáculo formal que impidiese la posible aplicación del DLRT, aunque desde un punto de vista material resultase más restrictivo que la previsión constitucional.

En principio, posturas identificadas con la tradicional actitud sindicalista se opusieron a cualquier regulación legal, toda vez que ésta se entendía con un inevitable efecto limitativo. También existían manifestaciones en favor de una nueva regulación estatal posconstitucional dentro de los límites del artículo 53-1 de la CE.

El propio TC se manifestaría a favor del mantenimiento del DLRT, destacando la importancia de que cualquier regulación garantizase la tutela del contenido esencial. La citada norma, concluía, es una de las constitucionalmente posibles, “en cuanto que no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte nueva regulación por medio de ley orgánica”, el DLRT constituye la disciplina legislativa del derecho de huelga (Fj. 5).

Junto a los requisitos —que iremos viendo enseguida— esta norma tenía una D. A. 4 que daba nueva redacción al artículo 222 del Código Penal:

Serán considerados reos de sedición:

1º Los funcionarios, encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad.

2º Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo.

## 2. *El Código Penal*

En el primer párrafo se contemplaba una exclusión del derecho de huelga en el ámbito de la función pública, y en el segundo se regulaba una prohibición de la huelga política.

La exclusión de los funcionarios públicos del derecho de huelga del artículo 222-1, de acuerdo con la redacción que del mismo hizo la D. A. 4 del DLRT, fue declarada constitucional por el TC en la STC 11/81, manifestando: “el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado —y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-ley 17/77. Si no hay regulación —y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa” (Fj. 13). Además, eludió declarar la inconstitucionalidad de este precepto en el Fj. 26 ya que, entendía, se penalizaba un ataque contra la seguridad del Estado y tenía por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas.

Así, el bien jurídico protegido era la seguridad interior del Estado y se exigían finalidades políticas también cuando la huelga fuese realizada por funcionarios; dolo específico que permitió la confirmación constitucional del tipo penal. De este modo, no toda alteración resultaba inculpada por el artículo 222, sino que debía ser capaz de lesionar la seguridad del Estado, móvil por el que el TC encontraba el lugar definitivo de este precepto en el orden constitucional. Para que el artículo quedase limitado a los términos queridos el TC, debía tratarse de una huelga general o generalizada de un sector de la producción, o de servicios estratégicos, u otras causas semejantes, y resultar objetivamente idónea para quebrar el orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado. Sólo una marcada actitud subversiva, acompañada de una obstaculización funcional de suficiente entidad en el servicio, convertía a la huelga de los funcionarios en política, y quedaba incluida en el tipo previsto en el artículo 222-1.

## 3. *La nueva regulación penal*

El nuevo Código Penal deroga el artículo 222.

Sí que se regula un tipo específico de “abandono” de la prestación por parte de las autoridades o de los funcionarios en el artículo 409:



Las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaran el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios que meramente toman parte en el abandono colectivo manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses.

Este delito se encuentra en el capítulo I —“De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”—, del título XIX —“Delitos contra la administración pública”—, sin guardar relación alguna con la protección de bienes jurídicos que se relacionen con la seguridad exterior o interior del Estado, protegida suficientemente por otros preceptos, de tal forma que “el servicio” ya no es simplemente el ámbito en el que se desata la acción, sino que es el bien que se protege.

En la expresión de este primer apartado, se entiende que se está castigando “una forma de participación muy singular” en el abandono, que en cuanto “colectivo” parece precisar de este protagonismo actuado por medio de una voluntad dirigente. Todo ello considerando que ha de tratarse, por supuesto, de un abandono “ilegal”, pues en otro caso no pueden ser objeto de penalización alguna en el orden constitucional; esta “ilegalidad” ha de ser, no ya evidente, sino *grave*, es decir, la acción exige un abandono colectivo y *manifiestamente ilegal*.

#### IV. EL ARTÍCULO 28-2 DE LA CONSTITUCIÓN

En el artículo 28-2 constitucional se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho —dice el precepto— establecerá las garantías de mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad.

Asimismo, tiene cuatro contenidos fundamentales:

- La interpretación de quiénes sean los trabajadores a los que se les reconoce el derecho de huelga.
- La acepción de servicios esenciales vinculados a las garantías de la comunidad.

- Los límites al derecho: las garantías.
- La reserva de ley que actúa sobre el DLRT y sobre la práctica del establecimiento de servicios mínimos.

### 1. *Quiénes son “los trabajadores”*

El texto constitucional establece límites expresos y *específicos* a algunos derechos de forma objetiva y subjetiva. Desde la perspectiva *objetiva* aparece el orden público impuesto directa (artículos 16-1, 21-2) o indirectamente (12-2 o 22-2) y también el respeto a los derechos fundamentales (20-4). *Subjetivamente* surge una limitación para las Fuerzas Armadas respecto a la libertad de sindicación que se recoge en el artículo 28-1, y que significa una interpretación matizada de la universalidad de los derechos fundamentales justificada por la ocupación de determinadas funciones jurídicas o sociales que implican tal limitación.

Si analizamos a qué tipo pertenece la mención expresa que recoge el artículo 28-2, hay que ubicarla entre las primeras, es decir de carácter objetivo, de tal forma que constitucionalmente cualquier límite *subjetivo* debe ser reconducido a esos servicios esenciales, ya que sólo esta perspectiva permite que se articulen las garantías para la comunidad. Además, y dentro de esta visión, los límites hay que calificarlos como *extrínsecos*, es decir los que derivan de la convivencia de diversos derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva hay que plantearse si la expresión trabajadores comprende o no a los *funcionarios públicos*.

Tradicionalmente se han manejado distintos argumentos para negar el derecho de huelga a los funcionarios públicos. Sin embargo, hoy cualquier prohibición debe reconocerse al amparo del artículo 28-2 de la CE, y ha de encontrar razón jurídica suficiente en el texto constitucional. El artículo 28-2 no permite, en principio, prohibiciones absolutas. El límite constitucional reconocido afecta a los servicios esenciales sin atender a cualidades subjetivas de los trabajadores

Por ello, la labor hermenéutica de la previsión constitucional debe atender al *enfoque social* que impone la ponderación de los intereses de aquellos a quienes la decisión afecta, sobre la base de una *consideración igual de las personas*, respetando los conceptos morales generales y básicos de la sociedad, *para no obtener, en otro caso, resultados acrónicos que no gozan de consenso social*.

Se entiende que, tratándose de la delimitación del ámbito subjetivo de un derecho social, hay que dar preferencia a los fines, extrayendo las máximas consecuencias del modelo actual de Estado de derecho partiendo de una *interpretación evolutiva de las cláusulas constitucionales*, como empeño en la máxima realización de los principios democráticos y sociales.

Por todo ello se puede afirmar que el término trabajadores comprende a los funcionarios, sumándose a la interpretación extensiva y favorable del artículo 28-2. De hecho, se constata una realidad social que confirma la progresiva laboralización de la función pública, la homogeneización de regímenes y situaciones, así como la tendencia a no aislar al funcionario en el entramado administrativo. Además, en la actualidad, existe un reconocimiento implícito derivado de la regulación de la función pública.

Habría incluso que reinterpretar las auténticas exclusiones que tienen origen en la legalidad ordinaria y que expulsan del ámbito subjetivo del derecho a *determinados colectivos*. Este sería el caso del Ejército, la Policía, la Guardia Civil, jueces, magistrados y fiscales, etcétera.

La razón de esta exclusión podría haber tenido naturaleza objetiva si se hubiera fundamentado en el orden público. Esta noción tiene, en Francia, un doble sentido: estricto, como las exigencias de policía (seguridad, salubridad), y extenso, como las necesidades de mantenimiento de las condiciones fundamentales de la vida social. Es su acepción estricta la que justifica que los agentes ocupados en ciertos servicios, como Policía, Justicia y militares, deban prestar su labor de forma constante, y el derecho de huelga resulte absolutamente incompatible. El sentido extenso del término permitiría concluir limitaciones en atención al principio de continuidad susceptible de aplicación para todo servicio público; principio que, sin embargo, no coincide con la constancia y la regularidad, sino con el funcionamiento mínimo de la actividad, sin que pueda excluir el conflicto en prestaciones esenciales.

Pero no ha sido así, y hoy se impone una revisión de estas excepciones, verificando la existencia de una justificación constitucional de todas las restricciones. El artículo 28-1 reconoce el derecho de libertad sindical admitiendo que la ley “puede limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar”. El precepto consiente en que es la propia

“disciplina militar” la causa que puede determinar la agresión al derecho de libertad sindical, y tolera la forma más estricta de agresión, esto es, la excepción, operada jurídicamente en nuestro ordenamiento. Sin embargo, no se encuentra una expresión constitucional semejante para el derecho de huelga, por lo que es posible concluir que la CE cuando quiere limitar o excluir un derecho colectivo fundamental, se manifiesta expresamente, y deducir su existencia por comparación con el derecho de libertad sindical, no es la solución más idónea cuando se trata de dos derechos independientes.

Sólo considerando al Ejército como servicio esencial, existiría un argumento decisivo que justificaría el tratamiento desigual respecto a los demás funcionarios que, además, operaría dentro de los contornos establecidos por la Constitución.

Cuando es esencial una prestación, se está en presencia de un enfrentamiento de derechos, el de los huelguistas y el de los usuarios. Se acude entonces a una satisfacción ponderada de los intereses de ambos, pero que, en mi opinión, puede conducir a un sacrificio absoluto del derecho de huelga. Si el derecho que se enfrenta al derecho de huelga es de superior nivel, o bien las circunstancias que acompañan al conflicto le singularizan de tal modo que se podría llegar a producir un daño mayor para los usuarios con el ejercicio del derecho de huelga, se puede concluir la necesidad de satisfacer la prestación con mayor intensidad o incluso íntegramente, pero no porque la esencialidad del servicio sea mayor o menor, *a priori*, en el momento de la calificación de la actividad, sino porque ante un conflicto determinado, sí que un concreto servicio en su totalidad puede resultar más importante para la comunidad que el mismo servicio afectado por el derecho de huelga en otras circunstancias o en otro conflicto distinto.

Así entendido, resulta que la esencialidad no permite prohibir el derecho a un colectivo concreto. Tampoco parece que sea necesario cuando, aunque no esté excluido, en ocasiones, se impondrá la absoluta realización de la actividad. De esta forma es como se podría concluir que en nuestro ordenamiento, de admitirse auténticas excepciones al derecho de huelga, deberían fundamentarse en virtud de un criterio estrictamente objetivo, pues en otro caso no se entendería el motivo por el cual, hasta el momento, no ha sido preciso prohibir tal derecho a, por ejemplo, los trabajadores sanitarios, en cuya actividad ha sido suficiente el estable-

cimiento de garantías, pese a satisfacer el derecho de mayor preferencia: la salud y la vida.

En el caso de un conflicto planteado, por ejemplo, por el Ejército debería operar, prioritariamente, el límite del orden público en sentido material, que equivale a orden jurídico; más precisamente, comprende la seguridad pública, entendida como protección de los derechos fundamentales, y la seguridad ciudadana, en su significado de protección a las personas y bienes. Por ello, ni siquiera parece razonable afirmar la potencial esencialidad en todo el Ejército en tiempos de paz, pues únicamente se puede considerar servicios esenciales los servicios de seguridad y los garantes del orden público, la custodia y el mantenimiento de material de guerra, etcétera.

Todavía existen colectivos en los que la prohibición del ejercicio del derecho de huelga está menos justificada, pues ni siquiera existe una previsión específica, tal es el caso de los jueces, cuya función se puede ver alterada igualmente si declaran un conflicto en el cuerpo de auxiliares.

## 2. *El concepto de servicio esencial*

### A. *Aproximación*

Al intentar definir un servicio esencial hay que empezar haciendo dos precisiones, a mi juicio importantes:

1. No todo *servicio público* es esencial. Que el Estado intervenga en la prestación no es, a la altura de nuestro tiempo, un indicio configurador del carácter indispensable y esencial de la actividad y sí, en todo caso, de su trascendencia colectiva. Hoy los poderes públicos no sólo asumen este tipo de labores irrenunciables e imprescindibles para el desarrollo armónico de la comunidad, sino que su misión les implica en fines y funciones fácilmente accesibles para la iniciativa privada, y que tienen menor significación para garantizar el funcionamiento de una sociedad democrática.
2. Al conflicto, no es posible oponer la necesaria *continuidad* de una prestación.

Se ha identificado durante largo tiempo “continuidad” con “funcionamiento normal”, de tal forma que *sólo no quedaba interrumpido*

*vida la prestación* cuando se realizaba en *toda su intensidad* y, a su vez, cualquier alteración de la misma lesionaba este principio. No obstante, *continuidad* se contrapone a *interrupción*; y el ejercicio del derecho de huelga en una actividad esencial puede *no interrumpir* la prestación, al mantenerse parte de la misma precisamente para evitar ese efecto perverso. Ahora bien, es cierto que el nivel que se mantiene es por supuesto inferior a la actividad que se desarrolla en circunstancias normales, pero sin quedar por ello interrumpida.

### B. Definición

La definición de un servicio esencial puede venir dada por una cláusula general o por una enumeración, y en ambos casos, ser estricta, si se liga a prestaciones relacionadas con la vida y seguridad; o amplia, si comprende la satisfacción de más derechos. Históricamente parecería que el ordenamiento español ha optado por una cláusula general, ya que el artículo 10-2 del DLRT liga una intervención de la autoridad gubernativa estableciendo servicios mínimos a que “la huelga se desarrolla en cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad”.

No obstante, la garantía de la CE se vincula a unas prestaciones calificadas como esenciales que deben identificarse de algún modo. Cabría pensar que, no coincidiendo con todo servicio público, son aquellas que satisfacen necesidades “reconocidas e inaplazables” para así encontrar una posible traducción a la previsión del DLRT. Pese a ello, no todo servicio público reclama formas de intervención, pues puede no ser esencial, y la CE liga las garantías de mantenimiento a los servicios esenciales exclusivamente de tal forma que habría que proceder a una lectura correctora de la expresión: “servicios públicos y privados de reconocida e inaplazable necesidad”.

Vincular la esencialidad al carácter inaplazable de la necesidad es excesivamente riguroso. Comprendemos que debe operar el cambio en este artículo 10-2 de la terminología constitucional y entender qué se refiere a “servicios esenciales”, imponiéndose la necesidad de precisar este término.

La acepción de los servicios esenciales debería comprender la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos

en la sección primera del capítulo II de la CE, aunque no sean necesidades de carácter inaplazable o ininterrumpible.

Como se observa, existen actividades que no tanto por sí mismas, sino por los derechos a los que afectan, serían calificadas de esenciales sin diferenciación, de ahí que sea preciso establecer una graduación entre los derechos satisfechos, pues no tienen la misma repercusión los que protegen la salud y la vida, que los que facilitan la libre circulación, y ello acudiendo a criterios normativos extrajurídicos que como tales informan nuestro sistema.

Pero además, si bastara cualquier conexión entre la actividad y el derecho también podría producirse una peligrosa extensión del concepto. Se exige, por tanto, una conexión *directa e inmediata* del servicio con el derecho afectado para su posible valoración como esencial, y es así como no toda la actividad de la administración puede considerarse esencial, pues la satisfacción directa del derecho fundamental de libertad de enseñanza, por ejemplo, se realiza por la docencia pública o privada, pero no por los funcionarios que trabajan en el Ministerio de Educación o en una consejería de una comunidad autónoma. Se trata de que sea esa actividad “esencial” la que procura la satisfacción fundamental de ese derecho ya que, indirectamente, hay muchas tareas que guardan algún tipo de relación con los derechos fundamentales, por ejemplo en relación con la enseñanza: el transporte escolar.

Todo ello permite concluir que no es deseable dar un contenido rígido a la expresión “servicios esenciales”. Decidir, de forma apriorística, cuáles sean, en todo caso, todos los servicios esenciales, o establecer unos criterios inamovibles para calificar un sector como esencial, no deja de ser una forma de imponer una excesiva severidad al ordenamiento.

### *C. La postura del Tribunal Constitucional*

El problema para la identificación de los servicios esenciales surge de la notable extensión que se produce de estas prestaciones cuando, junto a la calificación por la satisfacción de derechos fundamentales, se adiciona la cesión del derecho de huelga por el enfrentamiento con *un bien constitucionalmente protegido*.

La ampliación del concepto es constatable, principalmente, en el conflicto del Museo del Prado en Madrid, en el que se considera la primera

pinacoteca nacional como servicio esencial, teniendo la cultura, artículo 44 CE, virtualidad suficiente para limitar el derecho de huelga

Habría que proceder a valorar, en este supuesto, el origen de la prestación de los servicios mínimos. Sin duda guarda relación con la desaparición del cuadro “Concierto Rústico”, de Van Ostade. Este hecho llevó a la dirección del Museo y al comité a convocar una asamblea general para solicitar la desconvocatoria de la huelga, que, sin embargo, se decidió mantener. Ante esta situación, la dirección del Museo, hizo una propuesta de servicios mínimos que hizo suya la delegación del gobierno.

En esta ocasión la puesta en práctica de los servicios mínimos derivaba de la necesidad de unas prestaciones que evitaran la desprotección de los cuadros, algo que competía a unas medidas de seguridad, cuya intensidad e implantación debía haberse negociado con el comité. Sin embargo, tras la desaparición del cuadro se decidió mantener parte de la actividad, garantía impuesta por la valoración de la esencialidad del servicio.

Además, se constató el efecto expansivo de la inclusión de “bienes constitucionalmente protegidos” con virtualidad limitadora del derecho de huelga. Ello significa que el derecho de huelga se sacrifica, no en aras del reconocimiento del derecho “a la educación” o de la “cultura”, sino de la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, y de la importancia de la actividad que en el seno del Museo se desarrolla para la protección de los cuadros (STC 362/93).

### 3. *Las garantías de mantenimiento “no limitadoras”*

Entre los “requisitos formales” a los que debe someterse la convocatoria de una huelga en un servicio esencial, en nuestro ordenamiento destacan dos fundamentales: de un lado, el “preaviso escrito” de 10 días, en lugar del plazo habitual de 5 días, para con ello poner en conocimiento de la contraparte y de la autoridad laboral de la convocatoria de una huelga por los representantes de los trabajadores (artículo 4o.); de otro lado, la obligación de publicidad del conflicto que afecta a servicios esenciales a fin de preservar los intereses de los usuarios que deben conocer la huelga con antelación. Esta obligación, que deben soportar también los representantes de los trabajadores, se traduce en una carga en ocasiones excesivamente gravosa que debería pesar sobre el empre-



sario en cuanto responsable del servicio, y que obtiene beneficios de la valoración de esencial de la labor atribuida.

#### 4. *Los servicios mínimos como única garantía prevista por el Tribunal Constitucional*

##### A. *El enfrentamiento de derechos*

El TC en sus pronunciamientos sobre el ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales, elige una teoría específica como fundamento que justifica la restricción del derecho mediante la fijación de servicios mínimos: el enfrentamiento de los derechos en conflicto, que tiene como fin lograr cierta compatibilidad entre los derechos fundamentales, a la vez que perfila el contenido concreto del artículo 28-2 de la CE.

Se intenta, sobre todo, preservar la eficacia de los derechos fundamentales haciendo compatible el de huelga con los demás. Para ello, es básico acudir a un criterio de jerarquía de los derechos fundamentales, orden que dictará la prevalencia de un derecho sobre otro. La cuestión es optar por el instrumento idóneo para definir esta escala de derechos. Sin duda, sólo invocando al consenso social se puede concluir un criterio capaz de componer una pacífica colisión.

El derecho de huelga, por tanto, puede, para el TC, ocasionar “un mal” a los usuarios de los servicios si con ello la pretensión tiene éxito. Pues bien, el menoscabo causado en la comunidad por los huelguistas, con el fin de conseguir sus objetivos, no puede ser mayor que los perjuicios que sufrirían los trabajadores ante el fracaso del conflicto, y en caso contrario debe ceder ante el derecho implicado. Por ello, las garantías a las que alude el artículo 28-2 se han traducido en la imposición de un servicio mínimo, como única medida capaz de “asegurar el mantenimiento” de los servicios esenciales.

##### B. *Los servicios mínimos*

Hay tres características que identifican un *servicio mínimo*:

1. Sólo se establece previa calificación de la actividad como esencial.
2. El servicio mínimo sólo garantiza una parte de la actividad que cuando queda interrumpida amenaza a la salvaguarda de los dere-

chos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos (STC 51/86, Fj. 5 y STC 53/86, Fj. 3).

3. El establecimiento de servicios mínimos se hace para un conflicto concreto, valorando las circunstancias que lo singulariza y de ahí que no sea posible una determinación de indefinida para cualquier conflicto de estas prestaciones. Las circunstancias del conflicto, en especial la sustituibilidad, son las que no permiten determinar un nivel mínimo de cobertura para todo tipo de huelga, sino que fácilmente en unos casos será mayor y en otros menor la prestación requerida.

Todas estas características son defendidas por el TC. De ahí que resulte difícil justificar la causa por la que en ocasiones el Tribunal Supremo (TS) llega a confirmar como servicios mínimos los fijados para un total y completo servicio, considerando la cobertura del día de huelga equiparable a la de un día laborable (STS 24 de junio de 1991 Ar. 7170). Para el TS, resulta objetivamente justificado la exigencia de la permanencia de un 100% de la plantilla, estimando razonable el mantenimiento de un servicio de limpieza hospitalaria como funciona en un día normal sin ninguna clase de conflicto, argumentando que la higiene hospitalaria “es un valor decisivo para el mantenimiento de otros constitucionalmente protegidos, tales como la vida y la salud”.

Es constatable igualmente que, en alguna de las decisiones del TC, se ha obviado cualquier juicio de proporcionalidad. De esta omisión en la razonable ponderación de los sacrificios de los huelguistas y los usuarios del servicio, es ejemplo la STC 43/90, de 15 de marzo, con motivo de una huelga de Iberia en Semana Santa, en la que se establecen unas garantías de mantenimiento “superiores a lo constitucionalmente admisible en otras fechas” (Fj. 6), pero no por motivos de “urgencia”, sino porque se comparan, en igual plano, las reivindicaciones laborales de los trabajadores —esto es los fines que la huelga pretende— y los perjuicios de los usuarios y la causa que determina unos niveles superiores en el establecimiento de servicios mínimos, mismas que resultan ser las *fechas elegidas en las que los usuarios se van de vacaciones*.

Esta misma voluntad defiende la STSJ de Aragón de 18 de julio de 1997 (Ar. 2909) en la que invocando la doctrina del TC en relación al aseguramiento del derecho de huelga y el de los usuarios se refiere a

las circunstancias que conforman la huelga. La sentencia, de entrada, defiende unos servicios mínimos fijados de acuerdo con la duración de la huelga de TUZSA (transportes públicos de Zaragoza) cuando había un concierto previsto de Michael Jacksson, razón que justifica unos niveles superiores a los constitucionalmente adecuados en situaciones de normalidad debido a las circunstancias excepcionales se hallan en este caso, que es la afluencia masiva al concierto.

De hecho, el criterio preferiblemente cuantitativo y no cualitativo, se ha abierto paso en la jurisprudencia ordinaria por vía de la doctrina del TC. La constitucionalización de la comparación con la plantilla habitual, por ejemplo, como criterio determinante en la imposición de servicios mínimos, se produce de forma clara en la STC 51/86, Fj. 5, al no considerar el TC desproporcionados los servicios que reducen el número de trabajadores que han de prestarlos “a menos de la cuarta parte del total de la plantilla”. Todo ello incide en una determinación inapropiada de estas prestaciones.

### *C. La intervención de la autoridad gubernativa*

La sentencia del TC ha establecido que,

No es inconstitucional el párrafo 2 del artículo 10 que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la Comunidad, en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometida a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal (Fj. 18, STC 11/81).

Cuando el servicio es esencial, además del interés de los huelguistas y del empresario existe un tercer interés, ajeno al enfrentamiento, que es el de los usuarios, los cuales pueden sufrir severas limitaciones. Tal pugna, dice el TC, sólo puede ser resuelta por una autoridad gubernativa (STC 11/81, Fj. 18).

Para justificar esta intervención, que literalmente sólo procedería si concurriesen “circunstancias de especial gravedad” (artículo 10-2 DLRT) el TC rodea la actuación de garantías: “No es genéricamente la Administración Pública, sino el Gobierno o aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de Gobierno” (STC 11/81, Fj. 18).

Cualitativamente en la autoridad competente deben coincidir una serie de características que permiten que su decisión sea de las que quedan comprendidas en los términos en que se ha interpretado como “constitucional” el artículo 10-2 del DLRT:

1. Ha de ser un tercero distinto a las partes, pues debe quedar debidamente garantizada su imparcialidad.
2. Debe tener responsabilidad política. Es decir, debe ser el gobierno o los órganos del Estado, comunidades autónomas y entes locales que ejerzan potestades de gobierno, no siendo suficiente que tenga, y haga uso, de su responsabilidad jurídica. Se trata de que intervenga de un modo decisorio con su actuación en el buen orden y en la pacífica convivencia de los derechos constitucionales que, en ese sentido, se pueden ver afectados por el ejercicio de la huelga.
3. Además, la autoridad que tenga conocimiento y competencias en el sector en que se desarrolla el servicio, cuando menos está llamada de “algún modo” a participar en tal decisión.

Respecto a la elección de la “autoridad competente” se plantean dos cuestiones fundamentales:

1. Tratándose de ejecución de legislación laboral, y siendo un conflicto laboral, que se desarrolla en el marco de las relaciones laborales, debería tener la responsabilidad de tal decisión una autoridad administrativa laboral, cuestión que se examina en la STC 233/1997 al confluir un título autonómico —como acto de aplicación del artículo 10 del DLRT— “con motivo de una huelga concreta que había de transcurrir en unos días determinados” y el que detenta el Estado al ser el Puerto Autónomo de Bilbao un puerto de “interés general” (artículo 149.1.20 CE), que es un título que comprende la gestión (Fj. 4). La competencia autonómica en la determinación de los servicios mínimos queda limitada a los casos en los que el conflicto “no exceda del ámbito competencia de la Comunidad Autónoma”.

La incidencia de un “interés general”, entendido fundamentalmente en su acepción de interés supraterritorial, más que en su contenido cualitativo, determina que la competencia sea de ámbito estatal.

2. La posible delegación de la decisión: de un lado, no se puede delegar la efectiva limitación del derecho fundamental, a salvo del respeto de las exigencias de competencia configuradas por el TC. Para el TC, más allá del ámbito del gobierno o sus ministros, sólo es constitucionalmente válida la delegación jerárquica cuando el órgano delegado sea autoridad gubernativa —siempre que no exista una confusión de intereses por ser órgano de administración de la empresa— y, además, no se encuentre excesivamente alejada del órgano delegante, sin posibilidad de delegaciones sucesivas. Sin embargo, y de otro lado, no existe un “apoderamiento” si lo que se deja a la decisión empresarial es “complemento técnico” que exige un preciso conocimiento de la prestación del que carecía la autoridad decisora. Esta puesta en práctica del servicio mínimo comprende la designación del personal y la coordinación de las tareas en general, función que exige un conocimiento muy específico del servicio. Pese a todo, también en este contenido la jurisprudencia ha establecido un rigorismo muy específico recientemente y así, si en principio la autoridad debía determinar al menos *cuántas* sean las prestaciones mínimas y *cuánto* el personal necesario (STS, 18 de septiembre de 1986), mientras que los órganos de dirección de la prestación les correspondía determinar *quiénes* deben realizarlas (STS, 31 de marzo de 1982); en la actualidad se exige que las previsiones técnicas de la autoridad deban contener las prestaciones y, además, *quiénes* sean las personas que deban realizarlas (STS, 20 de febrero de 1998, Ar. 2362), pues el empresario no tiene la facultad de establecer por sí mismo ni los servicios mínimos ni la designación de los trabajadores que haya de prestar los servicios mínimos (STSJ, Navarra de 15 junio de 1999, Ar. 1917).

#### D. *La adopción de la decisión*

En la práctica sorprende la forma en la que se ha traducido la conversión al orden constitucional del artículo 10-2 del DLRT, que podría conducir a resultados contrarios a la CE.

A menudo se dicta primero una disposición de carácter general que establece la esencialidad del servicio y la necesidad de servicios mínimos de forma indefinida. De acuerdo con ello existiría una regulación legal

constituida por el artículo 10-2 del DLRT, y además estatal, que en nada obstaría a una concreción reglamentaria, ya fuera de origen estatal y ámbito nacional o en virtud de la asunción por parte de las comunidades autónomas de las competencias constitucionales para la ejecución laboral en sentido material, pudiendo revestir la forma de Real Decreto, pues el rango de la norma preconstitucional no obliga a consecución alguna sobre actos de aplicación posconstitucionales. Esta “norma” es adoptada por una autoridad con marcada responsabilidad política y con competencias en este campo; permanece en el tiempo llegando a innovar el ordenamiento jurídico que no queda inmutable, pues plantea su vigencia “para cualquier conflicto”, por lo que al menos la cualificación del servicio como “esencial” resulta inalterable; regula también la sanción que acompañará al incumplimiento de los servicios mínimos y la declaración de ilegalidad de los paros que no se ajusten a sus previsiones y en su estructura se asemeja más a una previsión normativa que a un acto, ya que contienen disposiciones finales y derogatorias

Cuando se plantea un conflicto específico se produce una actualización de estos decretos por medio de órdenes ministeriales o por resoluciones del delegado del gobierno, y de los órganos competentes de la comunidad autónoma, o de las administraciones locales, actos de aplicación que son los que tienen auténtica virtualidad limitadora del derecho de huelga. Estas disposiciones no son objeto de publicación en ningún diario oficial, si bien sí que se notifican a las partes: al comité de huelga o al sindicato, y a la empresa o empresas afectadas.

La primera conclusión que se extrae de los distintos pronunciamientos del TC es la imposibilidad de determinar la esencialidad *a priori*, con lo cual la habitual tendencia de que sea un Real Decreto el que habilite de forma permanente la esencialidad del servicio y la necesidad de cobertura del mismo en caso de conflicto, se encuentra al margen de la interpretación constitucional del DLRT y del artículo 28-2 de la CE, que no ampara un concepto estático de servicio esencial, sino otro determinado por el resultado de la actividad y su relación con derechos y, en todo caso, bienes constitucionalmente protegidos. Aun admitiendo la posible concreción de los sectores que merecen tal calificación, sólo el legislador, y por medio de una ley orgánica, está constitucionalmente habilitado para proceder a tal calificación, y si se acoge jurídicamente la técnica de los decretos se está procediendo a una auténtica deslega-

lización, en cuanto que es el gobierno quien está *listando* los servicios esenciales.

También el TC, y como segunda conclusión, al adecuar la vigencia del artículo 10-2, defiende la necesidad de proceder a un juicio de proporcionalidad, a un examen de las circunstancias del caso concreto, que conducen al establecimiento de los servicios mínimos previa valoración de las propuestas de las partes, y de la que sólo es delegable el complemento técnico o funcional. De acuerdo con esta interpretación, la singularidad de la huelga condiciona el establecimiento de servicios mínimos, por lo que alguno de los reales decretos, además, incurrirían en una segunda causa de inconstitucionalidad, al fijar los servicios a garantizar con carácter casi indefinido.

Sin embargo, hay que señalar un significativo cambio en la jurisprudencia ordinaria. Así, durante largo tiempo estos decretos estaban exentos del estricto sometimiento a la “reserva de Ley” constitucional, al encontrar su raíz jurídica en una norma preconstitucional, y en la convalidación que de su rango ha hecho el propio TC. Recientemente, la jurisprudencia ordinaria ha matizado esta interpretación rechazando que estos decretos sean normas abstractas de vigencia indefinida para cualquier situación de huelga pues sería contrario al artículo 28-2 y a la reserva de ley que contiene para regular el ejercicio del derecho de huelga y para establecer las garantías de mantenimiento.

Sólo si solventan una inmediata y concreta situación de huelga sin regular de modo permanente y abstracto las medidas a adoptar serían conformes a la CE. No se niega que haya posibilidad de colaboración reglamentaria en las materias con reserva de ley, pero previamente a la regulación reglamentaria una norma con rango de ley ha debido fijar las líneas esenciales que deben respetar los reglamentos. El DLRT, como norma preconstitucional, no estaba afectada por las limitaciones de los artículos 81 y 86 de la CE respecto al objeto de los decretos leyes, sin embargo sólo fundamentan las medidas adoptadas por la autoridad frente a una huelga concreta ya declarada y no una determinación de las líneas esenciales propias de un reglamento general. Es decir, no habilita nunca reglamentos independientes pues no existe deslegalización ni habilitación reglamentaria deducible directamente de la Constitución o de una general habilitación legal (por todas, STS, 7 de noviembre de 1998, Ar. 9498).

### E. *Motivación*

La injerencia en un derecho fundamental en ningún caso puede ser arbitraria, y se exige una detallada obligación de motivar.

