

Revista Derecho Social y Empresa

**"Los retos del sindicalismo
Internacional en el siglo XXI"**

Número 4, Diciembre 2015

ISSN: 2341-135X



**Centro de Estudios
SAGARDOY**



Cátedra UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

COLABORAN:



Instituto Europeo
de Relaciones Industriales



ENTIDAD EDITORA:

Dykinson, S.L.

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:www.dykinson.com

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

Revista Derecho Social y Empresa

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*



Revista Derecho Social y Empresa
CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY
EDITORIAL DYKINSON

DIRECTORA

Pilar Núñez-Cortés Contreras

Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Fundación Sagardoy
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola Andalucía

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SECRETARIA

María Dolores Rubio de Medina

Doctora en Derecho

CONSEJO ASESOR

Presidente

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)

Miembros

María del Mar Alarcón Castellanos. *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Lourdes Arastey Sahún. *Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)*

Philippe Auvergnon. *Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS, miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail de la Université Bordeaux (Francia)*

Marie Cécile Escande-Varniol. *Catedrática de Derecho del Trabajo, Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán. *Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona*

Santiago García Echevarría. *Catedrático de Política Económica de la Empresa, Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

Joaquín García Murcia. *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense (Madrid)*

Abbo Junker. *Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Ludwig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez. *Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago Compostela*

Antonio Ojeda Avilés. *Catedrático de Derecho del Trabajo*

Mariano Sampedro del Corral. *Magistrado del Tribunal Supremo*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro. *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*

Esperanza Macarena Sierra Benítez. *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*

Michele Tiraboschi. *Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

Jorge Tua Fernández. *Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad, Universidad Autónoma de Madrid*

Fernando Valdés Dal-Ré. *Magistrado del Tribunal Constitucional*

Luis Enrique de la Villa Gil. *Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma (Madrid)*

COMITÉ EDITORIAL

Valentín Bote Álvarez-Carrasco, *Director de Investigación de Randstad.*

Macarena Castro Conte, *Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Antonio Cebrián Carrillo, *Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)*

Teresa Cervera Soto, *Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo*

Martin Fröhlich, *Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)*
Martín Godino Reyes, *Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*
María Jesús Herrera Duque, *Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)*
José Antonio Marcos Herrero, *Abogado, Director de Recursos Humanos de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*
José Manuel Martín Martín, *Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*
Ana Matorras Díaz-Caneja, *Profesora Agregada, Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*
María Luisa Molero Marañón, *Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*
Rocío Molina González-Pumariega, *Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*
Horacio Molina Sánchez, *Profesor Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*
Amanda Moreno Solana, *Profesora Ayudante, Universidad Carlos III (Madrid)*
Leonor Victoria Pablos Fernández, *Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)*
Vicente Pérez Menayo, *Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica*
Anselmo Presencio Fernández, *Director Recursos Humanos, Persan*
Iván Rodríguez Cardo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo*
Íñigo Sagardoy de Simón, *Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)*
Lavinia Serrani, *Editorial Coordinator of ADAPT International, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*
Francesca Sperotti, *Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*
Helmut Weber, *Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)*

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*
José Manuel del Valle Villar, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*
José Luis Gil Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*
María Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)*
María Teresa Igartua Miró, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*
Risa L. Lieberwitz, *Catedrática de Derecho del Trabajo, Cornell University, ILR School (USA)*

*Paz Menéndez Sebastián, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Carlos III (Madrid)*

Jesús Nicolás Ramírez Sobrino, *Profesor Titular de Área de Comercialización e Investigación de
Mercados, Universidad Loyola Andalucía*

Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma de Barcelona*

Tatsiana Ushakova, *Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales
y Jurídicas*

Teresa Velasco Portero, *Profesora Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*

CORRECTORA

Isabel Martínez-Carrasco Moreno

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científica técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la revista.

REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

ÍNDICE NÚM. 4, DICIEMBRE 2015

«LOS RETOS DEL SINDICALISMO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI»

COORDINADORES

LANCE COMPA Y ANTONIO OJEDA-AVILÉS

SENTIDO DE LA REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

PRESENTACIÓN

JUAN ANTONIO SAGARDOY

ARTÍCULOS

Corporate Hypocrisy: Violations of Trade Union Rights by European Multinational Companies in the United States

LANCE COMPA

Industrial actions in Germany – Realistic in an International context?

WOLFGANG DÄUBLER

Typology and efficacy of framework agreements negotiated between the european commission and the professional and union organizations representing its staff

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

The eclipse of the rule of law: trade Union Rights and the EU

KEITH D. EWING - JOHN HENDY QC

TTIP: Time for a New Approach to Labor Rights and Standards

OWEN HERRNSTADT

La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. - El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2013.

ANTONIO OJEDA AVILÉS

La revisión del Acuerdo Social de Mercosur

JUAN MANUEL MARTÍNEZ CHAS

CONTRIBUCIÓN FUNDACIÓN ONCE

La negociación colectiva: una oportunidad para el empleo de las personas con discapacidad

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ DONOSO

Discapacidad, empleo y negociación colectiva en España. Estudios y propuestas

MAITE VARGAS - JOSÉ MARÍA ZUFIAUR - ANTONIO GONZÁLEZ

BARÓMETRO

El género en el Mercado de Trabajo

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

PRESENTACIÓN

Presentación

Es un lugar común afirmar el desfase actual entre la acción de los sindicatos, encorsetada en los estrechos límites de cada país y reacia a conceder mayores poderes a los denominados «sindicatos globales», y la actividad de las empresas multinacionales, que se mueven con facilidad a nivel mundial superando incluso los límites legales impuestos por los países afectados. El presente número monográfico se dedica a revisar esa impresión y a demostrar por qué debemos entenderla como desfasada, y más aún, por qué debemos considerar que el escenario internacional es hoy día el lugar clave donde se juega el destino de las relaciones industriales modernas. La Revista ha contado para este cometido con señalados especialistas de diversos países, que en su mayor parte escriben en inglés como la nueva *lingua franca* de todos nosotros, y ha tratado de abarcar distintos aspectos y ubicaciones en una aproximación que podríamos denominar de geometría variable. Como rasgo común podríamos entender que los autores desarrollan un notable criticismo sobre el escenario mundial, si bien son conscientes de que hay vías de salida y, en especial, de que la poco satisfactoria situación presente se debe al carácter inicial o germinal de las cuestiones tratadas.

Uno de los artículos más demoledores y sinceros del elenco expuesto es el de los profesores Ewing y Hendy, del King's College de Londres, montado sobre una expresión aparentemente inocente del Tratado de la Unión Europea que establece el respeto al imperio de la ley. Si el imperio de la ley consiste en el respeto a las obligaciones contenidas en Tratados y Convenios, dicen los autores, nos hallamos en materia de derechos laborales y en especial sindicales ante veintiocho falacias, tantas como países miembros, si repasamos las garantías asumidas en el marco del Consejo de Europa, de la OIT, de la UE, y, en fin, si miramos los extremos a que nos han llevado las políticas de austeridad que nos llegan de algunos organismos internacionales. Pero también es demoledor el análisis del Prof. Lance Compa sobre la actuación de las multinacionales europeas en Estados Unidos, donde se adaptan y aprovechan la mayor libertad o arbitrariedad para imponer políticas antisindicales y restrictivas de los derechos de los trabajadores, pese a los compromisos internacionales asumidos. Las negociaciones llevadas a cabo con extremada discreción, casi en secreto, entre la UE y Estados Unidos para un futuro TTIP dan pie al Prof. Owen Herrnstadt, de la Universidad de Georgetown, para indagar sobre las consecuencias de ese posible

Presentación

tratado de libre comercio, donde podrían quedar abandonados a su suerte los más importantes derechos laborales. El profesor Martínez Chas, por su parte, compensa hasta cierto punto el criticismo al analizar la nueva versión de Declaración Social Laboral de Mercosur, una región importante que quiere quemar etapas en la inmersión de todos en la economía globalizada y, con ella, en el Derecho Internacional del Trabajo.

Hasta cierto punto la contribución del Prof. W. Däubler, de la Universidad de Bremen, consiste en un análisis crítico del sistema de relaciones industriales de Alemania, visto desde un contexto internacional, esto es, indicando qué elementos diferenciales y qué elementos comunes tiene su legislación de Derecho Colectivo del Trabajo. Su exposición sobre los tres canales de la participación gestora, la contraposición entre sindicatos y representante de personal, y la extensión y límites del derecho de huelga en Alemania, se acompañan con casos conocidos de la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de las acciones colectivas en ese país.

De carácter más técnico, aunque sin abandonar la crítica, son las aportaciones españolas. Por un lado, el profesor Martínez Girón, de la Universidad de A Coruña, nos introduce en un tema denso y oscuro donde probablemente hay, cuanto menos, cierta tendencia hacia el amarillismo sindical: la negociación colectiva de los funcionarios de la Unión Europea, un colectivo mimado y privilegiado de cuyos mecanismos colectivos de acción apenas tenemos noticia. Y por otro, el profesor Ojeda Avilés procede a una revisión, -dos años después de la firma del trascendental Acuerdo sobre protección de riesgos laborales de Bangladesh- del cumplimiento de los puntos principales, que comienzan a encontrar una feroz resistencia por parte del gobierno y de los empresarios bangladesíes.

El panorama creemos que es una buena introducción a los aspectos más importantes de las relaciones laborales internacionales, bastante más allá de las acartonadas visiones institucionales sobre los convenios de la OIT o la estructura de la UE. Sin duda hay más temas, y quizá en otro número monográfico, más adelante, podríamos acometer su estudio. Pero con lo que hoy presentamos al lector nos damos por satisfechos porque todos y cada uno de esos análisis abren una brecha en otros tantos problemas acuciantes de la globalización laboral del momento.

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
Catedrático de Derecho del Trabajo

ARTÍCULOS

CORPORATE HYPOCRISY: VIOLATIONS OF TRADE UNION RIGHTS BY EUROPEAN MULTINATIONAL COMPANIES IN THE UNITED STATES

LANCE COMPA

Senior Lecturer Labor relations, and History

IRL School Cornell University

Fecha de recepción: 24-09-2015

Fecha de aceptación: 16-10-2015

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. CASE STUDIES. 2.1 Deutsche Telecom. 2.2 Sodexo. 2.3 Kongsberg Automotive. 2.4 Gamma Holding. 3. SOME POSITIVE DEVELOPMENTS. 4. CONCLUSION.

RESUMEN: A pesar de declarar públicamente su respeto a las normas internacionales sobre libertad sindical, muchas empresas europeas adoptan actitudes americanas en lo que respecta a la relación con los sindicatos. Amparándose en normas laborales, contravienen las normas internacionales (OIT, Naciones Unidas, OCDE) e interfieren en la actuación sindical. En este estudio se recogen algunos casos que reflejan ejemplos de una actitud antisindical solapada por parte de las empresas europeas. Por el contrario, algunas empresas europeas ubicadas en Estados Unidos han optado por respetar los derechos de organización de los trabajadores. La conclusión contiene recomendaciones para asegurar el respeto de la libertad de asociación a los trabajadores de las empresas multinacionales en los Estados Unidos, incluida la aplicación de las normas fundamentales de la OIT, los Principios Rectores de Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE, y los Acuerdos Marco Globales.

ABSTRACT: Many European corporations adopt American management-style attitudes toward trade unions, notwithstanding their publicly-declared support for global norms on workers' freedom of association. They exploit US labor laws that violate international standards and interfere with trade union formation. Case studies examine several examples of this anti-union hypocrisy on the part of European firms. At the same time, some European companies have chosen to respect workers'

organizing rights in the United States. The conclusion contains recommendations for securing multinational companies' respect for workers' freedom of association in the United States, including application of ILO core standards, UN Guiding Principles, OECD Guidelines, and Global Framework Agreements.

PALABRAS CLAVE: normas internacionales de trabajo, libertad de asociación, derechos laborales, derechos de los trabajadores, sindicatos.

KEYWORDS: International labour standards, freedom of association, labour rights, workers' rights, trade unions.

1. INTRODUCTION

European firms invest in the United States because of its huge industrial and consumer markets, productive workers, interstate highways, access to capital, world-class universities, high-technology capacity, functioning legal system that enforces property rights and commercial contracts, political stability, and other favorable institutional structures. But other features of the American system offer a more sinister incentive.

The United States provides a hyper-flexible labor market for foreign corporations. In most countries, employers must demonstrate “just cause” to dismiss an employee. But the prevailing doctrine in US law is the “at-will” rule allowing employers to dismiss staff at any moment and for any reason – including “a good reason, a bad reason, or no reason at all” – as long as it is not a reason prohibited by law.

Here is how one prominent US law firm describes the difference:

Employment-at-will offers American employers broad freedom to cut their staff's terms and conditions of employment, work hours, employee benefits—even compensation . . . Indeed, American bosses exercise this freedom regularly. . . . These cuts are perfectly legal . . . because . . . US law imposes no doctrine of acquired employment rights that constrain employers

from unilaterally cutting employment terms, conditions, work hours, benefits and pay.¹

In addition to no law requiring just cause for dismissal or protection for acquired rights, no US law requires severance pay for dismissed workers based on their length of service. No law requires employers to provide pension benefits or health insurance. No law limits the power of companies to abruptly close workplaces. The law only requires a modest 60 days' advance notice of workplace closure, which can easily be evaded by claims of a sudden change in business conditions.

No US law limits the amount of overtime work that employers can impose on workers.

No law requires employers to provide vacation or holidays, or prohibits employers from forcing employees to cancel their vacations or to work on holidays. Only seven states have laws requiring rest breaks or meal breaks; no federal law does so. These and other deregulatory features of US labor and employment law should not be a magnet for European investors. Nor should they be imported into Europe, where a menacing "Americanization" is starting to take shape.²

In terms of workers' organizing and collective bargaining rights, the United States is also a bastion of "union-free" management philosophy. US law allows employers to unleash aggressive workplace pressure campaigns against workers' organizing efforts. Campaign tactics include mandatory "captive-audience" meetings in which workers are forced to hear anti-union speeches and see anti-union films presented by management.

Even more insidious are one-on-one meetings between supervisors and employees in which supervisors threaten workplace closure if workers form a union. All these meetings are scripted by anti-union consultants, which is a multi-billion-dollar industry in the United States.

In a corporate culture imbued with strong anti-union beliefs and practices, many American employers respond to workers' organizing and bargaining efforts with such campaigns of interference, intimidation, and coercion. Unfortunately, European-based firms too often join their ranks, contrary to their stated principles.

¹ White & Case law firm, "How to Cut (or "Restructure") Employment Terms, Work Hours, Benefits and Pay Outside the United States," *HR Global Hot Topic* (December 2013).

² Eduardo Porter, "Labor Protections Ebb as Americanized Policy Spreads in Europe," *New York Times*, December 4, 2013, at B1.

Many multinational corporations based in Europe embrace the declarations and conventions of the International Labor Organization, industrial relations guidelines of the Organization for Economic Cooperation and Development, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and other international labor rights instruments.

Many companies also adopt corporate social responsibility programs and codes of conduct on workers' rights. They join the United Nations Global Compact, the Global Reporting Initiative, Corporate Social Responsibility (CSR) Europe and CSR forums in their own countries. They deal forthrightly with workers' representatives in trade unions and works councils. Such companies appear to hold a deep commitment to workers' human rights through their publicly declared statements and promises.

But many global firms have a blind spot on workers' freedom of association in their American operations. In a new version of American exceptionalism, European companies suggest that the United States is different and undertake US management-style campaigns against workers' organizing efforts.

But anti-union campaigns are not required under US law; they are just permitted. The fact that many American companies fiercely resist trade unions does not mean that foreign firms have to act in the same manner. Foreign multinational companies have a choice. They could consistently apply international standards in their American facilities. However, instead of standing up for their stated commitments on workers' freedom of association, many wield the power granted to them by the US labor and employment law system to exploit lower American standards in violation of international norms.

Just as distressing as interference with workers' rights by European firms in the United States is the ominous spread of US management-style anti-unionism in Europe. In September 2007, management at a Kettle Chips factory in Norwich, England engaged a US-based anti-union consulting firm to mount a vicious campaign against workers seeking collective bargaining representation with the British union Unite. The consultants held mandatory 'captive-audience' meetings for workers with anti-union speeches and videos, and trained supervisors to meet with workers to warn of possible closure, strikes and other fear-mongering messages. Swayed by these threats, workers voted against union representation.³

³ John Logan, "US Anti-Union Consultants: A Threat to the Rights of British Workers," Trades Union Congress report (2008) available at <http://www.newunionism.net/library/organizing/TUC%20-%20US%20Anti-Union%20Consultants%20-%202008.pdf> (visited December 22, 2013).

US-based anti-union consultants carried out similar campaigns in the UK against workers at Amazon UK, Virgin Atlantic, Honeywell, GE Caledonian, Eaton Corporation, Calor Gas, Silberline Ltd, FlyBe, Cable & Wireless and others. In Germany, American-style anti-union activity has taken the form of interfering with works council formation and operations.⁴

2. CASE STUDIES

2.1 Deutsche Telekom

When Deutsche Telekom joined the UN Global Compact in 2000, it said “This voluntary commitment is based not only on the values of the Global Compact but on the internationally recognized conventions, guidelines and standards of the International Labor Organization (ILO) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).”⁵

In the United States, Deutsche Telekom’s T-Mobile wireless telephone operation engaged in practices directly contrary to these international standards. T-Mobile management’s national handbook declared “We want to stay union-free.” Management routinely held mandatory captive-audience meetings call centers around the country forcing workers to listen to anti-union speeches and watch anti-union films predicting dire consequences, including possible closures, if they formed a union.

T-Mobile management distributed a memorandum to managers across the country instructing them to campaign against union organization and telling them to report any cases of “employees engaging in group behavior” and when “employees talk a lot about ‘rights’.”⁶ In some locations, management instructed employees (not

⁴ Martin Behrens and Heiner Dribbusch, “Employer Resistance to Works Councils: New Challenges for Workplace Industrial Relations?” (Paper presented at the 10th European Conference of the International Labour and Employment Relations Association (ILERA), 20-22 June 2013, Amsterdam); see also Behrens and Dribbusch, “How companies keep works councils out,” Hans Böckler Stiftung, *Magazin Mitbestimmung*, June 2012, available at http://www.boeckler.de/36196_42116.htm. (visited June 20, 2014).

⁵ Deutsche Telekom, Statement on Corporate Responsibility 2007.

⁶ T-Mobile, *Memorandum* from Human Resources Department to frontline managers, on file with author, undated.

managers) to report “any union activity” to human resources managers – in effect, to spy on co-workers⁷

To help remain “union-free,” T-Mobile contracted a prominent labor relations consulting firm that specializes in breaking workers’ organizing efforts to prepare a guide and to provide related management training. Specially prepared for T-Mobile, the firm’s 150-page guide declared at the outset, ‘Preserving the union free privilege is an honor.’⁸

The guide goes on to say that T-Mobile should resist employees’ efforts to form unions to “protect them from themselves.” In short, it recommends that T-Mobile oppose workers’ freedom of association to protect its employees from each other, not honor the right as a legitimate act of self-organization to counter management’s superior power in the individual employment relationship.

Here are examples of unfair labor practices at locations around the United States. In each instance, the ‘WE WILL NOT’ header indicates that the company indeed did what it now promised not to repeat:

- WE WILL NOT remove Union literature from the employee break room or other non-work areas.⁹
- WE WILL NOT stop you from talking about unions during working time if we permit talk about other non-work topics during working time.¹⁰
- WE WILL NOT stop you from distributing literature on non-working time and in non-work areas.¹¹
- WE WILL NOT interfere with your right to solicit for a union during non-work time on our premises.¹²
- WE WILL NOT question you about your protected activities on behalf of a union (or the protected activities of others), or take actions that reasonably

⁷ T-Mobile, E-mail memorandum from Divisional Human Resources Manager, Pacific Northwest and Southwest Retail Divisions, to T-Mobile managers, May 30, 2008, on file with author.

⁸ Adams, Nash, Haskell & Sheridan, For Your Information: The Union Free Privilege, Prepared for T-Mobile (2003), on file with author.

⁹ National Labor Relation Board, Settlement Agreement, *In the matter of T-Mobile USA*, Case No. 01-CA-04668, (Oakland, Maine, 2012).

¹⁰ National Labor Relation Board, Settlement Agreement, *In the matter of T-Mobile USA*, Case No. 16-CA-066986 (Frisco, Texas, 2012).

¹¹ *Id.*

¹² National Labor Relation Board, Settlement Agreement, *In the matter of T-Mobile USA*, Case No. 17-CA-060297 (Wichita, Kansas, 2012).

create the impression that your protected union activities are under observation.¹³

- WE WILL NOT engage in surveillance of your activities on behalf of the CWA union.¹⁴
- WE WILL NOT record the license plate numbers of vehicles parked outside our facility while you are engaged in activities in support of the CWA.¹⁵

These settlement notices appear months or often years after the events, after management has delayed legal proceedings and employees have already felt the pressure of management's interference. This pressure is not overcome by a notice posted on a bulletin board, since management has already conveyed its hostility toward unions and had the desired effect of discouraging union formation.

T-Mobile's pattern of violations has continued unabated. In March 2015, a labor board judge ruled that management restrictions on employees' communications among themselves and with union representatives and government officials unlawfully interfered with their freedom of association.¹⁶ In August 2015, another judge found that the company's confidentiality policy violates federal labor law because it prohibits workers from discussing the conditions of their employment.¹⁷

Deutsche Telekom has refused to bring T-Mobile in line with its commitment to freedom of association under its corporate responsibility policy. Despite these pressures, T-Mobile workers have continued their organizing efforts with the CWA union. The union has built an alliance with the trade union of Deutsche Telekom workers in Germany, and they are mounting a political effort to influence the parent company.

In April 2015, Germany's largest trade union submitted a petition to the German Parliament to use the government's shareholder power to persuade Deutsche Telekom to enforce international labor standards at T-Mobile. The trade union pointed to repeated findings of T-Mobile's unlawful conduct by the National Labor Relations Board (NLRB).¹⁸

¹³ *Id.*

¹⁴ National Labor Relation Board, Settlement Agreement, *In the matter of T-Mobile USA*, Case No. 28-CA-086617 (Albuquerque, New Mexico, 2013).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *T-Mobile USA, Inc.*, NLRB ALJ, No. 28-CA-106758, March 18, 2015.

¹⁷ *T-Mobile USA Inc.*, NLRB ALJ, No. 01-CA-142030, August 3, 2015).

¹⁸ Communications Workers of America (CWA), "T-Mobile US Law Breaking to Become Focus of German Government Investigation," e-Newsletter, April 23, 2015.

In August 2015, members of the US House of Representatives demanded that Deutsche Telekom take "swift and immediate action" to halt violations at T-Mobile. They also cited findings by labor law authorities that T-Mobile management acted in violation of US labor law as well as international standards.¹⁹

2.2 Sodexo

In 2003 the French company Sodexo joined the UN Global Compact, committing itself under GC Principle 3 to uphold workers' rights to freedom of association and collective bargaining. For its suppliers, Sodexo insists on compliance with 'a formal code of conduct based on ILO (International Labor Organization) standards . . . including Freedom of Association.'²⁰

Despite its claims of adherence to international standards on workers' freedom of association, Sodexo repeatedly launched aggressive campaigns against employees' efforts to form unions and bargain collectively. Some company campaign tactics are legal under US law, such as holding captive audience meetings in which workers must sit through managers' diatribes against trade unions, or requiring front-line supervisors to carry management's anti-union message into one-on-one conversations with employees, or warning workers that they can be permanently replaced if they exercise the right to strike for improved wages and conditions. In many instances, however, Sodexo crossed the line to unlawful anti-union behavior through unfair labor practices that coerce employees in the exercise of organizing and bargaining rights.

Employees at Sodexo's commercial laundry facility in Phoenix began an organizing effort with the UNITE union in April 2003. They held meetings and lawfully distributed flyers and other information to each other. Volunteer employee leaders came forward to engage in such lawful activities. Workers signed cards joining the union and authorizing the union to bargain on their behalf.

Sodexo management reacted forcefully to break the organizing drive. In an NLRB election held May 29, 2003, 117 of 206 eligible employees voted against union representation. But this result came after a series of management attacks that undermined workers' majority sentiment in favor of the union.

On May 1, a group of workers who had ended their shift lawfully and peacefully demonstrated their support for the union, a classic act of 'protected concerted activity' under US labor law. Four workers briefly left their work stations to join the union

¹⁹ Communications Workers of America (CWA), "House Democrats Demand Action on T-Mobile Labor Law Violations," e-Newsletter, August 6, 2015.

²⁰ Sodexo Corporate Citizenship Report (2007), on file with author.

demonstration. This is “protected concerted activity” under US labor law, which prohibits employers from taking reprisals against workers because of such activity. When these workers sought to return to their jobs less than fifteen minutes later, the manager told them they had lost their jobs because in those few minutes, he had hired replacement workers.

Several months later, the administrative judge presiding over the unfair labor practice charges of discriminatory discharge of these employees said, “I conclude that Sodexo unlawfully refused to reinstate the four sorting employees . . . By refusing to permit [them] to return to work, Sodexo discharged them in violation of Section 8(a)(3) of the Act.”²¹

The judge found that Sodexo’s conduct had “pernicious” effects on workers’ organizing rights:

Sodexo refused to return [the fired employees] to work and discharged them for engaging in a protected work stoppage during the course of a protected employee demonstration. . . . The discharge of visibly active union adherents has an especially pernicious effect on other employees. Awareness of Sodexo’s motivation in refusing employment was general, and many employees discussed with union representatives their concern over coworkers having been “fired.” The evidence thus establishes pervasive impact or dissemination of the unlawful conduct . . . In these circumstances, Sodexo’s unfair labor practices are unremedied, their consequences are ongoing, the possibility of erasing their effects is slight, and the holding of a fair election is improbable.

In April 2005—nearly one year after the judge’s decision and two years after a majority of workers joined the union and requested bargaining—the NLRB approved a settlement agreement between Sodexo and UNITE.²² Under the agreement, Sodexo reinstated three employees and paid them nearly \$8,000 in back pay. The fourth employee chose not to return to work and received \$12,000 in back pay. Sodexo also agreed to have a neutral third party verify whether a majority of workers had

²¹ See decision of Lana H. Parke, Administrative Law Judge, *The Commercial Linen Exchange, a Division of the Sodexo Corporation, and Union of Needletrades, Industrial and Textile Employees, AFL-CIO, CLC (UNITE)*, Case Nos. 28-CA-18708, 28-CA-18807, 28-CA-18948, 28-RC-6175 (March 3, 2004).

²² NLRB, *Supplemental Order, The Commercial Linen Exchange, a Division of the Sodexo Corporation, and Union of Needletrades, Industrial and Textile Employees, AFL-CIO, CLC (UNITE)*, Case Nos. 28-CA-18708 et. al., April 7, 2005.

voluntarily signed cards joining the union and authorizing the union to bargain on their behalf.²³ On that basis, the third party determined that a majority of workers had chosen representation, and the company and union proceeded to reach a collective bargaining agreement.

2.3 Kongsberg Automotive

Kongsberg Automotive (KA) is a Norwegian manufacturing firm with 50 factories in 19 countries, including several facilities in the United States. Kongsberg Automotive stated its principles in a Code of Conduct adopted in December 2005, which says:

KA has based its principles on the OECD Guidelines for multinational enterprises, which give an extensive overview of rules to follow. Correspondingly, KA will promote the International Labor Organization (ILO) fundamental principles and rights at work. These principles and rights are the right to freedom of association and the elimination of child labor, forced labor and discrimination linked to employment. . . . KA shall and will always follow the law in the country in which it is operating. In some instances, the KA rules may be more comprehensive than the local law/rules, and if not in conflict with the law, the KA principles are valid.²⁴

Kongsberg Automotive's behavior at its factory in Van Wert, Ohio contradicted the company's stated commitment to freedom of association and collective bargaining. In January 2008, KA bought the former Teleflex factory in Van Wert, a small city in rural western Ohio near the Indiana border. With over 300 workers, the plant was one of the largest local employers. The average wage of the hourly workforce was \$15.00 per hour. For many years and through successive collective bargaining agreements, most of them settled without conflict, workers had been represented by the United Steelworkers of America (USWA).

When the union sat down to bargain with their new owner, Kongsberg Automotive shocked them with demands for a "two-tier" wage system in which new employees would be paid \$9 per hour. Current employees would be 'grandfathered' at

²³ NLRB, *Joint Motion to Vacate ALJ's Decision and to Remand to the Regional Director and Exhibit A, Settlement Stipulation, The Commercial Linen Exchange, a Division of the Sodexo Corporation, and Union of Needletrades, Industrial and Textile Employees, AFL-CIO, CLC (UNITE)*, Case Nos. 28-CA-18708, March 22, 2005.

²⁴ Kongsberg Automotive, Code of Conduct: Guidelines With Regard to Values and Ethics (2008), on file with author.

their current wage level, with no increases. Management also demanded cuts in pensions, health insurance and other benefits.

When their contract expired in early April 2008, workers offered to stay on the job and continue negotiating while a federal mediator helped the parties reach a settlement. KA rejected this offer and responded with a lockout of all union-represented employees. Then the company hired temporary replacement workers to take on the jobs of locked out employees. US labor law allows employers to engage in such ‘offensive lockouts,’ as they are called – locking out union workers, then hiring replacements to force union capitulation to company demands.²⁵

The Kongsberg Automotive case was a stark example of a foreign multinational company claiming to uphold high labor standards exploiting features of US labor law that are inconsistent with higher standards of practice at home. In Norway, as in Europe generally, when a company and a union reach the expiration date of a contract without a settlement, the contract continues in effect while the parties engage in a lengthy mediation process to achieve a peaceful accord.²⁶

A prominent Norwegian and comparative labor law expert explained that in Norway, “[B]y virtue of statute law provisions a collective agreement has ‘continued effect.’ It does not lapse on the expiry of its ordinary period of validity but remains in force as a binding contract with full effect until the expiry of the time limits ensuing from the rules on notice and mediation mentioned above.”²⁷

Hiring replacement workers to take the jobs of locked-out employees is also contrary to labor relations practice in Norway. As Professor Evju explained, “hiring of replacement workers is unacceptable, unethical and incompatible with essential industrial relations standards.”²⁸

The lockout continued into late 2008 as the plant continued operating with replacement workers. For workers, the danger loomed that the lockout would last for over one year and KA might move to get rid of the union altogether. The one-year cut-off was significant because US labor law permits employers to claim, after a year-

²⁵ The NLRB approved the “offensive lockout” in 1986 in *Harter Equipment, Inc.*, 280 NLRB 597 (1986).

²⁶ Norway labor *Disputes Act* (1927), Sec. 6.

²⁷ Stein Evju, “The right to strike in Norwegian labor law,” *Arbeidsrett* 5:79 (2008).

²⁸ See Stein Evju, Professor of labor Law, Department of Private Law, University of Oslo, e-mail to author, October 14, 2008. Prof. Evju adds, ‘On this point, for the reasons I have sketched, we have no case law that I can refer to.’

long lockout, that the union no longer enjoys majority support among active workers and to withdraw recognition on that basis.²⁹

The dispute at Kongsberg Automotive's Van Wert, Ohio facility never reached the one-year mark. Instead, after nine months, with workers still locked out and no progress in negotiations, KA announced in December 2008 that it was shutting the Van Wert plant and moving all production to Nuevo Laredo, Mexico.

The fact that some features of US labor law allow employers to violate workers' rights under international human rights standards does not justify Kongsberg Automotive's exploitation of the "offensive lockout" which is incompatible with international standards and with practices in its home country. US law did not require KA to act in this fashion. It permits such anti-union tactics, but Kongsberg Automotive had the choice whether to take advantage of these features of US labor law or to act in accordance with its principles.

Kongsberg Automotive said that where its principles are more comprehensive than local legislation, and they do not conflict with local legislation, KA will apply its principles. Indeed, without violating US law, the company could have acted in a manner consistent with its promise to "promote the International Labor Organisation (ILO) fundamental principles and rights at work," and its invocation of the UN Global Compact in requirements for suppliers. Instead, Kongsberg Automotive's choice to adopt US management-style anti-union strategies and tactics betrayed this promise and its claims of social responsibility and the values and guidelines of its Code of Conduct.

2.4 Gamma Holding

Gamma Holding is a Netherlands-based multinational manufacturer of textile products ranging from fashion textiles, sleepwear, and sailcloth to industrial textiles for conveyer belts, coated and composite products, roofing systems, filtering systems, bulletproof vests, and other uses. The company employs 7,000 workers in 42 countries, including in the United States.

Gamma Holding's code of conduct said, "Gamma Holding recognizes the employees' right to organize themselves to protect their collective and individual interests." The company noted that it has signed the Code of Conduct of the Social Partners in the European Textile and Clothing Sector. Negotiated by textile

²⁹ See *NLRB v. Curtin Matheson*, 494 US 775 (1990); *Allentown Mack Sales v. NLRB*, 522 US 359 (1998).

companies and European trade unions in the sector, article 1 of that code cited “freedom of association and the right to negotiate” under ILO Conventions 87 and 98, stating: “The right for workers to form and join a trade union, as well as the right for employers to organize, are recognized. Employers and workers may negotiate freely and independently.”³⁰

In its 2007 Annual Report, Gamma Holding said that “Important elements of this code of conduct include employees’ right to organize and the prohibition of any form of discrimination” and that the company “applies these business principles not only in Europe, but also in all of the countries in which the group is active.” The “human resources management” section of Gamma Holding’s 2007 Annual Report ended cryptically with the statement, “At the end of April, Filtration Technology resolved the labor dispute at National Wire Fabric in the US state of Arkansas.”

What Gamma Holding did not say in its Annual Report was that the labor dispute in Arkansas was the longest strike in the history of that state, one marked by the company’s use of permanent replacement workers, bad-faith bargaining, and a myriad of unfair labor practice charges found to be meritorious by the NLRB.

National Wire Fabric (NWF) in Star City, Arkansas, was part of Gamma Holding’s business division making equipment for the construction, pulp and paper, and corrugator industries. Gamma Holding acquired the NWF facility in 2001. Local 1671 of the United Steelworkers union represented 56 hourly employees at the plant.

In July 2005, after months of negotiations on a new contract and despite intervention by the Federal Mediation and Conciliation Service, NWF workers exercised their right to strike. NWF management was demanding cuts in vacations and health insurance and contract “flexibility” that would destroy seniority rights and other protections built up over years of negotiations.³¹

Concessionary demands by management do not come within the scope of ILO conventions 87 and 98. However, these international norms require good-faith bargaining and condemn the use of permanent replacement workers against lawful strikers. Gamma Holding violated both these international standards.

³⁰ European Union, “A Charter by the Social Partners in the European Textile and Clothing Sector: Code of Conduct” (2007). . Available at http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/news/chartertextile_en.htm. (Accessed 20 October 2009).

³¹ R. Massey, “Star City walkout near end of year one,” *Arkansas Democrat-Gazette*, July 5, 2006.

When members of the United Steelworkers exercised the right to strike, Gamma Holding's NWF management hired permanent replacements to take their jobs. Explaining the move in a letter to union officials, Gamma Holding's CEO said, "Once National Wire Fabric made the legal decision to continue its operations, the company, logically and legally, decided it would need to use permanent replacements."³² For almost two years, the company maintained production with permanent replacement workers despite the ILO's decision that the use of permanent replacements violates workers' freedom of association.³³

In January 2007, the NLRB found merit in the union's charge that NWF and Gamma violated US labor law by bargaining in bad faith, and scheduled a trial for May 2007.³⁴ However, management defied the NLRB's findings, refused to reinstate the striking workers, and insisted that replacement workers stay on the job permanently.

The strike at National Wire Fabric lasted nearly five more months until May 2007. At 22 months, it was the longest strike in the history of Arkansas.³⁵ Despite the NLRB's findings and in violation of international labor rights norms, NWF management kept in place throughout the dispute permanent replacements in the jobs of union members who had exercised the right to strike.

Finally, faced with growing potential liability as time passed and the trial before an administrative law judge drew near, management settled the dispute, offered reinstatement to all striking workers who still wanted to return to work, and reached a contract with the union. Only 12 of the original 56 strikers chose to return to work. The rest took early retirement and severance pay packages or moved to jobs with other employers.

³² Letter from Gamma CEO Meint Veninga to Neil Kearney, General Secretary, International Textile, Garment and Leather Workers' Federation, cited in Richard Massey, "Factory in Star City broke law, union says Strikebreakers offered promotions, it claims," *Arkansas Democrat-Gazette*, March 13, 2006.

³³ International Labor Organization, Committee on Freedom of Association, Complaint against the Government of the United States presented by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO), para. 92, Report No. 278, Case No. 1543 (1991).

³⁴ NLRB Region 26, *National Wire Fabric, Inc. and United Steelworkers Local 1671*, Complaint and Notice of Hearing, Case No. 26-CA-22394, January 29, 2007.

³⁵ M. Linn, "Star City firm's strike finally ends; Union workers back on job at National Wire Fabric after 22 months," *Arkansas Democrat-Gazette*, May 22, 2007.

3. SOME POSITIVE DEVELOPMENTS

Some foreign companies have found their way to a respectful policy on workers' trade union organizing in the United States. But it often requires workers' building alliances and bringing the pressure of a public campaign to bear on management's behavior. One example involves First Group, Ltd., the UK's largest private transport company, and its American subsidiary First Student, Inc.

First Student is the largest private school bus transportation contractor in the United States, serving hundreds of local school districts who choose to contract out with private firms for student transportation between their homes and schools. First Student entered the US market in the late 1990s when it bought a US-based school bus contractor.

American management launched a typically aggressive anti-union campaign whenever school bus drivers and mechanics sought to form a trade union. This, despite First Group's public affirmations of support for international labor standards and its positive relationship with trade unions at home.

Based in Aberdeen, Scotland, First Group's domestic workforce was represented by the Transport and General Workers Union (T&G). Under pressure from the T&G, First Group had adopted a corporate social responsibility policy that referenced international human and labor rights. Top company management made declarations at Annual General Meetings (AGMs – annual shareholders' meetings) pledging full support for ILO core labor standards and ILO conventions on freedom of association.

But in the United States, First Student management failed to apply these principles. Instead, they launched aggressive, threat-filled anti-union campaigns wherever workers tried to organize, contrary to international standards and to UK management's policy and often in violation of the NLRA.

The Teamsters union took the lead helping First Student workers in their organizing efforts. Working closely with the T&G, the Teamsters used the firm's own proclaimed corporate responsibility statements to achieve an effective neutrality agreement that led to substantial union organizing gains.

A key part of the Teamster campaign to organize the bus drivers at First Student was to convince the parent company to honor its corporate responsibility policy in the United States. Working closely with the T&G, the Teamsters engaged in an extensive campaign that included meetings, public forums and other activities involving financial backers of the company, members of Parliament and others. The activities took place in both the United States and England and helped to focus attention on

problems with First Student's operations in the United States, including management's failure to live up to the company's corporate responsibility policy.

In 2008, First Student rectified its conduct. The company adopted a strong neutrality policy with an effective enforcement mechanism. Since then, more than 30,000 bus drivers in First Student locations around the United States have chosen union representation in secret-ballot elections conducted by the NLRB. In 2011 the company and the union negotiated a nationwide master collective agreement setting basic conditions of employment for all workers and guaranteeing freedom of association.³⁶

In another example, US management at an IKEA supplier factory in Virginia first launched an aggressive anti-union campaign when the plant's 300 workers tried to form a union in 2009. Management's tactics included captive-audience meetings, one-on-one supervisor pressure sessions, and anti-union films and videos. Working with the BWI, UNI and IndustriALL global unions, along with Swedish unions, the workers and their Machinists union (IAM) built an international support alliance invoking ILO standards.³⁷

Under the pressure of the global alliance and its demands for adherence to international labor standards, IKEA's top leadership instructed its American management to halt the anti-union campaigning. In 2011, workers won an NLRB election by a 3-1 margin. In 2012, protected by the same application of international standards, hundreds more workers at three IKEA distribution centres in Maryland, New Jersey, and Georgia joined them, voting by a solid majority in NLRB elections in favor of IAM representation.³⁸

4. CONCLUSION

States and communities in the United States are eager to lure foreign direct investment by multinational firms to build factories and create jobs. But instead of implementing positive workplace policies that reflect their commitments to international labor standards at home and in most other countries where they do business, many companies take advantage of substandard US labor laws to interfere with workers' freedom of association.

³⁶ R. Gray, "Teamsters, First Student Sign 'Historic Agreement' for School Bus Driver Labor," *School Transportation News*, June 6, 2011.

³⁷ S. Pfeifer, "Workers at IKEA factory OK union," *Los Angeles Times* July 29, 2011.

³⁸ B. Vail, "Machinists Rapidly Unionizing Ikea Warehouses: 3 Down, 2 to Go," *Working In These Times*, December 10, 2012.

To stop such abuses, European firms should apply the highest standards of industrial relations and workplace conditions in all their operations, wherever they are located. One specific measure would be to have EU works council directives apply to European firms in their US operations. This would give American employees to have the same rights to information and consultation as their European counterparts. Similarly, American companies operating in Europe should accept participation of US employee representatives in works council meetings and consultations in Europe.

European multinational companies can create internal “due diligence” systems of continuous monitoring and evaluation of the labor relations record of their US operations. They should declare publicly, post on the company website, disseminate to all US managers and employees, and post conspicuously in all US workplaces (in English and in all languages spoken by non-English speaking workers) the company’s commitment to international human rights standards on workers’ freedom of association in the United States.

At the same time, European firms should declare that where US labor law falls below international standards, the company will comply with the higher standard. They should also develop internal management training and implementation systems to ensure that US managers understand and put into effect the company’s freedom of association policies.

National and international governing institutions can also play a role. For example, the European Commission and European Governments should develop systematic means of scrutinizing EU-based firms in the United States with respect to their freedom of association policies and behavior. The EU can go even further, adopting legislation requiring that European firms operating in the United States conform their behavior to international standards on freedom of association. The ILO and the OECD should apply complaint and enforcement systems to hold multinational corporations accountable for violations of the ILO Tripartite Declaration and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

Foreign governments and international are not the only bodies that should halt employers’ interference with workers’ freedom of association. The United States needs to act, too. The US government should adopt labor law reforms to bring the United States into full compliance with international human rights standards on workers’ freedom of association. It should also submit ILO Conventions 87 and 98 on workers’ freedom of association to the United States Senate for ratification. The United States has ratified only 14 ILO conventions out of 189 total, and only two of the eight

“core” conventions (no. 105 on forced labor and no. 182 on worst forms of child labor).

The EU and the US should back up a commitment to a strong social dimension by establishing a permanent secretariat or observatory to monitor and report on labor developments in the United States and Europe. Such a body can:

- review and evaluate each other’s multinational companies’ internal systems of due diligence, communication and management of the firm’s social performance;
- conduct an annual Labor Information Audit on the state of labor rights and labor standards in firms investing in each (noting, for example, whether firms have been found in violation of national labor laws or international labor standards);
- conduct investigations and issue findings and recommendations when workers’ rights under international labor standards are violated.

Lance Compa
Senior Lecturer Labor relations, and History
IRL School Cornell University
Lac24@cornell.edu

INDUSTRIAL ACTIONS IN GERMANY – REALISTIC IN AN INTERNATIONAL CONTEXT?

WOLFGANG DÄUBLER

University of Bremen

Fecha de recepción: 25-12-2015

Fecha de aceptación: 11-01-2016

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. GERMAN INDUSTRIAL RELATIONS – AN OVERVIEW. 2.1. Dualistic System and number of Strikes. 2.2. The division of labour between unions and works councils. 2.3. Law and reality. 2.3.1. Influence of works councils on collective bargaining. 2.3.2. The emergence of new unions. 2.3.3. Workers without works councils and unions. 2.4. Right to industrial action - differences to other West-European Countries. 2.4.1. The constitutional guarantee. 2.4.2. Limits of the right to strike. 2.4.3. Collective agreements or other aims, too? 2.4.4. The illegality of the so-called wildcat strike. 2.4.5. Strikes and other means of pressure. 2.4.6. Lock-out and other means of employers. 2.4.7. The right to work as an argument. 3. THE SCOPE OF LEGITIMATE INDUSTRIAL ACTION. 3.1. Business prerogatives as limits to strikes and collective agreements?. 3.2. Essential services. 3.3. Concrete cases. 4. CRIMINAL LIABILITY. 4.1. Criminal liability in the past. 4.2. The situation in the first years of the Federal Republic. 4.3. The actual legal situation. 4.4. Reasons not to use criminal law. 4.5. Could the legislator change the situation? 5. CIVIL LIABILITY. 5.1. Civil liability of unions. 5.2. Civil liability of individuals. 5.3. The damage to be paid. 5.4. Law and reality. 6. DISCIPLINARY LIABILITY. 7. SOME SUGGESTIONS.