El TC considera que no es suficiente una motivación indirecta pues no permite el control de la actividad administrativa, ni es válida la alusión a la documentación de anteriores huelgas, ni a reuniones con los estamentos del servicio, si no se reflejaron en la decisión (27/89, Fj. 4). De ahí que sea preciso reflejar detenidamente: una expresión detallada de los derechos o bienes lesionados que justifican la restricción del ejercicio del derecho de huelga; una concreción de los factores que inciden en la precisa determinación de los servicios y su ponderación de acuerdo con el criterio de la menor restricción posible del derecho de huelga (STC 26/81, Fj. 10 y 53/86, Fj. 3); y, además, establecer cuáles sean las prestaciones, cuántas son y las razones de la elección

Los efectos que el TC había reconocido a la “notoriedad” para justificar una motivación “menos detallada” ya no se admiten por nuestros tribunales. Las sentencias de la jurisprudencia ordinaria señalan que en la doctrina del TC en relación con la notoriedad no pasa de ser un *obiter dictum* y no una *ratio decidendi*. La obviedad de los servicios mínimos tiene carácter absolutamente excepcional, que todo caso se admitiría respecto a la esencialidad del servicio, no respecto a los servicios mínimos. Por obvio que sea la necesidad de estas prestaciones y por general que sea la huelga, esto no puede evitar un detenido razonamiento, pues la limitación que sufren los huelguistas de su derecho es igual en una huelga general que en otra de corta duración y a ellos va dirigido el deber de motivación (STS, 15 de enero de 1996, Ar. 349).

Por todo ello, puede afirmarse que la jurisprudencia del TS, en la actualidad, está siendo mucho más rigurosa en lo que respecta a la tutela del derecho de huelga.

### F. *Los medios de defensa de los huelguistas*

Una de las cuestiones principales a considerar es la concurrencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos. De acuerdo con el artículo 9o., apartados 4 y 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las pretensiones que se promuevan en la rama social del derecho y de la seguridad social corresponden al orden social de la jurisdicción. Sin embargo, según el



artículo 3-a de la Ley de Procedimiento Laboral, los actos sujetos a derecho administrativo sobre materia laboral están excluidos de la jurisdicción social, en concreto “las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral”.

Pues bien, lo que podría tildarse de controversia procesal puede también afectar a la realización de una huelga en un servicio esencial, en cuyo control judicial intervienen más de una jurisdicción.

La protección de los huelguistas frente a los actos de la administración corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la única instancia que conoce de estas cuestiones de tutela del derecho fundamental de huelga cuando interviene la actividad administrativa. Sin embargo, los aspectos estrictamente laborales serán de conocimiento del orden social.

En nuestro ordenamiento la tutela de los derechos fundamentales se articula por medio de los principios de preferencia y sumariedad. En este caso, la reacción frente al establecimiento de servicios mínimos debe articularse conforme a la garantía contenciosa-administrativa prevista en la Ley 29/98, de 13 de julio, que ha derogado la Ley 62/78, de 26 de diciembre.

### *5. Referencia a la prestación de los servicios mínimos*

La dualidad de órdenes jurisdiccionales incide en el cumplimiento de las prestaciones mínimas y, por ello, puede afectar a la garantía prevista para la comunidad.

La STC 123/90, de 2 de julio, examina un asunto en el que la causa última son las sanciones disciplinarias de suspensión de empleo y sueldo impuestas a trabajadores de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid por incumplimiento de los servicios mínimos y en la que no se impugna la decisión empresarial, sino directamente las sanciones, en concreto, la decisión judicial que confirmó las sanciones. La medida gubernativa que fundamentaba tales prestaciones y, por tanto, la decisión empresarial, fue anulada por el orden contencioso-administrativo. Para los recurrentes, la declaración de nulidad del decreto de fijación de servicios mínimos conllevaba la ilegalidad de la orden empresarial, que debería haber sido así declarada judicialmente, en virtud del artículo 28-2 de la Constitución.

El TC, sin embargo, va a intentar dar algún efecto, aunque no todos los necesarios, a la anulación de la actuación de la autoridad gubernativa, admitiendo el difícil concierto entre, de una parte, el control contencioso-administrativo, que “se limita a anular aquella decisión, creando un vacío sobre cuáles servicios mínimos debían mantenerse”, y de otra, el que procura el orden social.

La existencia de un decreto de servicios mínimos da una cobertura de legitimidad a la decisión empresarial de imposición de unos determinados servicios mínimos ... el control judicial de las sanciones impuestas por el incumplimiento ... debe partir de esa legitimidad ... La anulación del decreto, salvo que se pronuncie en concreto sobre los servicios que les fueron impuestos a los trabajadores, no puede entenderse como la declaración de que los servicios concretos asignados a los recurrentes deban considerarse no esenciales, pero *hace perder a la decisión empresarial la cobertura de legitimidad* (Fj. 5).

El TC manifiesta que el juez social no debe limitarse a examinar el incumplimiento de la decisión empresarial de apariencia legal, sino que debe ponderar la conducta incumplidora que fue causa de despido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y si el ejercicio del derecho de huelga podría haber justificado el incumplimiento de los servicios por ser manifiestamente abusivos. Atribuye, así, al orden social, un juicio moderador en el examen de los comportamientos individuales de los asalariados, y a la vez del mantenimiento constitucional de los servicios esenciales, sin olvidar su derecho de huelga, y reconociendo algún tipo de consecuencia a la anulación de la decisión gubernativa por el tribunal contencioso-administrativo. Pese a ello, los servicios mínimos van a seguir siendo obligatorios y preferente su realización, pues la anulación del acto administrativo no supone, *necesariamente*, la legitimidad de la negativa a cumplir los servicios mínimos.

Queda por señalar que el incumplimiento por parte de los trabajadores puede ser causa de despido en atención al artículo 54-2-b) ET, sanción que es objeto de aplicación cuando se incumple la propia obligación o se fuerza a otro a incumplirla, pero no cuando el trabajador, siguiendo las directrices dadas por su sindicato, haga propaganda contra el incumplimiento de los servicios fijados por la empresa y en favor de los determinados por la organización convocante. Este resultado puede produ-

cirse, aunque con posterioridad se proceda a la anulación de la decisión, de acuerdo con el TC.

Cuestión distinta es que la huelga sea declarada ilegal pues, no amparada por la protección del artículo 28-2 de la CE, se trata de un incumplimiento contractual sancionado disciplinariamente, si bien la participación en huelga ilegal da lugar a diferentes responsabilidades en atención a la gravedad de la infracción y al grado de participación. Sólo cuando la participación sea calificada como “grave” se pueden imponer las sanciones más graves y, en concreto, el despido, a la vista de los “incumplimientos graves y culpables” que exige el artículo 54 del ET.

De otro lado, existe una responsabilidad resarcitoria con origen en una huelga. El ejercicio del derecho tutelado por nuestro ordenamiento en ningún caso puede dar origen a acciones empresariales tendentes a reclamar los daños y perjuicios, ya que están constreñidos a soportarlos. La exigencia de indemnizaciones por daños causados por la huelga sólo puede proceder cuando se trate de formas determinadas de ejercicio, pues la huelga legal e ilícita no conlleva, en principio, ningún tipo de responsabilidad por daños, excluyendo la antijuricidad de la conducta.

## V. CONCLUSIÓN

Todas estas cuestiones ponen de relieve la especial situación jurídica que ampara al derecho de huelga cuando se ejercita en servicios esenciales en el ordenamiento español. El amplio reconocimiento constitucional se entendió desarrollado, temporalmente, por una norma anterior a la CE, pero de aquello luego harán 20 años. Como resultado de la adaptación que ha llevado a cabo el TC y la jurisprudencia ordinaria, en la práctica, las intervenciones administrativas están resultando contrarias a la CE y a la doctrina del TC, que en estos momentos conforma parte importante del régimen jurídico. Ello hace que se produzcan constantes “reajustes”, cambios y modificaciones que apuntan a un elevado grado de inseguridad jurídica, debiendo estar atentos, siempre, a los últimos pronunciamientos para conocer “la actual regulación” del derecho. Pese a todo, no es un buen momento para defender una regulación “legal” del derecho. Que es necesaria, es evidente, pero no así oportuna cuando sucesivos textos han sido rechazados y ya nadie pretende públicamente esta norma. En fin, el tiempo pondrá las cosas en su sitio.

## PROCURACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

## PROCURACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

Néstor DE BUEN LOZANO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *La idea difícil de la justicia.* II. *La llamada procuración de justicia.* III. *La defensa de los trabajadores y los problemas que comporta.* IV. *Los tribunales de trabajo como supuestos procuradores de justicia.* V. *Los antecedentes de las juntas de Conciliación y Arbitraje.* VI. *La crisis de la tutela sectorial en materia laboral.* VII. *Una alternativa de corto plazo.*

### I. LA IDEA DIFÍCIL DE LA JUSTICIA

Entre los conceptos jurídicos fundamentales, probablemente la idea de justicia sea uno de los más controvertidos. En un cuaderno de notas para un posible libro que nunca pudo escribir, Demófilo de Buen apuntaba diversas nociones de la justicia. En primer lugar, lo que parecería un punto de vista personal, señalaba que la justicia puede ser definida como “el orden social razonable”. O, de acuerdo con la conocida versión de Ulpiano, en una justicia que sería apreciada subjetivamente, la “constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”. O recordando a Platón: “la justicia es la virtud que, dentro del Estado, mantiene a cada uno dentro de los límites de sus propios asuntos”.

De Buen mencionaba también a Sócrates en el diálogo con Glauco cuando afirma que la justicia es “aquella virtud por virtud de la cual las mujeres, los niños, los hombres libres, los esclavos, los magistrados y los ciudadanos se limitan a desempeñar cada cual su ocupación sin mezclarse en los asuntos de los demás”; y cuando Sócrates, atendiendo a una visión individual de la justicia, dice que “cada uno de nosotros

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Aportación para el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo “Relaciones laborales en el siglo XXI”, México, mayo de 2000.

será justo y cumplirá su deber si cada una de las partes que constituyen su alma llena su misión”.

Reconozco que dominan mi pensamiento a propósito de este tema, las ideas de Gustavo Radbruch quien ubica a la justicia como uno de los tres fines del derecho (a la que acompañan la adecuación a fin o bien común y la seguridad jurídica). Para Radbruch “La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior”.<sup>2</sup>

Radbruch entiende a la justicia bien como virtud, es decir, como una cualidad personal “como cualidad del juez justo”, con lo que atiende a la justicia subjetiva o bien como propiedad de una relación entre personas (“la cualidad, por ejemplo, del precio justo”), a lo que denominaría la justicia objetiva que sería la forma primaria de la justicia, en tanto que la subjetiva sería la forma secundaria.<sup>3</sup>

Si se atiende a las exigencias del derecho positivo, en lugar de justicia habrá de mencionarse a la juridicidad pero la justicia en sentido estricto será “la justicia como la idea del derecho anterior y superior a la ley”.

Para Radbruch la médula de la justicia se encuentra en la idea de igualdad que cuando es absoluta se identifica con la justicia conmutativa de Aristóteles. Cuando es relativa, es decir, cuando hace referencia a una igualdad proporcional, será, también de acuerdo con Aristóteles, la justicia distributiva. Es el caso de la distribución de las cargas fiscales en atención a la capacidad de tributación de cada uno.

La justicia entraña una tensión incancelable —dice Radbruch— su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad. Esta justicia, proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de equidad.

Hay, sin embargo, una contradicción notable entre la justicia y la equidad:

el postulado de la equidad no puede llegar a realizarse nunca por entero; una justicia individualizada es una contradicción consigo misma, pues la justicia

2 “Introducción a la filosofía del derecho”, trad. de Wenceslao Roces, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 31.

3 *Op. cit.*, p. 31. Las referencias posteriores a Radbruch corresponden a las páginas de la 31 a la 35.

requiere siempre normas generales. No obstante, esta generalidad conoce y admite grados, y la misma especialidad es siempre, a pesar de todo, una forma de lo general, algo que se acerca progresivamente a la individualización, sin llegar a alcanzarla nunca por completo.

A la equiparación de justicia con la igualdad agrega Radbruch otro concepto fundamental:

La idea de justicia es una idea formal. No da respuesta a dos preguntas, sino que las presupone más bien como no contestadas. Supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda decirnos 1) a quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni 2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales.

Para Radbruch, finalmente, la justicia es función del legislador y no del juez. “La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual para todos los equiparados como iguales”.

El contenido de la ley para Radbruch será dado por la moral, individualista, colectivista o transpersonal o por la necesidad de que se pueda satisfacer el fin de certeza, el saber a qué atenerse, lo que actualizará la adecuación a fin y la seguridad jurídica. Sin olvidar la tensión que puede producirse entre la justicia y la seguridad jurídica, por ejemplo, entre la cosa juzgada y la regla de derecho que motivó la sentencia que pudo ser resultado de una falla en el litigio o de un error judicial y el principio del derecho estatuido y su inexigencia en función de la prescripción.<sup>4</sup>

El uso diferente de la idea de justicia complica evidentemente las cosas. No debe extrañarnos ya que, nada menos que nuestro más alto tribunal se denomina “Suprema Corte de Justicia”, cuando le deberían corresponder los nombres de “Suprema Corte de Juridicidad” o de “Suprema Corte de Constitucionalidad”.

En ese sentido, intentar hablar de “procuración de justicia laboral” obliga a precisar que no puede ser la procuración de justicia la labor de un organismo administrativo preocupado por los trabajadores ni de

4 *Op. cit.*, pp. 35 a 45.

los tribunales de trabajo, encargados por mandato constitucional de resolver los conflictos entre obreros y patrones. La justicia es, simple y sencillamente, un propósito legislativo. Se satisface dictando normas generales para, con ello, cumplir la exigencia de igualdad.

## II. LA LLAMADA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española* “procurar” es “hacer diligencias o esfuerzos para conseguir lo que se desea”. Procuración es “cuidado o diligencia con que se trata y maneja un negocio” o “Comisión o poder que uno da a otro para que en su nombre haga o ejecute una cosa”. Finalmente, por procurador se entiende “El que en virtud de poder o facultad de otro ejecuta en su nombre una cosa”.<sup>5</sup>

Procurador de justicia sería, en razón de lo dicho, la realización de diligencias o esfuerzos para conseguir la justicia, en el caso específico, en asuntos o conflictos obrero-patronales. Pero si hemos dicho que la justicia es tarea del legislador, que se realiza cuando dicta normas generales, la conclusión evidente es que la procuración de justicia no será materia de los procuradores sino de los legisladores.

Pero descendamos a las reglas de la ley para encontrarnos con lo que nuestro legislador laboral ha querido entender a propósito de la procuración de la defensa del trabajo. El artículo 530 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) nos lo dice:

Artículo 530. La Procuraduría de la Defensa del Trabajo tiene las funciones siguientes:

I. Representar o asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos, siempre que lo soliciten, ante cualquier autoridad, en las cuestiones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo;

II. Interponer los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, para la defensa del trabajador o sindicato; y

III. Proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas.

5 Vigésima edición, Madrid, 1984.



La conclusión evidente es que la procuración de justicia laboral, como se intitula esta aportación de enunciado obligado, no es función de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, institución importante en el aparato administrativo mexicano que se vincula al derecho laboral. Ni siquiera implica, en los objetivos que marca el artículo 530, la búsqueda de la juridicidad, esto es, que las resoluciones de los tribunales o las soluciones convencionales de los conflictos obrero-patronales se ajusten a la Ley. Se trata, simple y sencillamente, de una función de asesoría, a petición de parte interesada, lo que excluye que se pueda confundir con la defensoría de oficio en materia penal.

Pero a fin de cuentas, éstas son digresiones formales, tal vez divertimentos para los que somos tan afectos los juristas. O, quizá, exigencia, rigor académico, cuya finalidad es que las cosas tengan el nombre que merecen. Lo que no le quita al ejercicio lo grato de la especulación y el riesgo del error.

### III. LA DEFENSA DE LOS TRABAJADORES Y LOS PROBLEMAS QUE COMPORTA

Hay que reconocer que la institución de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, objeto principal de estas notas, es producto de la decisión legislativa y no de un Congreso constituyente. En el artículo 123 constitucional no hay referencia alguna a la formación de un organismo defensor de los trabajadores. Su creación es producto del legislador de 1931 quien, por cierto, en la fracción III del artículo 408 de la LFT de aquel año sería más expresivo que el de 1970 al establecer como objeto de la Procuraduría “Cuidar de que la justicia que administran los tribunales del trabajo sea pronta y expedita, haciendo las gestiones que procedan en los términos de esta Ley para que los acuerdos y resoluciones sean dictados dentro de los plazos legales correspondientes”, lo que convertía a la Procuraduría no solamente en un órgano defensor de los trabajadores sino en controlador de la operación de las juntas de Conciliación y Arbitraje. Evidentemente habría sido muy conveniente conservar y poner en práctica ese control.

La idea de un organismo defensor de los trabajadores, en rigor, representante de los trabajadores en sus reclamaciones a los patrones, está asociada al espíritu mismo del derecho del trabajo cuya función

tutelar, hoy un poco en decadencia no tanto en la Ley como en su aplicación, constituye un elemento de naturaleza. Parte del supuesto, más que real, de la incapacidad económica de los trabajadores o, inclusive, de los sindicatos, para cubrir los gastos de una defensa legal que suele ser costosa. El problema es que su puesta en práctica no suele ser demasiado efectiva.

Hay razones para ello. La misma Ley es poco exigente con los requisitos que deben cumplir los procuradores. En el artículo 532, que fija los que debe cumplir el procurador general, le exige tener título de licenciado en derecho y una práctica profesional de, por lo menos, tres años. Además, el candidato debe haberse distinguido en estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social, exigencia bastante difícil de cumplir y sobre todo de certificar. No se precisan en la Ley los elementos que convierten a una persona en especialista distinguido en esas materias ni tampoco se indica quién debe calificar esas cualidades.

Con respecto a los procuradores auxiliares sólo les exige haber terminado los estudios correspondientes al tercer año o al sexto semestre de la carrera de licenciado en derecho, por lo menos. Y a ese respecto hay que recordar que la disciplina Derecho del Trabajo suele estudiarse en el cuarto año o en el octavo semestre y que el derecho procesal del trabajo, más afín a las necesidades de los procuradores como litigantes, suele ser materia del quinto año o del décimo semestre, cuando se estudia, que a veces no se incluye en los planes de estudio universitarios. Lo que pone de manifiesto que los requisitos de la Ley olvidan la realidad. El que haya cursado los estudios requeridos por la Ley podrá, tal vez difícilmente, entender algo de derecho civil y de derecho procesal civil, pero de derecho del trabajo y de derecho procesal del trabajo, nada.

En la realidad de todos los días, es difícil encontrar procuradores auxiliares con experiencia y malicia profesional suficientes. Es evidente que no faltan razones para ello. Los salarios de los procuradores auxiliares, al menos históricamente, suelen ser bajos y dada la gratuidad de sus servicios: no podía ser de otra manera y es fundamental que así lo determine la Ley (artículo 534), la tarea carece de incentivos materiales. En las procuradurías estatales no es frecuente la capacitación que sí suele constituir un objetivo fundamental sólo en la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo.

Es importante señalar que las procuradurías ejercen, como ya se mencionó antes al transcribir la fracción III del artículo 530 LFT, una función conciliatoria y, en definitiva, esa suele ser la tarea primordial de los procuradores auxiliares que dirigen sus mayores esfuerzos a lograr convenios que pongan fin a los conflictos o, ya convertidos en juicios, a los procesos.

Es frecuente que en las procuradurías, ante una citación de dudosa validez al patrón, se llegue a soluciones conciliatorias sin que se promueva juicio. El procedimiento habitual es que el trabajador despedido acuda a la Procuraduría competente (si es que tiene verdadera noticia de su existencia) para que ésta expida una cita al patrón y como consecuencia de ella se llegue a un convenio en acta autorizada por el procurador auxiliar.

No puede olvidarse, sin embargo, que si ese convenio no se ratifica ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, podrá ser tachado de inválido habida cuenta de lo dispuesto en la parte final del artículo 33 LFT, que señala que

Todo convenio o liquidación, para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores.

En virtud de ello hay cierta desconfianza de llegar a arreglos en las procuradurías. Podrían ser, sin duda, atacados de nulidad.

#### IV. LOS TRIBUNALES DE TRABAJO COMO SUPUESTOS PROCURADORES DE JUSTICIA

Si bien es cierto que el mandato constitucional (fracción XX del apartado "A" del artículo 123) compromete a las juntas de Conciliación y Arbitraje a decidir las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo, de la denominación constitucional y de sus orígenes se deriva la función conciliatoria de esos organismos que se hace evidente en la insistencia de señalar en los diferentes procedimientos etapas conciliatorias que en el caso de los conflictos colectivos de naturaleza económica, son per-

manentes. A esos efectos, el artículo 901 LFT dispone que “En la tramitación de los conflictos a que se refiere este capítulo, las juntas deberán procurar, ante todo, que las partes lleguen a un convenio. A este fin, podrán intentar la conciliación en cualquier estado del procedimiento, siempre que no se haya dictado la Resolución que ponga fin al conflicto”.

Precisamente esa función conciliatoria, particularmente en los conflictos colectivos, dio origen a las juntas de conciliación y arbitraje a las que no se reconocía capacidad de juzgar sino sólo de lograr entendimientos entre las partes, como se verá en el punto que sigue.

En el procedimiento ordinario, la etapa conciliatoria en la que es evidente la intención (no necesariamente los resultados) de arreglos entre las partes, asume una importancia especial al grado de que la LFT, en su artículo 876, fracción I, dispone que “Las partes comparecerán personalmente a la Junta, sin abogados patronos, asesores o apoderados”, disposición que ha sido superada por la jurisprudencia en la medida en que deja sin efecto la disposición del artículo 692 que permite a las partes comparecer en cualquier estado de un juicio a través de apoderados<sup>6</sup> pero que demuestra la pretensión conciliadora de las juntas, sobre la representación legal de las partes a la que se considera negativa para la solución de los conflictos.

En los procedimientos especiales, la primera audiencia comprende prácticamente toda la actividad del proceso salvo, por excepción, la recepción de ciertas pruebas, permitiendo inclusive que el laudo se dicte en el mismo acto pero necesariamente previa la etapa conciliatoria (artículo 893).

Lo mismo ocurre, y quizá con mayor énfasis, en el procedimiento de huelga en el que la concurrencia a la audiencia de conciliación es obligatoria al grado de que la ausencia de la representación de los trabajadores provoca que no corra el plazo previamente fijado para el estallido de la huelga (artículo 927-II) lo que equivale, simple y sencillamente, a un desistimiento de la huelga.

Esa insistencia en la conciliación expresa la intención de que las juntas de conciliación y arbitraje impulsen soluciones que en la medida en que

6 Tesis de jurisprudencia de la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. IV, primera parte, p. 330, registro 2448, citado por Carlos de Buen Unna en *Ley Federal del Trabajo. Análisis y comentarios*, 4a. ed., México, Themis, 1998, comentario al artículo 876.

no deberán implicar renuncia a los derechos de los trabajadores, serán promotoras de la juridicidad en la solución de los conflictos de trabajo.

En otras palabras, las juntas de conciliación y arbitraje son evidentemente procuradoras de lo que indebidamente se denomina, como ya vimos antes, la justicia laboral, lo que se confirma por el hecho de que, inclusive, cuando dictan sus laudos, no deben someterse a reglas estrictas de interpretación de las normas de trabajo, sino resolver en conciencia. Así lo dispone el artículo 841 a cuyo tenor “Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen”.

Lo anterior significa que en el marco de la legislación tutelar de los trabajadores, la función de las juntas no se puede equiparar a la de jueces de derecho, precisamente por esa búsqueda de la solución práctica que muchas veces coloca a las juntas más al servicio de la equidad que de la juridicidad.

Es claro, por otra parte, que la experiencia no sólo mexicana sino universal, pone de manifiesto lo pernicioso que puede ser el sistema de juzgar que representan las juntas cuya estructura se subordina totalmente a los poderes ejecutivos en un parentesco muy negativo con la vieja magistratura del trabajo de los sistemas fascistas. Pero eso lo veremos después.

## V. LOS ANTECEDENTES DE LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuestra justicia laboral, si es que merece ese nombre, que no lo merece, procede de las ideas de un revolucionario dinámico, sinaloense de nacimiento, sonorenses de actuar revolucionario, maestro de profesión, general por accidente y gobernador militar de Yucatán con un claro sentido legislativo. Me refiero, por supuesto, a Salvador Alvarado, cuyas “Cinco hermanas”, las leyes que puso en vigor sobre temas sociales y otros fueron de notable influencia en el nacimiento del artículo 123 constitucional, Héctor Victoria de por medio.

Al dictarse el decreto que estableció el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje (*Diario Oficial* del gobierno constitucionalista del

Estado de Yucatán, de 17 de mayo de 1915, en la Exposición de Motivos se dijo que

es necesario establecer una forma práctica para solucionar los conflictos que a diario surgen entre el capital y el trabajo ... que es indispensable dar margen para que patronos y obreros se entiendan de mutuo acuerdo y así se establezca un acercamiento racional y puedan entenderse mejor, ya que ambas fuerzas deben mirarse con simpatía y respeto y no con repulsión y odio como hasta hoy.

Con ese motivo se creó un Comité de Conciliación y Comité de Arbitraje, integrado por cuatro miembros de planta y dos accidentales, representantes de los sectores económicos encargados de resolver esos conflictos con la intervención de un árbitro nombrado por el Ejecutivo del estado.

La función de ese organismo era sustancialmente conciliatoria pero de no llegarse a un acuerdo, el Consejo quedaba facultado para dictar una resolución que de no ser apelada en veinticuatro horas ante el tercero en discordia, quedaba firme. Con el agregado de que la resolución del árbitro no podía ser discutida.

En la Ley de Trabajo del Estado de Yucatán, promulgada el 11 de diciembre de 1915, aprovechando la buena experiencia del Comité de Conciliación y del Comité de Arbitraje, se crearon las juntas de Conciliación y un Tribunal de Arbitraje cuya finalidad, a partir de ser un poder independiente, sería buscar el ajuste automático de las diferencias entre patronos y trabajadores. La etapa conciliatoria que concluía sin arreglo provocaba la intervención del Tribunal que podía decidir sin apelación “excepto en los casos en que tenga que ir más allá de lo prescrito en la Ley” (artículo 44), lo que evidentemente atribuía al Tribunal unas facultades normativas evidentes.<sup>7</sup>

La presencia en el Constituyente de Querétaro del diputado yucateco Héctor Victoria, del que el maestro Alberto Trueba Urbina me diría que era obrero y periodista, en realidad trabajador ferrocarrilero, generó sin duda la creación de lo que en el texto proyectado del artículo 123 constitucional se denominarían Consejos de Conciliación y Arbitraje y que

<sup>7</sup> Véase, para mayor detalle, Buen, Néstor de, *Derecho procesal del trabajo*, 8a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 114 y ss.

en el texto definitivo se convirtieron en juntas de Conciliación y Arbitraje.

Es interesante asomarse a la polémica que se produjo el martes 26 de diciembre de 1916 entre Victoria y José Natividad Macías, antiguo rector de la Universidad de Guanajuato, abogado de las confianzas de Carranza, a quien los famosos comités no le hacían mucha gracia. Y sus palabras parecerían dichas con respecto a la realidad actual de las famosas juntas:

Vienen luego las juntas de Conciliación y Arbitraje. He oído en las diversas iniciativas que se han presentado a la Cámara sobre el problema obrero, hablar de juntas de Conciliación y Arbitraje; he oído hablar de tribunales de arbitraje, he oído hablar de arbitradores; quieren meterse en el artículo 13. A la verdad, señores, sin ánimo de ofender a nadie, todo esto es perfectamente absurdo si no se dice cuáles son las funciones que han de desempeñar esas juntas, porque debo decir a ustedes que si esas juntas se establecieran con la buena intención que tienen sus autores y no se llegare a comprender perfectamente el punto, serían unos verdaderos tribunales, más corrompidos y más dañosos para los trabajadores que los tribunales que ha habido en México; sería la verdadera muerte del trabajador, y lejos de redimir a esta clase tan importante, vendrían a ser un obstáculo para su prosperidad...

Las juntas de Conciliación y Arbitraje, como finalmente se les denominó en la fracción XX del artículo 123 constitucional, tuvieron una vida agitada. Su primera reglamentación se hizo con la Ley Carranza, promulgada el 27 de noviembre de 1917<sup>8</sup> que entre otras cosas inventaba un procedimiento de barandilla para resolver los conflictos laborales, más cerca de la equidad que de la justicia. Después se suscitó el problema de sus facultades. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la ejecutoria Guillermo Cabrera, puso en duda su competencia para conocer de asuntos que tuvieren que ver con la exigencia de cumplimiento de los contratos de trabajo ya que en su concepto el pensamiento del legislador no fue el de integrar un tribunal con facultades decisorias sino un órgano mediador “en los conflictos que ocurren sobre el cumplimiento de un contrato de trabajo, en ejecución, como ocurre en los casos de huelgas, paros de trabajo, sabotajes, boicotajes y otros medios

8 *Diario Oficial de la Federación* del 27 de noviembre de 1917.

de represalias usados, tanto por los patrones, como por los obreros”. La Corte negó, pues, que tuvieran jurisdicción.

Ese criterio se modificó después en la ejecutoria “La Corona”, de fecha 1 de enero de 1924, que atribuyó a las juntas la competencia necesaria para resolver no solamente los conflictos colectivos de trabajo, sino también los individuales, sin que ello implicase el juzgamiento, prohibido por el artículo 13 constitucional, a través de tribunales especiales. A partir de entonces se concibieron como tribunales especializados.

El Reglamento Calles, de 9 de marzo de 1926, dio a las juntas un procedimiento de clara tendencia civil que se repitió en la LFT del 18 de agosto de 1931, en clara violación del espíritu tutelar en favor de los trabajadores de la ley laboral, fórmula que repitió la LFT del 1 de mayo de 1970, con algunas reglas moderadoras tomadas de la jurisprudencia de la Corte. En cambio, la reforma procesal del 1 de mayo de 1980 integró a las reglas procesales laborales dentro del marco tutelar.

El tema de las facultades de las juntas sigue siendo objeto de polémicas. Sobre su naturaleza jurídica discutieron en sus tiempos respectivos juristas de tanta calidad como Narciso Bassols, Mario de la Cueva y Alberto Trueba Urbina. Años después, Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo expusieron también sus puntos de vista y quien esto escribe ha aportado también su opinión personal, a la vista de nuevos criterios de la Corte, llegando a la conclusión de que se trata de verdaderos tribunales de derecho integrados por representantes sociales y jurídicos que asumen una verdadera función judicial, sin menoscabo de su función conciliadora primigenia.<sup>9</sup>

En realidad las juntas son, al menos en la teoría, procuradores de eso que indebidamente se denomina justicia laboral fundamentalmente a través de la representación sectorial de sus integrantes. Claro está que la realidad discrepa rotundamente de la teoría, ya que por su absoluta dependencia de los poderes ejecutivos y su integración sustancialmente corporativa, son simples instrumentos del Estado para imponer su propia y santa voluntad en aquellos asuntos, particularmente los colectivos, en los que el Estado entiende que se afectan sus intereses.

9 *Ibidem*, pp. 137 y ss.



## VI. LA CRISIS DE LA TUTELA SECTORIAL EN MATERIA LABORAL

En el intento de descubrir las intimidades de eso que se llama “procuración de la justicia laboral”, resulta indispensable analizar si las juntas de Conciliación y Arbitraje y los demás órganos administrativos creados para fiscalizar el funcionamiento de las reglas laborales, son o no procuradores de justicia.

Dejemos a un lado el tema de si es o no un problema de justicia. Digamos que se trata de medidas tutelares de los trabajadores, al menos de medidas que fueron diseñadas para ser tutelares de los trabajadores.

En ese sentido, los protagonistas de este tema serían, junto a las procuradurías de la Defensa del Trabajo y las juntas de Conciliación y Arbitraje, otros organismos adicionales, unos de integración tripartita: la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos y la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas y otro meramente administrativo como es la Inspección de Trabajo. Sin olvidar, aunque no tenga importancia para estos efectos el Servicio Nacional del Empleo, Capacitación y Adiestramiento.

No puede dudarse de que la intención de la Ley al integrar esos organismos ha sido la de buscar la mejor solución para los trabajadores. En el caso de los salarios mínimos cabe recordar que de acuerdo con el texto del artículo 562, en su fracción II, a), el director técnico de la Comisión Nacional debe realizar periódicamente investigaciones y estudios para determinar

El presupuesto indispensable para la satisfacción de las siguientes necesidades de cada familia, entre otras: las de orden material, tales como la habitación, menaje de casa, alimentación, vestido y transporte; las de carácter social y cultural, tales como concurrencia a espectáculos, práctica de deportes, asistencia a escuelas de capacitación, bibliotecas y otros centros de cultura; y las relacionadas con la educación de los hijos...

No existe, en cambio, una norma paralela respecto de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas si bien es preciso recordar que la decisión sobre el porcentaje a repartir corresponde al Consejo de Representantes integrado sectorialmente, por lo que finalmente quien decide es el funcionario presidente de la Comisión que es nombrado por el presidente de la República (artículo 577, LFT).

La realidad demuestra que las decisiones sobre los salarios mínimos no toman en cuenta ninguno de los datos que se precisan en la fracción II, a), del artículo 562. El único criterio ha sido, al menos en el largo plazo de los últimos dieciocho años, que el incremento anual a los salarios sea inferior al índice de inflación. La consecuencia: una dramática disminución del valor adquisitivo de los salarios que tiene a nuestra población en condiciones de miseria dominante.

Respecto a la participación en las utilidades el problema no ha sido tanto del manejo del porcentaje, que está fijado desde hace mucho tiempo en un diez por ciento de la renta gravable, sino de los mecanismos que muchos empresarios ponen en juego para eludir su pago. Hoy son frecuentes los grupos de empresas en los que las sociedades que tienen trabajadores no tienen utilidades porque los manejos financieros las atribuyen a las empresas propietarias de las acciones del grupo y las empresas sin trabajadores que celebran contratos de suministro de mano de obra con sociedades que se dedican a ese muy poco honesto empeño.

La Inspección de Trabajo constituye un instrumento de particular importancia para la fiscalización del cumplimiento empresarial de las normas laborales. El problema fundamental consiste en que el número de inspectores no es suficiente, ni a nivel federal ni a nivel estatal para cumplir adecuadamente ese cometido. Hay, además, la falta de profesionalización del personal al que sólo se le exige haber terminado la educación secundaria (artículo 546-II) y las bajas remuneraciones que se prestan para actos de búsqueda de interés personal. De ello deriva una eficacia menos que relativa.

En las juntas de Conciliación y Arbitraje hay dos problemas fundamentales. El primero deriva de su absoluta dependencia de los poderes ejecutivos, federal y locales, por la vía del nombramiento y por la vía del presupuesto. La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje se integra, prácticamente, en la estructura de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a partir del nombramiento de su presidente por el presidente de la República (artículo 612) y las locales en la estructura de los gobiernos de los estados y del Distrito Federal, con facultades para los gobernadores y el jefe de gobierno del Distrito Federal de nombrar a sus presidentes (artículo 622).

El segundo problema deriva de la integración tripartita con representantes de los trabajadores y de los patrones. En primer término porque

los de los trabajadores no los representan a ellos sino a las centrales sindicales y éstas padecen de la muy grave enfermedad del corporativismo. Lo mismo ocurría con los representantes patronales que antes de que la SCJN declarara la inconstitucionalidad de la Ley de Cámaras, pertenecían a organismos tan corporativos como las centrales obreras. En el fondo, lo siguen siendo, dada su estrecha vinculación con el Estado, aunque ya no sean obligatorias las inscripciones por cámaras especializadas (comercio e industria) ni las contribuciones económicas. En segundo lugar, porque en el mejor de los casos se trata de representaciones inútiles ya que cada uno de ellos vota a favor de su sector y quien decide, finalmente, es el representante del gobierno.

En realidad las juntas, cuyo origen remoto se encuentra en los Consejos de Hombres Prudentes de Francia creados para la resolución de asuntos individuales y el inmediato en las leyes de Nueva Zelandia que sirvieron de modelo a las de Yucatán, también se inspiraron, en términos más modernos, en la fórmula fascista de la magistratura del trabajo impuesta en Italia en los años veinte en la Carta del Trabajo de Mussolini y copiada después por otros regímenes semejantes (Alemania nazi; Portugal bajo la dictadura de Oliveira Salazar; Francia durante la ocupación nazi y la España franquista. Curiosamente el fenómeno se repite en el Brasil, en 1939, con el Estado Nuevo de Getulio Vargas y de hecho, en Argentina).

En un Estado intervencionista en la economía, como es el nuestro, la absoluta dependencia de las juntas de los poderes ejecutivos no puede ser más negativa. Sus resoluciones estarán siempre, de manera preferente, al servicio del Estado o de los intereses que al Estado afectan como puede ser el suministro de servicios esenciales a la comunidad.

Pero, además, la presencia absolutamente corporativa de los representantes que integran las juntas, de uno y otro lado, genera espacios de poder y compromisos recíprocos en los que los únicos afectados son siempre los trabajadores.

La conclusión, necesariamente negativa, es que la organización tripartita de los asuntos laborales es absolutamente perniciosa dado el corporativismo que padecemos. De lo que se desprende que llámese justicia o tutela laboral, nuestro sistema en vigor no favorece en absoluto a los trabajadores.

## VII. UNA ALTERNATIVA DE CORTO PLAZO

En los países que han superado al fascismo o que, por lo menos, lo han imitado en su concepción corporativa, el arribo de la democracia ha cancelado a las magistraturas del trabajo y las ha sustituido por jueces de lo social encargados de los asuntos laborales y de los problemas de aplicación de las leyes de seguridad social. Son los casos, por ejemplo, de España, Italia, Alemania y Portugal, entre otros, donde la competencia ha pasado al Poder Judicial.

Recientemente en el Brasil, donde las juntas de Conciliación y Arbitraje funcionaban con representantes sectoriales que inclusive las acompañaban en los tribunales regionales de Trabajo (segunda instancia laboral) y en el Tribunal Superior de Trabajo (Brasilia), recientes reformas a la Consolidación de las Leyes de Trabajo han cancelado la representación sectorial.

En Argentina, el corporativismo no se manifiesta ya en la justicia laboral sino en el control administrativo de las centrales y los sindicatos.

De hecho México se mantiene, en dudoso honor, como el país que conserva los mecanismos corporativos y fascistas que le permiten al gobierno el control administrativo y jurisdiccional de sus conflictos laborales.

Un buen ejemplo deriva del intento, adelantado y eficaz y con cosas aprovechables de la formación de un proyecto de Código de Procedimientos Laborales que se ha venido formando al calor de la denominada “Nueva Cultura Laboral”, un invento curioso de la mancuerna Fidel Velázquez y Carlos Abascal, este último en su etapa de presidente de Coparmex y que la STPS ha hecho suyo con gran entusiasmo. Pero es evidente que el marco de su formación es absolutamente corporativo. En rigor pretende rectificar la tendencia tutelar en favor de los trabajadores de la reforma a la LFT de 1980 y separar de la Ley las reglas procesales.

Desde antes, concretamente en 1994, el Partido de Acción Nacional (PAN) vino preparando un anteproyecto de LFT<sup>10</sup> que además de esta-

10 Elaborado por Néstor de Buen L. y Carlos E. de Buen Unna, a petición de los entonces diputados federales Gabriel Jiménez Remus y Juan de Dios Castro. Fue posteriormente presentado como iniciativa por el grupo parlamentario del PAN en el Senado, pero la mayoría priista impidió se le diera trámite. En rigor es un proyecto sustancialmente anticorporativo.

blecer reglas rigurosas en homenaje a la libertad sindical, con cancelación de registros de sindicatos y de tomas de nota de sus directivas; exigencias democráticas rigurosas en materia de huelga y de negociación colectiva para impedir la celebración de contratos colectivos de trabajo de protección,<sup>11</sup> propone la cancelación de las juntas de conciliación y arbitraje y su sustitución por jueces de lo social que tengan competencia para resolver problemas laborales y de seguridad social.

Junto a dicho proyecto se presentó también una iniciativa de decreto para reformar el artículo 123 constitucional. Entre otras propuestas, la fracción XX de lo que es el apartado “A” quedaría como sigue:

Las diferencias o los conflictos entre los sujetos de las relaciones laborales individuales o colectivas y las que resulten de la aplicación de las disposiciones de la Ley del Seguro Social se sujetarán a la decisión de un juez de lo social, que formará parte de los poderes judiciales federal o locales. En todo caso el procedimiento será uniiinstancial.

A su vez, en la iniciativa de LFT del mismo PAN, el artículo 454 establece que

Los conflictos de trabajo serán resueltos por jueces de lo social. Cuando se trate de conflictos de competencia local, dichos jueces formarán parte del Poder Judicial estatal o del Distrito Federal. Cuando se trate de conflictos de competencia federal, los jueces serán de distrito, pertenecientes en consecuencia al Poder Judicial federal. Sus facultades quedarán establecidas en las correspondientes leyes orgánicas. Los jueces federales sólo conocerán de conflictos colectivos.

La fórmula de incluir los asuntos de la seguridad social deriva de la propia experiencia, hoy inconstitucional, ya que esas cuestiones se ventilan ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, obviamente

11 Se ha criticado la iniciativa, entre otras muchas razones, porque se dice que suprime los contratos colectivos de trabajo, lo que es absolutamente falso. Lo único que propone es que se cambie su nombre por el de pactos colectivos de condiciones de trabajo. Lo curioso —y de ello me declaro culpable— es que el nombre que pensé proponer fue el de “pactos normativos de condiciones de trabajo”, pero por un error que aún no me perdono, sustituí “normativo” por “colectivo”. Confío en que si esa iniciativa sigue un curso adecuado, lo que es posible en la nueva condición política, se haga la aclaración pertinente.

sin competencia constitucional. La Ley del Seguro Social le atribuye esa competencia en el artículo 295.

En el anteproyecto del Partido de la Revolución Democrática, que no ha sido presentado formalmente en la Cámara de Diputados, el artículo 689, siguiendo muy de cerca la iniciativa del PAN, establece que

Los conflictos de trabajo serán resueltos por jueces laborales. Cuando se trate de conflictos de competencia local, dichos jueces formarán parte del Poder Judicial de la entidad federativa. Cuando se trate de conflictos de competencia federal, los jueces serán de distrito, pertenecientes al Poder Judicial federal. Sus facultades quedarán establecidas en las correspondientes leyes orgánicas.

Es evidente que la llamada procuración de justicia laboral —en rigor, el mecanismo para que los órganos jurisdiccionales y administrativos especializados en el campo laboral apliquen las leyes respetando los principios de legalidad y constitucionalidad— exige en nuestro país serios cambios. Afortunadamente empieza a advertirse una cierta tendencia a hacerlos.

## SETTLEMENT OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES IN POLAND<sup>1</sup>

Michael SEWERYNSKI<sup>2</sup>

*SUMMARY: I. Preliminary remarks; 1. Notion of the individual labour dispute; 2. Evolution of the system of individual labour disputes settlement. II. Conciliation procedure; 1. General characteristic of the conciliation procedure; 2. Agreement. III. Judicial way of individual labour disputes settlement; 1. Labour courts; 2. Principles of individual labour disputes settlement before the court. IV. Trade unions' role in the individual labour disputes; 1. General remarks; 2. Trade unions' assistance to an employee before the labour court. V. Final remarks.*

### I. PRELIMINARY REMARKS

#### *1. The notion of the individual labour dispute*

In the Polish labour law system the subject of an individual labour dispute is an individual claim arising from the employment relationship, vindicated by an employee or by an employer. The individual labour dispute is distinguished from a collective labour dispute which covers employees' claims, concerning their collective interests —conditions of work, wages or social benefits—, as well as their union rights and freedoms.<sup>3</sup> Furthermore, a collective dispute cannot be entered into to support an individual claim even if a number of employees vindicate the same claim.<sup>4</sup>

1 Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, México 2000.

2 Profesor de la Universidad de Łódź, Polonia.

3 Art. 1 of the Act of 23 May 1991, on the settlement of collective labour disputes / Journal of Laws 1991, No. 55, item 236.

4 Art. 4.1 of the 1991 Act quoted above.

## 2. *Evolution of the system of individual labour disputes settlement*

After the World War II the system of settlement of individual labour disputes in Poland underwent many changes. Initially, individual labour disputes were considered by labour courts, established already in 1934. However, under the communist regime the labour courts were liquidated / 1954 / and the non-judicial system for all employees' individual claims was adopted. It was based on works arbitration committees, considering individual labour disputes in the first instance and on national trade union branch organs examining appeals in the second instance.

In 1974 the labour and social security courts were re-established as organs separated from general jurisdiction, settling individual claims in the second instance. In the first instance works arbitration committees still functioned operating but outside the work establishments, additionally, first instance organs were at that time created. They were also non-judicial bodies, known as appeal committees for labour affairs, settling only disputes involving termination of employment.

The non-judicial system of settlement of individual labour disputes adopted in Poland after the World War II followed the soviet model and as such was typical for all communist countries. It has to be underlined that this system reserved non-judicial way only for employees' claims. At the same time all employers' claims arising from employment relationship were considered by ordinary civil law courts. Thus, workers were deprived of the constitutional right to make a recourse to the court.<sup>5</sup> The system was based on involving large unions in the settlement of disputes, following another soviet rule according to which communist trade unions had to participate in the State's powers to prove its democratic character. However, the non-judicial system of settlement of individual labour disputes was largely ineffective as it never gained the full confidence of the employees.

The full reestablishment of judicial system for settlement of individual labour disputes took place in 1985, as an element of the transformation process in Poland, which was initiated under the influence of the democratic opposition with the "Solidarity" trade union at a head. Since then,

<sup>5</sup> See more M. Matey, *Labour Law and Industrial Relations in Poland*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston 1988, at 132,133 and M. Sewerynski, *Polish Labour Law from Communism to Democracy*, Dom Wydawniczy ABC Publ., Warsaw 1999, at 18 and foll.



the labour courts became the integral part of judiciary and they consider individual labour disputes in both instances. Although in 1985 the conciliation procedure for these disputes was also established, it did not undermine the fundamental role of labour courts. Trade unions are no more charged to participate in making judgement. Instead of that, they can assist a claiming employee, according to their proper protective function.

## II. CONCILIATION PROCEDURE

### 1. *General characteristic of the conciliation procedure*

Although the Polish legal system grants an employee, as well as an employer the access to the court with claims arising out of the employment relationship, it maintains, at the same time, one extra-judicial procedure, namely the conciliation. According to the art. 241.2 of the Polish Labour Code, before submitting a case to the court, an employee may demand initiation of conciliation procedure before a conciliation commission. It means that conciliation is of optional character and cannot be considered as a preliminary condition to enter on a judicial way. Furthermore, the conciliation could be started exclusively by an employee.

The conciliation is carried out by the conciliation commission at the workplace. The conciliation commission is an extra-judicial body which may be appointed in every works, jointly by the employer and the works trade union body. When no trade union body exists in a works the commission is established by the employer, upon receipt of consent thereto from the employees (art. 244.3 L.C.). In the same way are established the rules and procedures for the appointment of the commission, its term of office and the number of its members (art. 245 L. C.). A conciliation commission shall appoint, from among its members, a chairman of the commission and his/her deputies and shall establish the rules of conciliation proceedings (art. 247 L. C.).

The members of conciliation commission are elected from among personnel of a given works. However, the following persons may not be members of a conciliation commission:

- a. the manager of a works acting on behalf of the employer,
- b. the chief account,

c. the legal adviser,

d. the person responsible for the matters of personnel, employment and remuneration (art. 246 L. C.).

To fulfil a duty of a member of a conciliation commission is an honorary public function. However, a member of a conciliation commission retains the right to remuneration for the period in which he/she does not work due to his/her participation in the work of such a commission (art. 257 L. C.).

An employer is obliged to provide a conciliation commission with premises and technical means enabling it to function appropriately. Furthermore, an employer must bear the expenses connected with the activity of a conciliation commission, including the remuneration lost by an employee due to his/her participation in the conciliation proceedings (art. 258 L. C.).

## 2. *Agreement*

A conciliation commission shall initiate proceedings upon a written or oral application of an employee, recorded in the register. However, the general rules concerning limitation of claims arising from the employment relationship shall be respected (art. 291 and following of the Labour Code), as well as some particular limits of time when the employee's claim refers to the termination of employment, reinstatement in employment or a demand to establish an employment contract (art. 251.3 and 264 L. C.).

The conciliation commission should endeavour to settle a case by an agreement within 14 days beginning from the date of the submission of the application. In the case of termination, expiry or establishment of an employment relationship, the conciliation proceedings shall be terminated by the force of law within 14 days of the submission of the application by an employee and in other cases within 30 days of the submission of the application (art. 251 L.C.). Taking into consideration its conciliatory character, a conciliation commission is not authorised to impose its decision on the parties to the disputes. But the commission may suggest to the parties a way to reach an agreement.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> See L. Florek, T. Zielinski, *Prawo pracy (Labour Law)*, second ed., C. H. Beck, Warszawa 1999, at 279.

If proceedings before a conciliation commission do not result in the conclusion of an agreement, the commission, upon the demand of the employee, should transfer immediately the case to the labour court. The application of the employee for a conciliation settlement of the case by the conciliation commission substitutes a claim. Instead of submitting this application, the employee may bring himself a suit to the labour court under general rules of procedure (art. 254 L. C.).

If the parties reach an agreement before a conciliation commission, it should be recorded in the minutes of the session of the bench and signed by the parties and by the members of the bench / art. 252 L. C. /. However, it is inadmissible to conclude an agreement incompatible with law or with the rules of the community life (art. 253 L. C.).

An agreement reached before a conciliatory commission is voluntarily implemented by the employer. Where an employer does not implement an agreement he/she may be submitted to the compulsory execution, according to the Code of Civil Procedure, after a court has ordered its enforcement. However, the court should refuse the clause of enforcement if the documents presented by the conciliatory commission reveal the agreement to be incompatible with law or the rules of the community life (art. 255 L. C.).

An agreement concluded before the conciliatory commission makes end to the dispute. It means in particular that the same claim cannot be pursued by an employee before a court. If it is the case, an employer, according to the Supreme Court, may raise an objection *exceptio rei transactae*.<sup>7</sup> But, within a period of 30 days, from the day of concluding an agreement, an employee may apply to the labour court for a declaration that the agreement becomes ineffective when he/she considers that it infringes his/her just interest. However, in cases involving termination, expiry or establishment of the employment relationship an employee may make an application to a court only during the period of 14 days from the day of concluding the agreement (art. 256 L. C.). This particular action may be undertaken only by an employee as it was set up to protect him/her from the abuse of power by an employer during proceedings before a conciliation commission.

<sup>7</sup> This opinion was expressed by the Supreme Court in the case No. I PKN 143/97; OSN No. 7-8/1998, poz. 128.

The aim of the conciliation procedure in the system of settlement of individual labour disputes is to facilitate an employee to pursue his/her claims arising from the employment relationship. For this procedure is located in the works i.e. close to the place in which the dispute appeared, which allows a conciliation commission to take into account all its particular circumstances. Furthermore, a conciliation is favourable to maintain a good relationship between a claiming employee and the employer as this procedure aims at concluding an agreement. At the same time a conciliation is not risky for the employee, as he/she may apply to the labour court to make control over a rightness of an agreement in the light of his/her interests.

However, in practice the role of conciliation in the settlement of individual labour disputes is not very important. In many works, particularly in the private sector, the conciliation commissions are not appointed, as neither the employer nor employees are interested in it. But even in works in which a conciliation commission exists employees rarely submit their claims to it having an open way to the court. Thus, one can conclude that employees have more confidence in the judicial way of labour disputes settlement.

### III. JUDICIAL WAY OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES SETTLEMENT

#### 1. *Labour courts*

The labour courts, as established in Poland in 1985, are not fully separate courts in the judiciary but the specialised chambers in the civil law courts.<sup>8</sup> These chambers are established in the district courts, regional courts and appeal courts. Nevertheless, these chambers are formally called as “District Labour Courts” (chambers in district courts) and “Regional Labour and Social Security Courts” (chambers in regional courts) and are composed of judges specialised in labour matters.

Within the jurisdiction of labour courts fall all employees’ claims arising from the employment relationship (art. 262.1 L. C.), as well as claims connected with the employment relationship (art. 476.1 Code of Civil

<sup>8</sup> See more K. Baran, *Sadowy wymiar sprawiedliwosc w sprawach z zakresu prawa pracy (Jurisdiction in the labour law cases)*, Dom Wydawniczy ABC Publ., Warszawa 1996, at. 72 and foll.

Procedure; hereinafter will be quoted as “C.C.P.”). The latter are now here defined or enumerated by the law and that’s why the final specification of those claims belong to the court. But according to the juristic doctrine this second type of claims arises from a legal relationship which is closely connected with the employment relationship. An example of that claim could be the employee’s family claim for a death benefit from an employer in the event of the death of an employee (art. 93 L. C.).<sup>9</sup>

According to separate legal provisions, labour courts examine also claims arising from specific legal relationships other than the employment relationship, e.g. home employment relationship and claims concerning compensation of accidents at work as well as occupational diseases.

Typical employees’ claims relate to:

- a. establishment of an employment relationship, its expiration and termination,
- b. wages and benefits,
- c. severance pay,
- d. compensation and benefits due in the event of accidents at work and occupational diseases.

Within the jurisdiction of labour courts fall also employer’s claims vindicated from an employee. Typical employer’s claims relate to:

- a. compensation of damage caused by an employee,
- b. compensation for unjustified termination of a contract of employment by an employee without notice (art. 61.1 and 61.2. L. C.),
- c. compensation for damage resulted from an employee’s violation of a prohibition on competition (art. 101.1.2 L. C.).

Beyond the jurisdiction of labour courts are claims of civil servants, as well as those concerning the establishment of new terms of work and pay, the application of work standards and workers’ accommodation do not fall within the jurisdiction of labour courts (art. 262.2 L. C.). The disputes arising from the establishment of new terms of work and pay are considered as collective labour disputes and are settled according to the procedures proper to them.

From the sentence of the court of first instance, i.e. a District Labour Court, an appeal may be submitted to the court of second instance, i.e.

<sup>9</sup> See Florek, Zielinski, *Prawo pracy*, at 283.

the Regional Labour and Social Security Court. The cases in which the value of the claim is higher than 15,000 PLN = 3,500 USD are considered in the first instance by Regional Labour and Social Security Courts and in the second instance by Appeal Courts. From a final sentence may be submitted a cassation to the Supreme Court, based on a violation of a substantive law or serious violation of proceedings (art. 393.1 of the C. C. P.). However the cassation is inadmissible in minor cases (claim's value lower than 5000 PLN = 1200 USD), as well as when the case concerns a certificate of employment or benefits regulated by collective agreements.

## 2. Principles of individual labour disputes settlement before the court

### a) taking care of employees' interests

This principle consists in granting an employee a necessary aid in the proceedings to counter balance an actual advantage of an employer who is normally more experienced and better equipped to litigate. The above principle is particularly illustrated by a court's duty to protect an employee from acts infringing his/her just interests (art. 469 C.C.P.), as for example: conclusion of unfavourable agreement or withdrawal of a claim.

Furthermore, the court has to find out the objective truth examining a case. For this purpose it has to undertake all necessary acts and to admit all necessary evidences *ex officio*, even not supplied or requested by an employee and the employer. This is one of the principle of the whole civil procedure, but of special importance for an employee's interests in labour law disputes.

The principle of particular care for the employees' interests in a trial is reflected also in provisions allowing to act on a less formal way and to be assisted by trade unions.

### b) Settling a dispute by an agreement

The procedure of conciliation before a conciliation commission, aiming at concluding an agreement at a workplace serves this principle first of all. The labour court must also persuade the disputing parties to conclude an agreement during the explanatory proceedings opening a process

(art. 468.2.2 C.C.P.). The explanatory proceedings constitute a mandatory part of recognition of every labour law dispute by a court.

#### c) Rapidity of proceedings

This principle means that the labour court has to settle a case as quickly as possible. Furthermore, the Code of Civil Procedure imposes on the court short time limits to recognize a case. It is illustrated by the provision which charges the court with an obligation to fix a date for a hearing no later than within two weeks after the explanatory proceedings (art. 471 C.C.P.).

The rapidity of proceedings is guaranteed also by the provision allowing the court to summon parties, witnesses and experts on simplified way which is specified by the court. The court has a similar power in issuing its decisions preparing a trial, particularly in collecting all necessary documents (art. 472.1 C.C.P.).

Nevertheless, the principle of proceedings' rapidity does not preclude the court's duty to investigate every case profoundly in order to discover the whole objective truth and respecting all binding provisions of the law.

#### d) Limited juristic formalism

The provisions regulating a trial concerning labour law cases are less rigorous than those referring to the general civil law procedure. This principle applies mainly to the dispute parties who may undertake acts in court proceedings on a less formal way. It is particularly illustrated by the provision which allows employees to file a suit and an appeal, as well as to undertake other acts during a trial not in written but in an oral form (art. 466 C.C.P.).

The law is much more rigorous as far as formalism of court's acts in proceedings are concerned. In this respect it is particularly important that every court session has to be recorded and that its final decision has to be written. Furthermore, the final decision is delivered to the parties by the court *ex officio*.

### e) Free of charge procedure

Proceedings in respect of claims by an employee arising from his/her employment relationship are exempt from court fees. Expenses connected with matters done during these proceedings are provisionally borne by the State Treasury. The labour court decides finally on such expenses in a sentence concluding proceedings at given instance, applying the relevant provisions relating to costs in civil matters. However, an award of costs may be made against an employee only in particularly substantiated cases (art. 263 L. C.).

The conciliation procedure before a conciliation commission is also free of charge for an employee as all expenses connected with the activity of the commission are borne by the employer (art. 258 L. C.).

## IV. TRADE UNION'S ROLE IN THE INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES

### 1. *General remarks*

The Polish system of settlement of individual labour disputes is marked by an important role of social factor which corresponds to the particular character of these disputes, determined by strong social aspects of labour relations from which they arise. The presence of the social factor manifests itself, first of all, in the conciliation procedure which is of a non-judicial character and is instituted by lay members of the commission, elected from among the works personnel. Thus, the conciliation is a method to settle a dispute without a participation of professional judges and beyond the judicial proceedings. Furthermore, the dispute is concluded by the parties' agreement, and not by the sentence empowered by the court.

The social factor is also present in the proceedings before the labour court. It is illustrated particularly by the lack of compulsory barrister's counselling on the side of an employee. Instead of that he/she may be represented in a trial by another employee, employed in the same works, or by a trade union representative (art. 465 C.C.P.). But the trade union's assistance to an employee in the settlement of individual labour disputes is much more developed. That's why it will be treated separately.



## 2. Trade union's assistance to an employee before the labour court

The typical way in which the trade union may assist an employee consists in acting on his/her behalf in a court by a trade union representative as his/her plenipotentiary (art. 465.1 C.C.P.). This regulation grants an employee the right to be represented by a person who knows well all circumstances of the dispute and is fully engaged on the employee's side. Furthermore, a trade union representative may be a union activist not employed by the defendant employer and as a consequence he/she does not risk to expose him/herself to the employer's displeasure. Last, but not least, a trade union representative allows an employee to avoid expenses due to the barrister's participation in a trial.

According to the Polish law, a trade union may also file a suit on behalf of an employee (art. 61, 62 and 462 C.C.P.), but only with a previous consent of an employee. The same right has also a labour inspector.<sup>10</sup>

A very particular trade union's right in the individual labour disputes settlement consists in presenting to the court an opinion having a substantial significance in the examining case (art. 63 C.C.P.). The opinion has to be expressed in a form of a trade union's organ resolution or statement. Generally it is a resolution of works' trade union unit which takes a position when a disputed case is a precedent for the following employees' claims or when the examined claim is a result of serious violence of the law committed by the employer. It is obvious that such a trade union's opinion strengthens the employee's position in a trial and helps him/her to obtain a favourable judgement in his/her case.

To have a full image of trade unions' role in the field of individual labour disputes settlement one has to remind their participation in the establishment of the conciliation commission in agreement with the employer.

<sup>10</sup> See more K. Baran, *Postępowanie w sprawach z zakresu prawa pracy (Proceedings in the labour law case)*, Infotrade Publ., Gdansk-Kraków 1999, at. 183 and foll.

## V. FINAL REMARKS

1. The Polish system of individual labour dispute settlement has in principle a judicial character. Its reestablishment is a result of the fundamental political transformation following the birth of the free trade union “Solidarity”. This system is fully harmonized with the new Polish Constitution of 1997 which grants everyone the right to a fair and public hearing of his/her case before a competent, impartial and independent court (art. 45.1 of the Constitution).

2. The conciliation procedure does not undermine the judicial character of individual labour disputes settlement since it has a voluntarily character and does not determine an access to the court. Moreover, an agreement reached before a conciliation commission may be submitted to the court’s control on the employee’s demand.

3. The place of labour courts in the Polish judiciary remains, however, controversial since they are not fully separated from civil law courts, as it used to be in Poland before the World War II.<sup>11</sup> One can argue that fully separated labour courts could be more specialised and efficient while protecting the legality in the field of the labour law.

4. The role of trade unions in labour disputes settlement looks very developed in the light of Polish labour law provisions. Nevertheless, in practice that role is rather limited since employees rarely request unions’ assistance in the court. Furthermore, the number of unionised employees in Poland is in decrease, due to the evolution of employment and professions. In the private sector trade unions are very rare as employers are generally unfavourable to them and because private firms are in majority of a very small size.<sup>12</sup>

5. One can also suppose that quite a lot of employees’ claims remain not revealed because they are afraid of losing their job. This employees’ attitude is in clear connection with the unemployment which nowadays is very high in Poland and has a tendency to increase due to the intensive reconstruction of the public economic sector.<sup>13</sup>

11 See Florek, Zielinski, *Prawo pracy*, at 281.

12 See J. Gardawski, B. Gaciarez, A. Mokrzyzewski, W. Panków, *Rozpad bastionu? Związki zawodowe w gospodarce sprywatyzowanej? The fall of bastion? Trade unions in the privatised economy*, Friedrich Ebert Stiftung Publ., Warszawa 1999, at 95 and foll.

13 According to the recent statistic data the present rate of unemployment in Poland is about 14%.

## UNA VISIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La administración de justicia laboral*.  
III. *La impartición de justicia laboral*.

### I. INTRODUCCIÓN

Un estudio sistemático de la procuración de justicia laboral en México, requiere responder a tres preguntas básicas: ¿por qué discutir el tema de la procuración de justicia?, ¿qué se entiende por la noción de procuración de justicia?, y ¿se hace necesaria una visión de conjunto de la procuración de justicia laboral?

#### 1. *¿Por qué discutir el tema de la procuración de justicia?*

Dentro de un contexto latinoamericano y en particular mexicano, resulta interesante preguntarse por qué se discute el tema de la procuración de justicia, cuando la discusión quizá debería centrarse en otros temas, particularmente:<sup>1</sup>

- Cuando el sector informal representa un desafío para el tercer mundo.
- Cuando, en ciertos países, en especial del primer mundo, la prioridad se centra sobre el empleo, lo que hace que algunos hablen del paso de un derecho del trabajo a un derecho del empleo.

<sup>1</sup> Cfr. Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995; Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi*, París, Flammarion, 1999; OIT, *Regards sur l'avenir de la justice sociale. Mélanges à l'occasion du 75e. anniversaire de l'OIT*, Ginebra, OIT, 1994.

- Cuando en el derecho del trabajo aparecen nociones nuevas, como la “parasubordinación”; sobre todo en el derecho italiano, en el derecho alemán y en el derecho del trabajo holandés.
- Cuando se discute el ir y venir de la negociación colectiva entre la descentralización y la centralización.
- Cuando la mundialización se manifiesta en el derecho del trabajo, particularmente con la delocalización de empresas y la movilidad del capital.
- Cuando la huelga resulta un instrumento de lucha “peligroso” para los trabajadores.
- Cuando la flexibilidad laboral se ha convertido en lo cotidiano en las relaciones profesionales y en donde ahora es el trabajador el que cede.
- Cuando en algunos países, se habla de un régimen de no trabajo: caso particular del “régimen jurídico de los desempleados” en Francia.
- Cuando se cuestionan ciertos principios considerados como derechos adquiridos de los trabajadores. Por ejemplo, hoy en día la estabilidad en el empleo es algo que sólo conocen los trabajadores al servicio del Estado.
- Cuando el trabajo independiente comienza a invadir actividades que antiguamente se consideraban trabajo subordinado.
- Cuando se propaga el mito contemporáneo que permite a todo mundo ser trabajador independiente.

Ante cuestiones tan relevantes, podría resultar paradójico centrar en este trabajo nuestra preocupación en la procuración de justicia laboral. Al respecto, se puede decir que el interés por la justicia laboral también resulta importante en la medida que la función jurisdiccional cada vez cobra mayor importancia y que, por otra parte, dentro de un contexto como el mexicano la procuración de justicia aún necesita ser consolidada.

En lo que se refiere al primer aspecto, tal y como lo ha señalado el doctor Fix-Zamudio,

la función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión, en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual se han introducido un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combi-

narse en una función que también tiene un sentido político, en el sentido de participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder; actividad que generalmente estaba excluida para los tribunales.<sup>2</sup>

Por otro lado, en América Latina, el Poder Judicial, es decir, lo que implica la procuración, la impartición y la administración de justicia, todavía está en vías de consolidación. Al menos ese es el caso de México. Recuérdese que en 1994 se produjo una reforma al Poder Judicial que redefinió el papel de la Suprema Corte e instituyó el Consejo de la Judicatura.

Aunados a estos aspectos se encuentra el constante incremento de las controversias jurídicas, y la cada vez mayor complejidad que éstas muestran, lo que ha desembocado en un rezago de dichas controversias. Esta situación provoca un rezago crónico y una lentitud en la resolución de las controversias de derecho.

## 2. *¿Qué abarca la noción de procuración de justicia?*

En primer lugar es importante señalar que la noción de procuración de justicia se puede prestar a confusiones. Dentro de un contexto mexicano, dicho término se ha utilizado principalmente en materia de derecho penal. De tal suerte que cuando encontramos la noción de procuración de justicia, se sobreentiende que estamos hablando de procuración de justicia penal.

Por otro lado, desde un punto de vista semántico, es necesario preguntarse si las palabras procuración, administración e impartición deben ser consideradas sinónimos.<sup>3</sup> Al respecto se puede señalar que por procuración se puede entender al conjunto de diligencias o medios necesarios para conseguir un fin; impartir significa dar o proporcionar, mientras que administrar se puede entender como organizar o manejar una institución.