RESUMEN: En la UE, la acción colectiva transnacional existe en teoría, pero no en la práctica. ¿Cuáles deberían ser las condiciones para la cooperación y la lucha conjunta? Cada Estado Miembro debería conocer al otro, en particular los intereses económicos subyacentes, las instituciones, las tradiciones y la mentalidad del resto de movimientos del trabajo. El artículo pretende aportar información concreta sobre las relaciones laborales en Alemania. Según se aprecia desde otros países europeos, el caso

parece de bastante interés. Sin embargo, el mito pudiera dejar de serlo o incluso ser destruido por completo.

ABSTRACT: In the EU, transborder collective action exists in theory but not in practice. Which would be the conditions to cooperate and even fight together? One should know each other, especially the underlying economic interest, the institutions, the traditions and the mentality of the other labour movement. The article tries to give concrete information about labour relations in Germany. Viewed from other European countries, it seems to be a very specific case today. This myth will be modified, if not destroyed

PALABRAS CLAVE: relaciones industriales en Alemania, relaciones laborales en Alemania, comité de empresa, derecho a la huelga, huelga salvaje, cierre patronal.

KEYWORDS: German industrial relations, labour relations in Germany, works council, right to strike, wildcat strike, lock-out.

1. INTRODUCTION

Germany has the image of being a rich country with quite peaceful labour relations. This view is linked to the idea of equality at least between workers. Why should refugees not select such a country? Some of them go to Sweden having a comparable reputation, but most of them prefer Germany.

If this view is confronted with reality, it needs some corrections from the very beginning. When the legal minimum wage was introduced in January 2015, 5.25 million workers (among 36 million) earned less than the new minimum of 8.50 Euro an hour. One third of them even got less than 6 Euros an hour, 1.3 Million less than 5 Euros.¹ Obviously, there is a lot of inequality. You can find in Germany winners of the globalisation, especially in the metal and in the chemical industry, and losers,

¹ Details at Amlinger/Bispinck/Schulten, Niedriglohnsektor: Jeder Dritte ohne Mindestlohn? WSI Report Nr. 12, Januar 2014, S. 4, abrufbar unter <http://www.boecklerimpuls.de/>

especially in the services. In order not to reduce the chances of German enterprises on the international market, the state is no more willing or able to tax them in a sufficient way. In some cases, privatization destroys income sources. A state with a poor budget can pay only poor salaries; the pressure to reduce costs is the highest one in the services. This leads to a kind of separation between the metalworkers' union and the chemistry union on the one side and the service union on the other side. Strikes will be found especially in the services: Doctors in hospitals, railwaymen, nursery-school teachers. As services expand even in industry, there is a big conflict between the two groups of unions who will be entitled to recruit members in this field.

Why can it be of interest for foreign people to know something more about German industrial relations? If there is a perspective to collaborate with German unions and even ask them for support, one has to know their structure and their traditional behaviour. If a common collective action would be at the horizon, is there a chance to find an agreement about such a plan? Who will be the partner to talk with if an action is planned on the level of an enterprise?

In the following paragraphs, readers may find some "basics" on German labour law and the corresponding reality. The second big part deals with industrial conflict and its narrow legal framework which has become in a way less restrictive during the last ten years. At the end, some short suggestions will be made.

2. GERMAN INDUSTRIAL RELATIONS – AN OVERVIEW

2.1. Dualistic System and number of Strikes

In Germany, the number of strikes is quite low. According to statistical figures published by the scientific institute of the German Trade Union Congress,² about one million of employees participated in strikes in 2013. In relation to 36 million employees, this is a quite modest number: About 3% of all workers went to strike. In the typical case, a strike took some hours, because only 550.000 working days were lost.³ These facts need some explanation.

² WSI – Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut.

³ Details see Dribbusch, Böckler impuls 5/2014 p. 3.

In Germany, workers' interests can be represented via three channels:

1. Works councils elected by all employees in a plant;
 2. workers' representatives on the supervisory board of large companies;
- and
3. trade unions whose main function is to conclude collective agreements.

The three channels are closely interrelated, and various sets of formal and informal rules are applied to ensure that representatives' activities are all moving more or less in the same direction. This contribution is focused on trade union rights, especially collective bargaining and strike. But their role can be understood only if one bears in mind the other forms of conflict resolution. Some information about the works council system seems to be necessary.

In all plants employing at least five employees a works council must be elected. At least, this is what the law on works councils provides, but the reality is very different. Only in about 10% of plants, works councils are elected. However, since these are generally the larger ones, nevertheless about 50% of all employees are represented by a works council.⁴ A works council is elected by all employees working in the plant the union membership being legally without any importance. The works council has a well elaborated position.

Works councillors are entitled to exercise their functions during working time, paid by the company.⁵ This is especially important for their weekly meetings and for contacting workers. The latter are subject to similar conditions when attending the consulting hours of the works council or contacting one of its members:⁶ they are entitled to bring forward grievances or ideas to works council members during working time without losing pay. Contacting union spokesmen would be possible only during breaks or before the beginning and after the end of the work.

In plants with at least 200 employees, one member of the works council has the right to function on a full-time basis.⁷ The wages of all works councillors must not be reduced because of their activities. Members of the works council may go to seminars to acquire the know-how they need to exercise their functions. During their absence,

⁴ Ellguth, Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 56 (2003), 194–199.

⁵ Article 37 fl 2 Works Constitution Act.

⁶ Article 39 fl 3 Works Constitution Act.

⁷ Article 38 fl 1 Works Constitution Act.

their wages are paid by the employer as are the costs of participating in the seminars.⁸ Comparable possibilities for trade union activists do not exist. The employer must also provide the works council with the necessary equipment, such as meeting room, office, phone, computer and internet access. Unconceivable to give similar rights to a trade union spokesman; it would be considered to endanger the independence of the union from the employer's side.

Works council members can be dismissed only for grave misconduct.⁹ Even in that case, a second condition applies: an employer's dismissal request needs to be approved by the works council.¹⁰ If the works council does not agree, the employer may ask the local labour court to decide. In the course of the lawsuit (which may take between 6 and 12 months) the works councillor continues to exercise his or her functions and to work at the plant. Once more, union representatives are never protected in the same way.

The works council has a comprehensive right to be informed by the employer about everything related to the plant.¹¹ The council may also obtain information from other sources such as newspapers, websites or the workforce. Having sufficient information is considered to be an elementary condition for the council to exercise its rights of consultation and codetermination.

The rights to consultation and codetermination are laid down in the law but can be extended by collective agreement (and sometimes are). With regard to consultation, there is a general rule that planned changes in working conditions (in a broad sense) must be communicated to the works council and discussed with its members.

The right to codetermination is much more important. Codetermination means joint responsibility for certain decisions taken together with the employer. This requires an even higher standard of information. In fields in which codetermination applies, council and employer must take a joint decision. In practice, the decision is made by the employer with the consent of the council. A unilateral decision would have no legal effect; no employee would be obliged to follow it. In addition, the works council could go to the labour court asking for an injunction.¹² Within a few days, a court decision would force the employer to withdraw the measure until an agreement with the works council has been reached.

⁸ Articles 37 fl 6 and 40 Works Constitution Act.

⁹ Article 15 fl 1 Act Protecting against Dismissals.

¹⁰ Article 103 Works Constitution Act.

¹¹ Article 80 fl 2 Works Constitution Act.

¹² BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96, DB 1997, 378.

If negotiations between employer and works council fail, either side may ask a conciliation board to decide. Normally, the board consists of two or three members from each side and an impartial chair from outside the plant. As a rule, the board reaches a compromise; in exceptional cases it takes a majority decision. Its legality can be supervised by the labour court if one side requests it. A strike must not occur during the whole procedure; the works council is explicitly not allowed to organize it. Even outside the fields of codetermination, the works council is generally forbidden to organize or support a strike.¹³

The areas of codetermination are laid down in the law. They comprise rules governing the behaviour of employees, which are not directly linked to work.¹⁴ This includes for instance the obligation to wear a uniform or to discuss the medical or social reasons for an illness exceeding six weeks in a year if the worker agrees. Another field is overtime, short time work and beginning and end of working time.¹⁵ Monitoring workers by means of technical equipment, such as video cameras or listening into phone calls, is comprised, too.¹⁶ Other important fields are the distribution criteria for fringe benefits among employees¹⁷ and the social plan in the case of "fundamental change" of the plant, such as its partial or total closure.¹⁸

The system of works councils absorbs a lot of conflicts which are resolved without any industrial action. This is a feature which characterizes German industrial relations. It is one essential reason why much less strikes occur in Germany than in comparable industrialized countries like France or Canada.¹⁹

¹³ Article 74 § 2 Works Constitution Act.

¹⁴ Article 87 fl 1 No. 1 Works Constitution Act.

¹⁵ Article 87 fl 1 Nos. 2 and 3 Works Constitution Act.

¹⁶ Article 87 § 1 No.6 Works Constitution Act.

¹⁷ Article 87 § 1 No.10 Works Constitution Act.

¹⁸ Article 112 § 2 Works Constitution Act.

¹⁹ See *Dribbusch*, Böckler impulse 5/2014 p.3: In an average year between 2005 and 2012, in Germany 16 working days had been lost by strikes calculated on the basis of 1000 employees. In Canada the number of days was 112 and in France 150.

2.2. The division of labour between unions and works councils

Article 9 § 3 of the German Basic Law (Constitution) guarantees the right of all individuals to form a union or to join an existing one. The Federal Labour Court and especially the Federal Constitutional Court have extended the guarantee to unions as such: their existence is protected as well as all their activities in pursuit of the defence and the improvement of working conditions and economic conditions.²⁰ This includes, in particular:

1. the right to conclude collective agreements;²¹
2. the right to strike or take other collective actions in pursuit of a new (and better) collective agreement (and perhaps other aims);²²
3. the right to cooperate with works councils and workers' representatives on the supervisory board;²³
4. the right to distribute leaflets and to send e-mails to workers;²⁴ trade union representatives also have a right of access to workplaces;²⁵
5. the right to represent workers' interests in relation to public authorities and political parties.²⁶

At the same time, the judge-made law conferring these rights to unions (and employers' associations) has established limits, too. Trade union rights must be balanced against the fundamental rights of the employer and can be restricted by statute in the public interest.²⁷ Before 1995, the Federal Constitutional Court had decided that the union rights were only guaranteed in their 'core', a rule, which

²⁰ See BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106; BAG 24.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

²¹ See BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27.

²² See BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 224; BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., DB 1995, 1464 and 4b below.

²³ BVerfG 30.11.1965 – 2 BvR 64/52, BVerfGE 19, 303, 313.

²⁴ BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615.

²⁵ BAG 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; LAG Niedersachsen 17.11.2008 – 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209

²⁶ BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 686/65, BVerfGE 28, 295, 305.

²⁷ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

implied that only indispensable activities were protected by the Constitution.²⁸ By this way, a lot of trade union activities remained without legal protection: Election of trade union spokesmen within the plant? Not indispensable because it can be organized in a bus parked near the entrance of the factory or the office building. Is access of trade union representatives to the plant necessary in order to inform workers on trade union activities? It is not indispensable because this activity can be done by workers being already members of the union. All this has been put away in 1995: all kinds of trade union activities are protected by article 9 § 3 of the Constitution, but have to be balanced against the fundamental rights of the employer. If the workflow is not seriously disturbed there is no reason to consider these activities to be unlawful.

If the works council would be completely independent from the union it would be the only representation of workers' interests in daily life. For an individual worker the best way to solve a problem would be to go to the works council and ask for support. The union would be marginalized. Why should one go during one's free time to an organization, which would have no real influence in the plant? It could publish a protest, nothing more. Its 'codetermination' would be the conclusion of a collective agreement, which normally applies to the whole sector or at least to a part of it. The small problem of an individual has no place in such a kind of collective negotiations.

Law and reality establish a much more balanced system. The legislator has established numerous coordination mechanisms to protect unions and prevent their replacement by works councils.

Unions play an important role in the creation of works councils. They can take the initiative to call for elections or install an election committee.²⁹ However, the union's initiative is not essential and a works council can be established without any union support.

The union does not have a reserved seat on works councils and there is no formalized link between the two. Unions can participate in the elections of works council with a union list made up of company employees and not trade union staff. However, if candidates on a trade union list are elected, they enjoy their mandate as individuals and not as union representatives.

Collective agreements must be respected by the employer and the works council; both can act only within the framework defined by the mutual decisions of unions and

²⁸ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq. The new case-law is described as an “interpretation” of former judgments which were often “misunderstood.”

²⁹ For details see Däubler, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 11th edition, Baden-Baden 2010, para. 91 et seq.

employers. In particular, codetermination with regard to wages and working time applies only to matters left unregulated by the collective agreement.

Individual works councillors are free in their union activities.³⁰ They are not bound by the peace obligation, which is addressed only to the works council as such.

Unions help works councils to perform their functions if the latter accept it. Unions offer many courses to provide work councillors with the knowledge they need. The works council (even a minority of its members) can request that a union official take part in all its meetings.

Unions have the right to supervise the behaviour of works councils and to ask the labour court to end the office of a particular works council if it has neglected its duties to a considerable extent.³¹

Normally, all these mechanisms lead to close cooperation between works councils and unions. About 70% of all works councillors are union members (whereas the union density among workers in general is nowadays less than 20%). In former times works councils had an important role in recruiting new trade union members despite the fact that there is a legal obligation of neutrality towards unions for works councils as such.

The most important instrument to make the union stronger than the works council is the collective agreement. It deals with wages, weekly working time and some fringe benefits whereas the main task of the works council is to influence the way how the work is performed (e.g., beginning and end of work, overtime, monitoring of workers by technical means etc.). If a collective agreement has regulated a certain matter the works council is prohibited to conclude works agreements on the same topic. According to Article 77 § 3 of the Works Constitution Act, these agreements are illegal even in the case that ‘usually’ the questions are regulated by collective agreement in the firm; it is not required that the concrete employer is bound by them. One may call this a division of labour between works councils and unions – the works council tries to solve the questions of daily life whereas the union deals with the fundamental questions of wages and working time. The union is the only agent entitled to organize a strike and to bring by this way real economic progress. The rights on workplace level like the right to accede to the premises of the employer are of a high importance in preparing negotiations about a new collective agreement or in trying to activate people for other aims.

³⁰ Article 74 fl 3 Works Constitution Act.

³¹ Article 23 § 1 Works Constitution Act.

2.3. Law and reality

The concept of a harmonious division of labour between works councils and unions cannot be identified with a general reality in German plants. Three points should be added.

2.3.1. *Influence of works councils on collective bargaining*

Works councillors often share some economic views of their employers and prioritize the interests of the enterprise (e.g. to get sufficient profit). This will not be openly declared, but the existence of such an attitude is obvious for those who are involved in collective bargaining. This constrains radical trade union demands and the use of the right to strike. In practice, works council members play an active role in defining trade union policy because a strike depends normally on their readiness to influence workers at plant level in an informal way. In nearly all unions, one will find a collective bargaining committee in which works councillors have a clear majority. The committee offers only a recommendation, not a binding opinion, but its position is of considerable importance. The legal principles of social partnership laid down in the Works Constitution Act influence, therefore, the behaviour of the union. The interaction between unions and works councils has certainly contributed to more modest wage demands over the past years. It is, therefore, not surprising that the average income of workers protected by collective agreements grew by only 4% between 2000 and 2008, whereas in comparable countries, such as France, Great Britain and Sweden, the percentage was much higher. If one takes the real wages of all workers, the development is still more striking: while in Germany wages have decreased by 0.8%, they have increased by 4.6% in Spain, 7.5% in Italy, 12.4% in the Netherlands, 17.9% in Sweden and 26.1% in Great Britain.³² It is not surprising that trade union membership has decreased from about 11.3 million people in 1993 to about 6.2 million in 2010;³³ the price unions had to pay for their policy of social partnership and modesty is a quite high one. Will the 'German model' survive for long under these circumstances? The answer is still unknown. It may depend on the capacity of unions to link a more aggressive wage bargaining strategy with a campaign to increase membership.

³² Thorsten Schulten, *Europäischer Tarifbericht des WSI 2007/2008*, http://www.boeckler.de/pdf/impuls_2008_14_1.pdf

³³ Until now, it has remained on this level.

2.3.2. The emergence of new unions

In recent years, groups of specialized employees have formed their own unions. Pilots and cabin staff (stewardesses and pursers) have done it in the beginning of the 1990s. They were followed by the air controllers and the doctors in hospitals. The engine drivers always had their own union, which closely collaborated with the big union of railwaymen renouncing on collective bargaining by their own. In 2002 a dissociation of the two organizations took place. In all these cases, the specialists were dissatisfied by the results the big unions had attained in collective bargaining. Indeed, all the groups mentioned could reach better results by acting alone, normally organizing strikes.

The traditional unions reproached them to follow an egoistic trip. Financial means they receive would no more be available for the less qualified people who would need special support; the gap between the 'rich' and the 'poor' widens. On the other hand, this is true only if the quantity of money that is to be distributed cannot be influenced. The overview on the wage increases between 2000 and 2008 shows, however, that this assumption does not seem to be very realistic.

Another argument is that the big unions did not try to exercise pressure on the employers' side by calling these 'strong' groups to participate in a strike. The power of air controllers, engine drivers and doctors in hospitals is obvious, not only for the public but also for the employees themselves. Why should they accept, for example, a wage increase below the inflation rate because the union accepts the proposal of a mediator without trying to organize a strike? Never were they given a chance to fight for better wages for all workers of the sector; doing it alone was the ultimate way-out.

The emergence of new unions had a specific impact on the dualistic system. Doctors or engine drivers will rarely have a majority in the works councils and cannot automatically count on the support of the other groups. Problems in daily work will not be solved by the works council like in other plants; it is up to the union to take the necessary steps. Let me give an example. Doctors in hospitals are often obliged to do an on-call service during the night. It is less paid than ordinary work. According to the collective agreements, on-call service permits only 50% of the time being spent with work. If this limit is not respected the doctor has to be paid as if he or she had worked during the whole night. It is, therefore, essential that each doctor writes a kind of diary about the work done during the on-call service. Under normal circumstances, the works council would tell the doctors to do so and even organize a coordinated action, but there are no examples for this in hospitals. It is up to the doctors' union to take the initiative and to make this (modest) step forward. The surprising consequence is

that in these fields we have a one-channel system in Germany. Another important consequence of the emergence of new unions is the growing importance of strikes.

2.3.3. Workers without works councils and unions

What about the 50% of workers who are not represented by a works council and who will not be represented by a union? (To have a group of union members and no works council is an extremely improbable situation, because it is much more dangerous to create against the will of the employer a union group instead of a works council.) In this 'dark half' of our industrial relations there is only an informal kind of workers' representation whose character depends more or less on the employer. If he is convinced that workers should be consulted because problems will become visible and can be solved afterwards, he will have an open ear to grievances or, in bigger plants, even install a representation body that can be the speaker of the workers.³⁴ If he thinks to be always on the right way he will practice an authoritarian style and workers have to obey.³⁵ A correction can only be realized by workers having a good position in the labour market; they can threaten to leave the plant or effectively do it. Union rights on the workplace exist as in other plants but one does not dare to use them. They are law in the books, not law in action.

2.4. Right to industrial action - differences to other West-European Countries

2.4.1. The constitutional guarantee

Art. 9 § 3 contains implicitly a right to collective action, especially a right to strike. This is uncontested since the Constitutional Court has refrained from its former opinion that collective activities are guaranteed only in a "core area".³⁶ Demands to create an act on industrial action remained without any success because both sides were anxious to be restricted in their activities.

³⁴ Däubler, *Privatautonome Betriebsverfassung?*, in Festschrift für Hellmut Wifflmann, editors: Wolfhard Kohte, Hans-Jürgen Dörner & Rudolf Anzinger, München 2005, 275 et seq.

³⁵ I. Artus, *Interessenhandeln jenseits der Norm*, Frankfurt 2008, 209 et seq.

³⁶ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq.

2.4.2. Limits of the right to strike

In practice, the most important limit is the peace obligation. If a collective agreement exists such an obligation is derived automatically from it, a kind of implied condition. As long as the collective agreement is not effectively denounced, both partners are obliged not to take any action against the other side related the subject-matters contained in the collective agreement. As to other subject-matters they are not bound. They can, however, extend the peace obligation to all possible matters what is done only in institutions dominated by the catholic or the protestant church.

Other limits of the right to strike are derived from the fundamental rights of the employer. As his freedom of professional activity and (perhaps) his property is affected, the strike has to respect the principle of proportionality. The strike has to be the last resort (*ultima ratio*) which can be used only if all other means have failed. That could lead to a very detailed judicial control of collective bargaining but the Federal Labour Court did not pursue this way: It is up to the union to decide whether all other means besides the strike would be useless. Only for misuses an exception must be made, but such a case never happened.

Do engine drivers have a right to strike so that people without a car cannot reach their workplaces or other destinations in order to fulfil their duties? When such a strike arrived some years ago, courts disagreed about the question whether such a work-stoppage would be disproportionate. The railway company tried to get an injunction forbidding the strike. In Nurnberg they succeeded,³⁷ but after some time, the regional court of Saxonia in Chemnitz decided that such a strike is legitimate and cannot be forbidden.³⁸ The case has not been decided by the Federal Labour Court, because the procedure on injunctions goes only to the regional court and a definite decision within the main proceedings was requested by neither of the parties.

Considering the described system as a whole it is quite obvious that collective agreements play a decisive role in trade union activities. If bargaining does not lead to an agreement, unions and employers normally recur to conciliation ("*Schlichtung*") which, however, is not compulsory. In some branches (e.g. banking), there is no such procedure at all, in others there is a voluntary agreement enabling each side to start a conciliation procedure if it considers this to be adequate. The result is normally not binding; each side keeps the right to refuse. Legally, one could establish a clause that the result would be accepted automatically, but in practice, this would be very

³⁷ ArbG Nürnberg 8.8.2007 – 13 Ga 65/07, AuR 2007, 320; in the same sense ArbG Chemnitz 5.10.2007 – 7 Ga 26/07, AuR 2007, 393.

³⁸ LAG Chemnitz 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, AuR 2007, 439.

exceptional. The importance of conciliation is a political one: The refusing side would have a bad image in public discussions.

2.4.3. Collective agreements or other aims, too?

Whether trade unions have a right to organize a strike for other aims than collective agreements is doubtful. Germany has ratified the European Social Charter which guarantees in its article 6 § 4 a much wider right to strike. The Committee of Ministers of the Council of Europe as recommended to Germany by a two-thirds majority to change the legal situation and to admit strikes for other aims and - which will be discussed in the next paragraph - to admit the so-called wild-cat strike.³⁹ The legislator did not take any measures because both social partners are hostile to a legal regulation of industrial conflicts. The Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht) declared two times that this is an "open question" which had not to be decided in the concrete case.⁴⁰ Considering civil liability which cannot be excluded trade unions would not dare to organize a strike having other aims than the conclusion of a collective agreement.

2.4.4. The illegality of the so-called wildcat strike

Unlike France, Italy, Spain and Portugal, Germany does not accept the wildcat strike which is not organized by a union but by a group of workers. It is considered to be a breach of contract which can legitimate dismissals of the strikers and cause their civil liability. In September 1969, there was a "wild" strike movement comprising 160.000 workers from 69 plants but their demands were fulfilled and no sanction was inflicted. In 1973, 275.000 workers from 335 plants participated but there were some few dismissals. In 1996, there was another movement fighting for the full continued remuneration in case of illness; in order to restrict the legal risks, the work stoppages were normally disguised as staff "assemblies" which are permitted once every three months during working time.⁴¹ This was also the case in 2004 when the plant of Opel Bochum was threatened to be closed: Because the union did not (fully) support the

³⁹ Text of the recommendation in AuR 1998 p. 154 et seq.

⁴⁰ BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 735, 740; BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 997, 994 para. 79.

⁴¹ If it had already taken place: The Works Constitution Act provides for two additional assemblies during the year for urgent matters.

workers they organized an assembly of six days (whose legality was quite doubtful but nobody questioned it).⁴²

2.4.5. Strikes and other means of pressure

"Industrial action" is not identical with strike. The Federal Labour Court has admitted a flash mob action organized by the union during the negotiations on a new collective agreement.⁴³ In the concrete case, there was a strike in the retail trade which was not very effective because the employers recruited strike-breakers who took over functions of the strikers (e.g. at the cash-points in supermarkets). The union, therefore, called members and other interested persons by SMS to be at a certain moment (10 o'clock in the morning) at a supermarket in East-Berlin. A group of about 50 people entered a supermarket. Most of them laid all kinds of goods into the trolleys and abandoned them afterwards. Some other people bought matches or other articles with ridiculous prices and queued up at the cash-point. Two people filled their trolleys with numerous goods, went to the cashier and declared at the end: "Oh sorry, I have forgotten my purse". During two hours the supermarket could not function correctly. This kind of flash mob was considered to be an action within the field of application of article 9 § 3 of the Constitution - as the effect of a legal strike would be much more important, this method of exercising pressure was accepted by the labour courts. Recently, the Constitutional Court stated that this was not in contradiction to the Constitution.⁴⁴

2.4.6. Lock-out and other means of employers

The traditional counter measure of employers against strikes is the lock-out. The Federal Labour Court has admitted it from the very beginning in 1955.⁴⁵ In the following sentence It modified this decision: The lock-out would normally suspend (and not disrupt as said in the first decision) the labour relationship, it has to respect the principle of proportionality which means that the number of people being locked out should not be much superior to the number of persons being in strike.⁴⁶

⁴² Details in Gester/Hajek, *Sechs Tage der Selbstermächtigung. Der Streik bei Opel in Bochum 2004*, Münster 2005.

⁴³ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

⁴⁴ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014 p. 493.

⁴⁵ BAG 28.1.1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁴⁶ Detail *Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, 16 th edition, Reinbek 2006, para. 600 et seq.

The lock-out has no longer been applied since 25 years ago,. This corresponds to the fact that short-time strikes of one day are the dominating form of work-stoppages; lock-outs would often be disproportionate. Public opinion would not appreciate lock-outs very much because they would expand the conflict and make an agreement more difficult.

There are, however, other means how employers defend their interests. They offer additional money to those you do not participate in the strike. Recruiting strike-breakers is easy in sectors where workers do not need a special qualification. The cleaning service in households and hotels may stand as an example. The situation is different with people cleaning trains, aircrafts or some parts of hospitals: They all need a licence based on special courses; it would be extremely difficult to find a sufficient number of workers meeting these conditions.

2.4.7. The right to work as an argument

The activity of strike-breakers remains normally unchallenged despite of the fact that the ILO-committee for the freedom of association has decided that recruiting strike-breakers is a "grave violation" of the freedom of association in the sense of ILO-Convention 87.⁴⁷ The "right to work" of strike-breakers may be evoked from time to time, but is of no real importance: It is just the freedom of the employer to conclude labour contracts with any person that legitimizes the recruiting of strike-breakers. For the prevailing opinion this is a simple and apparently convincing solution because the right to strike has never been really integrated into the system of subjective rights. If one would do this the behaviour of the employer would be a violation of this right if there would be no explicit justification by referring e.g. to the right of property. One may add that the "right to work" has not been included into the German Constitution; to derive it from international conventions (which would be quite easy) is not a very popular argument among people who do not like strikes and trade unions.

⁴⁷ See *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, § 10 No. 93.

3. THE SCOPE OF LEGITIMATE INDUSTRIAL ACTION

3.1. Business prerogatives as limits to strikes and collective agreements?

As was explained in part I, a work-stoppage to get a (better) collective agreement is the main case of an uncontested legal strike. What can be part of a collective agreement can, therefore, be an object of industrial action, too. The question arises whether "entrepreneurial decisions" (Unternehmerentscheidungen) like closing or relocating the enterprise can be a legitimate object of a collective agreement. Or will there be "management prerogatives" which cannot be touched by industrial action?

In Germany, this question was discussed especially in the 1990ies, when a lot of enterprises relocated parts of their activities to China, India or to countries of the third world. The views were divided before the Federal Labour Court took a decision.⁴⁸

The case was in a certain way an extraordinary one. A plant producing machines was to be closed; the production should continue in another country. The metalworkers union did not ask to give up this intention and to stay in Germany because the risks of getting a negative judgment and being obliged to pay damages in case of strike seemed to be too high. The union, therefore, demanded that the period of notice should be prolonged: Three months as a minimum and one additional month for each year of service. After the end of this period, the employer should continue to pay the salary for three years and take over the costs which would arise if the worker would qualify himself into a new professional activity. The Federal Labour Court decided that these subject matters can be regulated by collective agreement - period of notice and additional payments in case of dismissal are a traditional part of working conditions. And the court continued: Whether a demand is high or low, reasonable or unreasonable has not to be decided by the state; it is up to the social partners to find a compromise which will put aside inadequate or unreasonable rules. Whether "entrepreneurial decisions" could be an object of a collective agreement was not to be decided; the court characterized it to be an open question, but added an important phrase: If there is a demand whose realisation would influence an entrepreneurial decision, the legality of the collective agreement and the strike remains unchallenged. Even if the relocation of the enterprise would become in such a case economically "uninteresting" this would be just a consequence of the collective autonomy without triggering any legal consequence. The strike was, therefore, declared to be legal. Meanwhile one can find a lot of cases in which the threat of such

⁴⁸ BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, DB 2007, 1924 = NZA 2007, 987.

a collective agreement modified or cancelled the decision of the employer,⁴⁹ but there are much more cases in which the workers and their unions were not strong enough to consider such an action.

3.2. Essential services

German law does not use the notion of "essential services". Strikes must not violate fundamental rights of other citizens or damage the public interest. Both limits lead to a restriction of the number of persons and functions which could be affected by a strike.

Doctors in hospitals have a right to strike and use it, but patients have to be protected. Their right to life and health is guaranteed by article 2 § 2 of the Constitution. Some 50 years ago, doctors continued to work but refused to take notes of the concrete measures they had taken. The hospital could, therefore, not send complete bills to individuals or to the health insurance - an important disadvantage accelerating the collective negotiations in a good sense for the doctors. This form of action was called "pencil strike" according to the technical means used at that time. With the computer, things have changed. In recent times, doctors continue to take care of their patients but do not accept new ones - urgent cases excluded. As the strike is always limited to certain hospitals, ill people can find a place in another hospital. Due to bad working conditions in hospitals (very long working time) many strikes have taken place during the last ten years but there was not one case in which a patient could claim not to be treated correctly because of the strike.

Strikes in airports are relatively frequent. If people doing the security check refuse to work the whole airport is blocked for passengers taking a plane. This is accepted if an emergency service is upheld: The aircrafts of government members should always be able to start and land. This is fixed in "urgent services agreements" between the management of the airport and the unions. Other passengers can go to other airports in Germany or in the neighbour states like Switzerland, France, Luxemburg, the Netherlands or Denmark which can be easily reached by train. There is no "fundamental right" to get a flight at a certain time; passengers may become angry or disappointed but this is no sufficient reason to forbid a strike.

⁴⁹ Examples see Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), *Kommentar zum BetrVG*, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 111 Rn. 15.

3.3. Concrete cases

According to some foreign experiences, several concrete questions have to be dealt with.

(1) A union calling for withdrawal of an economic dismissal plan. Under German law, the situation is rather clear: The right of the employer to dismiss employees can be restricted. The ordinary dismissal can be prohibited for a certain group of workers or for everybody during a certain period. According to a well-known collective agreement, employees in the public service who are at least forty years old and who have worked in the public service for at least fifteen years can no more be dismissed for economic or other reasons. The only exception: extraordinary dismissal for grave misconduct.⁵⁰ The exclusion of the ordinary dismissal for a certain time is often part of a special collective agreement with enterprises in an economically difficult situation: The workers agree to get lower wages for two or three years; on the other hand they get a strong protection against dismissals. Legally, there would be no obstacle to forbid collective dismissals in this way.

The situation changes if the dismissal is already pronounced: In this case a strike to withdraw the dismissals and get the workers reintegrated would be illegal because it is up to the courts to decide whether the dismissals are well founded or not. It would, however, probably be possible to accept the dismissals as such but demand new labour contracts for the workers concerned, but there is no court decision about this point.

(2) Fairness of broadcasting and independence from the state and big capital is a question which could not be solved by collective agreement in German law. It is a political question which the Parliament should deal with. There is one very small exception: If there is a strike in the media, and the broadcasting station only refers to the employers' views the workers should have the right to pronounce their position in an adequate way, too. In a newspaper strike during the seventies, the printers have even refused to bring the employers' view; the (small) edition of the newspaper was published with so-called blank spots.⁵¹ Everybody knew what it meant.

(3) Privatization is treated as an entrepreneurial decision. It is therefore doubtful whether it can be an object of a collective agreement and a strike. As German unions are quite cautious they would never run the risk of organizing an illegal strike with all the consequences it can have. But they can regulate the consequences of privatization by collective agreements. This is done regularly in a more or less successful way. A

⁵⁰ § 34 Abs. 2 TVöD – Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (article 34 § 2 of the collective agreement for the public service).

⁵¹ See Hensche in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, op. cit., § 18 Rn. 122 ff.

good example is the privatization of the waste management in the city of Bremen. The workers became employees of the private firm, but with very special conditions: They did not only keep the rights they had acquired. Everybody having worked in this sector for at least one year could no more be dismissed by the private enterprise, except for grave misconduct. If the private enterprise would go bankrupt, the city of Bremen would be obliged to take all workers back and employ them in their field. In a certain way, they were better off after privatization.

(4) Hospitals creating a sub-company or a branch in order to reduce the wage costs are well known in Germany. There is even an important decision of the Federal Labour Court dealing with such a case.⁵² A hospital had outsourced the cleaning service to a sub-company keeping the power of telling the sub-company what to do. Some cleaning ladies refused to go to the sub-company (what is possible according to art. 613a § 6 of the German Civil Code) and were dismissed. The Federal Labour Court decided that the dismissals were illegal because there was no "redundancy" as the employer had not reduced the number of workplaces at his disposal. If the sub-company would have its own power of decision, the situation would be different. Whether a collective agreement and a strike could forbid the outsourcing, is doubtful; this is another case of an entrepreneurial decision. But the consequences of the outsourcing could be regulated by collective agreement like in the Bremen case mentioned in the preceding paragraph.

(5) Contract workers want to be employed by the principal's company. There would be two ways to reach such an aim under German law.

No legal risk would arise if the workers of the contractor's company would ask to get the same conditions as the comparable workers of the principal's company. This would be a kind of "equal pay" which is generally recognized in the field of temporary agency work.⁵³ There is no legal obstacle to transfer this principle to contract workers. Wages and other working conditions can be fixed by copying what is valid for other people. Whether a pure reference to the conditions of the workers of the principal's firm would be correct depends on the way how the requirement of a "written" collective agreement is interpreted by the courts.

Another way is the transfer of the employment relationship to the principal's company. Workers may ask to be employed by a certain employer - that is a possible rule admitted as part of a collective agreement by article 1 § 1 of the Law on Collective Agreements. Workers may also ask the dissolution of an employment relationship - in this case to the contractor's company. Article 1 § 1 of the Law on Collective

⁵² BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

⁵³ It can be found in the EU-Directive on temporary Agency Work.

Agreements mentions also "the ending" of an employment relationship as a part of a collective agreement (normally dealing with a special protection against dismissal). The combination of both is quite unusual; I do not see that a court has ever decided over such a case. I would prefer the first way which will probably lead to the same effect as the contractor will not be willing (or able) to pay the same amount as the main company. In order to end the strike, there would be an offer of the main company to take over the workers (or some of them).

(6) Workers (=abhängig Beschäftigte) who are no employees (=Arbeitnehmer) may participate in collective bargaining if they are persons "assimilated to employees" (=arbeitnehmerähnliche Personen). Such a person is defined by being self-employed on the one hand but economically dependant on one or two enterprises on the other. In order to distinguish them from firms which depend on a big company they have to work regularly without the help of other persons needing therefore protection in a comparable way as employees. Article 12a of the Law on Collective Agreements admits collective agreements for this group of persons; they are entitled to participate in a strike organized by a union, too. The Constitutional Court has acknowledged a lot of years ago, that workers assimilated to employees are covered by article 9 § 3 of the Basic Law which means that collective agreements can be concluded and strikes organized. In other fields of labour law, the "assimilation" is much more restricted; this group is not protected by the law against inadequate dismissals and not included in the Works Constitution Act. On the other hand, they have the same right to annual leave as employees; they can go to the labour courts (instead of the ordinary courts) and are included in many other labour law rules.⁵⁴

Especially in the state-owned broadcasting and television companies, the "free riders" have attained collective agreements and participated in (short-time) strikes, too. Just to give an example: The workers of Radio Berlin-Brandenburg (RBB) negotiated about higher wages with the board of directors. Two unions participated in these negotiations, both representing "workers assimilated to employees", too. The unions organized different "warning strikes" but the radio and television station continued its programme working with strike-breakers and using the programme of other radio stations. One evening the strike-breakers had organized interviews with a lot of people in the centre of Berlin. The strikers came with big banners and stopped near the interview partners so that the spectators could see their slogans. After this moment, the negotiations came to an end quite quickly including, of course, the workers "assimilated to employees", too. In other fields this would be much more difficult,

⁵⁴ Details *Däubler*, Für wen gilt das Arbeitsrecht? Festschrift Wank, 2014, p. 81 et seq.

because these independent workers are normally not unionized despite of bad working conditions.

4. CRIMINAL LIABILITY

If a strike or another form of industrial action is illegal, the question of criminal sanctions may arise. Concerning the situation in Germany, it may be useful to go back to history.

4.1. Criminal liability in the past

In the years before the First World War, there was no right to strike. But rules prohibiting the common representation of workers' interests were cancelled in 1869. A strike without previous denouncement was a breach of contract but it was not punishable. The supreme court of the Reich (Reichsgericht) condemned, however, workers who had asked an additional payment for the past: Their behaviour was considered to be an attempted blackmailing because the argument that a strike will take place was considered to be a threat of serious harm in order to enrich themselves and third persons (Section 253 of the Criminal Code).⁵⁵ This was not the only judgment of this nature.⁵⁶ Especially strikers having political aims were persecuted.⁵⁷

In the years of the Weimar Republic, nobody seems to be condemned to prison for unlawful striking. During fascism strike was forbidden. It happened rarely but some cases are known. In 1936, 262 workers at Opel Rüsselsheim stopped working because they could not understand why their wages had decreased due to a complicated system of piece-work. They went to the administration to get information and to correct the amounts. The administration was not ready to discuss with them and threatened to ask the police to come. The workers did not insist and went back to their workplaces. The whole action took twenty minutes.⁵⁸ The police and other parts of the administration were informed; they urged the directors to dismiss the workers.

⁵⁵ RG 6.10.1890, RGZ 24.114, 119.

⁵⁶ See *Rainer Schröder*, Die strafrechtliche Bewältigung der Streiks durch Obergerichtliche Rechtsprechung zwischen 1870 und 1914, *Archiv für Sozialgeschichte* 1991, S. 85 ff.

⁵⁷ Overview see *Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 88; *Kissel*, *Arbeitskampfrecht*, München 2002, § 2 Rn. 16 ff.

⁵⁸ See the description at *Kittner*, *Arbeitskampf. Geschichte – Recht – Gegenwart*, München 2005, p.532.

This was done; the complaints of 12 workers were denied by the labour court of Mayence. Among the dismissed persons, 70 were members of Nazi organisations. A leading representative of the Nazi Party asked to expel them. A party court had to decide, but did not share the view of the leading person, because the system of piece-work payment was indeed quite unclear. They could remain in their organisations. Seven members of the "strikers" were arrested and sent to prison or a concentration camp, but after some months returned without any further sanctions.

4.2. The situation in the first years of the Federal Republic

After the Second World War, no strike was ever considered to be punishable. There is no court decision which would have condemned a worker or a trade union official. Even in cases of lock-out which were quite frequent in the 1950s and 1960s the employers did not try to get a worker into prison.⁵⁹

Legal literature was in its majority less indulgent. Numerous publications in the 1950-ies declared that specific kinds of strikes were punishable: Strikes with political aims, strikes organized by a works council, disproportionate strikes which take place before negotiations really fail, strikes preventing persons willing to work from entering the plant, strikes which paralyse the supply of electricity, gas and water etc.⁶⁰ All these opinions may have had a deterring effect on unions and their members but they had no consequence in court.

4.3. The actual legal situation

Today, this kind of literature is more or less marginalized. The manuals of industrial conflicts in Germany⁶¹ mention the question that illegal strikes may have criminal sanctions, but they do not pay much attention to it. *Kisse*⁶² mentions just the two main articles of the Penal Code which could theoretically be applied: article 240 (using threats of force to cause a person to do, suffer or omit an act - Nötigung) and

⁵⁹ See *Kalbitz*, Aussperrungen in der Bundesrepublik, Frankfurt/Main 1979.

⁶⁰ *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, Kiel 1956, S. 162; *Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München und Berlin 1962, S. 125; *Mertz*, AR-Blattei, Arbeitskampf VI A I 1 b; *Niese*, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954, S. 82.

⁶¹ There are no „commentaries“ because there is no law on industrial conflicts.

⁶² See Footnote 56, § 34 No. 21.

article 253 (blackmail - Erpressung). *Otto*⁶³ even does not treat the problem writing that criminal law applies "in the first line" to excesses like insult, causing bodily harm and burglary committed by individuals at the time of an industrial action. *Reinfelder*⁶⁴ picks up the problem writing that both articles require that the use of force or the threat of harm is deemed inappropriate for the purpose of achieving the desired outcome. This could be judged only in balancing all interests involved. Another author wrote more than 40 years ago that an action cannot be "inappropriate" ("verwerflich") if there are different views about its legitimacy in society.⁶⁵

4.4. Reasons not to use criminal law

Which are the reasons for the reluctance of courts and authors to go into a deeper analysis? To apply criminal law rules would be obviously against the interests of the workers, but would be also in contradiction to the interests of the employers. What could happen if a works council member or just a worker would be sent to prison as a "gang leader" for one or two months? There would be a lot of solidarity with him, and a lot of criticism against the employer and the court in the press and in television. Such a situation would disturb the social partnership so typical for industrial relations in Germany. Would it not be a contribution to the renaissance of class conscience? Would that not be a much bigger evil?

Another factor is the rareness of illegal strikes. Because of the civil liability and the risk to be dismissed for grave misconduct, unions and workers are quite cautious; generally one finds another possibility such as long assemblies with a lot of discussion to impose pressure on the employer.

Finally there are some experiences confirming this position. During the peace movement in the end of the 1970-ies and the beginning 1980-ies a lot of people blocked the entrances of military installations of the US army. Many people were prosecuted based on article 240 of the Penal Code. But the outcome of all these proceedings was quite modest: The fines inflicted were small and in the end the Constitutional Court decided that sitting is not "use of force" but only an obstacle to

⁶³ *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, München 2006, § 15 Rn. 10.

⁶⁴ In: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, third edition, Baden-Baden 2011, § 15 Rn 62 .

⁶⁵ *Däubler*, *Strafbarkeit von Arbeitskämpfen*, in: Baumann/Dähn (Hrsg.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen 1972, p. 104 et seq.

the traffic. On the other hand, the peace movement got a lot of publicity because many prominent persons like writers and artists participated in the actions.⁶⁶

In a comparable case criminal law seemed to be inadequate, too. The German "Lufthansa" had transported people back to their countries because their request to get asylum was refused. To come back to their countries was a big risk for these people; an initiative of citizens tried to help them staying in Germany. In the internet, the initiative published a lot of resolutions criticizing Lufthansa for making money by this way ("they offer economy class, business class, and deportation class"). When a Sudanese citizen arrived dead in Sudan despite of the fact that he was accompanied by two policemen, the protest escalated. Some members of the initiative created software which sent three e-mails every second to the Lufthansa computer. Within a short time the computer was out of service. The action took about two hours. The procurator started a criminal procedure against one of the initiators based once more on article 240 of the Penal Code. The court of first Instance condemned him to pay 900 Euro, but he was acquitted by the court of appeal.⁶⁷ There was no force applied and no threat; even a suppression of data (article 303a of the Penal Code) did not occur.