De tal suerte, se puede señalar que la noción de procuración de justicia abarca al mismo tiempo los conceptos de impartición y de administra-

<sup>2</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional”, *Dereito. Revista Xurídica da Universita de Santiago de Compostela*, vol. 5, núm. 1, 1996, p. 130.

<sup>3</sup> Al respecto nos hemos auxiliado del *Diccionario del Español de México*, de El Colegio de México y del *Diccionario de Lengua de la Real Academia de la Lengua Española*.

ción, en la medida en que por procuración se puede entender, el conjunto de diligencias o medios necesarios encaminados a organizar o manejar la administración y dar los medios necesarios para la impartición de justicia. Procuración sería el género, en tanto que administración e impartición serían la especie.

Sin embargo, entre procuración y administración de justicia, no sólo existe una diferencia de carácter semántico. La noción de administración de justicia ha estado influenciada por la doctrina liberal de la revolución francesa.<sup>4</sup> Dicha doctrina consideraba secundaria la función jurisdiccional. El poder supremo lo constituía el Poder Legislativo. Sólo esa asamblea soberana estaba facultada para decir el derecho. Los órganos jurisdiccionales se les veía como simples órganos administrativos, encargados de aplicar el derecho.<sup>5</sup>

Aunque en América Latina, como lo señala el doctor Fix-Zamudio, “por influencia del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, ha predominado con algunas excepciones, la facultad de los jueces ordinarios, o al menos de algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad”. Cabe recordar que en el modelo angloamericano, todos los jueces poseen la atribución y la obligación de no aplicar las disposiciones que consideren contrarias a la Constitución Federal.

4 Respecto a los antagonismos de la función que le otorga la tradición del *common law* y del derecho romanista al juez, se recomienda ver la obra de Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1971, pp. 63-72.

5 “Tradicionalmente y en especial a partir de la Revolución francesa, los jueces, como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no estaban facultados para, y aun se les prohibía de manera expresa, desaplicar las propias disposiciones que se consideran contrarias a los preceptos de carácter constitucional, con lo cual se desvirtuó el principio de la supremacía de la Constitución Política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, es decir, que los jueces de todas las categorías poseen no sólo la atribución sino también la obligación de desaplicar en los procesos concretos de los cuales conocen, las disposiciones legales que consideran contrarias a la Constitución Federal (García de Enterría, 1981). De esta manera se han desarrollado dos sistemas diversos, el continental europeo, en el cual, debido a la influencia predominante de Juan Jacobo Rousseau, quien postuló la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general (1961, pp. 177-178, libro II, capítulo VI), y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu (que consideró al juez como un aplicador mecánico de la ley) (1951, p. 209, libro XI, capítulo VI) se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad (Fix-Zamudio, 1965, pp. 51-600)”. *Ibidem*, p. 135.

Hoy en día se puede afirmar que ya no se

discute que el organismo judicial, o al menos los tribunales de mayor jerarquía puedan intervenir, en ocasiones de manera decisiva, en la toma de decisiones de carácter fundamental en el Estado contemporáneo, e inclusive se ha llegado a sostener con fundamento que ante el debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas frente al ejecutivo predominante de nuestra época, la limitación de ese predominio descansa actualmente en los tribunales.<sup>6</sup>

Los cuales se convierten a su vez en su conjunto en un verdadero Poder Judicial.

### 3. *¿Se hace necesaria una visión de conjunto de la procuración de justicia?*

Quizá sea necesario partir de la idea de que no se puede analizar la procuración de la justicia laboral si no se realiza un estudio sistemático de la misma. De tal suerte, en un primer nivel se debería estudiar el estado en que se encuentra la procuración de justicia, para así entender en qué contexto se encuentra la procuración de justicia laboral. Un análisis global de la procuración de justicia laboral en el país debería prestar atención a las actuales reformas operadas en el seno del Poder Judicial.

Al respecto, cabe señalar que no obstante los aportes de las reformas judiciales iniciadas en 1994 (reducción del número de ministros de la Suprema Corte, creación del Consejo de la Judicatura Federal, nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la acción de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales entre los poderes u órganos de autoridad, dentro de los tres niveles de gobierno y las reformas al amparo)<sup>7</sup> aún no se logra consolidar un verdadero Poder Judicial.

La Suprema Corte es objeto de restricciones, puesto que si bien puede anular con efectos generales la leyes federales o locales y los tratados constitucionales contrarios a la Constitución, se le imponen limitaciones al necesitar el voto de ocho ministros sobre once, lo que hace un tanto

<sup>6</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel; "El Estado social y sus implicaciones", *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza editorial, 1977, pp. 51-66. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*

<sup>7</sup> Cfr. Soberanes, José Luis, "Nueva justicia constitucional", *Crónica Legislativa*, año V, nueva época, núm. 8, abril-mayo de 1996, pp. 13-29.

difícil dicha facultad. Para algunos, si se quiere verdaderamente consolidar el Estado de derecho, se necesitan perfeccionar las reformas realizadas que podría tener un impacto a largo plazo en la administración de justicia: redistribución de poder en favor de los órganos del derecho y de la profesión jurídica.<sup>8</sup>

Por otro lado, ya se ha señalado la necesidad de incluir a los tribunales especializados, que todavía son formalmente parte del Poder Ejecutivo, entre ellos las juntas y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, dentro del Poder Judicial de la Federación. Estos tribunales no caen en la esfera del Consejo de la Judicatura Federal y violentan los principios de unidad de la jurisdicción y de la división de poderes. Su inclusión implicaría:

1. Unificar formal y orgánicamente la jurisdicción, que ya lo está desde el punto de vista material a través del amparo.
2. Se establece la posibilidad de una política judicial integral, lo que realizaría el peso institucional de los tribunales.
3. Extender la carrera judicial a los tribunales especializados, lo que debe contribuir a un mayor grado de eficiencia y profesionalismo.
4. Reforzar la independencia de los tribunales especializados.

Esto se lograría estableciendo en la Constitución que el Poder Judicial de la Federación esté integrado por los tribunales federales ordinarios y los especializados. Establecer también que el gobierno, la administración y la disciplina de dichos tribunales corresponda al Consejo de la Judicatura Federal.<sup>9</sup>

Es importante destacar que la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo de los Estados Americanos, miembros de la OIT, aconsejó la constitución de tribunales del trabajo con integración de personas que ostenten las calidades para ejercer la judicatura, y a quienes se reconozca la seguridad de una absoluta independencia, señalándose en las consideraciones previas que en ello radican “las más puras y seguras garantías”.

<sup>8</sup> Cfr. Fix Fierro, Héctor; “Estado de derecho y reforma de la justicia en México”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, vol. I, núm. 1, febrero de 1996, pp. 74-75.

<sup>9</sup> Lo que implicaría modificar la actual composición del Consejo de la Judicatura Federal. Al respecto ver la obra de Fix-Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, *cit.*



El artículo cuarto de la recomendación producto de la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo, señala que: “Los tribunales del trabajo deberían establecerse sobre bases permanentes y con entera independencia de las autoridades ejecutivas”; en su artículo quinto dispone: “Los jueces del trabajo deberían ser seleccionados entre las personas que posean una profunda experiencia de las cuestiones del trabajo y que reúnan los requisitos para ejercer funciones judiciales”.<sup>10</sup>

De tal suerte que podemos afirmar que una visión sistemática de la procuración de justicia implica hablar del Estado de derecho. Los tribunales en general y los tribunales de trabajo en particular son una pieza fundamental dentro de la noción de Estado de derecho, en la medida de que representaría el tránsito de una función jurisdiccional a un poder jurisdiccional, es decir la consolidación del Poder Judicial dentro de la división de poderes.

En lo que concierne a aspectos particulares del derecho del trabajo, una visión sistemática debería pensar seriamente que el modelo de justicia laboral está intrínsecamente ligado al modelo de justicia que se quiere para el país. Por otro lado, el modelo de justicia laboral debería estar íntimamente ligado con el tipo de sistema de relaciones laborales que tenemos o que queremos fomentar. ¿Buscamos la autonomía o la heteronomía en las relaciones laborales? ¿Pretendemos fomentar el conflicto o el consenso?<sup>11</sup> Estas dos cuestiones deberían estar siempre presentes. De igual manera se hace necesario valorar la originalidad que ha representado el derecho mexicano del trabajo en el mundo del derecho del trabajo.

A partir de las anteriores consideraciones, se tiene la idea de que una visión sistemática de la procuración de la justicia laboral en México incluye tanto la administración de justicia —Secretaría del Trabajo, Procuradurías del Trabajo e Inspección del Trabajo— como la impartición de justicia laboral —tribunales y juntas de Conciliación y Arbitraje—. En la medida que estos órganos están encargados en su conjunto de la procuración de justicia laboral.

<sup>10</sup> Cfr. OIT, *Tribunales del trabajo en América Latina*, Ginebra, 1949, pp. 90-91.

<sup>11</sup> Lyon-Caen, Gérard, “Anomie, autonomie e hétéronomie en droit du travail”, *Hommage à Paul Horion*, Faculté de Droit de Liège, 1972, pp. 173-178.

## II. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

En México, la administración de la justicia laboral está a cargo de la administración del trabajo (Secretaría del Trabajo y Previsión Social) y de las procuradurías del trabajo (federal o estatales). La administración del trabajo es el conjunto de actividades de la administración pública relacionadas con la política nacional en materia laboral que ejerce y vigila el cumplimiento de las leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y demás disposiciones relacionadas con el trabajo. En fin, se encarga de coordinar

al conjunto de organismos permanentes de consulta a los cuales compete la preparación, el desarrollo y la aplicación de las condiciones de trabajo fijadas en la legislación, al igual que las prácticas relativas al trabajo, la participación activa de las organizaciones de trabajadores y patrones y la vigilancia de las normas laborales.<sup>12</sup>

El estudio de los organismos encargados de la administración de justicia laboral nos lleva al análisis de las facultades de la Secretaría del Trabajo. En cuanto a las juntas de Conciliación y Arbitraje, sólo nos interesaremos por los aspectos jurisdiccionales, aunque no dejaremos de mencionar algunas cuestiones que tienen que ver con aspectos de naturaleza administrativa y al estudio de las facultades encomendadas a las procuradurías del trabajo. Estudio aparte merecen las funciones de la Inspección del Trabajo en materia de administración de justicia laboral. Para finalmente poder esbozar una serie de consideraciones generales sobre los problemas de eficacia y eficiencia de la norma jurídica que regula la administración de justicia, así como de la necesidad de realizar un nuevo enfoque de la administración de la justicia laboral.

### 1. *Las facultades de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social*

Desde que se añadió a la Secretaría de Industria y Comercio una sección autónoma y bastante completa en materia de trabajo hasta la creación del departamento autónomo del trabajo y, posteriormente, de la Se-

<sup>12</sup> Barajas Montes de Oca, Santiago, *Conceptos básicos del derecho del trabajo*, México, FCE, 1995, p. 259.

cretaría del Trabajo y Previsión Social, las facultades otorgadas a ésta han evolucionado en aspectos de carácter fundamental.

La Secretaría guardó sus facultades de conciliación y de vigilancia de la legislación. No obstante ello, de una política laboral caracterizada por el abstencionismo estatal, se pasó a otra en donde la característica fundamental era la creación de derechos, de actividades concretas de arbitraje; de un sistema defensivo de los derechos del trabajador y de las condiciones de trabajo.

Las funciones que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal atribuye a la Secretaría del Trabajo, de acuerdo con su naturaleza, se pueden señalar las siguientes:<sup>13</sup>

1) En materia de trabajo:

a) vigilar y aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 123 constitucional y en la LFT;

b) procurar el equilibrio entre los factores de la producción;

c) formular los proyectos de ley, decretos, reglamentos y acuerdos del presidente de la República en los asuntos de su competencia;

d) formular y analizar las estadísticas generales en materia de trabajo;

e) preparar los manuales de organización e instrumentos de apoyo administrativo y mantenerlos actualizados;

f) participar en las reuniones ministeriales en las que se traten asuntos de su competencia, así como en las comisiones intersecretariales, transitorios y permanentes, cuando lo disponga el jefe del Poder Ejecutivo; y

g) controlar y vigilar el funcionamiento de los organismos paraestatales; en especial, de las empresas y fideicomisos de su competencia.

2) En materia de previsión social:

a) estudiar y ordenar las medidas de seguridad e higiene industriales;

b) intervenir en los asuntos relacionados con la seguridad social; y

c) tener el control administrativo de los organismos descentralizados de la administración pública federal que le han sido subordinados y de aquellos de los que forma parte o en los que el secretario del Trabajo integre los respectivos consejos de administración en los términos estatutarios de cada uno de ellos.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 262-263.

3) En lo tocante a las juntas de Conciliación y Arbitraje:

a) mantener el control administrativo de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, de las juntas especiales del orden federal y de las juntas de conciliación federales en los siguientes ramos:

- i) distribución presupuestal;
- ii) nombramiento de funcionarios y personal de apoyo —el presidente de la junta es nombrado directamente por el presidente de la República—;
- iii) cambios de adscripción tanto de funcionarios como del personal; y
- iv) creación y supresión de dependencias administrativas que realicen labores auxiliares.

## 2. *La Procuraduría del Trabajo*

A la Secretaría del Trabajo y a los gobiernos de los estados, así como al Departamento del Distrito Federal, corresponde la organización de sus respectivas procuradurías del trabajo. Las procuradurías del Trabajo están encargadas de la defensa gratuita de los trabajadores en la reivindicación de sus derechos y la protección de sus intereses económicos.

En el caso de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (PFDT), es un organismo desconcentrado dependiente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, que tiene dentro de su ámbito las siguientes facultades (artículo 1o. del Reglamento de la PFDT):

a) representar y asesorar a los trabajadores y a los sindicatos formados por éstos en todos los conflictos, individuales o colectivos, que se relacionen con el trabajo o se deriven de la aplicación de los contratos de trabajo, leyes o reglamentos sobre la materia;

b) resolver las consultas jurídicas que les sean planteadas y, en su caso, representarlos ante las autoridades del trabajo en todas las cuestiones que se relacionen con la aplicación de normas de trabajo o que deriven de dichas relaciones;

c) prevenir y denunciar ante cualquier autoridad la violación de las normas laborales. Para cumplir con esta función se realizarán todas las instancias legales que procedan, se interpondrán los recursos necesarios y se efectuarán los trámites indispensables tendentes a respetar el derecho de los trabajadores;

d) denunciar, en la esfera administrativa o judicial, la falta o retención del pago de salarios o reparto de utilidades, interponiendo igualmente

en estos casos las acciones, recursos o gestiones encaminadas a subsanar tal omisión;

e) denunciar, ante el pleno de las juntas, las contradicciones en que hayan incurrido las juntas especiales al pronunciar sus laudos, exhortando a unificar el sentido de tales decisiones a fin de que exista congruencia en las mismas;

f) denunciar el incumplimiento de los deberes de los funcionarios encargados de impartir justicia laboral, para obligarlos al cumplimiento de las normas jurídicas, y

g) proponer a las partes involucradas en conflictos o controversias que sean de su incumbencia, soluciones amistosas para el arreglo de unos u otras, haciendo constar dichos arreglos en actas autorizadas que tendrán pleno valor probatorio.<sup>14</sup>

### 3. *La Inspección del Trabajo*

La Inspección del Trabajo tiene a su cargo el cumplimiento y la vigilancia de las leyes, reglamentos, decretos y acuerdos relacionados con cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en la que intervieran trabajadores (hombres, mujeres y menores).

La función de los inspectores incluye los aspectos relacionados con la operación y desarrollo de los centros de trabajo. Actualmente, la función jurídica de la inspección es tan importante que al inspector se le adjudican varias responsabilidades en el cumplimiento de su actividad (responsabilidades técnicas, jurídicas, económicas, sociales, y administrativas),<sup>15</sup> que analizaremos someramente en seguida.

1) Responsabilidad técnica: a) de control previo, como las relativas a los ramos de construcción, de instalación y apertura de nuevos establecimientos; b) de control de equipo individual, que incluye la revisión de los dispositivos de seguridad personales, la ropa de trabajo, los aparatos de protección adicional, la luminosidad, la distribución de los asientos y su ubicación, etcétera; c) de control de elementos nocivos como el ruido, la humedad, el humo, las vibraciones o las medidas generales y avisos de prevención de accidentes de trabajo; el inspector debe in-

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 266-267, y véase el Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, publicado en el *Diario Oficial* del lunes 2 de junio de 1975.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 268-271.

vestigar las causas que lo hayan producido y ordenar las medidas indispensables que eviten su repetición, advirtiendo que se han aplicado con negligencia las medidas de seguridad.

2) Responsabilidades jurídicas. Comprende el cumplimiento estricto de la legislación correspondiente a las condiciones de trabajo, la revisión y aplicación de los reglamentos e instructivos laborales y el funcionamiento normal de las calderas y las instalaciones eléctricas. Considera, asimismo, la vigilancia del pago del salario, el trabajo de mujeres y de menores y el desarrollo de las jornadas ordinarias o extraordinarias, incluidos los descansos legales. Cuando el inspector advierta una irregularidad deberá hacerla del conocimiento de la autoridad competente, a fin de que ésta ponga remedio de inmediato.

3) Responsabilidades económicas. La función de los inspectores se ha extendido a cuestiones económicas por un doble motivo: la imposibilidad de disociar la evolución económica de la evolución social, y la imposibilidad oficial de apoyar mejoras sociales en beneficio de los trabajadores cuando no existen las bases económicas sólidas que lo permitan. Su labor en este campo es, ante todo, informativa, en relación con programas de desarrollo cuyo fin sea impulsar la productividad. El interés de los gobiernos en su aplicación ha ocasionado que algunos de ellos incluyan entre las actividades del inspector el análisis de situaciones concretas, no para imponer sanciones sino para hacer sugerencias que ayuden a tal impulso. Desde luego cabe aclarar que esta labor la realizan personas con amplia preparación técnica en los fenómenos económicos generales.

4) Responsabilidades sociales. A diferencia de otros aspectos de administración pública cuya acción y autoridad se ejerce ante una categoría homogénea de sujetos —los contribuyentes, los usuarios de servicios públicos, los agentes de empresas, etcétera—, la acción del inspector del trabajo tiene por eje la yuxtaposición cuando no la oposición de trabajadores o de patrones. De ahí que se le recomiende tratar con amabilidad y discreción a ambos sectores y conducirse como un consejero desinteresado que contribuye a la tranquilidad del lugar de trabajo y haga notar la inconveniencia e improcedencia de actitudes despóticas o autoritarias. A menudo, los trabajadores solicitan una inspección no siempre justificada o de naturaleza conflictiva; en estos casos, la autoridad debe instruir al inspector para que actúe como un amistoso componedor, como un auténtico me-

diador o conciliador de los intereses en pugna, antes que imponer una disciplina inconveniente; debe atender los pros y los contras de la cuestión sin tomar partido, sino sólo limitarse a levantar constancia de las manifestaciones de los interesados para dar cuenta de ellas a sus superiores.

5) Responsabilidades administrativas. Atañen al incumplimiento de los manuales de inspección, a la forma de practicar las diligencias encomendadas al inspector, a la práctica de notificaciones y al levantamiento de las actas correspondientes. Evitar el uso de poderes de control no autorizados y, sobre todo, de poderes de ejecución que no les correspondan o de rescisión administrativa para la cual no deben estar facultados, ya que en última instancia solamente la autoridad del trabajo puede imponer sanciones, formular exhortaciones jurídicas o exigir el cumplimiento reglamentario. Una inspección eficaz y ajustada a la Ley impide la aplicación de las sanciones señaladas en los artículos 547, 548 y 549 de la LFT.

#### 4. *Hacia una nueva visión de la administración de justicia laboral*

La administración de la justicia laboral, tal y como está contemplada en la legislación mexicana, en principio, nos mostraría la existencia de un ordenamiento jurídico consolidado con objetivos bien determinados. No obstante estas apreciaciones, es necesario mencionar que la eficacia de la norma jurídica deja mucho que desear. Por lo que consideramos que quizá la administración de justicia laboral debería desempeñar una función promocional.

##### *A. Los problemas de eficacia de la norma jurídica*

Los problemas que arrastra la administración de justicia laboral en el país tienen que ver con una serie de rasgos característicos del derecho mexicano: el idealismo, el paternalismo, el legalismo, el formalismo y con el nivel de penetración del derecho en la sociedad. Estas características, como veremos, nos permitirán entender mejor la actual situación del derecho social en la región.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cfr. Karst, Kenneth L., y Roosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, Los Ángeles, London, Ltd. London, England, U.S.A, University of California Press, 1975, p. 58-65.

Claro está, se pueden señalar otro tipo de aspectos.<sup>17</sup> No obstante, nos limitaremos a comentar los estrictamente de carácter jurídico que tienen una relación directa con la administración de justicia laboral, en particular el idealismo jurídico y la situación actual del Estado de derecho.

#### a) El idealismo jurídico

En México se cuenta con una construcción jurídica original en materia de derecho social. Sin embargo la mayoría de las disposiciones en materia de administración de justicia laboral han resultado sólo un cúmulo de buenos deseos, que si bien forman parte del derecho positivo, sufren problemas de eficacia y efectividad, es decir están lejos de ser derecho vigente. Esta situación se puede ejemplificar en las zonas rurales con el trabajo agrícola y en las zonas urbanas con el sector informal. En esos dos espacios, los buenos propósitos de la Secretaría del Trabajo, los fines de las procuradurías del Trabajo y de la Inspección del Trabajo son desbordados

La legislación en materia de administración de justicia laboral es el producto de una construcción jurídica original. Pero es también un ejemplo del idealismo que ha caracterizado al derecho de la región. Idealismo que en muchas ocasiones se aleja demasiado de lo posible, es decir, de la realidad que pretende regular.

#### b) La falta de un Estado de derecho consolidado

El derecho en México podría calificarse como un derecho moderno. Cuenta con una serie muy completa de instituciones bien desarrolladas; existen tribunales especializados para la resolución de litigios y la aplicación del derecho cumple los requisitos formales de ser general, abstracta, impersonal y universal. Se cuenta también con una producción doctrinal especializada y muy importante. En fin, no sólo se habla en

17 Podemos mencionar los aspectos de carácter cultural —la coexistencia de una pluralidad de culturas, el nacimiento de lo informal—, históricos —la circunstancia de encontrarse en la periferia del desarrollo mundial—, sociales —una estratificación muy marcada—, sociológicos —una cultura de la corrupción—, económicos —crisis cíclicas— así como cuestiones de carácter político —un permanente tránsito a la consolidación de instituciones democráticas— que cohabitan en la región y que nos permiten entender mejor el sistema jurídico de los países latinoamericanos.



términos de derecho privado y de derecho social, si no que también se habla en términos de derecho social.

Sin embargo, el discurso jurídico ha fracasado en su intención de penetrar en la sociedad. Excepción hecha de la elite en el poder y de la clase media —poco representativa cuantitativamente— la mayoría de la población no ha hecho suyo el derecho estatal o formal.<sup>18</sup> No por nada lo “informal” cada vez ocupa un lugar más preponderante en el conjunto de las sociedades latinoamericanas.<sup>19</sup>

La falta de penetración del discurso jurídico en las sociedades latinoamericanas se puede entender si se piensa que una parte importante de ésta todavía habita en zonas muy alejadas de los centros urbanos. Además, debe considerarse que el poder aún está concentrado entre las manos de dirigentes locales —caciques—. En esas zonas, el conocimiento del derecho de la metrópoli es confuso y limitado.

Podría pensarse que la ignorancia de la Ley corresponde sólo a las zonas rurales. Desafortunadamente esta situación también se presenta entre la población instalada en las áreas periféricas de las ciudades. Espacios urbanos que en muchos casos tienen orígenes rurales y logran desarrollar patrones culturales diferentes a los de la metrópoli.<sup>20</sup> Bajo este contexto, es imposible pensar que la administración de justicia laboral cumpla con todos sus objetivos.

18 Cfr. Karst, Kenneth L., y Rosenn, Keith S., *op. cit.*, nota 15, p. 65.

19 Cfr. Tokman, Víctor E. (comp.), *El sector informal en América Latina. Dos décadas de análisis*, México, CNCyA, 1995.

20 Cfr. Golte, Jünger y Adams, Norma, *Los caballos de troya de los invasores. Estrategias campesinas en la conquista de la gran Lima*, Perú, Instituto de Estudios Peruanos, 1990, pp. 38-42; Asamblea de Barrios de la Ciudad de México, *¡Ya nada nos detiene!*, Comisión de Formación, seis fascículos s.p.i.; Gohn, María de Gloria, *Movimentos sociais e luta pela morada*, São Paulo, Loyola, 1991; Holston, James, “Legalizando o ilegal: propriedade e usuração no Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Sao Paulo, vol. 8, núm. 21, 1993, pp. 69-89; Azuela de la Cueva, Antonio, “Los asentamientos populares y el orden jurídico en la urbanización periférica de América Latina”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 55, núm. 3, 1993, pp. 133-168; Roussel, Monique, “Favelas et pouvoir municipale à Sao Paulo de la répression à la tolerance”, *Revue Tiers Monde*, vol. 88, núm 116, pp. 1067-1081; Riaño, Yvonne y Wesche, Rolf, “Changing informal settlements in Latin American cities”, en Ritter, Archibald R. M., Cameron, Maxwell A., Pollock, David H., *Latin America to the year 2000. Reactivating growth, improving equity, sustaining democracy*, Nueva York, Westport (Connecticut), Londres, Praeger, 1992, pp. 113-121.

## 2. *La búsqueda de un nuevo enfoque de la administración de justicia laboral*

Ante los problemás que enfrenta la administración de justicia laboral, se hace necesario cuestionar los paradigmas bajo los cuales funciona. En tal sentido, creemos necesario enfocar la administración de justicia laboral dentro de las llamadas normas promocionales. Por otro lado, no deben dejarse de lado los nuevos roles que, según algunas organizaciones internacionales, deben desempeñar las administraciones de trabajo.

### A. *Las normas promocionales y la administración de justicia laboral*

Desde un punto de vista teórico, el derecho del trabajo ha tenido tres grandes etapas, o dicho de otra manera, la norma jurídica ha estado determinada por tres grandes paradigmas: en el Estado liberal por las normas de conducta; en el Estado asistencial por las normas de organización; y en el Estado liberal-social (en ese orden de prioridad) que se está configurando actualmente en Europa occidental, por normas de carácter promocional.<sup>21</sup>

El derecho del trabajo, como discurso jurídico de toda sociedad moderna, responde a la interrelación entre lo social y lo jurídico, y por consecuencia puede considerarse como dialéctico. La administración de la justicia laboral es un ejemplo claro: ésta ha sido marcada por los avatares de la sociedad y está a su vez condicionada por el discurso jurídico dominante de cada época.

Fue el economista F. A. Hayek, quien al caracterizar el paso del Estado liberal clásico al Estado asistencial recurrió a la distinción entre normas

21 La evolución del discurso jurídico del derecho del trabajo de alguna forma se encuentra plasmada en aquella división histórica que se hace del mismo, hartó difundida entre la doctrina iuslaboralista latinoamericana: Prohibición, tolerancia y reglamentación, y como se ha sugerido en otro lado, en la actual era de flexibilidad. Prohibición y tolerancia con las normas de conducta; reglamentación con las normas de organización y desde nuestro punto de vista, flexibilidad con las normas promocionales. Cfr. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, t. II, 1961; Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México, Porrúa, t. I, 1988; Barbagelata, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Bélgica, Presse Universitaires de Louvain, 1980, y Sánchez-Castañeda, Alfredo; "La nueva era del derecho del trabajo. La era de la flexibilidad laboral", *Estudios en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 375-385.

de conducta y normas de organización. Este paso ha consistido, desde el punto de vista estructural, en un aumento progresivo de las normas de organización respecto a las normas de conducta. El fenómeno del aumento de las normas de organización se refiere a la formación de las grandes organizaciones tanto en el ámbito del Estado como en el de la sociedad civil, esto es, a las grandes concentraciones de poder en la sociedad moderna, de las que el Estado, en el sentido específico y restringido de la palabra, no es más que una manifestación.

La diferencia entre normas de conducta y normas de organización está indicando no tanto una diferencia entre tipos de Estado como una diferencia entre dos distintas funciones del derecho: la de hacer posible la convivencia de individuos (o grupos) que persiguen cada uno *finés particulares* y la de hacer posible la cooperación de individuos (o grupos) que persiguen un *fin común*. Las normas promocionales, por su parte, no tienen por objeto ordenar a los individuos a adoptar un determinado comportamiento, sino incitarlos a adoptar dicho comportamiento por medio de la promesa de una determinada recompensa.<sup>22</sup>

El derecho en general y el derecho del trabajo en particular, tienen el reto de encontrar el equilibrio entre los diferentes paradigmas que han caracterizado a la norma jurídica. Las normas de conducta son necesarias porque permiten la libre iniciativa del empleador y del trabajador independiente, es decir, perseguir fines particulares. Las normas de organización son también indispensables porque permiten obtener objetivos comunes, por ejemplo, establecer un mínimo de reglas a respetar por el conjunto de la sociedad o el impulso de cooperativas, de sociedades mutualistas o de asociaciones con fines económicos.

Estos elementos se traducen en el necesario desarrollo de las normas promocionales que pueden permitir el desarrollo de la libre empresa; el respeto de reglas de derecho que si bien tienen por objetivo proteger al trabajador, también permiten la salvaguarda y el desarrollo de la empresa. Las normas promocionales vía incentivos pueden tender hacia el progreso de los intereses del empleador y de los trabajadores.

22 Al respecto se recomienda ver los trabajos de Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987, y del mismo autor, *Contribución a la teoría del derecho*, España, 1979, y de Vedel, G., prefacio al libro de Amsselek, P., *Science et déterminisme, éthique et liberté*, P.U.F., 1988.

El derecho del trabajo se encuentra frente a un gran desafío, y aunque a él por sí sólo no le corresponde resolver todos los problemas de la sociedad, tiene que repensarse y en tal sentido reinventarse. Este proceso debe tener en cuenta la necesidad de conservar tanto los aportes de las normas de conducta que permiten conseguir fines individuales, como de las normas de organización que permiten alcanzar fines comunes. Al mismo tiempo se debe considerar la función que pueden desempeñar las normas promocionales, las cuales pueden impulsar la iniciativa de los individuos, la búsqueda de objetivos comunes —por ejemplo, vía la negociación colectiva— y, por otro lado, permitir la regularización de las actividades en donde la efectividad y la eficacia de la norma jurídica es cuestionada, piénsese particularmente en el reto que representa el sector informal o no estructurado.

La función promocional que le correspondería desempeñar a la administración de justicia laboral, no se contrapone con la instauración de un Estado de justicia que no sólo limite, si no que racionalice el ejercicio del poder y lo justifique en los principios básicos de justicia. En tal sentido, la administración de justicia laboral debería desempeñar un rol más promocional, guiándose por las normas promocionales, sin que esto implique excluir las normas de conducta y de organización. Esta visión tiene una relación directa con los objetivos de las procuradurías de defensa del trabajo, con la inspección del trabajo y con la Secretaría del Trabajo.

### *B. La OIT y la modernización de las secretarías del Trabajo*

Actualmente existe un gran debate sobre el papel que debe desempeñar la administración de trabajo (entendiéndose por tal la Secretaría del Trabajo). Si la regulación de las relaciones laborales es responsabilidad del mercado y no del Estado, qué función debe desempeñar el ministerio del trabajo, si su principal función ha sido reguladora. El ministerio del trabajo, en tal sentido, quizá estaría obligado a desempeñar nuevas funciones. Las cuales deberían de partir de nuevos enfoques, tomando en cuenta la situación del mercado, de los actores sociales y del propio Estado.

Al respecto es importante mencionar algunas conclusiones y recomendaciones de la reunión Tripartita sobre la Reforma de la Administración del Trabajo y los Nuevos Roles de los Ministerios del Trabajo, celebrada

en San José, Costa Rica, en mayo de 1997, para examinar las transformaciones del mercado de trabajo y por consecuencia las nuevas funciones que deberían asumir los ministerios del trabajo:

- La armonización de aquellos aspectos de la legislación laboral nacional que resultan afectados por los procesos de integración económica.
- Otorgar una mayor autonomía a los actores sociales para autorregular las relaciones de trabajo, a través principalmente de la negociación colectiva.
- Diseñar nuevas modalidades de control en la aplicación de las normas y en las regulaciones laborales.
- Reconocer las causas estructurales de la existencia del sector informal y replantearse la estrategia en cuanto a la aplicación de la normativa laboral en el mismo.
- Elaborar nuevas políticas nacionales en materia de empleo y formación profesional, así como la evaluación de los resultados de su aplicación.
- Fomentar el diálogo social como marco para la elaboración de políticas laborales nacionales.
- Diseñar nuevas estrategias para la aplicación de la cobertura de la protección social.<sup>23</sup>

Por nuestra parte señalaremos que también se hace necesario reorientar la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales hacia una función más preventiva, educativa y menos punitiva (rol promocional del derecho), e impulsar la aplicación de la norma laboral en las unidades de producción del sector informal desde una perspectiva más promocional y menos punitiva. El reto es doble pues se necesita buscar nuevas formas de regulación y al mismo tiempo nuevos mecanismos para el cabal cumplimiento de la legislación laboral que redunde en una mejor administración de justicia.

<sup>23</sup> Cfr. Tokman, Víctor E. *et al.*, *Administración laboral y ministerios del trabajo en el siglo XXI*, Perú, OIT, 1997, pp. 191-197.