4.5. Could the legislator change the situation?

The question whether it would be unconstitutional to make illegal strikes punishable is a quite theoretical one in Germany. The existing rules would be sufficient to declare an illegal strike punishable, but it is a question of public opinion and general attitude in society that this possibility is not used. After more than 50 years one may even say that the exemption of industrial actions from the Criminal Code has become customary law.

5. CIVIL LIABILITY

In practice, civil liability is of a certain importance for unions. In law, trade union officials and individuals participating in an illegal strike would be liable, too, but there are very few cases in which this was taken into account.

⁶⁶ Cf. *Vogel*, in: Rieble/Giesen/Junker (ed.), *Arbeitsstrafrecht im Umbruch*, München 2009, p. 152.

⁶⁷ OLG Frankfurt/Main 22.5.2006 – 1 Sa 319/05, MMR 2006, 547 = CR 2006, 684 = StV 2007, 244.

5.1. Civil liability of unions

If a union violates the peace obligation which is derived automatically from an existing collective agreement it has to pay damages. It is sufficient that one of the union's demands is in contradiction to a rule in a valid collective agreement which it had concluded before and which has not been denounced.⁶⁸

An illegal strike may also interfere in the established and pursued business enterprise ("Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"); the consequence would be an obligation to pay damages to the owner of the business enterprise. But there are two conditions which must be fulfilled: The interference must be directed against the enterprise, and the union must have acted at least by negligence. That would be a claim in tort law whereas the violation of the peace obligation creates a claim in contract law. Both may co-exist under German law.

The "direct" interference makes sometimes problems.

Flight navigators at the Frankfurt airport have an employment contract with the "Deutsche Flugsicherung", a limited company owned by the Federal Republic. Their union organized a strike which violated the peace obligation. Air lines asked for damages of about 4 million Euros. Their complaint was dismissed by the regional labour court of Frankfurt⁶⁹ because the strike was directed against the "Deutsche Flugsicherung" and not against the airlines. The fact that the airlines suffered damages was without legal importance; it is a normal consequence of a strike especially in the service sector that thirds will be affected. As to the peace obligation, its aim is to protect the partner of the collective agreement, not to protect third persons. It is therefore no legal basis for a damages claim. This view was confirmed by the Federal Labour Court in 2015.⁷⁰

Another problem is the question of negligence. The union can trust in the existing case law established by the labour courts. If it is overruled after the strike occurred, the union is not guilty of having broken the rules.⁷¹ What will happen if a question is discussed in legal literature with different results? The union can organize a strike but has to be very cautious as to the extent of the work-stoppage.⁷² If pickets or other members commit illegal actions like insults a legal strike will not become illegal.

⁶⁸ See LAG Hessen 25.4.2013 – 9 Sa 561/12, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a

⁶⁹ See footnote 67.

⁷⁰ BAG 25. 8. 2015 – 1 AZR 754/15.

⁷¹ BAG 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, DB 1991, 2295 = NZA 1991, 815.

⁷² BAG 21.3.1978 – 1 AZR 11/76, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003,734, 741.

The union is responsible not only if it is the organizer of a strike. According to the Federal Labour Court it would be sufficient to aid the strikers, e.g. to pay them some money which will enable them to continue their strike. In the case of a so-called wild-cat strike the union can take it over and transform it into an "official strike",⁷³ but this is reasonable only if the peace obligation is not violated.⁷⁴

If the union's members go to strike without the union organizing it, the union has to clarify that it does not support the action. If it remains silent it can happen that it will be considered to be responsible, too.⁷⁵

5.2. Civil liability of individuals

Employees participating in an illegal strike commit a breach of their employment contract. They also interfere in the established and pursued business of their employer. In contract as in tort, they are liable to pay damages. The labour courts make no difference between the union and the individual worker.

In practice, it may often happen that a worker is not aware of acting unlawfully. According to general rules the worker should be deemed to have acted without guilt if the mistake was unavoidable. If the strike is organized by a union, there is a presumption in favour of its legality.⁷⁶ If the union declares that the strike is lawful the worker will not be responsible for negligence.⁷⁷ On the other hand, the Court was quite severe in an old decision (which would probably not be repeated today): even a guest-worker from Italy was responsible and should pay damages despite of the fact that he did not speak sufficiently German and that in his country the so-called wild-cat strike was generally recognized.⁷⁸

The liability of trade union officials is no special subject-matter of discussion in Germany. They would be liable for interference into the established and pursued business enterprise, committed together with the union and the workers.

⁷³ BAG 5.9.1955 – 1 AZR 480-489/54, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 – 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁴ BAG 17.12.1958 – 1 AZR 349/57, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

⁷⁵ BGH 31.1.1978 – VI ZR 32/77, NJW 1978, 816.

⁷⁶ BAG 19.6.1973 – 1 AZR 521/72, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁷ BAG 29.11.1983 – 1 AZR 469/82, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

⁷⁸ BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 – 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

The liability of the union, the workers and the union officials is a common one; they are "joint and several debtors". In law, each person can be sued for the whole damage and may take recourse to the other debtors.

Example: 500 workers are liable for a damage of 500.000 Euro. One of them can be sued to pay the 500.000 Euros. Afterwards he can ask the other 499 to pay him 1.000 Euros per person. That is not a very realistic solution. A rule adequate for businessmen is not adequate for workers at all.

5.3. The damage to be paid

The economic effects of strikes can be very different.⁷⁹ If the employers have difficulties to sell their products the strike is welcome because it prevents stockpiling. In many cases the working hours which were cancelled because of the strike are caught up after some days or some weeks.

Example: During the strike in the printing industry in 1978 the newspaper "Süddeutsche Zeitung" lost 460 pages with (well-paid) advertisements. Four weeks after the end of the strike the newspaper had already published 400 additional pages with advertisements.⁸⁰

In some specific cases there may be real damages but it is difficult for the employer to prove it without opening completely his books. Damages to be easily proven are overtime payments or bonuses for those who did not participate in the strike and continued to work. In addition, the German Labour Courts facilitate the proof in the sense that the employer is supposed to have a so-called minimum damage comprising expenses for components and a certain percentage of the overhead costs.⁸¹

5.4. Law and reality

It is quite rare that unions are sued for damage and even rarer that courts decide in favour of an employer. The most important case dates from the 1950s.

The metalworkers' union had organized a strike ballot before the peace obligation had expired. The Federal Labour Court decided that the ballot violated the peace

⁷⁹ Zöllner, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, Düsseldorf 1974, p. 38

⁸⁰ Wolter *AuR* 1979, 200.

⁸¹ BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*.

obligation and condemned the union to pay the whole damages.⁸² As it was one of the longest strikes in the history of the Federal Republic (taking 114 days) the damage was estimated to be more than 90 million Deutsche Mark. The union was sued and the Federal Labour Court stated that it was liable; the exact amount was never fixed. The threat to be forced to pay this enormous sum induced the union to conclude a conciliation agreement which was very favourable to the employers and influenced the outcome of collective negotiations during more than ten years.

The complaint was a strategic one to force unions to follow a policy of social partnership. Until nowadays, unions are quite cautious before starting a strike and do everything possible to follow the rules of the Federal Labour Court.

Example: Strike in a small firm with a very authoritarian owners' family. The management recruited strike-breakers from outside and continued a big part of the production. The Federal Labour Court did not pronounce itself clearly about the legality of such behaviour until now. The Commission of Experts and the Commission for the Freedom of Association of the ILO both have declared that recruiting strike-breakers violates the ILO-Convention No. 87.⁸³ Nevertheless the union renounced to make a lawsuit against the employer not to recruit strike-breakers any more.

Under these conditions, it is not surprising that unions are rarely condemned to pay damages. There is one case in which the union and the chairman of the works council had to pay 12.291,48 Deutsche Mark (about 6.500 Euros).⁸⁴ In another case,⁸⁵ a newspaper company from Düsseldorf sued 80 employees who participated in a wild-cat strike to pay more than 150.000,- Deutsche Mark (more than 75.00 Euros); the Federal Labour Court decided that this was well-founded in principle, but some details of the damage had to be clarified and remanded the case to the regional labour court. Both sides made a compromise; the employer got 30.000 Euros which were paid (unofficially) by the union. The reason was that the newspaper company was anxious to lose readers and other customers if they would really send the bailiff to the workers' houses to get the money. The situation is similar to that of criminal sanctions: Get a definite judgment and execute it, would lead to a solidarity process which is not desired by the employers.

In the concrete case the workers had the plan to bring the sum in pieces of five pennies (Pfennig) to the firm and put a big heap in front of the entrance door. The

⁸² BAG 31.10.1958 – 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

⁸³ ILO, General Survey 1994, para. 174; ILO Digest 2006, para. 632.

⁸⁴ LAG Hamm 16.6.1981 – 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571.

⁸⁵ BAG 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, DB 1988, 2102.

local television had promised to come and make a report, another newspaper was very interested...

6. DISCIPLINARY LIABILITY

An employee participating in an illegal strike can be dismissed without notice. This is the rule which is laid down in a general formula ("grave ground") in Article 626 of the German Civil Code. But there are different exceptions to the rule.

Firstly, there is a formal one. Article 626 § 2 of the Civil Code provides that the dismissal has to be declared within two weeks. This delay starts when the strike ends or when the employee ends his participation.

The second exception may be much more important. The balancing of the interests of both sides has to justify the dismissal. One of the important points would be whether the employer has dismissed other strikers, too.

The employee A has just participated in the strike like B, C and D. B, C and D are not dismissed; the interest of the employer to dissolve the labour relationship with A is obviously not very convincing.

That would be different if A was one of the organizers of the strike, distributing leaflets or making a speech to an assembly.

In a famous case ("Erwitte"), striking workers had occupied the plant which was considered to be illegal by the Federal Labour Court. The employer dismissed nearly all his workers who immediately went to court. The Federal Labour Court decided that the dismissals were not founded. As the employer had neglected the prerogatives of the works council the workers thought that they acted legally and in a correct way. In the view of the Federal Labour Court this was wrong, but the mistake ("the error") was an important factor in favour of the workers. Another point was that the solidarity was a very broad one (even deputies from all political parties came to the plant supporting the workers' demands) and that it would have been extremely difficult for a worker to break solidarity and go his own way.⁸⁶ The victory arrived after two years, but it was still a victory.

In another case workers had participated in a strike for three days. They followed their union which organized the strike. But in reality the plant did not belong to a sector where the union was competent, so the strike was illegal. But the workers could

⁸⁶ BAG 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

not recognize this mistake; there was no sufficient reason for a dismissal without notice, even not for an ordinary dismissal for neglecting duties.⁸⁷

Another important exception deals with works council members and other persons having a comparable protection against dismissal based on article 15 of the Act protecting against dismissals and on article 103 of the Works Constitution Act. A dismissal is possible only for grave misconduct and with the agreement of the works council. If the agreement is not reached, the employer can go to court where it is replaced if there is really a grave misconduct.

In a case of strike, the right of the works council to deliberate about the dismissal is suspended but not the protection as such: The employer has to go directly to the labour court which will examine whether the behaviour of the works council member was really a grave misconduct or not.⁸⁸ If only works council members shall be dismissed whereas other strikers can continue the court will normally think that this is an illegal discrimination of the works council members.⁸⁹

The long list of exceptions should not be misinterpreted in the sense that the rule disappears. The risk of being dismissed is high if the worker participates in a so-called wild-cat strike and it is low if the union organizes the strike. Even in cases of wild-cat strikes the decision of the employer depends on the support of the whole personnel and the public opinion on the local level: If the newspaper writes a friendly article on the strikers it is quite improbable (not: excluded) that a striker is dismissed.

If the strike ends with a compromise in the form of an agreement the partners normally include a clause which prohibits all kinds of sanctions based on the participation in the strike.

7. SOME SUGGESTIONS

The rules on labour conflicts and the corresponding practice show that the image of comprehensive social partnership without strikes is wrong. It may exist in some sectors of the economy whereas other parts are characterized by an antagonism which leads to all kinds of resistance including strikes.

Will there be any international cooperation? Until now, it plays a very modest role; it is difficult to find a collective action which has links to a comparable collective action in another country. Today, the internationalism of the labour movement is a

⁸⁷ BAG 29.11.1983 – 1 AZR 469/62, NZA 1984, 34 = DB 1984, 1147 = BB 1984, 983.

⁸⁸ BAG 14.2.1978 – 1 AZR 54/76, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁸⁹ LAG Hamm 10.4.1996 – 3 TaBV 96/95, AiB 1996, 736.

theoretical one which is evoked in speeches on demonstrations which take place the First of May ("May Day"). Of course, German unions send their deputies to IndustriALL and other multinational organisations and spend some money for the European Trade Union Confederation, but there are no examples outside the ITF in which transborder collective bargaining and industrial action have been really organised or at least coordinated.

The best way to come together may be European Works Councils where workers' representatives may develop mutual trust which is essential if somebody goes to strike. German representatives in European Works Councils are normally works councillors having a certain influence on the trade union, too. In good cases, it may be realistic to find the support if there is a strike in another country: Refusal of overtime work could be a very useful help because the work of the strikers cannot be transferred to Germany. Another form would be a "hidden strike" in Germany - a very long assembly during which nothing is produced. An open declared strike? Well, the solidarity strike is legal if organized by a union and directed against the same group of enterprises, but it is quite improbable that it will really take place. You would need a very substantial interest of the German workers and a union which is open minded for international actions. A pessimist will think that this situation will remain the same in the future. An optimist will think: paradise will come one day.

Wolfgang Däubler
University of Bremen
daubler@uni-bremen.de

TYOLOGY AND EFFICACY OF FRAMEWORK AGREEMENTS NEGOTIATED BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE PROFESSIONAL AND UNION ORGANIZATIONS REPRESENTING ITS STAFF *

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Senior Professor of Labor Law

Law School. University of A Coruña (Spain)

Fecha de recepción: 26-10-2015

Fecha de aceptación: 12-11-2015

Sumario: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. 3. EL VIGENTE ACUERDO MARCO REGULADOR DE LAS RELACIONES ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y PROFESIONALES REPRESENTATIVAS DE SU PERSONAL ACTIVO. 4. EL VIGENTE ACUERDO MARCO REGULADOR DE LAS RELACIONES ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y PROFESIONALES REPRESENTATIVAS DE SU PERSONAL PASIVO. 5. LA EFICACIA DE ESTOS ACUERDOS MARCO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

CONTENTS: 1. APPROACH. 2. THE STATUTORY AND CASE-LAW FRAMEWORK. 3. THE FRAMEWORK AGREEMENT IN FORCE, RULING THE RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE REPRESENTATIVE UNION AND PROFESSIONAL ORGANIZATIONS OF ITS SERVING STAFF. 4. THE FRAMEWORK AGREEMENT IN FORCE, RULING THE RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE UNION AND PROFESSIONAL ORGANIZATIONS REPRESENTING ITS RETIRED STAFF. 5. THE EFFICACY OF THESE

* Work performed under the cover of the State research project DER 2012-38745, granted by the Ministry of Economy and Competitiveness.

FRAMEWORK AGREEMENTS, ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.

RESUMEN: Basándose en el hecho de que la Comisión Europea ostenta la condición jurídica de empresario del personal (funcionario y laboral) a su servicio, el presente trabajo analiza los acuerdos colectivos (denominados «acuerdos marco») negociados entre la Comisión Europea y los sindicatos (que, casualmente, suelen ser sindicatos minúsculos) que considera representativos de dicho personal. Sorprendentemente, se trata de acuerdos negociados separadamente con los sindicatos representativos del personal activo y del personal pasivo. Respecto de los que afectan al personal activo, la jurisprudencia comunitaria viene sosteniendo que se trata de acuerdos que poseen eficacia obligacional, pero no verdadera eficacia normativa.

ABSTRACT: On the basis that the European Commission has the legal condition of employer of the staff (civil servants and employees) serving it, this work analyzes the collective agreements (called «framework agreements») negotiated between the European Commission and the trade unions (eventually, tiny trade unions) it considers representative of such staff. Surprisingly, they are agreements separately celebrated with the representative trade unions of serving and retired staff. Regarding those affecting to serving staff, the European case-law sustains that they are agreements having contractual efficacy, but not true normative efficacy.

PALABRAS CLAVE: Comisión Europea. Sindicatos representativos de su personal. Personal activo. Personal pasivo. Acuerdos marco.

KEYWORDS: European Commission. Representative trade unions of its staff. Serving staff. Retired staff. Framework agreements.

1. APPROACH

1. In dealing with the Law of the European Union, it is mandatory to distinguish its «*ad extra*» and «*ad intra*» aspects. The former is the most known, treated and cheered on of them. The European Union acts in it as an influential judge or legislator on the domestic laws of Member States. It firmly bets—in the social branch—on what can only be qualified as politically correct statements (defence of employment stability, solemn proclamation of causality in dismissals, concern about employee protection against work risks, and so on)¹. On the contrary, the latter is much lesser known and cheered on. It relates to European Union acting as a grossly capitalist employer, which practices employment precariousness together with free dismissal, and which bets in the subject-matter of working time on what should be qualified as a true «*stajanovism*»². On such a background, we pretend to analyze in this work the behaviour of the almighty European Commission relating to trade union movement—sometimes a flatulent unionism—acting within the institutions of the Union. It will go over the statutory and case-law frame which rules collective bargaining within the European Union (cf. *infra*, II), the framework agreements crystallizing such a right—a right covering in a separated way the action of trade unions representing before the European Commission not only its serving staff (cf. *infra*, III), but also its retired staff (cf. *infra*, IV)—and, lastly, the efficacy that the Court of Justice of the European Union assigns to this specific kind of agreements (cf. *infra*, V).

¹ See J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2nd ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), p. XXII.

² *Ibidem*, pp. XXII-XXIII.

2. THE STATUTORY AND CASE-LAW FRAMEWORK

2. The statutory framework ruling the right to collective bargaining within the European Union is contained in Regulation No. 31 (EEC), 11 (EAEC) of 1962, as amended, laying down «the Staff Regulations of Officials», on the one side, and «the Conditions of Employment of Other Servants», on the other side, of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community. The «Staff Regulations» and the «Conditions of Employment» have in this Regulation their own separated articles. Furthermore, it must be pointed out that such «Other Servants» different of «Officials» are in this Regulation employment contract staff in the service of the institutions of the European Union³. In this complex Regulation, the key norm—to our specific effects—is article 10c of «Staff Regulations», according to which «each institution may conclude agreements concerning its staff with its representative trade unions and staff associations»⁴, bearing in mind that «such agreements may not entail amendment of the Staff Regulations or any budgetary commitments, nor may they affect the working of the institution concerned»⁵, and that «the representative trade unions and staff associations which are signatories shall operate in each institution subject to the statutory powers of the staff committee»⁶. The above cited «Conditions of Employment» declares this article on officials applicable as a whole to employment contract staff in the service of the European Union; and more specifically, to «temporary staff»⁷, to «contract staff for auxiliary tasks»⁸, and to «contract staff»⁹, all of them characterized by their employment precariousness¹⁰.

3. Logically, the content of this article must be filled by means of a systematic interpretation with other articles of the «Staff Regulations», to which it

³ Given its countless amendments, this Regulation must be read using an updated «consolidated version», as the one stored in the website of the European Union, located in <http://europa.eu> (more specifically, under the link «Eur-lex»).

⁴ First sentence.

⁵ Second sentence.

⁶ Third sentence.

⁷ Cf. article 11.

⁸ Cf. article 54.

⁹ Cf. article 81.

¹⁰ On the subject, see J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2nd ed., cit., pp. 161 ff.

impliedly refers. These referred articles consist of three different groups of norms. Firstly, article 24b (declared applicable by the «Conditions of Employment» to employment contract staff, too)¹¹, according to which «officials shall be entitled to exercise the right of association»¹², bearing in mind that «they may in particular be members of trade unions or staff associations of European officials»¹³. Secondly, articles relating to a number of «staff Committees» (also applicable to employment contract staff) or unitarian representation bodies of serving staff of the European Union, which have mere information and consultation competences, but not a true right to collective bargaining¹⁴, bearing in mind that article 10b states that «the trade unions and staff associations referred to in Article 24b shall act in the general interest of the staff, without prejudice to the statutory powers of the staff committees»¹⁵. Thirdly, the norm ruling the so-called «Staff Regulations Committee» —otherwise, a body having parity of composition—, regarding to which article 10 states, in its essentials, that «the Committee shall be consulted by the Commission on all proposals to revise the Staff Regulations»¹⁶, bearing in mind that «it shall deliver its opinion within the time set by the Commission»¹⁷, and furthermore —but according to article 10b again—, that «the Commission proposals referred to in Article 10 may be the subject of consultations by representative trade unions and staff associations»¹⁸.

4. From a negative point of view, this statutory framework is completed by the fact that neither the «Staff Regulations» nor the «Conditions of Employment» make any one reference (neither express nor implied) to the right to strike by officials or employment contract staff employed by the institutions of the European Union¹⁹. On this subject, the landmark decision is a Judgement of the Court of Justice of the European Communities of 18 March 1975, issued in the case «Marie-Louise Acton

¹¹ In a general way, through its articles 11, 54, and 81.

¹² First semi-sentence.

¹³ Second semi-sentence.

¹⁴ Cf., specially, article 9.

¹⁵ First paragraph.

¹⁶ Second paragraph, first sentence.

¹⁷ *Ibidem*, second sentence.

¹⁸ Second paragraph.

¹⁹ On this subject, see J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., p. 146 and footnote 4.

and others v. the Commission of the European Communities»²⁰. This Judgement confirms that «although certain Member States deny their public servants or certain categories of public servants the right to strike, whereas other Member States allow it, the Staff Regulations of Officials of the European Communities remain silent on the subject»²¹; and on this basis, it concludes that «according to a principle recognized in the labour law of the Member States, wages and other benefits pertaining to days on strike are not due to persons who have taken part in that strike»²², although putting into context that this last statement «in no way implies any decision in relation to the existence of an official [of the European Communities]’s right to strike or in relation to the detailed rules which may govern the exercise of such a right»²³.

3. THE FRAMEWORK AGREEMENT IN FORCE, RULING THE RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE REPRESENTATIVE UNION AND PROFESSIONAL ORGANIZATIONS OF ITS SERVING STAFF

5. On the basis of this statutory and case-law background, the nowadays called European Commission and the union and professional organizations it considers «representative» have signed, since 1974, a number of «framework agreements» ruling the relationship between both parties²⁴. They make a row of four agreements corresponding to years 1974, 2003, 2006, and 2009. Regarding their texts, it is mandatory to talk about European Union’s obscurantism²⁵, since the Internet

²⁰ Joint cases 44, 46, and 49/74.