### III. LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA LABORAL

Entendemos por impartición de justicia el ejercicio realizado por los órganos encargados de realizar una función jurisdiccional, con independencia de que se ubiquen dentro o fuera del Poder Judicial. En tal sentido, ya ha sido señalado por muchos tratadistas que las juntas de Conciliación y Arbitraje son organismos jurisdiccionales, no obstante sus orígenes y facultades conciliatorias.

La Constitución prevé a los tribunales del trabajo, en su artículo 123, apartado “A”, fracción XX, y apartado “B”, fracción XII. Los fundamentos de los tribunales del trabajo se encuentran desarrollados en la Ley Federal de Trabajo de 1969 (LFT) y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado del 27 de diciembre de 1963 (LFTSE).

Podemos distinguir tres clases de tribunales del trabajo:

- Las juntas de Conciliación y Arbitraje, que son los tribunales encargados de resolver los conflictos laborales sujetos al apartado “A” del artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo.
- El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, al que compete resolver los conflictos laborales sujetos al apartado “B” del artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- Los tribunales de Conciliación y Arbitraje de los estados, que deben resolver los conflictos laborales entre las autoridades estatales y municipales y los empleados públicos, de acuerdo con las leyes expedidas con base en lo dispuesto por la fracción V del artículo 116 de la Constitución federal.

En el derecho mexicano existen también juntas federales y locales de Conciliación que actúan como instancias conciliadoras potestativas entre empleados y empleadores. Aunque también actúan como juntas de Conciliación y Arbitraje cuando se trata de conflictos que tienen por objeto conocer y resolver los conflictos relacionados con el cobro de prestaciones cuyo monto no exceda del importe de tres meses de salario (artículos 591 y 600, fracción IV, de la LFT). Una vez hecha esta aclaración,

sólo nos limitaremos al estudio de las juntas de Conciliación y Arbitraje y del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, a fin de realizar algunas apreciaciones generales sobre la necesidad de una nueva impartición de justicia laboral.

### 1. *Las juntas de Conciliación y Arbitraje*

Aunque la legislación del trabajo reglamentaria del apartado “A” del artículo 123 constitucional es de carácter federal, la competencia para su aplicación se distribuye entre las autoridades federales y las estatales. Las primeras —dentro de ellas, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje— sólo conocen de asuntos laborales concernientes a las ramas industriales y de empresas previstas en la fracción XXXI del citado apartado “A”, a las cuales alude también el artículo 527 de la LFT. De los demás asuntos laborales conocen las autoridades estatales y dentro de ellas, las juntas locales de Conciliación y Arbitraje.

#### A. *Las juntas locales de Conciliación y Arbitraje*

Las juntas locales de Conciliación y Arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas. Les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos que no sean de la competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Las juntas locales tienen la misma integración tripartita de la federal, con la variante de que el Ejecutivo local puede establecer una o más juntas en la entidad de que se trate (artículos 621-623 de la LFT).

#### B. *La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es un tribunal con plena jurisdicción, que tiene a su cargo la tramitación y decisión de los conflictos de trabajo que se suscitan entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente ligados con ellas. Su naturaleza e integración tripartita se halla contemplada en la fracción XX, y su competencia está determinada por la fracción XXXI, ambas del apartado “A” del artículo 123 constitucional, así como por las disposiciones correlativas de su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo. Su organización y funciona-

miento se rigen por su propio Reglamento Interior, expedido por el pleno del Tribunal y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de febrero de 1980, con reformas y adiciones en los años 1981, 1982 y 1984.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje cuenta con un presidente, designado por el presidente de la República, y con representantes gubernamentales, de los trabajadores y de los patrones designados por las ramas de la industria o de otras actividades, de conformidad con la clasificación y convocatoria que expida la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. La Junta funciona en pleno, integrado por su presidente y la totalidad de los representantes de los trabajadores y de los patrones, así como en juntas especiales, que se integran con el presidente de la Junta, cuando se trate de conflictos colectivos, o el representante gubernamental, presidente de la junta especial, y con los representantes de los trabajadores y de los patrones (artículos 605, 606, 607, 609 y 612 de la LFT).

Para cumplir sus funciones jurisdiccionales y administrativas el Tribunal dispone de tres secretarías generales, diez secretarías auxiliares y tres departamentos técnicos, así como del personal de apoyo correspondiente.

Actualmente, la Junta Federal cuenta con 55 juntas especiales, de las cuales 21 se encuentran en el Distrito Federal, especializadas en una o varias ramas industriales, y 34 en el interior de la República, a las que les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo en todas las ramas de la industria y actividades de competencia federal, comprendidas en la jurisdicción territorial que se les asigne, con excepción de los conflictos colectivos, los cuales se ventilan en la ciudad de México. Su integración también es tripartita, formada por un representante de los trabajadores, uno de los patrones y otro del gobierno, que es el presidente de la junta especial.

En observancia a las disposiciones legales, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje orienta sus actividades a lograr que la justicia que imparte a los trabajadores y patrones se realice de manera pronta y expedita, empleando prioritariamente para ello la conciliación como mecanismo para armonizar a los factores de la producción y, en su caso, el arbitraje con el cumplimiento de las formalidades y procedimientos establecidos en la Ley. Su jurisdicción es de excepción, en virtud de



que sólo puede atender los conflictos de competencia federal expresamente consignados en la Ley derivados de la relación laboral, de los contratos colectivos de trabajo, de los contratos ley y de los conflictos intersindicales.

La relación legal y administrativa de la Junta Federal con la Secretaría del Trabajo y Previsión Social se deriva de lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, en sus Artículos 605, segundo párrafo del 606 y demás relativos, en concordancia con los artículos 40, fracción VIII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y 60, fracción VIII, del Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, que determinan la facultad de esta dependencia de coordinar la integración y establecimiento de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

## *2. El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*

Este Tribunal funciona en pleno, integrado por la totalidad de los magistrados, y en salas, que serán cuando menos tres, y se integrarán, cada una, por un magistrado representante de los trabajadores y un magistrado “tercer árbitro”, que nombrarán los dos primeros y que fungirá como presidente de sala (artículo 118 de la LFTSE).

El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje tiene competencia para conocer:

a) los conflictos individuales entre los trabajadores y las dependencias y entidades sujetas al apartado “B” del artículo 123 constitucional, incluyendo a las Sociedades Nacionales de Crédito, Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional;

b) los conflictos colectivos entre los respectivos sindicatos y las dependencias y entidades citadas. Los conflictos entre los sindicatos y sus dependencias (la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado y la Federación Nacional de Sindicatos Bancarios);

c) del registro de sindicatos y federaciones, sus estatutos, reglamentos sindicales y mesas directivas y comités ejecutivos;

d) del depósito de condiciones generales de trabajo, comisiones mixtas de escalafón, comisiones mixtas de seguridad e higiene y sus reglamentos.

Algunos de los problemas que padecen el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje han sido señalados en el Programa Nacional de Procuración e Impartición de Justicia 1995-2000. En el Programa se señala la necesidad de ampliar la estructura del Tribunal para reducir el tiempo de

solución de los asuntos que se presentan ante dicho Tribunal. Asimismo, se señala la necesidad de promover modificaciones a la legislación para:<sup>24</sup>

a) precisar el universo de los trabajadores al servicio del Estado regido por el apartado “B” del artículo 123 constitucional;

b) precisar los derechos de los trabajadores de confianza al servicio del Estado;

c) fortalecer la instancia de conciliación en los conflictos individuales y,

d) fortalecer las medidas de apremio que aseguren el cumplimiento de los laudos.

### 3. *Hacia una nueva impartición de justicia laboral*

Los mecanismos y las soluciones para diseñar una nueva impartición de justicia laboral son múltiples, pero sobre todo complejos. Por tal motivo, sólo nos limitaremos a señalar algunas ideas sobre los retos que enfrentan la juntas de Conciliación y Arbitraje, algunas ideas sobre la posible necesidad de transformar las Juntas de Conciliación y Arbitraje en tribunales, sobre la necesidad de profesionalizar al personal que interviene en la impartición y administración de justicia laboral y en la necesidad de pensar en mecanismos alternativos de resolución de conflictos laborales.

#### *A. Los retos de las juntas de Conciliación y Arbitraje*

Independientemente de considerar o no la transformación de las juntas de Conciliación y Arbitraje, particularmente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, ya se han señalado las necesidades que ésta afronta:<sup>25</sup>

1. Desconcentrar las facultades necesarias en las juntas especiales del interior de la República y descentralizar su actuación en la jurisdicción territorial que se les señale, para dar seguridad jurídica a las partes en el proceso y acercar la justicia al lugar donde se reclama, logrando con ello hacerla más oportuna y eficaz, garanti-

<sup>24</sup> Poder Ejecutivo Federal, *Programa Nacional de Procuración e Impartición de Justicia 1995-2000*, México, PGR, 1993.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 67.

zando, en especial a los trabajadores de escasos recursos, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

2. Mejorar la calidad de las actuaciones, notificaciones y resoluciones, así como reducir el tiempo en que se realizan, adecuándolo a los plazos legales.
3. Fortalecer los sistemas de conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, para dar mayor rapidez al dirimir las controversias entre los factores de la producción, logrando su equilibrio. La agilización de los procedimientos, en los casos de arbitraje, tenderán a lograr que el cumplimiento voluntario o la ejecución de los laudos sea eficiente y oportuno.
4. Mejorar el nivel profesional de su personal, mediante la capacitación, actualización y especialización, accediendo con ello al establecimiento de una eficiente carrera judicial. Actualizar los sistemas de reclutamiento y selección de personal, tanto jurídico como administrativo, para mantener y mejorar la plantilla, con personal de alta calificación. Realizar concursos de oposición para los nuevos ingresos del personal jurídico.
5. Fortalecer a las juntas especiales y áreas jurídicas, en cuanto a recursos administrativos, información legal y sueldos y prestaciones adecuadas a su responsabilidad
6. Modernizar la gestión pública en todos sus aspectos, incluyendo el uso de modernos equipos y sistemas de computación y de comunicación remota como *modems* o telefax, para lograr mayor calidad, rapidez, seguridad y control en los procedimientos y actividades colaterales del Tribunal. En el mismo sentido, revisar los procesos y trámites de operación con miras a su simplificación aplicando nueva tecnología administrativa.
7. Promover la adecuación del Reglamento Interior que considere la estructura y funciones necesarias para enfrentar los problemas que actualmente se presentan; además de actualizar los manuales de organización y de procedimientos de las diversas áreas del órgano jurisdiccional.
8. Acrecentar la autonomía administrativa de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje para lograr una mayor eficiencia y calidad en el desempeño de su función jurisdiccional.

En el *Programa Nacional de Procuración e Impartición de Justicia 1995-2000*, también se señalan las siguientes prioridades para la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje:

a) Recibir, tramitar y concluir con oportunidad la demanda de impartición de justicia en los diversos juicios individuales y colectivos. Reducir los tiempos de tramitación.

b) Cubrir en el interior de la República la atención de justicia laboral que se requiera.

c) Mejorar la actuación del personal jurídico y administrativo a fin de propiciar la mayor calidad, legalidad y honestidad en la impartición de la justicia laboral.

d) Modernizar la estructura y funcionamiento del Tribunal, mediante reformas fundamentales a su Reglamento Interior, que permitan su mayor autonomía administrativa.

e) Lograr que su personal jurídico y administrativo perciba sueldos y prestaciones justas, equiparables a las de otros tribunales federales; que disponga de los medios jurídicos y técnicos necesarios para el desempeño de su labor; y que tenga el mobiliario, útiles y equipos informáticos que faciliten y den seguridad y control a sus actuaciones.

Como se puede apreciar, al interior de las juntas existe una serie de disfuncionamientos que nos proporcionan elementos para sugerir la transformación de las juntas, si no en tribunales ordinarios de trabajo, sí en órganos jurisdiccionales más eficientes y eficaces.

## *B. De juntas a tribunales de trabajo*

Las juntas de Conciliación y Arbitraje encuentran su razón de ser en la historicidad del derecho del trabajo y en particular en la manera en que se ha concebido la impartición de justicia laboral en México. Las juntas fueron creadas como órganos de naturaleza especial, no se trataba de tribunales ordinarios, sujetos a las reglas del derecho civil, sino de “tribunales de equidad”. La integración tripartita de estos tribunales quería manifestar su composición especial, ya que son los propios actores y no un juez quienes resuelven las controversias que se suscitan entre los factores de la producción.

Actualmente existe una gran discusión sobre la impartición de justicia laboral y en particular sobre las juntas de Conciliación y Arbitraje. Se

impugna su composición corporativa y la utilidad que han tenido para el gobierno, como un medio de control de los sindicatos. Asimismo, se señala que la supuesta relación entre la composición de las juntas y algunos de los principios y peculiaridades de los conflictos de trabajo y del proceso laboral (la tutela procesal en favor del trabajador, la obligación de juzgar “en conciencia” y con base en la equidad, la sencillez e informalidad de los juicios laborales, la facultad de crear normas que rigen las relaciones entre las partes y la diferencia entre la aplicación de la norma, como función de los jueces, y el conocimiento de los hechos, como función de los representantes sectoriales) a la luz de los hechos resultan altamente cuestionables.<sup>26</sup>

Por otro lado, si la función conciliatoria de las juntas puede significar para la parte más débil renunciar parcial o totalmente a sus derechos, quizá sería preferible obviar este trámite y encarar un juicio ante tribunales ordinarios, ¿no se hace necesario pensar en la desaparición de las mismas y su integración al Poder Judicial, como en numerosas ocasiones ha sido solicitado? Tal vez sí, pero no deberíamos pensar en una drástica desaparición de las juntas.

Una posible solución es mantener a éstas en un número más limitado para resolver solamente las controversias de naturaleza económica. Es decir, los conflictos que versan sobre la creación, modificación, suspensión de las condiciones de prestación de los servicios y no los que se refieren a la interpretación o a la aplicación del derecho existente (conflictos jurídicos).

Cabe recordar que en la exposición de motivos de la primera Ley Federal del Trabajo, se señalaba que:

El Congreso Constituyente, al crear las Juntas de Conciliación y Arbitraje, no quiso darles funciones de tribunales de Trabajo, sino corporaciones de carácter administrativo, destinadas a prevenir los conflictos o a proponer soluciones para ellos, siempre que tuvieran carácter puramente económico. Durante los años que siguieron a la promulgación del Código Político, ésta fue también la interpretación que le dio la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cfr. Buen Unna, Carlos de, “La crisis de los tribunales de trabajo en México”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 28, 1998, pp. 225-256 y Buen, Néstor de, “¿Administrar la ley o administrar justicia? (devaneos laborales)”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, vol. I, núm. 1, febrero de 1996, pp. 63-69.

<sup>27</sup> Exposición de motivos de la Ley Federal del Trabajo, 1931, publicada en *La Gaceta Laboral*,

Se trataría de volver a la antigua jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

En efecto, la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre 1917 y 1924 integró una jurisdicción laboral concurrente en las juntas de Conciliación y Arbitraje y en los tribunales comunes, puesto que mientras las primeras tuvieron competencia para dirimir únicamente los conflictos de orden económico suscitados entre capital y trabajo, los segundos conservaron el imperio para resolver las controversias de orden jurídico entre trabajadores y patronos.<sup>28</sup>

Los conflictos económicos serían los únicos que las juntas podrían conocer. Ya que cada vez aparece más claramente la necesidad de crear tribunales ordinarios de trabajo que pertenezcan a la estructura del Poder Judicial o de crear tribunales especiales, dentro del Poder Judicial, dedicados exclusivamente a conflictos jurídicos laborales.

No hay razón para pensar que un juez no pueda resolver un conflicto de naturaleza laboral conforme a derecho, el cual tiene como principios generales la equidad y la justicia. Por otro lado, como ya lo señalamos, el incluir a la justicia laboral dentro del Poder Judicial, nos permitiría unificar formal y orgánicamente la jurisdicción, establecer la posibilidad de una política judicial sistemática, extender la carrera judicial y reforzar la independencia de los tribunales especializados.

### *C. Profesionalización del personal de las juntas de Conciliación y Arbitraje*

Una de las carencias de nuestro sistema judicial lo constituye la falta de calificación de un amplio sector de su personal. A ello contribuye no sólo la ausencia de mecanismos objetivos de contratación y promoción del mismo, así como de programas permanentes de actualización, sino también lo precario de su sistema de remuneraciones.

La profesionalización de la carrera judicial en el ámbito local y federal de la jurisdicción de trabajo, constituiría un elemento apremiante para

núm. 9, enero-febrero de 1977, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

<sup>28</sup> Álvarez del Castillo, Enrique, "La naturaleza y la organización de los tribunales de trabajo en la Ley Federal del Trabajo", *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo*, México, STyPS, 1981, p. 117.

lograr una administración e impartición de justicia rápida y expedita. La pertinencia de profesionalizar la carrera judicial tanto a nivel local como federal (a nivel federal, se encuentra ya una prescripción en el artículo 81, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Un Consejo de la Judicatura federal y local, podrían contribuir enormemente a la profesionalización de los tribunales laborales.

En tal sentido sería altamente recomendable la instrumentación de una carrera judicial en las juntas de Conciliación o tribunales de lo laboral. Al respecto debe señalarse que no se desconocen los diferentes cursos de capacitación que recibe el personal de las juntas de Conciliación, sin embargo sería más prudente instituir todo un sistema de cursos de naturaleza sistemática que buscara la instauración de la carrera judicial dentro de las juntas. Se trataría de garantizar la contratación, la promoción y el ascenso del personal, mediante mecanismos objetivos y públicos en los que la experiencia, la aptitud y la formación académica sean las determinantes.

#### *D. Mecanismos alternativos para la resolución de controversias*

Asimismo, no deberíamos descartar la posibilidad de incluir mecanismos alternativos de conciliación y arbitraje tanto de naturaleza individual como colectiva, dentro de la empresa misma. Se buscaría descargar de trabajo a los órganos encargados de impartir justicia laboral y se buscaría resolver los conflictos de una manera rápida y expedita. Estos mecanismos no son ajenos al derecho mexicano del trabajo, ya que algunos convenios colectivos o reglamentos interiores del trabajo ya los prevén. Dichas instancias sólo constituirían un medio más para la solución de conflictos laborales, sin que esto signifique hacer a un lado las vías jurisdiccionales ordinarias de procuración de justicia.

Mientras que en el derecho mexicano del trabajo no se suelen establecer mecanismos no jurisdiccionales para la solución de controversias, en algunas otras naciones constituye un elemento de importancia primordial. Al respecto baste citar dos ejemplos, el de Canadá y Estados Unidos. En estas dos naciones el establecimiento de mecanismos en los contratos colectivos de trabajo para solucionar controversias ocupa un lugar fundamental.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 57 (1) Código Canadiense del Trabajo, en *Lois du Travail/Labour Laws*, elaborado por Jean, André, Matineau, Louise y Saintonge-Poitevin, Lise, edición actualizada al primero

En el caso de Canadá, simplemente señalaremos que la legislación federal —recuérdese que las provincias también tienen facultades para regular las relaciones laborales—, deja a las partes la facultad de establecer libremente el contenido del contrato colectivo de trabajo. Sin embargo, la única obligación establecida es que los contratos colectivos contengan mecanismos para la solución de controversias. Como se ve, al ser el único tema obligatorio que contempla la legislación federal, refleja la importancia del mismo.

En Estados Unidos, la Ley Taft-Hartley o Ley de Relaciones Obrero-Patronales de 1947, establece en su sección 201, apartado “A”, que es política de los Estados Unidos, que la paz industrial, el progreso de la nación y de los intereses de los empleados y de los empleadores, pueda asegurarse por medio del arreglo de los conflictos entre empleadores y empleadores mediante negociaciones colectivas

Esto ha ocasionado que actualmente cuatro de cada cinco contratos colectivos prevean algún tipo de mecanismo para la solución de controversias en la empresa, como el arbitraje privado. Su utilidad ha sido señalada, entre otras razones, porque es un mecanismo que se adapta a los problemas de las partes; porque permite la resolución de los conflictos antes de que se tenga que convocar la realización misma del arbitraje; porque las resoluciones de los árbitros no se ven sujetas al principio de *stare decisis* de los tribunales; porque en comparación con la vía judicial, es un medio más rápido para la resolución de las controversias y porque, entre otros motivos, el arbitraje suele servir como un medio para evitar las huelgas, en la medida que los trabajadores se tienen que sujetar previamente a los mecanismos de arbitraje que se hayan acordado con el empleador.

Los desafíos de las juntas de Conciliación y Arbitraje, la transformación de las juntas en tribunales, la conveniencia de implementar mecanismos alternativos para resolver los conflictos laborales y la necesidad de profesionalizar la labor de los funcionarios de los órganos jurisdiccionales encargados de la procuración de justicia laboral, constituyen algunos elementos que quizá deberían considerarse en aras de una mejor justicia laboral.



Los retos que afronta la procuración de justicia laboral en México, los hemos pretendido abordar a partir de la administración de justicia laboral y la impartición de justicia laboral, como conceptos que semántica y doctrinalmente pueden estudiarse en la noción de procuración de justicia laboral. En este trabajo sólo hemos tratado de delinear algunos de los aspectos, sin considerar que los hemos agotado, que deberían estudiarse si se pretende realizar un estudio sistemático de la procuración de justicia laboral. Nuestro país la reclama y ésta no se podrá lograr si no partimos de un análisis global, sistemático, en donde se contemplen los cambios operados en el Poder Judicial y en ese sentido la necesidad de transformar los órganos (administrativos o jurisdiccionales) encargados de la procuración de justicia laboral.

## PROCEDIMIENTOS LABORALES

## PROCEDIMIENTOS LABORALES<sup>1</sup>

Mozart VÍCTOR RUSSOMANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La experiencia brasileña*. III. *La vieja rebelión de los hechos contra la teoría*. IV. *Equidad laboral*. V. *Soluciones extrajudiciales y procedimientos sumarios*. VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

El alma del derecho procesal del trabajo es el procedimiento oral, que actúa como instrumento necesario de la celeridad de la acción.

Los formalismos exagerados del procedimiento escrito, sus complicadas fórmulas sacramentales, con una consecuente teoría de nulidades, compleja y propiciatoria de artificios legales, poco a poco provocaron una reacción doctrinaria que encontró a su vocero principal en Chiovenda. Al jurista italiano, más que a nadie, debemos la articulación de los principios fundamentales de la oralidad del procedimiento, que representó una nueva época en la historia del derecho procesal.

Muchas veces se ha dicho que aquellos principios se han universalizado después de su consagración en el Código del Proceso Civil de Austria, en el comienzo de los años cuarenta. El hecho es innegable, pues el ejemplo europeo creó un relevante punto de referencia en el derecho comparado.

Sin embargo, en América Latina el procedimiento oral, en aquella época, era una cuestión ampliamente examinada por los juristas e incluso por los legisladores. En 1939 fue promulgado, en Brasil, un nuevo Código del Proceso Civil, que adoptó el procedimiento oral; las normas

<sup>1</sup> Texto de la conferencia dictada el 19 de mayo del 2000, en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

especiales del derecho procesal del trabajo brasileño ya lo habían adoptado desde los primeros momentos de la historia de la justicia del trabajo, en los años treinta.

Después de los éxitos obtenidos por el Código del Proceso Civil de Austria, todo vino por añadidura.

Y si se buscara definir la más importante transformación en el siglo XX, en materia procesal, seguramente se diría que fue la metamorfosis del viejo procedimiento escrito al moderno procedimiento oral.

En lo que atañe al derecho procesal del trabajo se puede decir más. Se puede decir que en la solución jurisdiccional de los conflictos del trabajo, únicamente a través del procedimiento oral será posible garantizar la celeridad de la acción, agregando que la sentencia que tarda nunca podrá ser una sentencia cabalmente justa.

## II. LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Ruego se me permita una rápida información sobre la experiencia brasileña en cuanto al procedimiento oral en la solución de los conflictos del trabajo.

En su origen, las leyes del derecho procesal del trabajo de mi país establecieron un sistema típico de procedimiento oral, con la consagración de los principios clásicos de la doctrina de Chiovenda.

Se empezaba permitiendo la presentación verbal de la demanda en las oficinas de la Justicia del Trabajo de primera instancia; se otorgaba un plazo corto de veinte minutos para que el demandado presentara, en audiencia, su contestación a la petición inicial del actor. Se proseguía con una rígida *concentración* de los actos procesales en una única audiencia (sin olvidar, naturalmente, los casos de diligencias, peritajes u otros incidentes excepcionales) en la cual, inclusive, era dictada la sentencia.

Eso permitía la efectiva inmediatez entre el juez, las partes y las pruebas, y también la evidente *economía procesal*, reforzada por la transparente *sencillez* y *publicidad* de los actos practicados en el juicio.

El resultado obtenido, a través de tales normas, era una impresionante *celeridad* procesal. En casos normales, la sentencia de primer grado podía ser dictada en un plazo de dos semanas, contado a partir de la presentación de la demanda.

Esto no es una fantasía. Como juez de primer grado, en los años cuarenta y cincuenta he obtenido ese resultado, que no era un privilegio mío, sino algo corriente en la experiencia cotidiana de la justicia del trabajo del Brasil.

Sin embargo, en esa época teníamos dos dificultades prácticas: la primera resultaba de la adopción, por el legislador, de un sistema complejo, excesivamente complejo, de recursos; la segunda nacía en el momento de la ejecución coercitiva de la condena, precisamente porque en ese instante, el procedimiento oral del periodo de conocimiento se transformaba en un procedimiento predominantemente escrito. Es necesario señalar que tanto en relación con los recursos, cuanto en la ejecución de la sentencia, los viejos problemas de la mitad del siglo XX no están superados todavía.

Lo más grave agrego ahora es que la notable celeridad de los juicios en primera instancia o grado, también se fue perdiendo en el curso de los acontecimientos sociales, exactamente en la medida en que los principios de la oralidad procesal —mantenidos por el legislador hasta el día de hoy— fueron abandonados, poco a poco, uno a uno, en la práctica, cuando las pautas de los órganos de la Justicia del Trabajo —por razones que aclararé de inmediato— se han tornado increíblemente largas y, por eso, imposibles de ser agotadas con la indispensable celeridad.

### III. LA VIEJA REBELIÓN DE LOS HECHOS CONTRA LA TEORÍA

Persiste la vieja rebelión de los hechos contra el derecho y de la realidad contra la teoría.

La situación *fáctica* del procedimiento laboral en Brasil, hoy día, es crítica, alarmante. Con el aumento demográfico que sigue aceleradamente, con la previsión de una población de 200 millones de personas en las primeras décadas de nuestro siglo, con el aumento proporcional de trabajadores, y además con la circunstancia de que se generalizó el trabajo de las mujeres, de los menores y de los viejos, estimulados por la ampliación de la expectativa de vida, el número de acciones laborales creció tanto, que los antiguos estilos procesales, marcados por la oralidad, la *inmediatez*, la concentración de los actos en juicio, la destacada celeridad, se fueron perdiendo en la marcha del tiempo.

El fenómeno fue *presentido* por el legislador. Esa premonición inspiró, lamentablemente, una política legislativa equivocada por insuficiente. El legislador trató de aumentar progresivamente el número de juzgados y de tribunales, lo que es indispensable, pero no tuvo el coraje de poner en ejecución una reforma extensa y profunda del procedimiento. En este momento funcionan en el país más de 1,000 juzgados del Trabajo y 24 tribunales regionales. Ese amplio mecanismo jurisdiccional actúa bajo el control jurisdiccional del Tribunal Superior del Trabajo.

Se podría suponer que el crecimiento de la estructura, de la morfología de la jurisdicción laboral, era suficiente para garantizar la antigua y perdida celeridad. Pero no. El desarrollo económico del país, la globalización de la economía mundial, el crecimiento demográfico y laboral, la fuerza cada vez más expresiva del movimiento obrero, fueron irresistibles, básicamente porque —pienso— las leyes procesales que rigen el funcionamiento, la fisiología del sistema jurisdiccional, siguen siendo casi las mismas de hace más de 60 años.

La informática ofrece, modernamente, amplias posibilidades para mantener la celeridad procesal. Cuando sobre ese tema yo he dicho algunas palabras excesivamente extensas para un discurso, pero excesivamente breves para una conferencia en la Facultad de Derecho de la UNAM, señalé que, desde 1973, por iniciativa del Tribunal Superior del Trabajo se empezó a *informatizar* el sistema administrativo de los tribunales y, luego, de los juzgados del Trabajo. Hoy día no existen tribunales que no tengan equipos propios de computación. No existen órganos de la jurisdicción laboral que no dispongan de sus computadoras, de sus faxes, de los instrumentos de la mecanización moderna. No existe despacho de juez, en cualquier nivel, que no disponga permanentemente de esos recursos tecnológicos. Eso es un factor importante para la información de la jurisprudencia, de la legislación, de la doctrina.

Pero esos deslumbrantes recursos técnicos también tienen aplicación, progresivamente amplia, en el procedimiento. Por ejemplo, se admite la presentación de un recurso por fax en Brasilia, de alguno de los estados de la Federación. Y es posible admitir que los testimonios en juicio y los demás actos procesales, según su naturaleza, grabados en cintas magnéticas o en películas, sean, en el curso del siglo XXI, procedimientos habituales en los juicios en general y, en particular, en los juicios laborales.

Eso, todavía, tiene colores de *ciencia ficción del derecho*. Volvamos, pues, a la realidad actual.

#### IV. EQUIDAD LABORAL

Algo que la justicia del trabajo brasileña no perdió, es la inspiración de la equidad. La jurisdicción laboral, es una jurisdicción de equidad. No en el sentido de que el juez pueda dictar su fallo *contra legem* o abandonar el examen crítico de las pruebas; pero si, interpretando las leyes y valorando las pruebas sin perder la imparcialidad, el juez dicta su sentencia teniendo como blanco la justicia social, que es la forma más delicada, más sensible de la justicia moderna.

Esa, a nuestro juicio, es la razón por la cual los procedimientos laborales sufren, al igual que el derecho sustantivo del trabajo, el impacto de las políticas neoliberales.

Esas políticas, que en América Latina fueron desarrolladas, principalmente, por el Fondo Monetario Internacional y por el Banco Mundial, han tenido por norte de su brújula la retracción de las leyes de protección al trabajo y al trabajador.

Y los Estados emergentes o subdesarrollados, como son los Estados latinoamericanos, que dependen de los recursos financieros de aquellos importantes organismos internacionales, siguen la ruta por ellos trazada.

No es necesario, por supuesto, profundizar esa idea, que es generalmente aceptada por doctrinarios e interlocutores sociales. Pero considero conveniente subrayar que esa *reacción neoliberal* contra el derecho del trabajo llevó a políticas que afectan al derecho procesal del trabajo, precisamente porque éste es instrumento de garantía práctica de aquél y de sus procedimientos, que inspirados por la equidad, constituyen una efectiva protección al trabajador. En otras palabras: no es suficiente reducir los derechos sustantivos, es necesario, igualmente, aminorar los derechos procesales, como forma de limitar o eliminar la intervención del Estado en el mundo de las relaciones de trabajo, confiadas esas relaciones al juego de las propias partes, en el marco de la libertad de los mercados económicos internos y de la globalización de la economía internacional.

Esa reacción neoliberal, presente en lo que atañe a los derechos sustantivos de la clase obrera, bajo el pretexto de mantener el equilibrio y el desarrollo de las economías nacionales, fue, desde luego, tema de

debates, porque hería derechos laborales cristalizados en nuestras leyes desde las primeras décadas del siglo XX.

En lo que atañe al derecho procesal del trabajo, en un primer momento esas políticas fueron discretas o no fueron notorias inicialmente. Pero lo que no pudo ser ignorado fue la propuesta de *extinción* de las jurisdicciones laborales, que es una característica de la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

La tesis de extinción de los tribunales laborales era una manera drástica de someter los conflictos del trabajo a principios y normas del derecho procesal civil. Nadie niega que las leyes procesales civiles son, al mismo tiempo, fuente histórica y fuente formal subsidiaria del derecho procesal del trabajo. Para los países latinoamericanos que tradicionalmente adoptaron el sistema jurisdiccional de tribunales especializados para solucionar conflictos del trabajo, esa tesis representa un *retroceso* y, simultáneamente, una *inversión histórica*, porque los hechos muestran que cada vez más los procedimientos laborales van influyendo en los procedimientos civiles, gracias a sus originalidades y a sus creaciones jurisprudenciales, que inspiraran una basta doctrina en nuestros países, particularmente en México, ayer con los estudios de Trueba Urbina y hoy con las sucesivas ediciones del magnífico libro de Néstor de Buen.

Se mencionó al derecho italiano como ejemplo, precisamente porque ese derecho sustantivo y procesal en los años treinta y cuarenta constituyó fuente principal de nuestras leyes laborales. Era imposible, entonces, estudiar derecho procesal del trabajo sin leer las páginas de Luigi de Litala, de Jaeger y de tantos otros juristas italianos. Los cambios verificados en las leyes italianas en lo que atañe a la regulación de los derechos sociales y los criterios de solución jurisdiccional de los conflictos del trabajo, como ocurrió en otras naciones, resultaron de condiciones locales específicas. Ahora bien, las condiciones específicas de América Latina exigen un sistema jurisdiccional especializado para garantía, más o menos perfecta, de los derechos del trabajador.