²¹ Marginal 15.

²² Marginal 12.

²³ Marginal 14.

²⁴ The European Parliament has its own «framework agreement» of 12 July 1990, similar to those negotiated by the European Commission. It is stored in French in the website of the «Syndicat des Fonctionnaires Internationaux et Européens», located in www.sfie-pe.eu (under «Trade Union»). About the efficacy of such «framework agreement», see below No. 13.

²⁵ About the typology of collective bargaining agreements computer files (integral, publicist, confidentialist, secretist, and, as in the case of the community «ad intra» one, occultist), see J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho Comunitario y Comparado, Europeo y Norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2nd ed., cit., pp. 35 ff.

website where all this information is apparently stored —that is, «the Social Dialog website in the address:

http://intracomm.cec.eu-admin.net/home/dial_soc/index.htm²⁶— is only accessible to serving staff of the European Union. This fact forces to resort to other Internet websites (for example, to those of the trade unions acting within the European institutions)²⁷ or to other different sources (for example, the case-law of the Court of Justice of the European Union), to the effect of finding —sometimes only in a partial way— the texts of the agreements at issue. The «framework agreement» of 2009 nowadays in force is stored, for example, in the website of the «Fédération de la Fonction Publique Européene» or FFPE, located in www.ffpe-bxl.eu²⁸. This «framework agreement» consists of 47 articles gathered in six Titles, together with a «Glossary» and a «Summary». This last (in fact, a surprising annex) will be analyzed later.

6. This «framework agreement» was preceded by a final draft²⁹. Its article 46 must be highlighted, because it stated that «the present agreement shall enter in force on [date of signature with the first signatory representative organisation], for an indefinite period». As it is self-evident, this article conceived the «framework agreement» as a final document, to be presented by the European Commission to union and professional organisations to be signed by them³⁰. Everything shows that the

²⁶ It is cited on page 2 of an «Avis [de Le Controleur Européen de la Protection des Données] sur la notification d'un contrôle préalable reçue du délégué à la protection des données de la Commission européenne à propos du traitement administratif générique de la participation à la grève», dated in Brussels on 25 September 2006 (Dossier 2004-222), searchable through <http://europa.eu>.

²⁷ A line-up of some of these websites, in J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2nd ed., cit., p. 123.

²⁸ Under «FFPE Commission Brussels & Outside Union», then under «Our tracks-our news- our events», and lastly, under «06/02/2009».

²⁹ It appears stored in the website of the trade union «Solidarity, Independence, Democracy», located in www.sidtu.org (under the link «All about Sidtu»).

³⁰ The other article of this same Title, which is article 47 (headed «Annulment»), states the following: «After an initial period of three years from the date of its entry into force, this Agreement may be annulled by one of the signatory parties provided that it gives three months' notice in writing to the other parties concerned» (first sentence); and «this Agreement shall cease to have effect as of the first of the month following expiry of the period for the party/ies that have requested its annulment» (second sentence).

negotiating initiative in this peculiar kind of collective bargaining always pertains to the employer side (that is, the European Commission), being founded this statement —apart from the text of the aforementioned article of the final draft— on the two following arguments: (1) the general rule —for negotiations covered by the «framework agreement»— is that «at the beginning of each year, the Commission shall send the recognised organisations a provisional list of the main items that are to be the subject of social dialogue»³¹; and (2) the internal Commission's document «SEC (2001) 1944/1» —which is cited in an Order of the Court of First Instance of 6 May 2004, later analyzed³²—, showing that the initiative leading to the substitution of the old «framework agreement» of 1974 by the second «framework agreement» of 2003 was activated by the European Commission, since such internal document states that «in the framework of modernising the social dialogue within the Commission, the College adopted three specific measures on 13 October 1999 to be negotiated with the staff unions and associations»³³, on the basis that «the main objective of the *initiative* was to establish a new and comprehensively reformed framework agreement on the relations between the Commission and the staff unions and associations»³⁴.

7. According to this same internal document, the objective aimed by the Commission was to reach —by means of a new «framework agreement»— a different ruling of the subject of the «representativity» of the unions acting before it. Likewise, this objective seems to be the objective pursued by the new «framework agreement» of 2009, with the result of making accessible to more unions (tiny unions, too) the privileged status of «representative» union before the European Commission. The comparison between the ruling contained in the agreements of 2006 and 2009 supports this conclusion, because: (1) in the «framework agreement» of 2006³⁵, the unions having the status of «representative» unions before the Commission were those simultaneously fulfilling an audience requirement (literally, the unions «representing at least a 10% of the Commission staff»)³⁶, bearing in mind that «this criterion is measured on the basis of the results of Staff Committee election»³⁷) and a membership

³¹ Cf. article 13, first paragraph.

³² *Infra*, No. 15.

³³ First paragraph, first sentence.

³⁴ *Ibidem*, second sentence.

³⁵ Its text, in French and English, is stored in the website of the trade union SID, located in <http://sidtu.org> (under «Is Admins Monologue even vaguely democratic?»).

³⁶ Article 4.1), first paragraph, first sentence.

³⁷ *Ibidem*, second sentence.

requirement (literally, those «having a cipher of members of at least 1,000 people»³⁸ ; whereas (2) on the contrary, in the current «framework agreement» of 2009, both requirements are reduced, because it is nowadays required a «6%» audience at the central level and a «5%» audience at the local level (on the place) of European Commission staff, as well as a membership amounting «at least to 400 fully-paid members»³⁹ , which allows to consider «representative» those unions representing only a 1,18 percent of officials and employees of the European Union affiliated to them⁴⁰ .

8. The signing of the «framework agreement» by a «representative» union has the important added value of allowing to classifying the unions acting within the institutions of the European Union in three different categories, which are «recognised» unions, «representative» unions, and «signatory representative» unions. These three categories enjoy three different ensembles of collective and union rights, which are described —with a suspicious pedagogical clarity— in the final «Summary» of the own agreement. According to this conclusive appendix, the «recognised» unions —which are, in short, the legally constituted unions, supposing that they act within the European Union Administration⁴¹ — are lead back to the category of mere union pariahs, because from a total of twenty-six possible union rights to be exercised within the European Union Administration, the «framework agreement» only recognises four of them to such unions (more specifically, the rights relating to «sending of a list of the items in the Commission's work programme that may be the subject of social dialogue»⁴² , «distributing trade union documents»⁴³ , «making available administration facilities in return for payment against invoices»⁴⁴ , and «making available an

³⁸ *Ibidem*, second paragraph, first sentence.

³⁹ *Ibidem*, second hyphen.

⁴⁰ Supposing that «33.681» represents the total number of serving staff of the European Union, according «Key-Figures-2009-externe.indd 1», searchable in <http://europa.eu>.

⁴¹ Article 7 defines such trade unions and staff organisations in the following way: «if they declare that their statutory aim is the defence of the interests of all members of staff without any discrimination based on any ground, such as function group, nationality, nature of connection with the Commission, gender, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation» (first hyphen); and «if they confirm that they have been legally constituted» (second hyphen).

⁴² Cf. article 13.

⁴³ Cf. article 25.

⁴⁴ Cf. article 26.

IntraComm home page»⁴⁵). However, the contrast between the rights recognised to «representative» and «signatory representative» unions is more significant, because the former —likewise the merely «recognised» or, in other words, merely tolerated unions by the Commission— do not hold a number of elementary union rights, such as «the conclusion of agreements with the Commission through the concertation procedure»⁴⁶, the one of «sending to the Administration of a list of the items that may be the subject of social dialogue»⁴⁷, of «making available human and financial resources [of the Commission]»⁴⁸, or above all, the fundamental union right we will immediately deal with.

9. On the basis that —despite the silence of the «Staff regulations of Officials»⁴⁹— the consecutive «framework agreements» rule since 1974 the right to strike of officials and contract employees in the service of the administrative institutions of the European Union (this regulation is nowadays contained in Title 5 of the «framework agreement» of 2009, under the general headline «Work Stoppages»)⁵⁰, such right is denied to «representative» unions and granted to «signatory representative» unions. The latter are the sole unions entitled to exercise the right to call a strike («concerted work stoppages may only be decided on by one or more signatory representative organisations») —bearing in mind that this right is conceived as the *ultima ratio* («only after all the means of social dialog have been exhausted, save in exceptional circumstances»)⁵¹—, the right to «serve notice of any concerted work stoppages»⁵² —as a general rule, «this notice will be served five working days before the planned start of the strike»⁵³—, the right of «concertation concerning the list of staff required to remain at their posts»⁵⁴ —bearing in mind, as a general rule, that «jobs whose holders may be required to remain at their posts shall include those involving responsibility for the safety of persons and property»⁵⁵—, and the right of concertation

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Cf. article 12.

⁴⁷ Cf. article 13.

⁴⁸ Cf. article 26.

⁴⁹ See *supra*, No. 4.

⁵⁰ Articles 35 to 45.

⁵¹ Cf. article 35.

⁵² Cf. article 36.

⁵³ Cf. article 37.

⁵⁴ Cf. article 40.

⁵⁵ Cf. article 41.

the return of work [«the arrangements for returning to work shall be the subject of concertation between the Commission and the signatory representative organisation(s) involved in the dispute »]⁵⁶ .

4. THE FRAMEWORK AGREEMENT IN FORCE, RULING THE RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE UNION AND PROFESSIONAL ORGANIZATIONS REPRESENTING ITS RETIRED STAFF

10. Although the above cited «framework agreement» of 2009 does not include any express limit referred to its personal scope, it is self-evident that it only rules the right to collective bargaining between the Commission and certain unions representing its serving staff (officials and employees), because the European Commission maintains since 2002 separate collective negotiations with its former or retired staff⁵⁷. The organisation representing these people is the «Association Internationale des Anciens de L'Union Européenne (Association of Former Staff of the European Union)», created in 1969 and which has its own website located in www.aiace-europa.eu. According to its Statutes, «the Association shall be non-profit-making»⁵⁸, and has been «set up in accordance with the Belgian Law of 27 June 1921, as amended and supplemented»⁵⁹. One of its main aims is «to ensure close contact with the institutions and bodies of the European Union and to represent the interests of former staff in dealings with those bodies as broadly as possible and to protect those interests»⁶⁰. To pursue this aim, it can «reach agreements with the institutions or bodies of the European Union and, as part of those agreements, to show solidarity with and provide support to all former staff who request such help»⁶¹. Under this

⁵⁶ Cf. article 45.

⁵⁷ As it is well-known, our Organic Act 11/1985, on Freedom Union, states that «in spite of stated in article 1.2, the employees ... having terminated their employment activity due to incapacity or retirement shall be entitled to join union organisations constituted under this Act, but not to create unions having as a goal the defence of their specific interests, notwithstanding their capacity to create associations under their specific legislation» (article 3.1).

⁵⁸ See article 1, second sentence.

⁵⁹ *Ibidem*, third sentence.

⁶⁰ See article 3, paragraph 1).

⁶¹ See article 4, paragraph 2).

statutory norm, it has signed in Brussels on 29 February 2008 the current agreement with the European Commission governing their relations, in which it is stated that «this agreement replaces the [first] agreement signed by the parties on 14 June 2002»⁶².

11. This agreement consists of eleven articles, two interesting Annexes, and a long Preamble. It is obvious that the Commission considers in it that the Association is similar to a union organisation. This conclusion can be founded of the three following statements of its Preamble: (1) «the former officials and persons entitled under them (“pensioners”) retain links under the Staff Regulations with the European Institutions»⁶³; (2) «the number of pensioners is equal to more than one third of the number of serving officials and other staff, and this number is set to increase in the coming years»⁶⁴; and (3) «the Commission considers that, for any organisation representing pensioners, to be regarded as “representative association” it must be meet» three requirements («it must have a number of subscribing members representing at least 20% of the number of pensioners»; «it must have in at least nine Member States residing in each of those Member States that represent at least 20% of the total number of pensioners residing in each of those Member States»; «its articles of association must comply with legal provisions in force in Member States in question»)⁶⁵, resulting that «AIACE meets these requirements»⁶⁶.

12. It is true that this agreement states that «AIACE is a fully independent body»⁶⁷. However, the two Annexes of the agreement rule in detail the material and financial support granted to it by the European Commission. This support turns AIACE into an organisation protected by the European Commission and, consequently, suspicious association from the point of view of Trade Union Law⁶⁸. To this respect, the agreement states that the Commission «will make available to AIACE logistical and financial assistance designed to fulfil its objectives and facilitate its operations in accordance with the provisions of Annex 1 to this agreement»⁶⁹. This

⁶² See article 10.

⁶³ First hyphen. In the footnote corresponding to this hyphen, it is stated —referring to the «Staff Regulations»— the following: «See in particular Articles 16, 17, 19, 72, 76, 76a, 77 to 85a, 86, 90, 90a-c, 91, Annex IX-Art. 9(2), etc.».

⁶⁴ Third hyphen.

⁶⁵ Cf. Fourth hyphen.

⁶⁶ Cf. Sixth hyphen

⁶⁷ Article 2, first sentence.

⁶⁸ About company unions, see J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA and X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2nd ed, Netbiblo (A Coruña, 2006), p. 390.

⁶⁹ Article 6, paragraph 2, second sentence.

Annex provides, among many other things, for that «the Commission will bear the expenses of inserting into envelopes, sending and franking mail relating to the activities of AIACE and all its sections»⁷⁰, that «the Commission will bear the expenses of inserting into envelopes, sending and franking AIACE's newsletter, which is sent to all pensioners and distributed to serving officials and other staff of all the Institutions»⁷¹, or that «the Commission will bear the expenses of representatives of AIACE participating in the social dialog and in the joint committees»⁷². On the other side, the agreement also states that «the Commission will, within the limitations of its budgetary possibilities, grant annual financial aid to AIACE ..., in accordance with the provisions of Annex 2 to this agreement»⁷³. This Annex, in its turn, states that «AIACE will submit its request for financial assistance to the Commission by 15 January of the current year»⁷⁴, bearing in mind that «once the payment has been made by the Commission, AIACE will manage the funds and, if necessary, make bank transfers to the country sections in accordance with the apportionment indicated in its request»⁷⁵.

5. THE EFFICACY OF THESE FRAMEWORK AGREEMENTS, ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

13. At present, on the basis that the term «Court of Justice of the European Union» is used by the legal communitarian sources in a broad sense as well as in a narrow sense —according to the former, «such Court consists of the Civil Service Tribunal, the General Court and the Court of Justice (or Luxembourg Court)»⁷⁶ —, there are no communitarian case-law about «framework agreements» of retired staff of the European Union, neither in a broad sense nor in a narrow one. But the situation is different regarding to «framework agreements» of serving staff. About these last

⁷⁰ Article 2, second sentence, of Annex 1.

⁷¹ *Ibidem*, article 3, first sentence.

⁷² *Ibidem*, article 4.

⁷³ Article 8, first sentence.

⁷⁴ Article 2, first sentence, of Annex 2.

⁷⁵ *Ibidem*, third sentence.

⁷⁶ See J. MARTÍNEZ GIRÓN and A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2nd ed., cit., pp. 88 ff.

agreements (and more specifically, about the first «framework agreement» of 1974), the General Court had the occasion of adjudging several times such agreement and of explaining the specific efficacy it holds. According to the two most controlling cases of such Court⁷⁷, the «framework agreement» at issue is not a true collective bargaining agreement, since it has contract efficacy, but not true normative efficacy⁷⁸.

14. The first of such two controlling Judgements is the «case Martine Browet and others v. Commission of the European Communities», adjudged by the Court of First Instance (later General Court) on 15 July 1994⁷⁹. It was a case dealing with the challenge by seven striking officials of the deduction made from their salaries by the Commission, since —according to the officials— such deduction violated a number of articles of the first «framework agreement» of 1974, then in force. However, the Court of First Instance —considering that «the applicants’ submissions raise above all the question whether an official, acting in his individual capacity, may validly invoke ... the breach of an agreement between the Commission and the T[rade]U[nions and]S[taff]A[ssociation]s, such as the Agreement [of 1974]»⁸⁰ — disclaimed such submissions, in arguing about the efficacy of the «framework agreement» the following statements: (1) «it is clear from a reading of those provisions as a whole that the Agreement and its annex are intended only to govern collective labour relations between the Commission and the T[rade]U[nions and]S[taff]A[ssociation]s and that they did not give rise, for each official taken individually, to any obligation or to any right»⁸¹; (2) «in fact, they do not fall within the sphere of individual working relations between the employer and the official, but in the wider context of relations between an institution and the T[rade]U[nions and]S[taff]A[ssociation]s»⁸²; and (3) «it must be therefore be held that in any event an official cannot validly invoke an alleged breach of the provisions of the Agreement or

⁷⁷ See, likewise, Judgement of the Court of First Instance of 15 November 2001, in the «case Giorgio Lebedef v. Commission of the European Communities» (case T-349/00).

⁷⁸ Defending the statement that without normative efficacy («the soul» of the agreement, about what F. CARNELUTTI spoke), whichever it is, cannot exist a true collective agreement, see J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva extraestatutaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Derecho del Trabajo*, No. 68 (2007), pp. 181 ff. About the same peculiar efficacy of the European Parliament’s «framework agreement» of 12 July 1990, see Order of the Civil Service Tribunal of 9 April 2014 (case F-87/13).

⁷⁹ Joined cases T-576/93 to T-582/93.

⁸⁰ Cf. marginal 33.

⁸¹ Cf. marginal 44, first sentence.

⁸² *Ibidem*, second sentence.

of its annex in order to challenge in contentious proceedings a decision, relating to him individually, to make deductions from pay following a strike»⁸³.

15. This same doctrine was later expressly confirmed in the «case André Hecq v. Commission of European Communities», adjudged by Order of the Court of First Instance of 6 May 2004⁸⁴. It dealt with an official who was deprived by the Commission of the union benefits he enjoyed, because his trade union refused to sign some partial amendments to the «framework agreement» of 1974, preceding its substitution by the second «framework agreement» of 2003. However, the Court concluded that the official's claim was «inadmissible»⁸⁵, in arguing —on the basis of the doctrine of the above cited «case Martine Browet and others v. Commission of the European Communities»— that: (1) «a framework agreement between an institution and the trade unions and staff associations which is designed to define their relations is a measure of general application and is intended only to govern collective labour relations between the institution concerned on the one hand and the trade unions and staff associations on the other»⁸⁶; (2) «it does not give rise, for each official taken individually, to any obligation or to any right, and does not fall within the sphere of individual working relations between the employer and the official, but in the wider context of relations between an institution and the trade unions and staff associations»⁸⁷; and (3) «the termination of such an agreement is not a measure producing binding legal effects liable to have a direct effect on the interests of an individual official who is a member of a trade union by significantly altering his legal situation as an official, against which he could bring proceedings on that basis»⁸⁸.

Jesús Martínez Girón
Senior Professor of Labor Law
Law School, University of A Coruña (Spain)
jmg@udc.es

⁸³ *Ibidem*, third sentence.

⁸⁴ Case T-34/03.

⁸⁵ See marginal 4.

⁸⁶ Marginal 2, first sentence.

⁸⁷ *Ibidem*, second sentence.

⁸⁸ *Ibidem*, third sentence.

THE ECLIPSE OF THE RULE OF LAW: TRADE UNION RIGHTS AND THE EU

KEITH D. EWING

Professor of Public Law King's College

JOHN HENDY QC

Barrister

Fecha de recepción: 27-10-2015

Fecha de aceptación: 04-11-2015

RESUMEN: El presente artículo examina el principio de legalidad (TEU, artículo 2) y su aplicación a los derechos sociales y económicos. El trabajo analiza qué se entiende por el concepto de “principio de legalidad” y afirma que, como mínimo, debe significar que las Instituciones de la UE y sus Estados Miembros tienen la obligación de actuar de acuerdo a la ley, incluidas las obligaciones legales internacionales. Asimismo, el artículo analiza la medida en la que los Estados Miembros de la UE acatan el derecho de asociación sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, conforme a los acuerdos 87 y 98 de la OIT y los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea. Mediante el examen de los informes de los órganos supervisores, se muestra que la gran mayoría de los Estados Miembros incumplen una o más obligaciones de entre estas disposiciones, y que muchos de ellos se ven obligados a vulnerar las mismas como resultado de las acciones y exigencias de las instituciones de la UE. A pesar de los intentos de la Comisión Europea de otorgar contenido al principio de legalidad, hemos alcanzado una posición en el plano social en la que el estado de derecho ha quedado eclipsado, con las profundas consecuencias que esta situación supone para la democracia y el futuro de la Unión.

ABSTRACT: This article examines the principle of the rule of law (TEU, article 2) and its application to social and economic rights. The paper considers what is meant by the rule of law, and contends that it as a minimum it must mean that EU institutions and member states must act in accordance with the law, including international legal obligations. The paper considers the extent to which EU member states comply with the right to organize, the right to bargain collectively and the right

to strike in accordance with ILO Conventions 87 and 98 and the European Social Charters Articles 5 and 6. It is shown from an examination of the reports of the supervisory bodies that the overwhelming majority of Member States are in breach of one or more of their obligations under these various provisions, and that many are pushed into non-compliance by the actions and demands of the EU institutions. Despite attempts by the Commission to give substance to the rule of law, we have moved in the social sphere to a position in which the rules of law has been eclipsed, with profound implications for democracy and the future of the Union.

PALABRAS CLAVE: Órganos Supervisores, Acuerdos de la OIT, Incumplimiento de Obligaciones, Estados Miembro.

KEYWORDS: Supervisory bodies, ILO conventions, breach obligations, Member States.