Eso porque nuestra realidad sigue siendo ésta: las clases obreras desean que la negociación colectiva tenga una base mínima de derechos establecidos en la ley. Piden, por eso, al Poder Legislativo, leyes de protección social, que constituyan el límite inferior de la libre negociación.



Piden al Poder Ejecutivo un sistema eficaz de inspección del trabajo que, *preventivamente*, evite la violación de aquellas leyes y de las normas convencionales. Pero en el último acto de nuestra tragedia social piden del Poder Judicial soluciones inmediatas, no solamente justas y legales, sino también *soluciones de equidad* para los conflictos del trabajo, pues ese es el peso específico de las leyes y de las sentencias laborales.

El movimiento obrero se puso en marcha contra el traslado de la competencia para juzgar conflictos laborales en el ámbito de la jurisdicción civil y esa primera tesis está prácticamente muriendo en nuestro continente, con algunas excepciones. Pero ha tenido algunos resultados relativos, como en Brasil, que muy razonablemente a través de una reforma constitucional, excluyó de la organización de la Justicia del Trabajo a los jueces representantes de trabajadores y de empleadores, vieja tradición, con casi setenta años de edad, del derecho positivo nacional.

Yo he dicho que esa tesis está muriendo entre nosotros. No sé si efectivamente no está solamente hibernando, esperando otra oportunidad para una espectacular resurrección.

## V. SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES Y PROCEDIMIENTOS SUMARIOS

Sin embargo, esas transformaciones del derecho del trabajo y, sucesivamente, del derecho procesal del trabajo, han tenido algunos efectos favorables en el sentido de estimular el examen de algunos aspectos procedimentales que, si en verdad no son nuevos, pueden tener resultados positivos.

En la práctica latinoamericana, de ese movimiento de ideas está resultando el renacimiento de tesis que, seguramente serán, en los comienzos del siglo XXI, objeto de serias consideraciones de los juristas y de objetivas preocupaciones de los legisladores. Considero que con sus cosas buenas y con sus cosas malas dos grandes tendencias o directrices no pueden ser olvidadas: a) las soluciones extrajudiciales de los conflictos laborales, y b) los procedimientos judiciales de naturaleza sumaria o sumarísima, sobre todo para las llamadas “pequeñas demandas”.

En cuanto a la solución extrajudicial de los conflictos del trabajo, la tesis tiene alguna vinculación más o menos remota con la idea de que, en materia laboral, la avenencia privada es recomendable, en vez de la

elaboración de normas obligatorias a través de la negociación colectiva, o la conciliación, como propuesta obligatoria en las acciones judiciales.

Si se propone un *acuerdo judicial*, es comprensible que se acepte una fórmula jurídica que, con antelación, estimule la solución privada del conflicto.

La idea consiste en la formación, obligatoria o facultativa (en Brasil, facultativa) de *comisiones internas de conciliación*, compuestas por representantes de los trabajadores y del empresario.

La experiencia internacional a propósito de esas comisiones es amplia y sus resultados, de una manera general, son eficaces.

La tendencia doctrinaria y legislativa es que el procedimiento que mueve a esas comisiones de conciliación —lo mismo cuando sean facultativas— constituya condición *sine qua non* de la presentación de la demanda en el juicio y que, pactada la conciliación, ésta tenga fuerza de *cosa juzgada*.

Por un lado, la formación de comisiones de conciliación, por su naturaleza, solamente es posible en las grandes o medianas empresas. Por otro lado, si representan una solución rápida del conflicto cuando se llega a un acuerdo, pueden perjudicar a la celeridad de las soluciones judiciales, cuando ese acuerdo no es posible. Por esta razón es absolutamente necesario que los procedimientos en las comisiones de conciliación sean todavía más ágiles que el trámite judicial.

El procedimiento sumario o sumarísimo en el derecho procesal del trabajo tiene por eje una idea sencilla y tajante: todo procedimiento laboral debe ser sumario y en circunstancias especiales, variables según las condiciones sociales y económicas del país y la sensibilidad del legislador, se debe adoptar el procedimiento sumarísimo. El superlativo vale como una línea divisoria entre los dos conceptos.

En general, el procedimiento sumarísimo es reservado a las “pequeñas demandas”, consideradas como tales las que tengan un modesto valor económico.

Es un criterio razonable, sin duda. Pero cabe preguntar: ¿desde el punto de vista del trabajador existen acciones de “pequeño valor”? Si el obrero recurre a los procedimientos judiciales, enfrentando inevitables dificultades, ¿no existirá, siempre, de su parte, una grande y efectiva valoración económica (o moral) de su pretensión?

El procedimiento sumarísimo no es una novedad. Es todo lo contrario. Recuerdo que en el comienzo de los años sesenta, el gobierno de Brasil me pidió —de esto han pasado casi 40 años— la elaboración de un anteproyecto de Código de Procedimiento Laboral. En esa oportunidad, por primera vez, en Brasil, fue propuesta la adopción del rito sumarísimo. Los acontecimientos políticos que culminaron en la revolución militar de 1964, cambiaron las intenciones gubernamentales: el proyecto, entonces en trámite en el Congreso Nacional, fue retirado y archivado, por acto del nuevo gobierno. Era un signo de la época.

Solamente ahora, en enero del año pasado, con más riqueza de detalles y más perfección técnica, se reglamentó el procedimiento sumarísimo, a través de la Ley Número 9,957, con vigencia a partir de marzo pasado. Todavía se utiliza el criterio del valor económico de la demanda, establecido en 40 salarios mínimos.

Pero esas medidas resultarán menos de la preocupación de garantizar los derechos del trabajador que de los cuidados oficiales por la actual situación de la Justicia del Trabajo, que utiliza, *ex vi legis*, procedimientos, aunque sea en la letra de la ley, sencillos y concentrados; esos procedimientos necesitan con urgencia una revisión amplia.

## V. CONCLUSIÓN

El futuro, a corto plazo, nos dirá de qué modo los tradicionales métodos jurídicos de procedimiento laboral, sobre todo en América Latina, van a evolucionar.

En ese terreno todas las previsiones son temerarias.

El futuro jurídico, que marcha al parejo con los hechos sociales, económicos y políticos, además de su alto sentido ético, no permite sortilegios y vaticinios.

## NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD

Mary Joyce CARLSON<sup>1</sup>

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *National labor relations board*. III. *Other relevant federal agencies, statutes*. IV. *Bibliography*.

### I. INTRODUCTION

U.S. and Mexican labor law share the same concerns: protecting workers' rights while encouraging business activity. However, U.S. laws rest on assumptions and use procedures that may differ significantly from the Mexican model. The purpose of this paper is to describe generally the purpose and operations of the National Labor Relations Board and to list the specific purposes of other federal laws that protect workers' rights.<sup>2</sup>

### II. NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD

#### 1. *History and purpose*

The National Labor Relations Act (“the NLRA”) was passed by the U.S. Congress in 1935 as part of the “New Deal” of President Franklin Roosevelt designed to help the United States emerge from the Great Depression. The policy underlying the Act was to promote commerce by encouraging workers and employers to work together cooperatively, through collective bargaining between unions and employers, instead of wasting their energies and resources on strikes, discharges and other

<sup>1</sup> General Deputy. National Labor Relations Board, USA.

<sup>2</sup> This paper summarizes the most important aspects of federal labor law. However, it is not a complete discussion of all relevant statutes and procedures.

forms of industrial unrest. Section 7 established the right of employees to engage in “protected, concerted activities,” including the right to engage in strikes. Section 7 specifically recognized the rights of employees to organize into groups such as unions. When a majority of employees in a bargaining unit have authorized a union to represent them, the employees have the right to engage in collective bargaining with their employers.

The fundamental assumption underlying the Act is that the role of the federal government in labor relations is to encourage employers and unions to negotiate and agree upon solutions to their problems without government input and without intimidation or coercion. The role of the Board is not to resolve the parties’ dispute; the role of the Board is to create a situation that would permit the parties to reach agreement on a solution voluntarily.

The National Labor Relations Board (“the Board”) implements the policies underlying the Act. Its primary activities are:

1. To conduct representation elections in which employees vote about whether or not they wish to be represented by a union in dealings with their employer;
2. To prevent employers and unions from engaging in unfair labor practices that violate the rights of employees, unions, or employers.

## *2. Structure of the board*

The National Labor Relations Board (“the Board”) has two components:

1. The Board itself, which has a chairman and four other members. The President, with the consent of the U.S. Senate, appoints members of the Board for five-year terms. Each Board member is advised and assisted by a staff of lawyers who are career civil servants. The Board’s operations, which are located in Washington, D.C., are described in more detail below.
2. The General Counsel, who is appointed by the President, with the consent of the U.S. Senate, for a four-year term. The General Counsel has a staff of career attorneys located in Washington, D.C., whose specific activities are described in more detail, below. The

General Counsel is also in charge of the Board's 34 Regional Offices and several smaller offices, located in major cities in the United States and in Puerto Rico, that conduct the everyday operations of the Agency. These Regional Offices, which are headed by Regional Directors, are staffed by attorneys and field examiners who are specialists in industrial and labor relations. The operations of these offices are described in more detail below.

### 3. *Jurisdiction*

The Board has jurisdiction over election petitions and employment disputes of employees of employers in private<sup>3</sup> business.<sup>4</sup> The employers must do sufficient business in at least one state or federal jurisdiction for the Board to conclude that the employer's operations have a sufficient impact on interstate commerce as to warrant the Board's exercise of jurisdiction over the employer.<sup>5</sup> These "jurisdictional standards" depend on the nature of the business. Thus, the Board will exercise jurisdiction over retail enterprises or stores that have an annual volume of at least \$500,000 and over newspapers that have an annual volume of at least \$200,000. The Board will not exercise its jurisdiction over employers whose operations are too small to meet these jurisdictional standards.

Nor will the Board act on behalf of the following types of workers, because the Act states that these workers are not to be considered "employees"<sup>6</sup> protected by the Act:

1. Agricultural workers.
2. Domestic servants.
3. Any individual employed by his parent or spouse.
4. Independent contractors.
5. Supervisors and managers.<sup>7</sup>
6. Individuals employed by an employer subject to the Railway Labor Act, which regulates the operations of railroads and airlines in the United States.

3 The Board also has jurisdiction over the U.S. Postal Service, a public-private organization.

4 "Employer" is defined in Section 2(2) of the Act.

5 See Section 2(6) of the Act.

6 See Section 2(3) of the Act.

7 See Section 2(11) of the Act.

7. Government employees, including those employed by the U.S. government, a government corporation or Federal Reserve Bank, or any state or political subdivision such as a city, town or school district.
8. Employees of a foreign governments conducting operations in the United States, such as employees of an embassy or government mission, or employees of international organizations such as the World Bank or the United Nations.

Workers who are not American citizens but otherwise meet the definition of employee are protected by the Act. Even workers who are not legally authorized to work in the United States have the right to join unions and be protected by the Act, although if they are unlawfully discharged, they may not be reinstated unless they have obtained authorization to work in the United States.

#### 4. *What the act provides*

The basic right of workers under the NLRA is set forth in Section 7 of the Act, which gives employees “the right to self-organization, to form, join or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection.” Section 7 also gives employees the right to refrain from engaging in such actions.

In addition, Section 7 protects the rights of employees to engage in or refrain from concerted activities even if the employees are not represented by a union and are not seeking union representation. Section 7 would protect, for example, two or more employees who collectively complained their employer about a working condition such as wages or hours even if the goal of the employees is to have the employer respond directly to them about their complaints and the employees are not seeking to have a union represent them in dealing with the employer.<sup>8</sup>

Section 7 also protects the rights of employees to engage in strikes in certain situations, which are described below:

<sup>8</sup> However, if a union represented these employees, the employer would be obligated to deal with the union and could not deal directly with the individual employees.

1. Economic strikes to compel an employer to improve terms and conditions of employment, such as by agreeing to a new collective-bargaining agreement, or by agreeing to improve a specific condition, such as wages. An employer may respond to an economic strike by hiring permanent replacement employees. The striking employees are entitled to be recalled to their jobs only when the employer has vacant positions because, for example, the permanent replacements have quit.
2. Unfair labor practice strikes to protest employer actions that employees believe violate their rights under the Act.<sup>9</sup> For example, a strike to protest an employer's discharge of an employee because he attempts to organize a union is an unfair labor practice strike. An employer may hire temporary, but not permanent, replacements for unfair labor practice strikers. Therefore, once the strike ends, the strikers are entitled to return to their jobs promptly. The employer must lay off any temporary replacements it has hired.
3. Sympathy strikes to express support for primary strikes. For example, if employees who work in a factory commence a strike and employees who work in another factory owned by the same employer also go out on strike in support of the group of employees that struck first, the employees in the second group are sympathy strikers. Sympathy strikers have the same rights as the primary strikers, that is, if the primary strikers are economic strikers, so are the sympathy strikers.

Section 8 of the Act sets out the types of actions that Congress has decided are unfair labor practices as well as the rights of employers and unions in certain situations.

Section 8(a): identifies actions that employers may not take. The major<sup>10</sup> provisions are summarized below:

Section 8(a)(1): an employer may not interfere with, restrain or coerce employees in the exercise of their Section 7 rights

Section 8(a)(2): an employer may not dominate or interfere with the formation or administration of a labor organization or contribute financial or other support to it. This provision is intended to prevent the creation

<sup>9</sup> These unfair labor practices are described in more detail below.

<sup>10</sup> The above list does not include all provisions of Section 8(a) of the Act.



of employer-dominated unions in place of genuinely employee-supported unions. Congress believed that such employer-dominated unions would be more likely to agree to the employer's wishes without regard to the views of employees than would unions that were free from domination or interference by the employer.

Section 8(a)(3): an employer may not discriminate in favor of or against an employee in hiring, firing, disciplining or promoting because of the employee's union activities or lack of union activities. In most, but not all states, an employee can be made subject to a valid union security clause requiring the employee to pay dues or fees to the union. An employer may terminate an employee who fails to make the required payments. While the Act does not compel an employee covered by a union security clause to join the union, in those states in which unions security clauses are lawful, employees may be obligated to pay for the costs of representation, that is, the costs of contract negotiation, grievance processing, and contract administration, even if they do not join the union.

Section 8(a)(4): an employer may not discharge or otherwise retaliate against an employee because he has filed an unfair labor practice charge with the Board or has given testimony in a Board proceeding.

Section 8(a)(5): an employer may not refuse to bargain collectively with a union that is the exclusive collective-bargaining representative of its employees. Thus, an employer may not make changes in employees' working conditions unless:

1. If there is no contract in effect, the employer and the union have bargained to impasse over the proposed change.
2. If there is a contract in effect, the union has agreed to the employer's proposed change.

Section 8(b) lists the actions that a union may not take. The major<sup>11</sup> provisions of Section 8(b) are described below.

Section 8(b)(1)(A): a union may not coerce or interfere with employees' exercise of their rights under Section 7 of the Act, although a union can establish its own rules concerning membership in the union.

<sup>11</sup> The above list does not include all provisions of Section 8(b) of the Act.

Section 8(b)(1)(B): nor can a union coerce an employer to interfere with the employer's choice of its representative for collective bargaining or the adjustment of grievances between the union and the employer.

Section 8(b)(2): a union may not cause or attempt to cause an employer to discriminate against an employee in violation of Section 8(a)(3) unless the employee has failed to pay the dues or fees required under a legal union security clause

Section 8(b)(3): a union may not refuse to bargain with the employer of the employees the union represents. Therefore, a union may not refuse to engage in contract negotiations or fulfill its obligations established by a collective-bargaining agreement

Section 8(b)(4): a union may not engage in a strike against or refuse to use goods or equipment of a neutral employer where the union's goal is:

- (A) To force an employer or self-employed person to join a labor or employer organization or to enter into a "hot cargo" agreement that is illegal under Section 8(e) of the Act.
- (B) To force a person or an employer to cease doing business with any other person or employer to coerce that employer to recognize or bargain with a union as the representative of employees where the union has not been certified. However, this provision does not make an otherwise lawful strike unlawful.
- (C) To force or require an employer to recognize or bargain with a particular union where another union has been certified as the representative of that employer's employees.
- (D) To force or require any employer to assign specific work to employees represented by a particular union instead of another union unless the employer is failing to comply with a Board order determining the bargaining representative for the employees who perform the work.

Section 8(b)(4) is not intended to prevent a union from engaging in peaceful publicity activities, other than picketing, intended to inform members of the public of the existence of a labor dispute.

Section 8(b)(5): a union may not require employees covered by a union security clause to pay an excessive fee, in light of the practices

and customs of the unions in the particular industry and the wages paid to employees in the industry.

Section 8(b)(6): a union may not cause or attempt to cause an employer to make payments to the union for services that were not performed.

Section 8(b)(7): a union may not picket, cause to be picketed, or threaten to picket an employer to require the employer to bargain with the union or to force the employer's employees to select the union as their collective-bargaining representative unless the union is currently certified as the representative of the employees where:

- (A) The employer has lawfully recognized another union and a question concerning representation of the unit employees may not be raised at that time because, for example, the employees are covered by a collective-bargaining agreement.
- (B) The Board has conducted a representation election within the past 12 months.
- (C) Where the union has picketed for more than 30 days without having filed a valid election petition.

However, a union may picket to inform the public that the employer does not have a contract with the union unless the picketing causes employees of other employers to cease doing work.

Section 8(c): an employer has the right to express its views about union representation or employees' exercise of their Section 7 rights to engage in protected, concerted activity so long as the employer does not threaten to retaliate against or promise benefits to discourage employees from engaging in protected, concerted activity.

Section 8(d): defines collective bargaining as "the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement, or any question arising thereunder" and the negotiation of an agreement. However, neither party is required to agree to a proposal or to make a concession. If the union and the employer do reach agreement on a contract, neither party can change the contract during its term without the consent of the other party. A party

wishing to negotiate a new agreement to replace an expiring one must give notice 60 days before the contract expires.

Section 8(e): bars employers and unions from entering into agreements whereby the employer ceases or agrees to refrain from doing business with any other employer. However, such agreements are lawful in the construction industry and in the garment industry.

Section 8(f): recognizes that standard union organizing techniques and methods of dealing with employers may be inappropriate in ways of reaching employees who perform construction work because such employees often work for short periods for specific employers or on specific construction sites. This section also recognizes that a dispute between an employer and specialized craft employees may halt related construction work on a project even though other craft employees may not be involved in the dispute. Therefore, this section of the Act permits unions and employers involved in construction work to sign contracts even though the employer has not yet hired any employees or a union has not yet demonstrated that a majority of unit employees desire union representation. Contracts covering employees who perform construction work may lawfully impose union security obligations after employees have worked for seven days, whereas contracts covering employees who do not perform construction work may not require union security payments until employees have worked at least 30 days.

Section 8(g): covers employees who work in hospitals or other health care institutions. Until 1974, employees in the health care industry were not protected by the Act. When Congress passed Section 8(g), it recognized the great harm that strikes could cause in the health care industry. Therefore, a union that represents employees in the health care industry must give 10 full days' notice of its intent to strike to the employer and to the Federal Mediation and Conciliation Service, which then attempts to facilitate collective bargaining and thus resolve labor disagreements. With 10 days' advance notice, health care institutions can prepare for a strike by, for example, hiring replacement workers, stocking up on supplies or by transferring patients to other facilities.

## 5. *The board's operations*

The Board cannot initiate actions on its own. It can act only in response to one of the filing of one of the following documents by an employee, an employer, a union or their agent:

1. A petition to certify or decertify a union as the collective-bargaining representative of a unit of employees.
2. A charge alleging that an employer or a union has committed an unfair labor practice that violates the rights of employees, a union or an employer. An unfair labor practice charge must be filed no more than six months after the unlawful action allegedly occurred.

Any employee, union, employer or any other person can file out the appropriate form provided by a Regional Office, which must be signed and sworn to or affirmed under oath. Board procedures after the filing of a representation petition or an unfair labor practice charge are described in more detail below.

Representation cases concern bargaining units that consist of two or more employees who share a community of interest concerning their terms and conditions of employment. The employees in the unit may work at one or more locations of their employer. Where employers are members of voluntary associations, such as, for example, an association of builders, employees of several employers may constitute an appropriate bargaining unit. The Board will decide whether a group of employees constitutes an appropriate bargaining unit. The Board will consider such factors as any history of collective bargaining, the desires of the employees concerned, and the extent to which the employees are organized. However, the Board will not place professional and non-professional employees within the same bargaining unit unless a majority of the professional employees vote to be included in a mixed unit.<sup>12</sup> Nor will the Board include within a bargaining unit an employee who acts in a confidential capacity to an employer's labor relations officials. The Board will also seek to minimize the number of bargaining units in a health care facility, such as a hospital or a nursing home, in order to reduce disruptions in health care services caused by strikes.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Professional employees are defined in Section 2(12) of the Act.

<sup>13</sup> Health care institutions are defined in Section 2(14) of the Act.

Finally, Section 9(b)(3) of the Act prohibits the Board from including plant guards in the same unit with other employees or from certifying a union as the representative of a plant guard unit if the union has members who are nonguard employees if the union is “affiliated directly or indirectly” with a union that has members who are nonguard employees. This rule is intended to prevent situations in which guards may feel a conflict of interest between the interests of their employer and the wishes and policies of fellow union members who may be acting in opposition to the desires of their employer by, for example, engaging in a strike.

Where an employee or a group of employees or a union submits an election petition signed by at least 30 percent of the employees of the employees in the bargaining unit, the Board will conduct a secret ballot election to determine whether a majority of employees in the unit seek to be represented by a union for the purpose of collective bargaining with their employer concerning the employees’ terms and conditions of employment. The employer must provide a list of all employees in the bargaining unit. The election will be announced in advance, in a notice that gives the time and place of the election, the purpose of the election, the rights of employees to vote for or against union representation without fear of retaliation from either the union or the employer, and the name or names of the union or unions that seek to represent the employees. The election is conducted by officials of the appropriate Regional Office; both the employer and the union may have observers present during the election proceeding. If a significant number of employees in the bargaining unit do not read English adequately, notices and ballots will be made available in the languages read by those employees. If necessary, the Board will also provide translators to help employees exercise their rights under the Act.

If a count of the ballots demonstrates that a majority of the employees who voted in the election voted in favor of representation, the Board will certify the union as the exclusive collective-bargaining representative of the employees. The employer will then be obligated to bargain with that union about the terms and conditions of employment of the unit employees. The employer may not bargain with another union or deal directly with employees about these subjects.

If a majority of employees who vote in the election do not vote in favor of union representation, the employer is not obligated to bargain

with the union. Instead, the employer remains free unilaterally to establish wages, hours, working conditions and to impose discipline, including discharge, for violations of rules it establishes.

The Board will conduct a decertification election when a petition supported by at least 30 percent of the bargaining unit is filed claiming that unit employees wish to vote to determine whether to continue to be represented by the union. If a majority of unit employees vote against continued union representation, the union is decertified and the employer is free to act unilaterally in dealing with unit employees. If a majority of unit employees vote against decertification, the employer must continue to deal with the union as the collective-bargaining representative of unit employees.

The Board will also conduct an election where an employer claims that it has a good faith doubt that a certified union continues to be supported by a majority of bargaining unit employees or where the employer asserts that two or more unions have made competing claims of representing a majority of unit employees. These elections help the employer determine whether it has to deal with the union.

Sometimes the union or unions or the employer participating in the representation election will object to the certification of the ballot tally on the grounds that the other party, i.e., the union or the employer, engaged in objectionable conduct that prevented the employees from voting without coercion or intimidation. In such situations, the Regional Office will hold a hearing on election objections in which participants will be able to describe the conduct that they alleged interfered with the running of a fair impartial election, such as unlawful discharges of union supporters before an election, promises of benefits to employees who vote for or against union representation, threats of retaliation or violence because of the way employees vote, etc. If the Regional Director, whose decision may be reviewed by the Board, concludes that the alleged misconduct did not interfere with the running of the election, the election results will be certified. If the Regional Director decides that the alleged misconduct was so serious as to prevent employees from voting freely, without fears, the Regional Director can direct that the results of the election be set aside and that a rerun election be scheduled. In some situations that misconduct may have been so serious that the Regional Director may conclude that a fair rerun election cannot be held. In those

situations, if the union has demonstrated in some manner other than the election, such as by presenting a petition or union authorization cards signed by a majority of the employees in the bargaining unit, that a majority of bargaining unit employees wish to be represented by the union, the Regional Director will certify the union. The employer will then be obligated to bargain with the union even though the union did not win the election.

Unfair labor practice cases start when an employee, an employer, a union or any other person files an unfair labor practice charge in a Regional Office. The Region will investigate the charge by talking to the charging party and its witnesses and the charged party and its witnesses. The Region may take affidavits. It will also consider documentary evidence such as contracts, letters, memoranda, etc. The investigating Board agent, who may be a field examiner or an attorney, a supervisor and a management official will discuss the legal merits of the charge.

If the officials of the Regional Office conclude that the charge lacks merit, the charge will be dismissed unless the charging party withdraws it. However, if the charge is dismissed, the charging party may file an appeal of the dismissal with the Office of Appeals, located in the Board's headquarters in Washington, DC. Attorneys in the Office of Appeals will review the charge and the Region's investigation and reach an independent determination of the merits of the charge. If they agree with the Regional Office, the charge will be dismissed. If they believe that there is merit to the charge, or that further investigation might be useful, they will present the case to the General Counsel. If the General Counsel agrees with the Regional Director's original decision, the charge will be dismissed. If the General Counsel decides, contrary to the Regional Director, that the charge has merit, it was be processed in the manner described below.

If officials of the Regional Office conclude that the charge is meritorious, that is, that it alleges an unfair labor practice under the Act, the Region will notify the parties and attempt to work out a settlement that is acceptable to the parties. In such situations, the charging party may decide to withdraw the charge. Sometimes, the action attacked as an unfair labor practice may also be a violation of a collective-bargaining agreement between a union and an employer.



If, as is common, the collective-bargaining agreement includes a provision permitting the unhappy party to file a grievance and requiring the other party to the contract to agree to arbitration of the dispute by a neutral third party, the Regional Office will decide to defer, or hold in abeyance, the unfair labor practice charge while the contractual dispute is submitted to arbitration. The Board's deferral policy is rooted in the belief that the parties to a collective-bargaining relationship should be encouraged to develop mechanisms to resolve their problems themselves, without direct input from the Board. Arbitrators are usually private attorneys experienced in dealing with labor law and contract issues. Parties pay for the arbitration. However, arbitration is often faster and cheaper than sometimes lengthy litigation before the Board. After the arbitrator's award is issued, the Regional Office and, sometimes, the Board will review the award to see if it is consistent with federal labor law. If the award is consistent, it will resolve the unfair labor practice dispute. If the award is repugnant to the Act because, for example, it permits an employer to discriminate against a union activist, the Regional Office will not defer to the award. Instead, it will litigate the original unfair labor practice charge that had been pending during the arbitration proceeding. Of course, if the parties cannot resolve their problems satisfactorily, the Board will exercise its traditional powers.

In some situations, a Regional Office may decide that a charge raises extremely complex or novel legal questions or significant policy questions or that the charge requires interpretation and application of recent Supreme Court decisions or other laws. The Regional Office will then write a Request for Advice describing the facts of the case, the difficult legal questions, the relevant law and the Region's view of the way the case should be handled. The Region will send this Request to the Division of Advice in Washington, where attorneys will do detailed legal research and close analysis of the difficult questions, and determine the views of the General Counsel. The Division of Advice will then prepare an Advice Memorandum, which will give specific legal instructions to the Regional Office as to whether they should dismiss the charge or issue complaint. The Division of Advice may also give litigation advice and review subsequent developments in cases in which the Division authorized complaint.

If the Region and the parties do not agree on a settlement, the Region will issue a complaint which will briefly described the alleged unfair labor practice and the sections of the Act that have been violated. If the alleged unfair labor practices are extremely serious and might inflict irreparable harm on the rights of employees, unions or employers during the years it might take for a final order to issue in the case, the Regional Office might request that the Division of Advice ask the Board for authorization for the Regional Office to seek a temporary injunction, under Section 10(j) of the Act, from a U.S. district court. That injunction would seek to restore the status quo ante, or the situation that prevailed before the unfair labor practices were committed, and to preserve that status quo ante until a final order issued in the case. Examples of temporary injunctive relief include an order requiring the reinstatement of employees who were unlawfully discharged because they were leaders in a union organizing campaign, an order requiring an employer to bargain with a union, or an order requiring a union not to physically attack employees who work during a strike.

The complaint will also schedule a hearing before an administrative law judge (“an ALJ”), an independent federal employee with experience in litigating and adjudicating labor questions under the Act. The hearing is usually held in or near the city or town where the dispute arose in order to minimize inconvenience and costs for the parties. The hearing may be held in a hearing room in a Regional Office, a room in a public building, a room in a hotel, or in another location. The charging party may be represented at no cost by the attorney for the General Counsel. The charging party and the charged party may also retain, pay for and be represented by private counsel. The parties may also choose not to have counsel and instead may appear and participate in questioning on their own. Each party may call and question their witnesses and cross-examine opposing witnesses. The Board will provide translators for witnesses who have trouble understanding or speaking English. Exhibits may also be introduced. In general, the proceedings are conducted in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

After the hearing closes, the ALJ will examine a transcript of the hearing and all exhibits and write a decision (“an ALJD”) describing the facts, the legal questions and arguments, and rendering a decision. If the ALJ finds that the General Counsel has not proven his case, the

ALJ will dismiss the complaint. If the ALJ finds that the Act was violated as alleged, the ALJ will issue an order containing such a finding and ordering the charged party to take certain specific remedial action to remedy the violation.

The General Counsel, the charging party or the charged party may except or object to some or all of the ALJ's decision by identifying the specific conclusions excepted to and filing a brief in support of exceptions with the Board. Members of the staffs of the Board members will review the transcript of the ALJ hearing, the ALJ's decision, the exceptions and any briefs filed in support of the exceptions or the ALJ's decision. They will then make recommendations to either a panel of three Board members or, if the case is unusually important, to the full five-member Board. After the Board members deciding the case reach a decision, their staffs draft and circulate a proposed decision among the Board members. When all the Board members agree on the draft decision, or individual Board members wrote concurrences or dissents, the decision is published.

The Board's decisions are available to the general public. New decisions can be obtained through the Board's Division of Information, which also publishes summaries of decisions released every week. Bound volumes containing Board decisions are published by the U.S. General Printing Office. Board decisions are also available on Westlaw, a computer-based research system, and from commercial printing and reporting services such as the Bureau of National Affairs, which publishes Board decisions and relevant court decisions weekly in the Labor Relations Reporter. If the ALJ finds a violation but the charged party does not file exceptions to the ALJ's decision, the Board adopts the ALJ's decision. If the ALJ dismisses the complaint and neither the General Counsel nor the charging party files exceptions, the case is closed.

However, a Board decision finding that a charged party has violated the Act does not obligate that charged party to remedy the violation. If the charged party does not agree to comply with the Board order, thus ending the case, the Board will file a petition for enforcement. The charged party can also file a petition for review to challenge the Board's order. Either petition can be filed with the U.S. Circuit Court of Appeals in whose jurisdiction the unfair labor practice occurred or with the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, which has jurisdiction in any

Board case. A three-judge panel of the court will review the Board's decision and underlying record before issuing its decision. Sometimes the court will rest its decision only on written materials, such as the Board's decision and briefs filed by the parties. On other occasions, attorneys for the Board and for the parties will also argue their cases before the court.

The court's decision is legally binding upon the parties. Sometimes the court issues a decision in favor of the Board and obligating the charged party to take some remedial action, and the charged party refuses to do so. In such situations, the Board's Contempt Litigation and Compliance Branch will institute court action to have the charged party held in contempt of the court. In civil contempt proceedings, the Board will seek to have fines imposed upon the charged party until it complies with the court's order. In extreme situations, the Board will seek to have the charged party held in criminal contempt. If a court finds that the charged party has engaged in criminal contempt of the court's order, the court can order that the charged party or its agent be jailed until the Board order is complied with. Such situations are extremely rare.

More often, charged parties file petitions for certiorari, or appeals of a circuit court's decision to the U.S. Supreme Court, arguing that the circuit court's decision was wrong as a matter of law or that there is a conflict between the decision of that circuit court and the decisions of other U.S. circuit courts. It is extremely rare that the Supreme Court grants such petitions for certiorari. If the Court does grant such a petition, the Board and the parties to the case will file specially written briefs addressing the questions that the Court has stated it wants to decide. Other interested parties, including unions, employers and associations, may file briefs as "amici curiae," or "friends of the court." The Court will then schedule an oral argument, generally lasting one hour, on the case. The Board's position may be argued by a Board attorney or by the Solicitor General, who is a high-ranking official of the Department of Justice, or a member of his staff. The Court's decision is final and binding upon the parties and establishes the law covering similar disputes among the Board and different parties.

Of course, at any time during the proceedings described above, the parties may settle their dispute or the charged party may decide to comply with the decision of the Agency.

## 6. Remedies

As described above, the goal of the Act is to promote industrial stability and workers' rights through collective bargaining; the goal is not to punish either employers or unions who have engaged in unfair labor practices. Therefore, the Board's remedies are intended to create a situation in which the policies underlying the Act can be fulfilled and furthered.

The Board's remedies usually<sup>14</sup> fall into two categories:

1. Remedies intended to undo the unfair labor practice and restore the lawful status quo ante. Thus, employers may be ordered to reemploy unlawfully discharged union activists and to pay them back pay for the period they were unlawfully unemployed. Employers may also have to pay for expenses that employees incurred because they were unlawfully discharged. For example, if an unlawfully discharged employee lost health insurance and had to pay for medical expenses, an employer might be ordered to pay the employee for those medical expenses. Unlawful discipline, such as warnings, must be expunged from employees' personnel records. Employers that have made unlawful changes in working conditions, such as failing to give required increases, must make employees whole. If the unlawful changes were improvements, such as wage increases, employers must bargain with a union and give the union the option of maintaining or modifying the change. Unions that have obtained the discharge of employees or that have refused to refer employees for unlawful reasons will be ordered to state that they have no objection to the reinstatement or the hiring of those employees and to pay them backpay for the period in which they were unlawfully unemployed.
2. Remedies intended to operate prospectively in order to facilitate employees' exercise of their Section 7 rights and to facilitate meaningful collective bargaining relationships between unions and employers. Charged parties will be ordered to post notices at the affected workplaces for 60 days stating that they have remedied specific unfair labor practices and will not engage in such unfair

14 The following lists and examples of typical remedies are not exhaustive.

labor practices in the future. The notices will also state the rights of employees to engage in protected concerted activities as defined by Section 7 of the Act. If appropriate, the notices will be translated into languages read or spoken by significant portions of the employer's workforce.

Unions and employers may be ordered to engage in good faith bargaining and, if they reach agreement on terms to be contained in a collective-bargaining agreement, to sign such an agreement. Unions and employers may also be ordered to provide to the other party information that is relevant and necessary for collective bargaining, such as financial information (especially useful if an employer claims that it cannot afford wage increases demanded by a union), information about personnel records, etc.

If either an employer or a union has filed a lawsuit that is legally baseless and is intended to retaliate against rights under the Act, or seeks an unlawful purpose, or is preempted by federal law, the Board will order the plaintiff in the lawsuit (the charged party in the unfair labor practice case) to withdraw the lawsuit and to pay the legal fees of the defendant in the lawsuit (the charging party in the unfair labor practice case). If an employer has closed a facility, such as a store, an office or a factory, to retaliate against the exercise of Section 7 rights, the employer will be ordered to reopen the facility.

If an employer closed the facility for economic reasons and bargaining might have resulted in an agreement that might have eliminated the financial reasons for closing the facility, the employer will be ordered to bargain with the union about the closing. Where an employer decides to close a facility or move work to another facility for lawful business reasons, not to retaliate against the exercise of Section 7 rights, the employer will be ordered to bargain with the union about the effects of the closing decision. Thus, the employer and the union can bargain about such subjects as job transfers to another facility, severance benefits, continuation of health insurance, letters of recommendation, etc.

If a union has engaged in unlawful secondary picketing or interference with the operations of a neutral employer, the union will be ordered to cease such activity. Indeed, the Board can seek interim relief of this

type under Section 10(l) of the Act because of the great harm that such secondary activity can cause neutral employers.

The Board does not award the type of punitive damages that might be awarded under other laws, such as anti-trust laws. However, where extraordinarily flagrant unfair labor practices have been committed, the Board will order the charged party to pay the charging party's legal fees and, if appropriate, the costs of negotiating a collective-bargaining agreement. The Board may also order a Board employee or a high ranking company official to read the Board's remedial order aloud to assembled employees to ensure that they know that the federal government will protect their rights despite their employer's unlawful actions.

### III. OTHER RELEVANT FEDERAL AGENCIES, STATUTES

As explained above, the Act protects employees' rights to engage in group, or collective, activity. There is no federal law requiring an employer to show just cause for discharge of an individual employee, although unions and employers may negotiate to include such a requirement in a collective-bargaining agreement. Instead, the relationship between employers and employees is characterized in American law as "employment at will." Thus, in the absence of a contract with such a just cause provision, an employer may discharge an employee, even a satisfactory employee, for any reason except a reason that is unlawful under a federal or a state statute. A number of federal laws give individual employees the right to be free from various types of unlawful actions.<sup>15</sup> These laws broadly fall into two categories and are summarized below. The departments or agencies that enforce such laws develop their own standards and procedures.

#### 1. Statutes intended to regulate employees' working conditions:

a. The Fair Labor Standards Act, which is administered by the Department of Labor, requires, among other things, that:

1) Employees be paid at least a minimum wage, which is established and changed by Congress periodically.

<sup>15</sup> Many states have similar laws that give workers various employment rights.

- 2) Employees be paid overtime for all hours worked in excess of 40 hours a week.
  - 3) Children be protected from working in oppressive or dangerous conditions.
  - 4) Men and women be paid “equal pay for equal work”.
- b. State workers’ compensation statutes intended to pay workers who cannot work because of injuries they incurred while working.
- c. The Occupational Safety and Health Act of 1970, which is intended to insure safe working conditions for employees. It permits inspectors of the U.S. Department of Labor to conduct reasonable safety and health inspections and, if appropriate:
- 1) To obtain abatement orders requiring employers to correct unsafe working conditions.
  - 2) To impose fines on any employer maintaining any unsafe working condition.
- d. The Federal Mine Safety and Health Act of 1970, which is intended to protect workers who work in frequently dangerous mines. Mine inspectors have the right to order the immediate closing of all or part of a mine because of unusually dangerous conditions. Miners affected by such closings are entitled to pay for up to a week. Employers must also give health and safety training to new miners.
- e. State unemployment compensation statutes that provide payments for several months for employees who have been laid off from their jobs because of lack of work, not because of any complaint about their performances. During the period laidoff employees are receiving unemployment compensation, they are supposed to seek new jobs.
- f. the Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act of 1986 (COBRA) conditioned the right of an employer of 20 or more employees to deduct the costs of providing group health insurance plan benefits, as a business expense for tax purposes, upon making those benefits available to terminated employees for at least 18 additional months unless they were terminated for gross misconduct.





- has a disability and can perform the “essential functions” of the job with or without reasonable accommodation by the employer.
- f. The Family and Medical Leave Act (FMLA) gives workers unpaid time off to deal with their serious medical problems or with those of a parent, spouse or child.

The statutes described above generally have provisions making it unlawful for an employer to retaliate against an employee because the employee has invoked his rights under a specific statute.

#### IV. BIBLIOGRAPHY

- COVINGTON, Robert N. and GOLDMAN, Alvin L., *Legislation Protecting the Individual Employee*, Washington, D.C., The Bureau of National Affairs, 1982.
- ESTREICHER, Samuel and HARPER, Michael C., *Cases and Materials on the Law Governing the Employment Relationship*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1990.
- FINKIN, Matthew W., GOLDMAN, Alvin L., SUMMERS, Clyde W., *Legal Protection for the Individual Employee*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989.
- GORMAN, Robert A., *Basic Text on Labor Law: Unionization and Collective Bargaining*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1976.
- Hardin, Patrick, editor-in-chief, *The Developing Labor Law: the Board, the Courts and the National Labor Relations Act*, third edition, Washington, D.C., The Bureau of National Affairs, 1992.
- MCGUINNESS, Kenneth C. and NORRIS, Jeffrey A., *How to Take a Case Before the NLRB*, fifth edition, Washington, D.C., The Bureau of National Affairs, 1986.

## PERSPECTIVAS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO EN EL NUEVO SIGLO

José DÁVALOS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Principios procesales*. IV. *Situación actual del procedimiento laboral y propuestas*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El hombre y el trabajo son viejos compañeros del camino; su recia comunión viene del tiempo y de la distancia. En este momento de la vida, hombre y trabajo han traspasado juntos el umbral de un nuevo siglo, que se presenta cargado de retos, pero también de esperanzas.

En el contexto de la evolución del derecho laboral, el derecho procesal del trabajo se desarrolló más lentamente que el derecho sustantivo. Sin embargo, en las últimas décadas el derecho procesal del trabajo ha tenido enormes transformaciones.

### II. ANTECEDENTES

La Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1931 y la de 1970, en lo referente al procedimiento laboral, no reflejaron la protección a la clase trabajadora que sustenta el artículo 123 constitucional. El procedimiento del trabajo se mantuvo alejado de la antorcha de la justicia social que ilumina las reivindicaciones de las mujeres y de los hombres que viven de su trabajo.

En la ley de 1970 se mantuvo al procedimiento laboral en la penumbra del principio de la igualdad formal de las partes. Entre pares, este principio es luz de equidad; entre dispares, la igualdad formal es sinónimo

1 Profesor de derecho del trabajo de la Universidad Nacional Autónoma de México.

de desequilibrio. Las normas basadas en tesis civilistas hicieron del proceso laboral un torneo de astucia y de prestidigitación, en el cual, uno de los contendientes disponía de la fuerza económica, en tanto que el otro se presentaba con sólo la creencia de que algún día habría justicia sobre la tierra.

El procedimiento del trabajo, con el paso del tiempo fue degenerando en una estructura estrecha y obsoleta. Resultaba ingenuo pensar, conforme al principio liberal de la igualdad de los hombres frente a la ley, que en un tribunal del trabajo el empleado tenía la misma capacidad para defender sus derechos que el patrón. Por esto, en la reforma de 1980 se plasmó, como premisa fundamental, la igualación del poder económico del empresario con la fuerza jurídica de un derecho de clase.

El pilar que dio soporte y contundencia a la reforma fue la razón hecha convicción de que también es igualdad tratar en forma distinta a quienes social, económica y culturalmente son desiguales. A partir de 1980 la LFT adquirió coherencia y unidad; desde entonces las disposiciones de derecho individual, colectivo y procesal, se asientan como una unidad indisoluble arraigada en los recios cimientos de justicia social del artículo 123 constitucional.

### III. PRINCIPIOS PROCESALES

Impregnadas de ese espíritu social fueron plasmadas las normas del nuevo procedimiento del trabajo, entre las que destacan: la preeminencia de la conciliación como vía para la solución de los conflictos; la concentración del procedimiento; la inmediatez procesal; la suplencia de la deficiencia de la demanda del trabajador, y la carga de la prueba al patrón.

1. La preeminencia de la conciliación. Es un deber de las juntas de Conciliación y Arbitraje propiciar el arreglo entre las partes. Por esto se dispone su intervención activa, exhortando a las partes a la avenencia y proponiendo alternativas de solución. Este empeño está presente en el procedimiento ordinario (artículo 876), en el procedimiento de los conflictos colectivos económicos (artículo 901), en los procedimientos especiales (artículo 895, fracción I), y en el procedimiento de la huelga (artículo 926).

2. La concentración del proceso. La concentración del proceso laboral (artículo 685) está estrechamente ligada con el viejo anhelo de contar con una impartición de justicia pronta y expedita. El juicio laboral ordinario concentra, en una sola audiencia, a las tres primeras etapas: conciliación, demanda y excepciones; ofrecimiento, y admisión de pruebas. La economía procesal, la concentración y la sencillez del proceso laboral, son elementos complementarios e indisociables.
3. La inmediatez procesal. Es la proximidad que las juntas deben tener con las partes y con las actuaciones procesales, a fin de poder dictar resoluciones con pleno conocimiento de los hechos controvertidos. Es decir, se deben conocer directamente los pormenores del juicio para resolver conforme a la verdad real y no a la verdad formal (artículo 685). No puede aspirarse a resoluciones certeras, si los juzgadores se aíslan detrás de un escritorio o de una barandilla, o se encierran en la caja de cristal de sus oficinas.

4. La suplencia de la deficiencia de la demanda del trabajador. Este principio significa la obligación de las juntas de apoyar al trabajador para el correcto ejercicio de sus derechos, siempre con base en la acción intentada o procedente y conforme a los hechos planteados en la demanda.

La actividad supletoria de las juntas tiene cuatro manifestaciones, que corresponden a otros tantos momentos procesales: a) completar las prestaciones al momento de admitir la demanda (artículo 685, segundo párrafo); b) señalar los errores u omisiones que note en el escrito de la demanda, para que los corrija el trabajador (artículo 873, segundo párrafo); c) el trabajador puede corregir la demanda en la primera audiencia, en la etapa de demanda y excepciones, si en el término de tres días que se le otorgó no subsanó las irregularidades que se le señalaron (artículo 878, fracción II), y d) advertencia de la caducidad al transcurrir tres meses, ante el peligro de la caducidad de la acción del trabajador por no promover durante seis meses (artículos 772 y 773).

5. La carga de la prueba al patrón. De acuerdo con lo señalado en el artículo 784, las juntas deben eximir de la carga de la prueba al trabajador, siempre que por otros medios puedan llegar al conocimiento de los hechos.

En la segunda parte del mencionado artículo 784 se señalan los casos sobre los que, de existir controversia, la carga de probar co-

rresponderá al patrón: I. Fecha de ingreso; II. Antigüedad; III. Faltas de asistencia; IV. Causa de rescisión de la relación laboral; V. Terminación de la relación o contrato por obra o tiempo determinado; VI. Constancia de haber dado el aviso por escrito del despido; VII. Contrato de trabajo; VIII. Duración de la jornada; IX. Pago de días de descanso y obligatorios; X. Disfrute y pago de vacaciones; XI. Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad; XII. Monto y pago del salario; XIII. Pago de la participación de las utilidades de la empresa, y XIV. Incorporación y aportación al fondo de la vivienda.

#### IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO LABORAL Y PROPUESTAS

La lucha cotidiana por buscar el estricto cumplimiento de la norma, hoy queda relegada a un segundo término frente a una verdad contundente: el encumbramiento del libre mercado que, embriagado de triunfo, pretende en esta hora de la vida situarnos en los tiempos del liberalismo individualista, en los que el hombre era visto como una pieza más de la maquinaria productiva, y su trabajo como una mercancía, como un artículo de comercio que se vendía al mejor postor.

Han transcurrido ya 20 años desde que se cambió el procedimiento laboral mexicano, y sin embargo tan importante avance normativo no acaba de convertirse en realidad tangible en el quehacer cotidiano de los tribunales del trabajo.

Obstáculos administrativos, tecnológicos, económicos y falta de voluntad política, se han conjugado para evitar que el procedimiento laboral sea el instrumento ágil y certero que concibió el legislador. Por esto me permito apuntar algunas propuestas, en relación con problemas específicos.

1. Conciliación. En los conflictos individuales del trabajo, dado el elevado número de los asuntos en trámite, la conciliación suele reducirse a la simple pregunta que la mecanógrafa hace a las partes de si desean o no llegar a un arreglo amistoso. Eso y nada es lo mismo.

Por lo que respecta al conflicto de huelga, la situación es diferente; se lleva con profesionalismo la actividad conciliatoria. Las autori-

dades ponen más empeño en este tipo de conflictos por la importancia y por las repercusiones económicas y políticas que pueden producir.

La lucha de clases no va a terminar mientras persista la injusta distribución de la riqueza; por esto la conciliación en materia laboral debe dejar de ser una caricatura, un remedo de avenencia. Es evidente que los conflictos laborales pueden encontrar un cauce equilibrado en las soluciones negociadas. La autoridad debe formar cuadros de funcionarios conciliadores preparados y convencidos de su importantísimo quehacer.

2. Juicio previo al despido. Se trata de una vieja propuesta del maestro Mario de la Cueva, que compartimos, y no perdemos la esperanza de que llegue a cristalizar en realidad. El objeto es que el patrón no pueda despedir al trabajador en forma unilateral, arbitraria, casi siempre sin justificación, porque sabe que el trabajador en la mayoría de las veces ni siquiera intentará defenderse.

Se propone que ningún trabajador pueda ser despedido sino por justa causa y como consecuencia de una resolución de junta competente, dictada en un juicio previo que no durará más de 10 o 15 días. Durante el juicio, el trabajador continuará laborando normalmente, a no ser que se trate de una causa que la Ley considere especialmente grave. Por ejemplo, el trabajador faltista podrá seguir concurriendo a su trabajo, mas no el empleado que agredió y amenazó de muerte al patrón.

3. Establecer el salario que se tomará como base en las indemnizaciones. Es urgente reformar el artículo 89, con la finalidad de que las indemnizaciones se paguen a los trabajadores con base en el salario que corresponda al puesto que ocupó el trabajador el día en que se cumpla el laudo, espontáneamente o por medio del procedimiento de ejecución.

Actualmente las indemnizaciones se pagan tomando como base el salario del día en que se da la causa que genera la indemnización. Como los juicios por lo regular se prolongan meses o años, el trabajador termina recibiendo migajas con el nombre de indemnización; se le entregan cantidades que no sólo no reparan el daño, sino que lo hundan más en la pobreza por las deudas que tiene que contraer durante todo ese tiempo.

4. Indemnización o reinstalación. Es necesaria una reforma de la Ley en el sentido de que el trabajador, frente a una situación de despido injustificado, pueda demandar sin tener que elegir, en el escrito de demanda, si desea ser reinstalado en su puesto de trabajo o indemnizado.

Esta trascendental decisión debe tomarse cuando se da cumplimiento al laudo, considerando las circunstancias de ese momento, porque es muy probable que hayan cambiado las condiciones con el transcurso del tiempo. Tal vez el trabajador se percató de que a su regreso a la empresa los jefes le harán la vida imposible para que renuncie; también puede ser que el trabajador que fue despedido ya consiguió otro empleo y para él no tiene sentido la reinstalación.

5. Hacer realidad la suplencia de la deficiencia de la demanda del trabajador. Este es un bellissimo principio, sinónimo de la equidad que debe prevalecer en el mundo de las relaciones de trabajo, pero que no se cumple en la práctica.

El cumplimiento de la Ley no es optativo, por tanto se deben aplicar sanciones a los servidores públicos de las juntas de Conciliación y Arbitraje que no suplan, en los distintos momentos procesales, las deficiencias que presente la demanda del trabajador.

6. Hacer realidad el principio de inmediatez. Debe contratarse un número de auxiliares que sea acorde con la cantidad de expedientes en trámite. Ya basta de que la justicia del trabajo quede en manos de las mecanógrafas; lo que no habla mal de las secretarías sino de los funcionarios que abandonan actividades que no son delegables. Ya basta de la incertidumbre que representa el hecho de que el proyecto de laudo lo elaboren auxiliares dictaminadores, cuya actuación no está prevista en la legislación y resuelven sin haber conocido siquiera a las partes, menos el desarrollo del juicio.

Por lo que hace a los representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno en los órganos jurisdiccionales de integración tripartita, es indispensable que estrechen el contacto con la realidad que van a juzgar, que salgan de sus cubículos y también conozcan a los actores del drama laboral que a diario se escenifica en los tribunales del trabajo.

7. Suprimir la prohibición a los abogados de participar en la conciliación. El artículo 876, fracción I, dispone: “Las partes comparecerán personalmente a la Junta, sin abogados patronos, asesores o



apoderados”. Esto es especialmente grave para el trabajador, porque se le obliga a comparecer a la audiencia de conciliación solo, frente al patrón o ante el representante legal de la empresa o los apoderados de ésta, quienes aprovechan esta situación para sacar ventaja. En esta disposición prevalece una imagen nociva de los abogados. Es cierto que hay litigantes que utilizan la táctica de alargar los juicios para justificar un pago de honorarios más alto. Es también verdad que en algunos casos el contacto directo entre las partes es la pauta para encontrar soluciones. Por equidad y para reivindicar la imagen de los abogados laboristas, debe suprimirse este desatino, de cuya buena intención no dudamos. Además esta situación atenta contra el derecho de libre representación. En este punto, además de la razón, habla el corazón.

8. Derogar el ataque del artículo 923 al derecho de huelga. La fracción XX del artículo 123 otorga a las juntas de Conciliación y Arbitraje la facultad de conocer y resolver los conflictos del trabajo. El artículo 926 prohíbe a las juntas que antes de estallar la huelga se pronuncien sobre la existencia o inexistencia, justificación o injustificación de la huelga. El artículo 459 establece las causas por las cuales las juntas pueden declarar inexistentes a las huelgas: a) falta del requisito de mayoría; b) no cubrir los requisitos de fondo por no perseguir la huelga alguno de los objetivos señalados en el artículo 450, y c) no cubrir los requisitos de forma del artículo 920. Conforme al artículo 923, extraña incorporación a la reforma procesal de 1980, el presidente de la Junta tiene el gran poder de desechar el emplazamiento de huelga, apenas habiéndose presentado el pliego de peticiones ante la Junta, en los supuestos siguientes: a) cuando el emplazamiento no cumple los requisitos de forma, o b) cuando no se cumplen los requisitos de fondo, porque el sindicato que emplaza a huelga a la empresa no es el titular del contrato colectivo, o porque se pretende la firma de un contrato colectivo cuando ya está uno depositado ante la Junta.

Esto equivale a la calificación previa de la huelga que es el sueño dorado de los patrones desde el proyecto de Ley del Trabajo de 1929.

9. Exigencia de la cédula profesional a los litigantes. Debe acabarse de una vez por todas con los “coyotes” que tanto lastiman la loable función del verdadero abogado y que tanto daño causan a los tra-

bajadores. Pierden los juicios por ignorancia, por negligencia o porque pactan con los abogados de los patrones arreglos contrarios a los intereses de los trabajadores.

10. Modernizar a las juntas. Ya es tiempo de que en los tribunales del trabajo se dejen descansar de una vez y para siempre a las viejas y serviciales máquinas de escribir, que ya deberían estar “jubiladas” en la vitrina de algún museo. Para esto es indispensable contar con los beneficios de los sistemas informáticos modernos. Mucho hay que hacer en este rubro.

La aplicación de la informática en la impartición de justicia, jamás debe relegar a un segundo plano al juzgador, por una simple razón que el maestro brasileño Mozart Víctor Russomano explica con su habitual transparencia: “La máquina es ciervo del individuo y de la comunidad. Jamás la sentencia podrá ser fruto de la mecanización de los servicios judiciales. Se inventó la máquina que produce. Se inventó, después, la máquina que piensa. Pero, no se inventó hasta hoy, ni se inventará jamás, la máquina que siente”. La máquina capaz de sentir, es la suprema creación divina: es el Hombre.

11. Carrera judicial en las juntas. Se trata de evitar que los cargos de secretario de acuerdos, auxiliar y presidente de las juntas, los ocupen personas sin experiencia, gente sin preparación. Se pretende acabar con el compadrazgo, el nepotismo y la improvisación; que estos cargos sean escalonados, para que las personas preparadas y experimentadas sean las encargadas de administrar la justicia laboral.

Es inaplazable poner a funcionar programas de formación y actualización intensivos y permanentes. Es necesario crear sistemas de estímulos y promociones; diseñar y ejecutar una auténtica carrera judicial en los tribunales del trabajo.

El cambio de estructuras judiciales, la modernización de las juntas y la capacitación del personal, serían inútiles si no tienen como premisa un cambio de mentalidad de los representantes de los sectores, y del personal jurídico y administrativo de los tribunales del trabajo, que los conduzca a quebrar moldes y atavismos burocráticos.

12. Las juntas de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial. Deben ser reformadas la Constitución y la Ley para que con precisión

se determine que las juntas de Conciliación y Arbitraje pertenecen al Poder Judicial.

Una reforma de este tipo sería acorde a la naturaleza de las cosas y conforme al sentido común. Las juntas son tribunales cuyo quehacer es resolver los conflictos individuales y colectivos, jurídicos y económicos, que se presentan en materia laboral. Las juntas gozan de independencia y autonomía. No son tribunales de última instancia; sus resoluciones pueden ser revisadas por el Poder Judicial de la Federación y les obliga la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito. Los representantes del gobierno, de los trabajadores y de los patrones gozan de estabilidad en su empleo; los presidentes tienen prestaciones económicas semejantes a las de los magistrados de los demás tribunales.

Con la renovación que se apunta, el nombramiento de los funcionarios y de los presidentes de las juntas, la vigilancia y disciplina de estos servidores, será facultad exclusiva del Consejo de la Judicatura, estableciendo el servicio civil de carrera a que se alude en el punto anterior. La honestidad y formación profesional de los servidores públicos debe ser ya una realidad en el ámbito de la justicia del trabajo.

Hay que romper de una vez por todas los lazos que atan a las juntas con el Poder Ejecutivo, que en ocasiones les impide juzgar con agilidad, objetividad e independencia. Sería un elemento más en favor de la deseable división de poderes, de su autonomía, elemento indispensable en todo Estado de derecho.

## V. CONCLUSIONES

El movimiento pendular de la historia permite observar desde ahora un necesario reacomodo de fuerzas que nos alejará de los radicalismos, de las posiciones extremas, de los fanatismos, y que nos colocará nuevamente en una situación de equilibrio, desde donde se podrá retomar el rumbo hacia la justicia social.

La prudencia indica que hay que evitar desgastes innecesarios. Con madurez debería impedirse la reversión del derecho del trabajo, fenómeno que se está dando en estos momentos y que consiste en la pre-

carización del empleo y el sometimiento de los empleados. Hay que evitar otro brusco movimiento pendular, en el que la historia tendría que poner a cada quien en su sitio.

Es impostergable que se produzca un cambio de actitud de parte de los funcionarios y de los empleados de las juntas de Conciliación y Arbitraje. Una transformación que traiga como resultado venturoso, la recuperación de la confianza del mundo laboral en la impartición de la justicia del trabajo. Una actitud que nos aproxime al ideal de la justicia pronta y efectiva, y que nazca del convencimiento de que el proceso de aplicación de la norma exige conocimiento, prudencia y valentía.

La impartición de justicia pronta, imparcial y apegada a derecho, nunca es obra del azar, tampoco es hija de la improvisación, deriva necesariamente de leyes sabias, y de hombres y mujeres de recia formación jurídica y ética. Una buena ley sin un buen juez que la aplique, no pasa de ser una bella obra literaria. Un buen juez sin una buena ley, es derroche de talento, cuyo destino es el basurero de las buenas intenciones.

Es necesario que el proceso del trabajo vuelva a tomar su cause humanista. Humanismo que debe impregnar a los principios procesales, a los tribunales del trabajo, y a las acciones de los hombres y las mujeres encargados de impartir justicia. El humanismo en el ámbito de las relaciones de trabajo es la mejor defensa contra los embates de la ambición que nace del desenfreno del libre mercado.

Cuando los avances de la ciencia, cuando las calamidades económicas hacen más pobres a los que menos tienen, cuando la quiebra y la pérdida de los valores morales, cuando la formación de megabloques comerciales, cuando la amenaza de la clonación humana, bajan como espesa niebla y nos impiden ver el camino, hay que tener conciencia de que el sendero es el mismo, de que la tempestad no cambia el derrotero; la estrella sigue señalando hacia el destino supremo de la justicia.

El rumbo se sigue llamando justicia.

## CONFERENCIA MAGISTRAL

# LA CONCERTACIÓN Y EL DIÁLOGO SOCIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE MÉXICO: EL DIÁLOGO OBRERO-EMPRESARIAL “HACIA UNA NUEVA CULTURA LABORAL”<sup>1</sup>

Javier MOCTEZUMA BARRAGÁN<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justificación del tema*. III. *Ámbito laboral internacional*. IV. *Situación laboral en México*. V. *Concertación y diálogo social*. VI. *El diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral”*. VII. *Consideraciones finales*.

## I. INTRODUCCIÓN

El gobierno mexicano tiene como uno de sus objetivos primordiales consolidar la normalidad democrática en nuestro país, la cual ya permea las distintas esferas de la vida nacional. El ámbito laboral no es la excepción, pues durante la gestión presidencial del doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, el diálogo y la concertación, pilares fundamentales de la democracia, rigen las relaciones laborales.

En el marco de dicho diálogo, la concertación ha hecho posible, como veremos, que los factores productivos acuerden, por consenso, un conjunto de principios y propuestas para mejorar las relaciones obrero-patronales y enfrentar exitosamente los retos de los grandes cambios a escala mundial.

En efecto, el gobierno federal, por conducto de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, impulsa y facilita el diálogo obrero-empresarial hacia una nueva cultura laboral que, como mostraré en este trabajo, constituye un verdadero diálogo social entre fuerzas productivas.

1 Conferencia magistral sustentada en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo “Relaciones laborales en el siglo XXI: análisis comparativo”, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 19 de mayo de 2000.

2 Subsecretario del Trabajo de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Asimismo, los procedimientos alternativos de solución de controversias en el ámbito laboral, como son la mediación y la conciliación, han sido privilegiados por las autoridades del trabajo, dada su probada eficacia en la prevención y solución de litigios.

## II. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en su obra *Estudios económicos 1997* dedicado a México, ha destacado entre los acontecimientos más sobresalientes de los últimos años la firma del acuerdo obrero-empresarial en el que se establecen los principios de la nueva cultura laboral. Dicho acuerdo fue bien recibido por dicha organización, en cuanto que ofrece una base para el desarrollo de prácticas, tanto por parte de trabajadores como de empleadores, que pueden facilitar la adecuación al nuevo entorno económico y elevar los niveles de productividad.

Esto es, la construcción de una nueva cultura laboral no es un ejercicio académico ni una moda pasajera, sino que responde a la necesidad de promover una nueva relación laboral, basada, fundamentalmente, en la cooperación y participación, y no en la confrontación, que permita no sólo crear un entorno favorable para atraer capitales productivos, sino también la innovación productiva, en un marco de alta competitividad, revolución tecnológica, la abolición del tiempo y las distancias, así como la mundialización del capital.

La idea de impulsar una nueva cultura laboral no es patrimonio exclusivo de un grupo, sino que ha sido acogida por diversas organizaciones que son expresión del pluralismo existente en México, al amparo de un Estado constitucional de derecho. Así, por ejemplo, el Frente Auténtico del Trabajo (FAT) ha llamado a construir una nueva cultura del trabajo (aunque utiliza el término “nueva cultura sindical” para hacer hincapié en el papel que los sindicatos están llamados a desempeñar), y al efecto ha enfatizado la importancia de la *colaboración*, la comunicación, la corresponsabilidad y la disciplina en el centro de trabajo.

Por ello, es inexacto afirmar la idea simplista y reduccionista, que sostienen algunas voces aisladas, de que la nueva cultura laboral no es sino el resultado de un pacto corporativo. Dicha aseveración queda refutada por el hecho de que es un diálogo realizado por agentes autónomos

al amparo de nuestras libertades constitucionales y sus resultados están abiertos al escrutinio social.

### III. ÁMBITO LABORAL INTERNACIONAL

Como dice el especialista Michael Renner, en un reciente artículo intitulado “Creating Jobs, Preserving the Environment”, en el inicio de un nuevo milenio la naturaleza del trabajo está cambiando rápidamente, en una medida sólo comparable a la Revolución Industrial.

Estamos inmersos en una tercera Revolución Industrial, que se caracteriza, principalmente, por el uso generalizado de la informática, el empleo de nuevos materiales y la adopción de novedosas formas organizativas para desarrollar los procesos económicos.

Además, la revolución informática ha permitido que más personas tengan acceso a la información que anteriormente era privilegio de unos cuantos, lo cual ha dado mayor poder a la sociedad en su conjunto.

Dichos cambios han incidido en el trabajo humano. En una época dominada por los acelerados cambios tecnológicos, el trabajo ha superado su connotación de mano de obra y se ha convertido en una actividad creativa que exige la potenciación de aptitudes y el desarrollo de nuevas habilidades.

Así, un puesto de trabajo permanente para toda la vida productiva de una persona será la excepción más que la regla; a lo largo de sus vidas laborales las personas estarán empleadas de tiempo completo o de tiempo parcial; estarán en periodos de entrenamiento o de reentrenamiento; trabajarán en uno o en otro puesto de trabajo o estarán inactivos por algún tiempo, capacitándose para mejorar sus competencias laborales. El acortamiento del tiempo en que las personas estarán desempleadas dependerá de la mayor expansión económica, entre otros factores.

El crecimiento poblacional ha marcado también esta época. Al inicio de nuestra era, la población total del planeta era de 100 millones de personas, cantidad prácticamente igual al aumento de la población mundial observado en 1997.

Así, la población mundial se ha cuadruplicado en el siglo XX al llegar a 6 mil millones de personas. La economía mundial es 17 veces más grande. En sólo un año, en 1997, la economía global sobrepasó el crecimiento alcanzado durante todo el siglo XVII.



La economía mundial se ha expandido. Apertura comercial e interdependencia de los países son la divisa de nuestra época.

Sin embargo, dichos cambios pueden traer aparejadas consecuencias indeseables para la humanidad. La economía mundial no puede expandirse indefinidamente si los ecosistemas de los que depende continúan deteriorándose, por lo que resulta indispensable impulsar un desarrollo sustentable.

Los esfuerzos que hagamos para construir una economía sustentable, a su vez, no pueden separarse de los esfuerzos para satisfacer las necesidades básicas de la población en extrema miseria. De donde surge la necesidad de respetar los derechos humanos.

Es necesario romper con la dinámica de una mayor riqueza material, en algunas zonas del planeta que, sin embargo, trae aparejada una gran incertidumbre en los mercados laborales de otros países, con todos los impactos negativos sociales en los individuos, familias y comunidades.

Como es bien sabido, en las economías modernas el trabajo constituye la principal fuente de ingresos para la mayor parte de las personas que integran la fuerza laboral.

No obstante, se calcula que más de 1,000 millones de personas, es decir, un tercio de la población activa del mundo, están desempleadas, o subempleadas.

Aunado a ello, la fuerza de trabajo crece muy dinámicamente en el ámbito mundial. Debido al crecimiento poblacional, se estima que durante los próximos 50 años, el mundo necesitará crear más de 30 millones de empleos adicionales cada año.