I

On 15 July 2015, the British government's Trade Union Bill was introduced to Parliament. The Bill contains a wide range of restrictions on trade union freedom, which appear to contravene a number of ILO Conventions ratified by the United Kingdom. The government's proposals (which will be enacted before this paper is published) will impose new restrictions on the right to organise, the right to workplace representation, and the right to bargain collectively. They will also impose new restrictions on both the right to strike, and trade union political activity, while exposing trade union administration to new and unjustified levels of State surveillance.¹

The government's attack on trade unions is to be seen in the context of a system in which trade unions are **already** very highly regulated, as a result of a number of restrictions on trade union freedom introduced by the Conservative governments from 1979 to 1997. Although the Labour governments from 1997 to 2010 introduced a

¹ For a critique, see K D Ewing and John Hendy QC, *Protect the Right to Strike – Kill the Bill* (Institute of Employment Rights, 2015). For a more scholarly account, see M Ford and T Novitz, 'An Absence of Fairness ... Restrictions on Industrial Action and Protest in the Trade Union Bill 2015' (2016) 45 ILJ (forthcoming).

number of reforming measures,² these latter restrictions were largely unaffected, the Blair-Brown governments apparently comfortable to live with Tony Blair's promise on the eve of his landslide election victory, to the effect that under a Labour government British 'even after the changes we do propose, Britain will still have the most restrictive laws on trade unions in the Western world'.³

Yet it is not only the Trade Union Bill that contains proposals for change. On the same day that the Bill was published, the government published draft regulations to amend a law introduced in 2003 relating to the use of agency workers in a strike or industrial action.⁴ It will now be possible for agency workers to be used as strike-breakers.⁵ In addition, on 6 August 2015, it was announced that the Trade Union Bill would be amended, it now being proposed to 'abolish the check off across all public sector organisations,' as part of 'curtailing the public cost of 'facility time' subsidies. These latter proposals did not expressly appear in the government's election manifesto in 2015.⁶

It is as clear as night follows day that these various provisions will violate not only a number of important ILO Conventions ratified by the United Kingdom, but a number of other international treaty obligations as well. It is also true, however, that although these are extreme measures, the United Kingdom is not an island of deregulation. An article we posted on an ITUC website about the Bill attracted commentary from Canada where we were told that:

In Canada we are in the middle of a federal election. Recently, we have seen federal labour laws enacted that have contained some of the dampening aspects of the British Trade Union Bill. If the far-Right Conservatives get re-

² The ILO Committee of Experts has critically examined many of these restrictions, as has the European Committee of Social Rights Committee. On the former see K D Ewing, *Britain and the ILO* (Institute of Employment Rights, 2nd ed, 1994). On the Social Charter, see most recently Council of Europe, European Committee of Social Rights, Conclusions XX-3 (2014).

³ *The Times*, 31 March 1997. This claim was repeated in *The Guardian*, 27 April 1997, in an extended interview with three prominent journalists.

⁴ The Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003 prohibit employment businesses 'from providing agency workers to cover the duties normally performed by an employee of an organisation who is taking part in a strike or other industrial action, or to cover the work of an employee covering the duties of an employee taking part in a strike or other industrial action (SI 2003, No 3319, reg 7).

⁵ Department for Business, Innovation and Skills, *Hiring Agency Staff During Strike Action*, 15 July 2015 (BIS/15/416).

⁶ The Conservative Party manifesto said only that a Conservative government would 'legislate to ensure trade unions use a transparent opt-in process for union subscriptions' (p 19).

elected in this country, we will most certainly see more of the same brought down with a hard fist. If the centre-Right Liberals are elected in a majority we can expect to see no change in what is there, and most probably similar restrictive legislation presented without the anti-labour rhetoric — Liberals like to appear as reasonable people.⁷

Canada is close to Wisconsin, which appears to be the laboratory for much of the right wing agenda now gathering pace throughout the English-speaking world.⁸

But to hear in these terms from Canada is of course especially poignant, in view of recent monumentally significant decisions on the Supreme Court of Canada upholding the core labour rights to bargain collectively and to strike derived from no more than the constitutional commitment to ‘freedom of association’.⁹ There was no echo heard in Wisconsin, where on the contrary, the Supreme Court held that ‘no matter the limitations or ‘burdens’ a legislative enactment places on the collective bargaining process, collective bargaining remains a creation of legislative grace and not constitutional obligation’.¹⁰ For the moment the significance of the Canadian intervention to the contrary is that it brings home the disjunction between law and reality and the power and purposes of the neo-liberal agenda. As such it reveals the apparent willingness of governments to operate beyond the law, and the apparent powerlessness of courts to change the political weather. In this paper our aim is to show that while this may be a practice of national law, it is increasingly also a feature of other sources of law, which promised to protect worker and trade union rights.

Our concern is that the developments in the United Kingdom are evidence not of particularly British weakness with legality, but with a global one – one in which respect by governments in particular (and corporations by extended license) reveal contempt (or disregard if contempt is too strong for weak stomachs) for human rights and the rule of law. Governments are willing to work for the erosion of the former and to violate the latter where it is expedient to do so. In our view this is now a fact of life wherever trade unions encounter the power of the State – in EU law, international

⁷ Andy Hanson, Replying to ‘If the UK passes this draconian Trade Union Bill, your country might be next’, *Equal Times*, 15 October 2015: <http://www.equaltimes.org/if-the-uk-passes-this-draconian>.

⁸ For Wisconsin, see *New York Times*, 9 March 2011 (collective bargaining restraints), 22 February 2014 (impact of the legislation), and subsequently 9 March 2015 (right to work laws).

⁹ See *Saskatchewan Federation of Labour v Saskatchewan* [2015] SCC 4, and *Mounted Police Association of Ontario v Canada (Attorney General)* 2015 SCC 1.

¹⁰ *Wisconsin Teachers Inc v Scott Walker*, 2014 WI 99, 31 July 2014: <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=118669>.

law, and international trade law. But it is especially poignant that this should now be a feature of life in the United Kingdom, given the hubris of British lawyers who – in the 800th anniversary of *Magna Carta* - claim to have bequeathed the rule of law to the world.¹¹

II

We return to developments in the United Kingdom at a later stage in this paper. We turn here to EU law, which makes this contradiction very clear, the proud provisions of the EU Treaties a hymn to social democratic values and achievements. Singing loudly from the TEU, article 2 proclaims that the Union is ‘founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, **the rule of law** and respect for human rights’, in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail’ (emphasis added). Similar values are rehearsed in article 3 which proclaims an obligation on the part of the Union to ‘combat social exclusion and discrimination’, and a duty to promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child’ (emphasis added).¹²

Although unclear and imprecise, it is nevertheless presumed that these provisions are meaningful and enforceable. The rule of law in particular expresses something very basic, namely that government should be conducted in accordance with the law, and that government should have legal authority for whatever it does. In other words: government should not break the law; and government should act only within the law. There are of course those on the right and left who would argue that the rule of law must mean more than simply rule by law, and that the idea of the rule of law means that the law must have some basic content to meet the requirements of the principle.¹³ This would suggest the rule by ‘good’ law, at which point the principle breaks down. It breaks down because of the inevitable disagreement as to what ‘good’ law means for this purpose: it is the role of democracy to resolve these conflicts between us.

¹¹ See American Bar Association, *Magna Carta and the Rule of Law* (2015). The irony that the year of the octo-centenary is the very year the UK government have announced they will remove the UK from the European Convention on Human Rights is un-missable.

¹² For further commitments to the rule of law, see Box 1.

¹³ For a discussion, see J Goldsworthy, ‘Legislative Supremacy and the Rule of Law’, in T Campbell, K D Ewing and A Tomkins (eds), *Sceptical Essays on Human Rights* (2001), ch 4.

Paradoxically, the most vigorous proponents of this idea of the rule of law as the rule by ‘good law’ are those writing from the neo-liberal right, with one of the more explicit attempts to link the rule of law with substantive outcomes to be found in the work of Hayek, the Godfather of neo-liberalism.¹⁴ In *The Road to Serfdom*, Hayek wrote that

Nothing distinguishes more clearly conditions in a free country from those in a country under arbitrary government than the observance in the former of the great principles known as the Rule of Law. Stripped of all technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules which make it possible to foresee in given circumstances, and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge.¹⁵

So far, so uncontroversial. But while this emphasizes both the need to act within the law, and for laws that restrictions on individual freedom must be prescribed by law, Hayek was also to use these principles as a launch pad for an attack on the idea of a socialist planned economy, and subsequently on the role of trade unions.

Trade union rights in particular violated Hayek’s idea that the rule of law ‘excludes legislation either directly aimed at particular people, or at enabling anybody to use the coercive power of the State for the purpose of such discrimination’.¹⁶ In the United Kingdom the nature of legal protection made it easy for Hayek, following constitutional scholars such as Dicey who wrote influentially about the rule of law in the late 19th and early 20th centuries.¹⁷ For Hayek and his disciples, the question of trade union power was compounded by the legal protection of trade unions in the form of what was perceived to be ‘immunity’ from common law liability. British labour lawyers greatly under-estimated the rhetorical power (not to mention the ineffectiveness) of discarding rights as the clothes for the protection of freedoms.¹⁸ Writing in *The Constitution of Liberty* in 1960, Hayek was to say that:

¹⁴ For an earlier attempt from a different perspective, see Lord Hewart, *The New Despotism* (1929).

¹⁵ F A Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), p 54.

¹⁶ *Ibid*, p 62.

¹⁷ A V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), a book that ran to 10 editions (the most recent in 1959). It is a book with a curiously powerful influence and long reach, being relied on by the Venice Commission, below. See also A V Dicey, *Law and Public Opinion in England* (2nd ed, 1924).

¹⁸ See A Bogg, ‘The Hero’s Journey: Lord Wedderburn and the ‘Political Constitution’ of Labour Law’ (2015) 44 ILJ 299.

Public policy concerning labor unions has, in little more than a century, moved from one extreme to the other. From a state which little the unions could do was legal if they were not prohibited altogether, we have now reached a state where they have become uniquely privileged institutions to which the general rules of law do not apply.¹⁹

It is easy to see why those of us with a different political outlook might treat the rule of law with suspicion. It is easy to see too why the rule of law is viewed with hostility by the left, as being no more than the vindication of capitalism and the rule of coercive State power.²⁰ But on the left the rule of law had something of an habilitation, first as a result of the work of E P Thompson and other historians who having no illusions about the nature of law, nevertheless saw some virtue in a requirement that the State (even an oppressive State) must act in accordance with clear rules and formal authority. It is within such space that abuse can be exposed, that power can be held to account, and that small victories can be won.²¹ If experience has shown that law is unlikely to have the transformative and liberating potential that pioneering social democrats of the late 19th and early 20th centuries expected, important struggles still need to be fought.

More recently, the habilitation of the rule of law on the left has been underpinned by the human rights movement, which has also adopted the latter principle as well for its own noble causes. It is easy to see the attraction of the rule of law in a neo-liberal world in which governments torture detained suspects, imprison people indefinitely without charge or trial, by various means deny access to the courts by citizens and others, bully judges who ought otherwise to be independent, and take increasingly unaccountable powers of surveillance which have no legal authority. If this not a remarkable ideological shift, it may be a reflection of the contentious nature of human rights principles, this being territory on which Hayek also seemed comfortable, though we have no confidence that his preferred human rights outcomes

¹⁹ F A Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960), p 267. This important book is free to download at <http://www.libertarianismo.org/livros/tcolfh.pdf>. It should be studied carefully to understand what is now happening in the EU. See also F A Hayek, *1980s Unemployment and the Unions* (2nd ed, 1984). See also on the significance of Hayek for labour law: Lord Wedderburn, *Freedom of Association and Philosophies of Labour Law* (1989) 18 ILJ 1. Wedderburn focuses on different writings by Hayek than the ones considered here.

²⁰ See M Horowitz, 'The Rule of Law: An Unqualified Human Good?' (1977) *Yale Law Journal* 561.

²¹ E P Thompson, *Whigs and Hunters* (1975), p 266.

would be consistent with those of today's concerned activists. Nevertheless, Hayek was to write that:

Whether, as in some countries, the main applications of the Rule of Law are laid down in a Bill of Rights or a Constitutional Code, or whether the principle is merely a firmly established tradition, matters comparatively little. But it will readily be seen that whatever form it takes, any such recognized limitations of the powers of legislation imply the limitation of the inalienable right of the individual, inviolable rights of man.²²

For our purposes, however, it is unnecessary to seek a reconciliation of right and left, perceptions, even if this were possible. We are content that when EU treaties refer to the 'rule of law', they do so by referring to a discrete principle, albeit one of many other principles which include dignity, freedom, equality, solidarity and democracy.²³ As a result it is unnecessary for the rule of law to be inflated to include these various principles, and enough that it evokes the fundamental need to ensure that governments have legal authority for their actions and that they do not break the law. This is not to deny that there is a difference between the rule of law and rule by law, the former suggesting certain content beyond legal authority itself. The same idea is reflected in the jurisprudence of the ECtHR in its decisions on Articles 8(2) – 11(2), which permit restrictions on Convention rights where these are 'in accordance with the law', and where a number of other conditions are met. For these purposes the Court has suggested the need for open, clear and predictable laws, without imposing any preconditions as to the substance of the law.²⁴

That is enough for us for present purposes. In our view, the context within which the term 'the rule of law' is used in the EU treaties and the ECtHR is not one that invites deep metaphysical debate about the meaning of 'law', but the more straightforward consideration of whether the government has legal authority for what it does, and whether the government can be restrained when it acts unlawfully. One caveat, however, is that the rule of law in this sense knows no boundaries, and no artificial distinction between national and international law. This is reinforced by the TEU, article 21 where we are told that the European Union's 'action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation', including democracy, the rule of law, and the universality and indivisibility of human rights. Not only that, but it is expressly provided that the EU is to define

²² Hayek, *The Road to Serfdom*, above, p 63.

²³ On the importance of the rule of law as a discrete principle, see also J Raz, 'The Rule of Law and its Virtue' (1977) 93 LQR 195.

²⁴ See *Malone v United Kingdom* (1984) 7 EHRR 14, para 67.

and pursue common policies and actions in order to ‘consolidate and support democracy, the rule of law, human rights and the principles of international law’.

Box 1

The Rule of Law Reinforced

The commitment to the rule of law in the TEU is reinforced by the preamble to the EU Charter of Fundamental Rights, which states that ‘the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice’. The key commitment here again is the rule of law, which was acknowledged also in the preamble to the European Convention on Human Rights some fifty years earlier. The preamble of the latter refers to the ‘Governments of European countries’ as being ‘like-minded and [having] a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law’. We also encounter the rule of law in a number of national constitutions, as for example in Sweden where ‘public power shall be exercised under the law’, and in Spain where the preamble to the Constitution refers to the need to ‘consolidate a state of law which insures the rule of law as the expression of the popular will’. Even the United Kingdom – famously without a written constitution – has recognized in legislation the ‘existing constitutional principle of the rule of law’ (Constitutional Reform Act 2015, s 1).

III

In light of the foregoing, it is clear that the EU legal order is built on a lie, or a series of up to 28 lies. The member states collectively may have committed themselves to the rule of law (using that term at its most basic and least controversial) but they do not observe the commitment, at least in relation to labour rights. How do we know that the violation of labour rights is systematic and systemic within the EU, and by what objective standard can we measure such things? We can start with the Council of Europe’s Social Charters of 1961 and 1996, which not only have the virtue of including many labour rights (notably the right to organize, the right to bargain collectively and the right to strike), but are also subject to a fairly rigorous process of supervision by the respected European Social Rights Committee (succeeding the Committee of Independent Experts), now engaged in its 21st cycle of supervision.

The Social Charter also has the particular virtue for present purposes of being referred to on several occasions in the EU treaties. Apart from confirming their commitment to the principles of ‘liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law’, in the preamble to the TEU the member states also confirmed their attachment to ‘fundamental social rights as defined by the European Social Charter...’. Similarly, the TFEU (article 25) provides that

The Union and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion.

The hat-trick is completed by the EU Charter of Fundamental Rights, which again makes clear the importance of the Social Charter as a source of inspiration, as well as a source of many of its substantive provisions.²⁵ Continuing with the soccer metaphor, the hat-trick might as well have been three own goals, for although all EU member states have ratified one or other of the Social Charters, many of these states have not accepted all of the provisions of whatever version they have ratified,²⁶ and most if not all are in breach of various provisions of the treaty in question. It is neither necessary nor possible here to give an account of the full extent of the violations of the Social Charter, though it is appropriate to give an account of the scale of the violations of articles 5 (right to organize), 6(2) (right to bargain collectively), and 6(4) (right to strike).²⁷

On the right to organise, even a cursory examination of the Social Rights Committee’s website reveals that 11 of the 27 EU member states that have accepted it

²⁵ Note also that the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989 also claims to draw inspiration from the Council of Europe’s Social Charter, as well as ILO Conventions.

²⁶ See for example European Social Charter 1961, article 20 – ratifying states required to accept a minimum of 5 of the 7 core articles, and a minimum number of articles or numbered paragraphs.

²⁷ The other two paragraphs of article 6 deal with joint consultation (art 6(1)) and dispute resolution (art 6 (3)).

are in ‘non conformity’ with this basic provision.²⁸ It is true that the 11 do not include any of the large member states (with the exception of Poland and the United Kingdom), and it is also true that in some cases the extent of the non-conformity is narrowly contained (as in the case of Denmark, where there are problems relating to seafarers, Ireland and Malta where there are problems in relation to police officers, and Portugal where there are problems in relation to the absence of clear criteria of representativeness to determine eligibility for membership of the Economic and Social Council (a governmental body)). In a number of other countries the concerns were more serious, including Bulgaria where there are insufficient remedies for workers dismissed because of trade union activities.²⁹

On the right to bargain collectively, again we find that that 11 of the 27 member states that have accepted article 6(2) are not in conformity (Greece being the only country not to have accepted either articles 5 or all of 6). There is some overlap between the violations of articles 5 and 6(2) (Bulgaria, Denmark, Estonia, Ireland, Latvia, and the United Kingdom), and a number of countries in breach of the latter but not the former (Croatia, Hungary, Spain and Slovakia).³⁰ In the case of Denmark and Ireland the concerns about seafarers and police officers respectively in relation to article 5 spill over to article 6(2). The most common refrain in relation to article 6(2), however, is that the country in question does not do enough in practice to fulfill its obligation to promote collective bargaining. But in the case of Spain, the Committee found unlawful important austerity inspired legislation that permitted employers to suspend or dis-apply collective agreements:

The legitimation of unilateral derogation from freely negotiated collective agreements is in violation of the obligation to promote negotiation procedures. Accordingly the Committee finds that the situation is in violation of Article 6(2) of the 1961 Charter on this point.³¹

²⁸ Here we are looking only at the 20th and most recent cycle of supervision, which was reported in January 2015. Greece is the only EU member state not to have accepted article 5.

²⁹ The other countries not in conformity with Article 5 are, Estonia, Latvia and Luxembourg.

³⁰ In relation to Croatia, the data relate to the 19th cycle of supervision, as there are no data for the 20th cycle.

³¹ European Committee of Social Rights, Conclusions XX-3 (2014), p 25. The Spanish situation is important because it appears to be the first case to come before the Committee about austerity driven deregulation, Greece being exempt from such scrutiny (though not ILO scrutiny) because of its unique failure to accept article 6(2). The Spanish case is revealing for the Committee’s acceptance that member states have a wide margin of appreciation in terms of bargaining structures, thereby allowing the radical decentralization

We return to the significance of EU inspired austerity measures as a cause of member states failure to comply with Social Charter obligations. An examination of Article 6(4) on the right to strike to reveal the full extent of the failure of member states to live up to their promise to the rule of law.³² Article 6(4) has been accepted by 24 of the 28 EU member states (Austria, Greece, Luxembourg and Poland being the exceptions, despite the fact in two of these cases the right to strike is formally recognized in the national constitutions, and despite the unequivocal commitment to the Social Charter as a whole in the three EU treaties). In only four cases (Latvia, Lithuania, Netherlands and Slovenia) has it been found that the country in question is in ‘conformity’ with Article 6(4), a judgment which in the first two cases seems incredible given that both Latvia and Lithuania are in breach of Article 6(2) for not doing enough to promote collective bargaining, with low levels of collective bargaining density in the case of Lithuania in particular.³³

The Social Rights Committee has concluded that 16 member states are in non-conformity with the right to strike. These include what were once celebrated as the great social democracies of western Europe (Germany, France, Italy, Sweden and Belgium), as well as some of the states in eastern Europe (Bulgaria, Czech Republic, Hungary, and Slovakia). The reasons for being in non-conformity are many and various, including (i) the restricted purposes for which industrial action may take place; (ii) the prohibited categories of workers who may take industrial action; (iii) the excessive procedures that must be followed before industrial action may lawfully be taken; and (iv) the sanctions that may be applied to those who organize or participate in industrial action. In some cases – most notably the United Kingdom (even before

of bargaining activity that took place in response to the economic crisis. However, the Committee also made clear that the crisis itself was not sufficient justification for introducing changes to the collective bargaining regime without first consulting the trade unions. Having regard to a decision of the ILO Committee on Freedom of Association, as well as to other considerations, the Social Rights Committee rejected the government’s claim that its conduct was justified by the urgency of the situation: ‘The Committee recalls that the Contracting States undertook actively to promote the conclusion of collective agreements (Statement of Interpretation on Article 6(2), Conclusions I (1969)). It also recalls that Article 6(2) entails the obligation to arrange for the participation of those concerned, through the intermediary of their representatives, in the drafting of the regulations which are to apply to them (Conclusions III (1973), Germany)’ (ibid, p 24).

³² On the importance of article 6(4) for national jurisprudence, see *NV Dutch Railways v Transport Unions, FNV, FSV and CNV* (1986) 6 *International Labour Law Reports* 3.

³³ 15% collective bargaining coverage of the workforce compared to a 62% European average; L Fulton, *Worker Representation in Europe* (Labour Research Department and ETUI, 2013).

the Trade Union Act 2016) – there are multiple reasons for the violation of article 6(4).³⁴

It is difficult to tell how far these violations of article 6(2) and (4) are a result autonomously of the domestic laws and policies of member states, and how much they are a result of the austerity policies of the EU imposed on member states. As we have seen, it is clear that the Spanish violations are a direct result of the latter, while a decision against Sweden under the Collective Complaints procedure is a direct result of the decision of the CJEU in the *Laval* case³⁵. In that case the Social Rights Committee found restrictions on the right to strike in domestic legislation implementing the Posted Workers Directive in the light of *Laval* to be a breach of article 6(4), as well as article 19(4)(a) and (b) (dealing with the rights of migrant workers).³⁶ But whatever the reasons for the violation, it is clear that at least in relation to the Social Charter, the commitment to the rule of law by member states rings very hollow.