El desempleo juvenil está en ascenso en una proporción mayor que el crecimiento de la fuerza laboral en su conjunto. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, en todo el mundo hay cerca de 60 millones de jóvenes de entre 15 y 24 años que buscan trabajo pero no lo encuentran.

En Europa hay 15 millones de desempleados, mientras que, según datos de la misma OIT, 18 millones de personas en América Latina están desempleadas en el medio urbano. La tasa de desocupación en dicha región se calcula que fue de 8.8% en 1999. En diez de los 15 países latinoamericanos en los que se cuenta con información, la tasa de desempleo fue de dos dígitos.<sup>3</sup> La Comisión Económica de la Orga-

3 En Colombia llegó al 19.8%.

nización de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), al celebrar en esta ciudad su 28 periodo de sesiones informó que en la región siete de cada 10 puestos de trabajo se han creado en condiciones informales.

Frente a este panorama, si observamos las agendas políticas de los Estados, veremos que en primerísimo lugar está la demanda de muchos ciudadanos por obtener empleo.

México no es ajeno a este problema internacional.

#### IV. SITUACIÓN LABORAL EN MÉXICO

La población de México suma más de 98.1 millones de habitantes, el doble de la población que había en 1970. Los cambios demográficos han implicado profundas transformaciones en la pirámide poblacional. Destaca un aumento considerable en la proporción de jóvenes y adultos y un porcentaje creciente de adultos mayores.

La población en edad de trabajar, medida por la Población Económicamente Activa (PEA), pasó de 28.8 millones en 1988 a 39.5 millones en 1998,<sup>4</sup> lo que coloca a México entre los primeros países en el mundo con mayor PEA. Aunado a ello, se registra en México una emigración internacional por razones laborales.

En este contexto, el desafío es crear empleos productivos y de calidad en el sector formal de la economía. Hay una fuerza de trabajo muy dinámica en México, pues más de un millón de personas buscan ingresar cada año a la economía formal.

Asimismo, resulta decisivo impulsar el crecimiento real de los salarios de los trabajadores, mediante la elevación de la productividad

Por consiguiente, el ámbito laboral enfrenta una serie de retos provenientes de las profundas transformaciones económicas, sociales y demográficas de las últimas décadas, y aun cuando se han registrado importantes esfuerzos, los desafíos para alcanzar mejores niveles de empleo aún persisten.

4 La tasa de natalidad descendió considerablemente: de 3.5% en 1970 a 1.8% en la actualidad. Hay una inercia demográfica del pasado, que incide en la población comprendida entre 15 y 64 años, que representa la oferta potencial de trabajo. La tasa de crecimiento de la fuerza de trabajo presenta un fuerte dinamismo: en 1970 por cada 100 personas de 12 años o más, 43 eran económicamente activas, proporción que se elevó a 57 por cada 100.

Lo anterior explica el lugar prioritario que, en la agenda del gobierno de México, tiene el impulso al crecimiento económico y la puesta en práctica de políticas y programas que permitan mantener en forma sostenida dicho crecimiento.

El régimen del presidente Ernesto Zedillo impulsa un crecimiento económico sostenido y sostenible, bajo la premisa de que el mayor dinamismo de la economía permitirá generar más y mejores empleos que los mexicanos demandan legítimamente.

Como consecuencia de lo anterior, la inflación en 1999 fue la más baja desde 1995 y menor a la estimada originalmente, al alcanzar 12.3% en lugar de 13.0%.

Como resultado de ello, en 1999 el crecimiento del producto interno bruto en términos reales alcanzó 3.7%, superior al pronóstico del 3%.

En consecuencia, el mercado laboral ha tenido un desempeño positivo, lo que se ha traducido en más empleos, una mejoría en los salarios reales y una significativa reducción de la conflictividad laboral.

La tasa de desempleo abierto (TDA) en 1999 se ubicó en 2.5% de la población económicamente activa (PEA), la más baja desde que se registra este indicador, es decir, desde 1985.<sup>5</sup> El promedio del desempleo abierto en el ámbito nacional tuvo una duración de 4.9 semanas.

En el pasado mes de marzo del año en curso, la tasa de desempleo abierto llegó a 2.1%, frente al 2.7% registrado en el mismo periodo del año anterior.

La tendencia general ascendente del empleo se confirma con el crecimiento en el número de trabajadores asegurados permanentes del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). En 1999 se generaron un total de 706 mil 41 empleos, lo que representa un aumento del 6.2% respecto a los que había en diciembre de 1998.

De acuerdo con datos del IMSS al 15 de abril del año en curso, se han generado 243 mil 945 empleos, entre permanentes y eventuales, con lo cual se espera que en el presente año el empleo tenga un comportamiento más favorable que el anterior.

5 Entre las ciudades con mayores tasas de desempleo en 1999, están: Monclova, con 3.8%, Tuxtla Gutiérrez, con 3.7, Villahermosa y Coatzacoalcos con 3.6% cada una, Distrito Federal con 3.2 y Pachuca y Tlaxcala con 3.1%. Las ciudades con menores tasas de desempleo son: Ciudad Juárez, 0.7%, Tijuana con 0.9, y Celaya, León y Cancún con 1.1%.

Es importante mencionar que la relación entre trabajadores asegurados permanentes y la población económicamente activa pasó de 22.2% a 27.97% entre junio de 1995 y 1999.

En la industria maquiladora de exportación, una de las áreas más dinámicas en la generación de empleo en nuestro país, el total de personal ocupado alcanzó en el pasado mes de febrero del año en curso fue de 1.2 millones de personas.

La política laboral del presente régimen gubernamental se ha significado por una defensa irrestricta de los derechos laborales y una ampliación de los mismos, a fin de preservar el equilibrio armónico entre los factores de la producción.

En el marco de la creciente democratización de México, las libertades en el ámbito laboral, consagradas constitucionalmente, se han fortalecido, como son: la libertad de asociación, la libertad sindical y la libertad de negociación.

El gobierno mexicano propicia la libertad de negociación de los contratos colectivos entre las partes, de acuerdo con las condiciones específicas de cada empresa.

La libre negociación salarial entre las partes ha probado ser positiva, pues fomenta la estabilidad laboral, necesaria para atraer nuevas inversiones y, por lo tanto, para crear nuevos puestos de trabajo.

Se calcula que en nuestro país la creación de un nuevo empleo en el sector más moderno de la economía, *v. g.*, en los ramos de telecomunicaciones, automotor, petroquímica y electrónica, cuesta alrededor de 266 mil dólares anuales.<sup>6</sup>

El promedio de los incrementos salariales en el ámbito federal en 1999 fue de 16.8%, contra una inflación, como se dijo, del 12.32%.

El objetivo para el año 2000 es alcanzar una inflación que no exceda del 10%. En el pasado mes de abril la inflación anualizada se ubicó en 9.73%.

Asimismo, para este año los principales consultores esperan que el desempeño económico de México sea de los mejores de América Latina, con un crecimiento estimado entre el 4.38% y el 4.50%.

Es importante destacar que trabajadores y empresarios han mostrado un alto grado de entendimiento mutuo, corresponsabilidad y madurez.

6 Esta cifra resulta de que para generar 46,310 empleos directos en el presente año, empresas extranjeras destinarán 12,377 millones de dólares.

Así, durante el gobierno del presidente Zedillo se ha registrado una baja considerable, en forma consistente, en la conflictividad laboral, pues mientras que en 1994 se registraron en el ámbito federal 116 huelgas, en 1999 estallaron sólo 32.

En el primer cuatrimestre del año en curso, de los emplazamientos registrados en la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, han estallado sólo 11 huelgas, frente a las 14 registradas en el mismo periodo del año anterior, lo que representa 21.5% menos huelgas.

(Quisiera comentar, a manera de referencia, que según *The Washington Post* el número de disputas laborales en China se elevó a más de 120 mil en 1999. Sólo en Beijing el número de conflictos colectivos se cuadruplicó en 1999. Según un especialista, no se incluyen estadísticas sobre huelgas, que por cierto están prohibidas, pues no hay información oficial disponible y los funcionarios chinos suprimen esos datos por temor a dañar sus carreras políticas.)

## V. CONCERTACIÓN Y DIÁLOGO SOCIAL

En nuestro país, la concertación ha sido un instrumento fundamental, mediante el cual los sectores obrero, campesino y empresarial, así como el gobierno federal, han conjuntado sus esfuerzos en forma decidida para combatir la inflación y promover un crecimiento económico vigoroso y sustentable en beneficio de la población en general.

Actualmente, en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se reúne periódicamente la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Cooperación y Consulta de los Sectores Productivos, que aglutina a las principales organizaciones de trabajadores y organizaciones empresariales, así como a diversas dependencias del gobierno federal, como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y el Banco de México. Se trata de un diálogo permanente, en el que se da seguimiento a la evolución de los principales aspectos de la economía y el empleo.

La figura de la concertación social tiene entre sus antecedentes los acuerdos sociales pactados en algunos países europeos, como España e Italia, a mediados de la década de los ochenta, aunque sus raíces pueden rastrearse en la idea asociada al pensamiento de Rosseau del “pacto limitativo de libertades individuales y no naturales (no sustanciales), en

aras de una organización social recíprocamente beneficiosa para los asociados y para la sociedad”.

En México, la concertación se inscribe dentro del marco jurídico vigente, pues, como veremos, el nuevo contractualismo en que se funda la concertación, tiene sustento en las garantías constitucionales de asociación y de coalición, previstas en los artículos 9o. y 123, fracción XVI, constitucionales, respectivamente. Además, nuestra Constitución Política, en su artículo 26, prevé la figura de la concertación en el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional.

“Concertar” significa, según sabemos, hacer converger voluntades y actitudes para intentar resolver, mediante la conciliación, asuntos en los que se reflejan puntos de vista e intereses distintos, generalmente contrapuestos.

Mediante la concertación, se ha desarrollado la figura del diálogo social.

Como dice J. Luis García Ruiz en su contribución a la interesante obra intitulada *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, coordinada por Federico Durán López, en algunos países se ha reconocido a los sindicatos y a las organizaciones empresariales un papel que va más allá del mero ejercicio de los derechos de libertad de asociación y de sindicación, y que los ha colocado como actores en la formación de consensos sociales; un estatus incluso reconocido constitucionalmente (v. g., en la Constitución española de 1978). Ello ha permitido la suscripción de acuerdos, ya tripartitos (gobierno, sindicatos, y organizaciones empresariales), ya bipartitos (gobierno y algunos de los interlocutores sociales).

Dada la índole de los actores que participan en la búsqueda de consensos y los intereses que representan, se ha dado en llamar a este proceso un diálogo social mediante la representación negociada de “intereses”. De ahí la necesidad de que los consensos que se alcancen sean legítimos y no meramente fácticos.

La presencia de la autoridad en tales acuerdos distingue a éstos de los meros acuerdos bilaterales. La intervención del poder público puede permitir la transformación de los acuerdos en normas jurídicas, de conformidad con los procedimientos constitucionales.

El diálogo social mediante la representación negociada de intereses es cada vez más frecuente en diversos países (en la Unión Europea y en nuestro continente).

En América Latina los mecanismos de diálogo y concertación sociales han sido paulatinamente integrados de manera plena en las estrategias de política laboral.

En 1996 se llevó a cabo en Santafé de Bogotá, Colombia, la primera reunión del Grupo de Trabajo sobre “Diálogo social y negociación colectiva en las Américas”. Este Grupo fue conformado en la X Conferencia de Ministros de Trabajo —foro enmarcado dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA)— celebrada en Buenos Aires, Argentina, con el propósito de examinar las fórmulas que se utilizan en la región para intensificar el diálogo social.

El Grupo consideró que el diálogo social debería plantearse como meta la creación de espacios, mediante un proceso que diera legitimidad social al crecimiento económico con equidad y estabilidad política democrática.

Según la OEA, la necesidad de la modernización y del uso intensivo de la concertación obedece a que en la región “la globalización y los procesos de integración económica están teniendo efectos aún más desestabilizadores sobre el sistema de relaciones laborales debido no sólo a la debilidad de los sistemas formales, sino principalmente al crecimiento del sector informal”.<sup>7</sup>

El estudio de la OEA destaca las experiencias de concertación y diálogo de Argentina, Chile, República Dominicana, Uruguay y México. En estos países los trabajadores, los empleadores y el gobiernos han logrado consolidar mecanismos nacionales de concertación.

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera fundamental fomentar en todas partes el tripartismo —que es su propia esencia como institución internacional—, el diálogo social, la negociación colectiva y la disposición para el compromiso. La OIT ha instado a los gobiernos y a los interlocutores sociales a “situar el diálogo social en el centro de todas las políticas económicas y sociales, como instrumento indispensable para el progreso y la estabilidad”.

Interesantes experiencias de diálogo social se han registrado también en la Unión Europea.

7 *Diálogo Social en las Américas*, 1998.

El diálogo con los interlocutores sociales es uno de los pilares del modelo social europeo. El derecho a la libertad de asociación y a la negociación colectiva existe en todos los Estados miembros de la comunidad. Se procura “desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideran conveniente, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes”, tal como dispone el artículo 138 del Tratado de la Unión Europea.

El 18 de septiembre de 1996, se aprobó la Comunicación Relativa al Desarrollo del Diálogo Social a Escala Comunitaria. Dicho diálogo social incluye los debates entre los interlocutores sociales europeos, sus acciones conjuntas y sus posibles negociaciones. Dicho debate ha permitido a los interlocutores sociales transmitir sus opiniones a las instituciones de la Unión Europea e informar a sus miembros sobre las iniciativas que les afectan directamente, lo cual ha mejorado la calidad de las decisiones políticas y ha facilitado su aplicación en el sector económico y social.

La citada disposición comunitaria ha hecho que en los años recientes los “pactos” y las “mesas de negociación” se hayan multiplicado en Europa, para coordinar las políticas de empleo y competitividad. Algunos “pactos sociales” donde intervienen el gobierno, los trabajadores y los empleadores, se han dado en Bélgica, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal.

Ahora bien, como se anticipó, la representación negociada de intereses en el seno de órganos consultivos se ha constitucionalizado, tal ha sido el caso de las Constituciones de Francia, Italia, Portugal y España. En nuestra región está el ejemplo de la Constitución de Colombia, en donde se firmó en junio de 1995 un pacto social que muestra claramente la importancia de contar con un ambiente laboral de cooperación y concertación para aprovechar las ventajas de los flujos de capital, la transferencia tecnológica y la especialización productiva.

Las experiencias reseñadas permiten señalar que las relaciones laborales tendrán que ser necesariamente cada vez más cooperativas y menos conflictivas.

No se trata, desde luego, de negar u ocultar las raíces del conflicto en la sociedad, sino que se trata de potenciar los mecanismos de colaboración y participación entre los actores sociales.



Tampoco se pretende cancelar el papel reivindicatorio de los sindicatos, sino que, por el contrario, en esta época caracterizada por la mundialización del capital, la revolución tecnológica, la división internacional del trabajo y las modernas comunicaciones que han acortado las distancias, los sindicatos están llamados a desempeñar un papel fundamental en las reivindicaciones de los trabajadores.

El mundo del trabajo está cambiando, lo que exige un profundo diálogo social entre sindicatos, empresarios y gobierno cuyo esfuerzo conjunto y corresponsable permita afrontar con éxito los cambios introducidos por la globalización en el ámbito productivo.

Un concepto clave en el diálogo social es la *participación*, ya que ésta hace posible una mejora de las relaciones laborales.

Frente al reto de generar mayor número de empleos y éstos de calidad, es necesario favorecer las prácticas del diálogo y la concertación. La creación de empleo debe ser un objetivo compartido. Los esquemas de antagonismo y confrontación mal pueden servir a ese objetivo.

En un sistema democrático, la participación de las organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en la formación de políticas públicas está garantizada.

Estamos muy lejos de los regímenes corporativos autoritarios de los años treinta en algunos países, que emplearon métodos supuestos de representación de intereses para ocultar la falta de instituciones democráticas.

Por consiguiente, un auténtico diálogo social tiene su lugar natural en un Estado constitucional de derecho.

A continuación, reseñaré la experiencia mexicana en materia de diálogo social.

## VI. EL DIÁLOGO OBRERO-EMPRESARIAL “HACIA UNA NUEVA CULTURA LABORAL”

El diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral” que actualmente se desarrolla en México, constituye una instancia de diálogo social, que tiene entre sus objetivos revalorar el trabajo humano y, por tanto, la dignidad de los trabajadores.

La nueva cultura laboral constituye un conjunto de principios, actitudes y pautas que, en forma corresponsable, los factores productivos

del país han consensado y asumido para enfrentar exitosamente en el ámbito de la actividad productiva, los acelerados cambios de este fin de siglo.

Así, con una visión de largo plazo, los agentes productivos perciben que mediante una nueva cultura laboral será posible consolidar una economía más eficiente y competitiva, que permita crear más empleos productivos y mejor remunerados.

El diálogo obrero-empresarial es fructífero, plural e incluyente, y ha generado importantes resultados concretos desde que dio inicio en 1995.

El 25 de julio de 1995 Fidel Velázquez, entonces líder de la CTM, la principal central obrera del país por el número de agremiados, y el licenciado Carlos Abascal, entonces presidente de la Coparmex, suscribieron un documento de 11 puntos, intitulado “Por una nueva cultura laboral”, en el que reconocen que la globalización debe alentar la creatividad, la responsabilidad y la imaginación de todos los mexicanos para forjar una nueva cultura laboral que permita alcanzar “el pleno empleo con productividad y calidad para la competitividad. Asimismo, las partes firmantes acordaron que la nueva cultura laboral debe tener como soporte “el diálogo, la concertación y la unidad de esfuerzos entre las organizaciones sindicales y los directivos empresariales”. Asimismo, en el citado documento, la CTM y la Coparmex solicitaron a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social que facilitara el diálogo a fin de traducir en acciones concretas una nueva cultura laboral.

El 11 de septiembre de 1995 se instaló su Comisión Central, órgano decisorio principal, y el Comité Técnico, instancia de análisis y de estudio, ambos órganos integrados por representantes obreros y por representantes empresariales.

Es importante señalar que el Comité Técnico del diálogo tiene una amplia representatividad pues en el mismo están representadas las principales organizaciones de trabajadores y de empleadores del país. En efecto, a los representantes originales de la Confederación de Trabajadores de México (CTM) y del Congreso del Trabajo, se han sumado los representantes de la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC), del Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana, integrante de la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), y de la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM). Por parte de los empresarios, en el Comité Técnico están representados el Consejo Coor-

dinador Empresarial (CCE) y las principales cámaras patronales e industriales, como son la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex), la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (Canacintra) y la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos (Concamin).

Se distinguen cuatro diferentes etapas en los trabajos de este diálogo social.

La primera parte del diálogo, como resultado del trabajo realizado por ocho mesas de trabajo,<sup>8</sup> culminó con el documento intitulado “Principios de la nueva cultura laboral” suscrito por los representantes obreros y los representantes empresariales el día 13 de agosto de 1996, con la presencia, como testigo honorario, del doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, titular del Poder Ejecutivo Federal, en la residencia oficial de Los Pinos.

El documento citado, cuya validez ha sido reconocida por sus propuestas, ha constituido el marco de referencia para el análisis de los tópicos laborales en el diálogo.

Los representantes obreros y los representantes empresariales continúan sus trabajos en torno a la nueva cultura laboral. El Comité Técnico se reúne cada semana; a la fecha ha celebrado 119 reuniones. Las perspectivas del diálogo son alentadoras, habida cuenta de la actitud abierta, decidida y responsable de las organizaciones obreras y empresariales, las cuales están conscientes de la necesidad de enfrentar con éxito los cambios registrados a escala mundial, y que tienen repercusión en la actividad productiva.

En segundo término, como resultado de los consensos alcanzados, la Comisión Central en su sesión del día 3 de diciembre de 1997, aprobó por unanimidad someter a la consideración y, en su caso, aprobación de las juntas de Conciliación y Arbitraje, sendas recomendaciones para: i) enfrentar la problemática derivada de los conflictos de titularidad de los contratos colectivos de trabajo, y ii) publicar datos sobre registro de sindicatos, a fin de que las autoridades laborales competentes, en el ejercicio de sus atribuciones legales, determinen lo conducente, en su ámbito

8 Las mesas de trabajo fueron las siguientes: 1. Código de Ética; 2. Empleo; 3. Remuneraciones; 4. Capacitación y Formación; 5. Productividad, Calidad y Competitividad; 6. La empresa y su papel en la sociedad; 7. Derechos y Obligaciones; 8. Conflictos y Justicia Laboral. En estas mesas se contó con la participación del SME y del SNTRM.

competencial, en un marco de pleno respeto a la autonomía y jurisdicción de los tribunales laborales.

La recomendación relativa a la publicación de datos sobre registro de sindicatos fue asumida por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, conforme a sus atribuciones legales, y fue puesta en práctica desde diciembre de 1997. Este ejemplo ha cundido en el Distrito Federal y en otros estados de la República.

Asimismo, dentro del marco del diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral”, se han firmado diversos acuerdos de respeto y colaboración entre sindicatos y empresas.

Es importante remarcar que los sectores productivos están profundamente conscientes de que, a la par de consolidar una nueva cultura laboral, que permita mejorar las relaciones obrero-patronales, es necesario modernizar el derecho procesal del trabajo a fin de asegurar la plena vigencia de la garantía constitucional de acceso a la justicia laboral.

En ese sentido, y como tercera etapa, los representantes obreros y los representantes empresariales en el Comité Técnico aprobaron, por consenso, en su sesión de fecha 1 de diciembre de 1998 el documento intitulado: “Propuestas acordadas para mejorar las relaciones obrero-patronales en materia de derecho procesal del trabajo”<sup>9</sup>.

Entre las principales propuestas acordadas —cuarta etapa— destaca la elaboración de un anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, que

<sup>9</sup> La Comisión Central conoció dicho documento en su sesión de fecha 15 de diciembre de 1998, e instruyó al Comité Técnico para trabajar en la elaboración de un anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, de conformidad con las propuestas acordadas. Las propuestas son las siguientes: 1. Hacer más expedito el proceso laboral; 2. Fortalecer la conciliación; 3. Asegurar la plena vigencia de la garantía constitucional de acceso a la justicia laboral; 4. Robustecer la autonomía de los tribunales laborales y elevar la profesionalización de sus funcionarios; 5. Preservar el principio constitucional de la integración tripartita en las juntas de Conciliación y Arbitraje; 6. Garantizar plenamente que las juntas de Conciliación y Arbitraje emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; 7. Eficientar la institución de la caducidad de las acciones por inactividad procesal; 8. Elevar el nivel profesional de los litigantes en el ámbito laboral; 9. Atacar la problemática derivada de los conflictos de titularidad de los contratos colectivos de trabajo; 10. Combatir la problemática derivada de los emplazamientos a huelga para firma de contrato colectivo; 11. Resolver los problemas originados por los llamados “contratos de protección”; 12. Publicitar entre los trabajadores el contrato colectivo de trabajo que rige las condiciones de trabajo en las empresas en que presten sus servicios; 13. Identificar y, en su caso, proponer la derogación o adecuación de las disposiciones legales inoperantes en la práctica, es decir, carentes de eficacia y eficiencia, de las disposiciones obsoletas, así como de aquellas normas contradictorias entre sí; 14. Dar viabilidad a la tramitación de los conflictos colectivos de naturaleza económica; 15. Proponer la elaboración de un Código Procesal del Trabajo.

representa una innovación normativa, toda vez que en la vigente Ley Federal del Trabajo, que data de 1970, las normas de derecho sustantivo y las normas de derecho adjetivo o procesal coexisten en un mismo ordenamiento jurídico que tiene 1,010 artículos.

En lugar de ello, la propuesta de los sectores productivos, bajo la premisa de alcanzar plenamente una justicia pronta y expedita en el ámbito laboral, ha sido elaborar un anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, que sistematice en un cuerpo normativo coherente las propuestas de reforma planteadas, con el propósito de que los destinatarios de las normas laborales cuenten con mejores instituciones procesales para defender en forma ágil sus derechos.

Así, se contaría con un moderno ordenamiento legal en materia procesal, separado del derecho sustantivo, como ocurre en otros países, de tradición jurídica romanista similar a la nuestra, por ejemplo, Argentina, Bolivia y España.

En la integración de dicho anteproyecto se ha contado con la valiosa opinión de abogados postulantes, académicos, colegios de abogados, las juntas locales de Conciliación y Arbitraje de todo el país,<sup>10</sup> y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, cuyos planteamientos han enriquecido el anteproyecto y han permitido avanzar en la formación de consensos legítimos.

El anteproyecto de Código Procesal del Trabajo consta de 386 artículos, distribuidos en diez títulos. Actualmente se encuentra en la última etapa de discusión y análisis en el seno del Comité Técnico.

Entre las principales innovaciones del anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, se encuentran:

1. Fortalecimiento de la conciliación. El anteproyecto contiene preceptos con los que se pretende fortalecer y privilegiar la conciliación como instrumento alternativo de solución de los conflictos laborales, a fin de preservar el equilibrio y la armonía entre los

<sup>10</sup> Es importante remarcar que el citado anteproyecto no sólo fue enviado, para su opinión, a los presidentes de juntas locales de Conciliación y Arbitraje de *todas* las entidades federativas del país, sino que también se contó con la participación de aquellos presidentes de juntas que solicitaron exponer de viva voz sus puntos de vista, como fueron los presidentes de las juntas locales de los estados de: Aguascalientes, Chihuahua, Jalisco, Estado de México, Nuevo León, Campeche y Veracruz. Asimismo, se invitó al presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y al presidente de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal.

sectores productivos, para ello se acordó incluir en el anteproyecto (dentro de las reglas generales del procedimiento) un capítulo especial relativo a los principios generales de la conciliación; se crea la figura del funcionario conciliador como parte del personal jurídico de las juntas de Conciliación y Arbitraje, y se establecen nuevas disposiciones para fomentar la solución de conflictos por la vía conciliatoria.

2. Modernización de las juntas de conciliación y arbitraje y mayor profesionalización de su personal jurídico. Se proponen modificaciones en relación con la integración y funcionamiento de las juntas de Conciliación y Arbitraje. Con el objeto de profesionalizar a su personal jurídico, se incluyen disposiciones para mejorar los sistemas de selección, preparación y promoción de dicho personal.
3. División de la actual audiencia de conciliación, demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas. En cuanto al procedimiento ordinario, el anteproyecto adopta nuevamente el sistema de la Ley antes de las reformas de 1980, al dividir en dos la audiencia de conciliación: i) demanda y excepciones y, ii) ofrecimiento y admisión de pruebas, con objeto de dedicar mayor tiempo a la etapa inicial de conciliación y lograr su efectividad. Además, se estima conveniente tal modificación, ya que por constar de tantas etapas la actual audiencia, se programan pocas para un mismo día, y cuando se difieren a petición de las partes por estar celebrando pláticas conciliatorias o por cualquier otro motivo, quedan lapsos sin actividad en las juntas, mismos que con las dos audiencias se aprovecharían, permitiendo programar un número mayor de éstas.
4. Combate a la problemática derivada de los conflictos de titularidad de los contratos colectivos de trabajo. A fin de evitar este tipo de juicios promovidos por sindicatos de trabajadores que no representan el interés legítimo de los que laboran en el centro o centros de trabajo en los cuales rigen los contratos, así como el abuso de este procedimiento, el anteproyecto de Código contiene una nueva disposición para establecer como requisitos de procedibilidad de la demanda, que el sindicato actor acredite ante la Junta que coaliga trabajadores de la rama industrial o actividad de la empresa en la que rige el contrato en disputa, y que tiene afiliados trabajadores al servicio de ésta, en una proporción no menor a la tercera parte del personal sindicalizado que labore para ella.

En todos los casos, para resolver sobre la procedencia de la acción, se establece que será indispensable acreditar la manifestación expresa de la voluntad de los trabajadores, mediante la prueba de recuento, independientemente de que el sindicato demandado controvierta o no la demanda respectiva.

Asimismo, se regula en forma especial la prueba de recuento de los trabajadores en estos conflictos, al establecer el voto secreto, sobre la base de un padrón de trabajadores sindicalizados al servicio de la empresa, elaborado por la Junta —en forma previa al desahogo de la prueba— con fundamento, principalmente, en los padrones vigentes de los sindicatos contendientes que obren ante la autoridad registral competente.

5. Emplazamientos a huelga para firma de contrato colectivo de trabajo. A efecto de evitar la celebración de los llamados “contratos colectivos de trabajo de protección”, entre empresas y sindicatos de trabajadores que no representan legítimamente los intereses de los trabajadores que laboran en las mismas, el anteproyecto propone que cuando el objeto de la huelga sea la firma de un contrato colectivo de trabajo, al pliego de peticiones deba adjuntarse una relación de los trabajadores afiliados al sindicato emplazante, para acreditar que la mayoría de los que prestan sus servicios en la empresa o establecimiento emplazado a huelga pertenecen al mismo, así como una copia del acta de asamblea levantada en los términos de los estatutos de los sindicatos, en la que por lo menos la mayoría de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa o establecimiento de que se trate, manifiesten su voluntad de proceder al emplazamiento a huelga, con el fin igualmente de que el sindicato demandante acredite su legitimación activa.
6. Elevación del nivel profesional de los litigantes en el ámbito laboral. Se discute el tema relativo a que los abogados patronos o asesores legales de las partes, sean o no apoderados de éstas, deberán acreditar ser licenciados en derecho con cédula profesional o personas que cuenten con carta de pasante vigente expedida por la autoridad competente para ejercer dicha profesión. Esta modificación implicaría necesariamente una reforma a la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.

En suma, el anteproyecto de Código Procesal del Trabajo pretende ser un cuerpo normativo *coherente, i. e.*, sin contradicciones, *completo*, es decir, sin lagunas, y sin *redundancias*, que proporcione a los justiciables certeza y seguridad jurídicas.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

La política laboral del doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, Presidente de la República, tiene como uno de sus principales propósitos preservar el equilibrio armónico entre los factores de la producción, en el marco de un pleno Estado de derecho, en cumplimiento de nuestra Constitución Política y de la Ley Federal del Trabajo, para alcanzar los objetivos marcados en el Plan Nacional de Desarrollo y en el “Programa de Empleo, Capacitación y Defensa de los Derechos Laborales”.

Bajo dichas premisas, el gobierno federal, por el conducto de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, impulsa la conciliación como instrumento alternativo de solución de controversias; fortalece la imparición de la justicia laboral y facilita el diálogo “Hacia una nueva cultura laboral”, entre otros lineamientos de política.

Durante la presente gestión gubernamental, las autoridades administrativas y las autoridades jurisdiccionales del trabajo han intensificado su labor conciliatoria, dentro de la libre negociación de los contratos colectivos, lo cual ha permitido la solución satisfactoria de los conflictos. Las revisiones salariales y contractuales se han desarrollado en un marco de libertad de acuerdo con las condiciones específicas de cada empresa.

La estabilidad laboral no significa solamente ausencia de conflictos, sino, esencialmente, la consolidación de un entorno propicio para crear más empleos y elevar la productividad en los ya existentes, condición necesaria para mejorar las remuneraciones reales de los trabajadores.

Para atraer las inversiones que requiere nuestro país, es necesario, entre otros aspectos, mantener el clima de estabilidad laboral mediante el permanente respeto al Estado constitucional de derecho, a través de un fortalecido sistema de tribunales laborales y una más moderna y eficiente administración pública en el ámbito laboral, que resuelvan con imparcialidad los conflictos que le sean sometidos.

El diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral” constituye un acto de concertación entre las partes realizado al amparo de



las garantías constitucionales de asociación y de coalición previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El gobierno federal, por conducto de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, funge como un facilitador del diálogo y es respetuoso del mismo.

Se trata de un diálogo entre actores sociales autónomos, lo que le confiere un valor político indudable, en una sociedad plural cada vez más democrática.

Es importante destacar que el diálogo obrero-empresarial “Hacia una nueva cultura laboral”, se inscribe en la actual tendencia internacional del diálogo social y de la cultura de la participación, pues los avances en dicho diálogo han contribuido a fortalecer la percepción de que sólo mediante la cooperación y el trabajo corresponsable entre las fuerzas productivas, que supere los esquemas estériles de confrontación, será posible consolidar una economía más eficiente y competitiva, que permita crear más y mejores empleos que legítimamente demandan los mexicanos.

Una nueva cultura laboral no se agota en un cambio de mentalidades o actitudes, sino que requiere de un nuevo marco institucional, en particular de la adecuación de las normas laborales.

El anteproyecto de Código Procesal del Trabajo es un avance significativo en ese sentido, habida cuenta de los acuerdos alcanzados por los sectores productivos.

Es imperativo que las organizaciones de trabajadores, las organizaciones de empleadores y los gobiernos fomenten el diálogo social con el fin de promover relaciones laborales aún más armónicas que impliquen un reparto más equitativo de los beneficios y de las cargas resultantes de las profundas transformaciones registradas en el mundo del trabajo.

Ese será nuestro mejor legado para las futuras generaciones, en un horizonte de prosperidad, cohesión social y democracia.

*Relaciones laborales en el siglo XXI*, primera reimpresión, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 10 de octubre de 2001 en los talleres de Alejandro Cruz Ulloa, Editor. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 Kg. para los interiores y cartulina couché cubierta de 162 Kg. para los forros, y consta de 1,000 ejemplares.