IV

It is not only the Social Charters. As referred to in note * above, one of the factors in the conclusions influencing the Social Rights Committee in relation to Spain were the similar conclusions of the ILO Freedom of Association Committee, which had considered the matter first.³⁷ Spain is not alone in recent years for having encountered difficulties before the CFA, with questions having been asked of both Ireland and Greece, the questions in the latter case being so serious as to lead to the appointment of an ILO High Level Mission, to which we return.³⁸ These concerns raise more general questions about the compliance by member states with their obligations under the various ILO Conventions they have ratified, alongside the questions about their obligations under the Social Charter.

³⁴ These relate to (i) the limited purposes for which action may lawfully be taken; (ii) the excessive procedures that must be followed in advance; and (iii) the sanctions against workers for taking part.

³⁵ Case C-341/05 *Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (18 December 2007).

³⁶ *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v Sweden*, Complaint No 85/2012.

³⁷ ILO Committee on Freedom of Association, Case No 2947 (Spain), Report No 371 (2014).

³⁸ On the position in Ireland, see ILO Committee on Freedom of Association, Case No 2780 (Ireland), Report No 363 (2012).

It is true of course that ILO Conventions do not figure so visibly in the EU treaties as do the Social Charters; indeed there is not a single reference to these conventions specifically. Nevertheless, they are clearly covered by the overall commitment of member states to promote the rule of law peppered throughout the treaties, and they are clearly covered by the commitment made by TEU, article 21 (referred to above) to consolidate and support ‘the rule of law, human rights and the principles of international law’. Convention 87 was also expressly recognized by the ECJ in the *Viking* case,³⁹ as contributing to the recognition of the right to strike ‘as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law the observance of which the Court ensures’ (sic).⁴⁰ The reference was repeated a week later in the *Laval* decision.

But this too is empty, not just in relation to the United Kingdom, where some of the most egregious violations of ILO standards are to be found.⁴¹ If we look at ILO Convention 87, we find that Germany, Portugal, Spain, and the UK are in breach for a number of reasons.⁴² Although the process of identifying these breaches is not so straightforward or systematic as it is in the case of the Social Charter, nevertheless even a cursory examination of recent reports of the ILO Committee of Experts reveal multiple violations of ILO Convention 87, article 3 which embraces several of the core principles of the right to freedom of expression, that is to say the right to self-government (‘the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom’), and the right to act together in pursuit of common

³⁹ Case C-438/05 *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line*, Judgment 11 December 2007.

⁴⁰ Case C-438/05 *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line*, above, para 44. But just as importantly, each Member State has periodically reaffirmed its commitment to the various ILO Conventions it has ratified. If we take the two core ILO Conventions on freedom of association (Conventions 87 and 98), we find that both have been ratified by all 28 EU member states. In each case the vow has been renewed in free trade agreements between the EU and Member states on the one hand, and third countries on the other, in which there is a firm commitment not only to respect the four ILO core principles, but also all ILO Conventions ratified by the Member State in question. So David Cameron as British Head of Government signed the EU-Korea FTA including a reaffirmation of ‘the commitment to effectively implementing the ILO Conventions that Korea and the Member States of the European Union have ratified respectively’. This agreement raises wider questions about the EU’s commitment to the rule of law, given the situation in Korea relating to ILO Conventions. This is an agreement that smells of commitments that no one ever expects to meet.

⁴¹ See Ewing, *Britain and the ILO*, above. The violations cover a wide range of matters, but relate mainly to the right to strike, notably the ban on all forms of secondary action.

⁴² The account in this and the next three paragraphs is based mainly on the Observations of the ILO Committee of Experts. These may be found on the ILO website.

aims and objectives ('to organise their administration and activities and to formulate their programmes').⁴³

However, it is in relation to the right to strike that the most serious concerns have been raised. Indeed in the two most recent years there are clear concerns about the violation of ILO standards on the right to strike by eight member states (Belgium, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Germany, Hungary, Luxembourg and Malta), while there continue to be unresolved longstanding concerns from other countries (such as the United Kingdom), which were not revisited in 2014 or 2015. The only sweet spots are Estonia and Lithuania where progress is noted. As might be predicted, the concerns are of various kinds, ranging from ballot thresholds (Bulgaria and Czech Republic); public sector restrictions (Croatia, Germany and Hungary); the use of compulsory arbitration or injunctions to prohibit strikes (Malta and Belgium respectively); and the rights of minority unions (Luxembourg).

Yet, it is not only Convention 87 that presents problems. So does Convention 98 on the Right to Organise and Collective Bargaining. Concerns have been expressed about Bulgaria in relation to the remedies for anti-union discrimination, the lack of effective legislation to prevent employer domination of trade unions, and the collective bargaining rights of civil service trade unionists (with restrictions extending beyond those involved in the administration of the state). Concerns about remedies for anti-union discrimination were also raised about Croatia, where there have also been concerns about the exclusion of some local government workers from collective bargaining, as well as more general concerns about the power of government to rewrite collective agreements, contrary to the principle that 'a legal provision which allows one

⁴³ EU member states in breach of the former include Croatia (in relation to longstanding concerns about the distribution of trade union assets, presumably an unresolved question of the capitalist counter-revolution and the disintegration of Yugoslavia), and Portugal (in relation to legislation and judicial practice interfering with trade union internal affairs in breach of the principle that 'national legislation should only lay down formal requirements respecting trade union constitutions, except with regard to the need to follow a democratic process and to ensure a right of appeal for the members'. As a result, the Government was called upon 'to initiate discussions with the representative workers' and employers' organizations in order to examine the legislative provisions in question and their application in the light of the abovementioned principle': ILO Committee of Experts, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 – Portugal (2014): http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMM_ENT_ID:3147225.

party to modify unilaterally the content of signed collective agreements is contrary to the principles of collective bargaining'.⁴⁴

The Committee of Experts raised the foregoing themes in connection with another six EU Member States in 2014 and 2015 (in addition to major concerns in 2013 in relation to Romania). Thus, the importance of legislation to deal with anti-union discrimination has been identified as an issue in relation to Hungary and the Netherlands, as in the former case has been the absence of legislation protecting trade unions from employer interference or domination. The exclusion of selected groups of workers from bargaining rights continues to be identified in Denmark (seafarers) and Germany (civil servants not exercising authority in the name of the State),⁴⁵ while the Committee continues to be vexed by legislation in Malta empowering the government to rewrite collective agreements:

The Committee recalls that it had previously requested the Government to indicate the measures taken or contemplated with a view to amending section 6 of the National Holidays and Other Public Holidays Act, so as to ensure that this provision: (i) does not render automatically null and void any provisions in existing collective agreements which grant workers the right to recover public holidays falling on a Saturday or Sunday; and (ii) does not preclude voluntary negotiations in the future over the issue of granting workers the right to recover national or public holidays which fall on a Saturday or Sunday on the basis of a collective agreement (see 342nd Report of the Committee on Freedom of Association, Case No. 2447, paragraph 752). *The Committee once again requests the Government to indicate the measures taken or contemplated with a view to amending section 6 of the National Holidays and Other Public Holidays Act.*⁴⁶

⁴⁴ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Croatia (2015):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3187855.

⁴⁵ The German case is interesting for highlighting the continuing close relationship between ILO Conventions and the ECHR. In this case involving teachers, the Committee refer to a decision of the Federal Administrative Court that the ban of teachers' strikes was incompatible with the ECHR following *Demir and Baycara v Turkey* [2008] ECHR 1345 - ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Germany (2015):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3187670

⁴⁶ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Malta (2015):

These findings in relation to Convention 98 are in addition to the CFA's findings relating to Spain referred to above, and the special case of Greece considered below. They are also in addition to direct requests to 5 other countries (Belgium, France, Ireland, Latvia and Lithuania), the Committee having been alerted about possible violations by the ITUC and national trade union federations. There are also the problems encountered by Sweden, as it fumbled to respond to the *Laval* decision of the ECJ.⁴⁷ For the present, however, we have

- 15 member states in breach of ILO Conventions 87 and/or 98, and another three the subject of direct requests;
- 19 member states in breach of the ESC, Arts 5, 6(2) or 6(4), with another three protected from scrutiny by not accepting one or more of these provisions.

There is obviously overlap between these two categories. But adding these two categories together, we find that concerns have been raised by the supervisory bodies under one or both of the ESC and ILO obligations about 22 EU member states in the last few years alone. The only exceptions are Austria, Cyprus, Finland, Lithuania, Poland and Slovenia, and in two of these cases – Austria and Poland – there is no acceptance of ESC, Article 6(4). In the case of Finland there is new legislation in the pipeline, which will change that country's clean bill of health, interfering as it does with free collective bargaining on working time. And in the case of Lithuania the very low levels of collective bargaining coverage suggest that the absence of censure may be fortuitous.⁴⁸

V

Make whatever excuses you like: the foregoing represents an impoverished idea of a Union built on the rule of law. Here we have three core treaties binding member states - on what is supposed to be a core activity of the Union – in which a maximum of only 6 member states have an unblemished record of compliance. Much of this is of

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_I D:3187260

⁴⁷ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Sweden (2013):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_I D:3085282

⁴⁸ Lithuania is the only EU member state with collective bargaining density levels lower than the United Kingdom.

course the direct result of policy agendas being pursued at national level (as in the treatment of the public sector), and some of it is influenced by constitutional ideas in need of greater flexibility in their application (as in the treatment of civil servants (*Beamte*) in Germany).⁴⁹ But one of the undercurrents in the discussion so far has been the possibility that some of the violations are to be found in measures introduced to deal with austerity, which both the European Social Rights Committee and the ILO CFA conclude did not justify the measures in question.

The spectre of austerity haunting Europe raises another concern. Twenty two EU member states are unable to demonstrate compliance with core labour rights. In most cases that is a matter of choice. In some cases, however, it is clear that the violations are a direct breach of austerity measures imposed by the EU's political institutions. This of course compounds rule of law concerns, for here we have violations by member states, but also violations by member states imposed by the EU institutions in apparent breach of their own treaty obligations set out in TEU, Article 2. If we were mathematicians we might say that this was the violation of the rule of law squared. There is certainly a whiff of this in the case of Spain referred to above, while it is the demands of the European Commission, the European Central Bank and the IMF that took Greece into violation.⁵⁰

It was not possible of course for the Greek trade unions to challenge the austerity packages their governments agreed to, as violating the ESC, Articles 5 and 6 (though a number of successful challenges based on other articles of the treaty were successful).⁵¹ But it was possible to claim that these imposed changes violated ILO Conventions on freedom of association (as well as a raft of other ILO Conventions relating to equality and discrimination, which are not considered here). Informed by the exhaustive findings of an ILO High Level Mission,⁵² the ILO Committee of Experts was clearly concerned by a number of changes to the way that collective bargaining was to be conducted, the Troika's demands having included the decentralisation of collective bargaining and in particular the procedures permitting derogation from sectoral agreements by non union associations of workers at enterprise level.

⁴⁹ Thus, in the case of Germany referred to above, the Committee understood the constitutional problems in Germany but reiterated that 'negotiations need not necessarily lead to legally binding instruments so long as account is taken in good faith of the results of the negotiations in question'.

⁵⁰ International Labour Office, *Report on the High Level Mission to Greece (Athens, 19-23 September 2011)* (2011).

⁵¹ See eg *Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (ISAP) v Greece, Complaint No 78/2012* (violation of article 12)3).

⁵² International Labour Office, *Report on the High Level Mission to Greece*, above.

These latter provisions led the Committee of Experts to express ‘*deep concern*’ that the changes – ‘aimed at permitting deviations from higher level agreements through ‘negotiations’ with non-unionized structures’ - are ‘likely to have a significant – and potentially devastating – impact on the industrial relations system in the country’.⁵³ Although the Committee understood that the Greek Government ‘was given little choice in the current discussions with the lending institutions but to adopt these changes in response to calls for greater flexibility and improved competitiveness of the labour market’, the Committee said nevertheless that it ‘*deeply regret[ted]*’ that ‘such far-reaching changes were made without full and thorough discussions with all the social partners concerned with a view to determining the appropriate flexibility to be afforded without wholly risking to undermining the long-established industrial relations in the country’.⁵⁴ This, however, was only the start.

So, the Committee expressed the fear ‘that the entire foundation of collective bargaining in the country may be vulnerable to collapse under this new framework’. This was because 90% of the (private sector) workforce was employed in small enterprises, in a system where trade unions cannot legally be formed in enterprises with less than 20 employees. In these circumstances,

granting collective bargaining rights to other types of workers’ representation which are not afforded the guarantees of independence that apply to the structure and formation of trade unions and the protection of its officers and members is likely to seriously undermine the position of trade unions as the representative voice of the workers in the collective bargaining process.⁵⁵

The ‘risk’ that ‘the entire foundation of collective bargaining in the country may be vulnerable to collapse’, was said to have been reinforced by the abolition of the favourability principle set out [in legislation of 2010 and 2011]. According to the Committee of Experts, this had the effect of nullifying the binding nature of collective agreements.

The Committee of Experts has returned to this matter every year since 2012, repeating the view in 2014 that the prevalence of small enterprises in the Greek labour market meant that the facilitation of association of persons combined with the

⁵³ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Greece (2012): http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2698934.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

abolition of the favourability principle ‘would have a severely detrimental impact upon the foundation of collective bargaining in the country’.⁵⁶ The dramatic effect of the former was revealed when it was explained that according to government statistics -

national occupational collective agreements have gone down from 43 in 2008 to seven in 2012 whereas firm-level collective agreements have increased from 215 in 2008 to 975 in 2012 (706 signed by associations of persons and 269 signed by trade unions). Moreover, 701 of those agreements signed by associations of persons and 76 signed with trade unions have provided for wage cuts. Similarly, 313 enterprise level collective agreements have been signed in 2013 of which 178 have been signed by associations of persons (156 providing for wage cuts) and 135 signed by trade unions (42 providing for wage cuts).⁵⁷

The Committee’s request that the government takes steps ‘to ensure that trade union sections could be formed in small enterprises in order to guarantee the possibility of collective bargaining through trade union organizations’ continues to fall on deaf ears.⁵⁸

This is crucially important because it would tend to suggest that the Troika (the IMF, the European Commission and the European Central Bank) were imposing conditions on Greece, which were in breach of Greece’s obligations under international law. Indeed, it seems that these institutions were wholly indifferent to some if not all of these obligations, the HLM being ‘struck by reports’ in relation to obligations under ILO Convention 122 (Employment Policy Convention, 1964) ‘that in discussions with the Troika employment objectives rarely figure’.⁵⁹ Although it cannot be presumed that the Troika were equally unimpressed by ILO Conventions 87 and 98 (or any other international legal obligation applying to Greece), there is little in the foregoing to suggest that the European Commission and its partners felt in

⁵⁶ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 –Greece (2014): http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3149782.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ See ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Greece (2015): http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3190159

⁵⁹ International Labour Office, *Report on the High Level Mission to Greece*, above, para 331.

any way constrained by these obligations, even if they were known to the negotiating team.

The conduct of the European Commission and the European Central Bank is not consistent with TEU, article 2. Yet Greece is not alone, there being evidence of Troika interference with attempts in Romania to bring domestic law into line with treaty obligations, demanding amendments to new legislation on freedom of association.⁶⁰ Thus, seeking to persuade the Romanian authorities ‘to limit any amendments to Law 62/2011 to revisions necessary to bring the law into compliance with core ILO conventions’, IMF and European Commission representatives strongly urged the authorities to ‘ensure that national collective agreements do not contain elements related to wages and/or reverse the progress achieved with the Labor Code adopted in May 2011 (e.g. on working time regulation)’.⁶¹ The exclusion of pay from collective bargaining would not be compatible with ILO Convention 98.⁶²

⁶⁰ ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 – Romania (2013): http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3085310.

⁶¹ <http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/romania.pdf>. It is known too that an agreement between employers, government and unions that (amongst other things) the Irish Competition Act (a replication of Art. 101TFEU) would be amended so as to overcome a provision which had the effect of barring unions from negotiating or enforcing collective agreements in respect of self-employed workers, was overruled by the direct intervention of the Troika, leaving such workers denied their right to collective bargaining. The agreement was ‘Towards 2016: Review and Transitional Agreement 2008-9.’ The ILO Committee of Experts reported: ‘The Committee had noted the Government’s indication that, during the course of the social partnership talks in 2008, it committed itself to introducing legislation amending section 4 of the Competition Act to the effect that certain categories of vulnerable workers, formerly or currently covered by collective agreements, when engaging in collective bargaining, would be excluded from the section 4 prohibition. According to the Government, this commitment took into account that there would be negligible negative impacts on the economy or on the level of competition and gave consideration to the specific attributes and nature of the work involved, subject to consistency with European Union (EU) competition rules. Three categories of workers were proposed to be covered by the exclusion: freelance journalists, session musicians and voice-over actors. The Government indicates that since the social partnership talks took place, the EU/International Monetary Fund (IMF) Programme of Financial Support for Ireland has been agreed and the authorities have committed themselves to ensuring that no further exemptions to the competition law framework will be granted unless they are entirely consistent with the goals of the EU/IMF Programme and the needs of the economy. The Government indicates that this commitment requires further consideration in the context of the EU/IMF Programme.’ See ILO Committee of Experts, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 –Ireland (2013):

VI

By virtue of the austerity packages imposed in Member States – notably Greece – the EU has embarked on a course of action at odds with its own treaty commitment to the rule of law. For two reasons – by failing to comply with its own obligations to respect the rule of law; and by doing so placing member states in a position where they must break the law. In this endeavour the Commission and the Bank have been given an extraordinary licence by the CJEU in the *Pringle* case,⁶³ which created a legal space in which the law does not operate. So while English lawyers are familiar with Lord Justice Scrutton’s famous aphorism that ‘there must be no Alsatia in England where the King’s Writ does not run’,⁶⁴ European lawyers must familiarize themselves with the new idea that there may now be an Alsace in France where the EU’s Writ does not run.

But not only does the CJEU stand condemned for its weakness in giving legal space to treaty violations, it is also directly responsible for some of the most important violations of international legal obligations on the part of member states. Indeed it is the CJEU that has taken the lead in undermining the rule of law at EU level, assuming of course that the rule of law is not the same as what the CJEU does, or that what the CJEU does **is** the rule of law. We are surely beyond such conceit. For this discussion the starting points are the *Viking* and *Laval* decisions, which are so well known as not now to need repeating. But the effect of these decisions was to violate international standards and to put the EU itself and its member states well beyond the scope of international law, in a manner not easily consistent with the duty of the Union to pursue common policies and actions in order to ‘consolidate and support democracy, the rule of law, human rights and the principles of international law’ (TFEU, article 21).

The impact of the *Viking* decision acknowledging a right to strike subordinate to the employers’ economic freedoms, and highly qualified by tight proportionality conditions was to be seen very quickly in the BALPA case, which led to a complaint to the ILO Committee of Experts from the United Kingdom.⁶⁵ In that case, British

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMM_ENT_ID:3082151. This was repeated in 2015.

⁶² Ibid.

⁶³ *Case C-370/12. Pringle v Ireland*, 27 November 2012.

⁶⁴ *Czarnikow v Roth* [1922] 2 KB 478, at p 488.

⁶⁵ For a discussion of this case which is otherwise unreported, see K D Ewing and J Hendy QC, *The New Spectre Haunting Europe* (Institute of Employment Rights, 2009), at pp 68-72.

Airways' pilots were worried about their employer's decision to base part of its operations in France, and the implications this might have for their terms and conditions of employment. The union (BALPA) sought various assurances from the company, and when negotiations failed the union conducted a strike ballot in accordance with the detailed procedures of British law, and otherwise acted in accordance with British legislation (which itself has been found to breach ILO and Council of Europe standards,⁶⁶ and which has been the subject of several complaints to the ECtHR).

The employer threatened BALPA with legal action not because the union had acted in breach of domestic law, but because its proposed action would constitute a breach of the employer's right under the EC Treaty, article 43 (now TFEU, article 49) following the decision in *Viking*. BALPA then took the unusual step of seeking a declaration in the High Court that its action was lawful, while the employer counterclaimed seeking 'unlimited damages, including damages in respect of damage alleged to have been sustained by it by the mere fact that BALPA had served notice to ballot for strike action'.⁶⁷ The union's action for a declaration was discontinued only three days after it commenced, and the industrial action was discontinued for fear that it might be unlawful, with the risk that the legal proceedings would drag on indefinitely and that the union might be liable for unlimited damages for all the losses allegedly suffered by the employer as a result of the dispute.

Having discontinued the domestic litigation, BALPA made a complaint to the ILO Freedom of Association Committee. A complaint that was referred in turn to the ILO Committee of Experts. The latter has now reported twice on the complaint, making it clear in uncompromising terms that the effect of *Viking* as reflected in *BALPA* was to take the United Kingdom even deeper in breach of Convention 87. In 2010, the Committee of Experts challenged the very basis of the decision in *Viking* by reporting that 'when elaborating its position in relation to the permissible restrictions that may be placed upon the right to strike, it has never included the need to assess the proportionality of interests bearing in mind a notion of freedom of establishment or freedom to provide services'.⁶⁸ In the same report, the Committee also observed 'with

⁶⁶ See [http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/countrylist.pl?country=\(United+Kingdom\)](http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/countrylist.pl?country=(United+Kingdom)).

⁶⁷ K D Ewing and J Hendy QC, 'The Dramatic Implications of *Demir and Baycara*' (2010) 39 ILJ 2.

⁶⁸ ILO Committee of Experts, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 –United Kingdom (2010):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_I D:2314990. The Committee has only suggested that 'in certain cases, the notion of a negotiated minimum service in order to avoid damages which are irreversible or out of all

serious concern’, the practical limitations on the effective exercise of the right to strike of the BALPA [members] in this case’. According to the Committee,

the omnipresent threat of an action for damages that could bankrupt the union, possible now in the light of the *Viking* and *Laval* judgments, creates a situation where the rights under the Convention cannot be exercised.⁶⁹

When it revisited this matter in 2011, the Committee again expressed concern that ‘the doctrine that is being articulated in these ECJ judgments is likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in practice in a manner contrary to [Convention 87]’.⁷⁰ The British government had responded to the Committee’s 2010 observations by contending that the problems in the *BALPA* case arose as a result of its obligations derived from EU treaties, which it was powerless unilaterally to address by domestic legislation. In once again recalling its ‘serious concern’, the Committee responded by observing that

protection of industrial action in the country within the context of the unknown impact of the ECJ judgments referred to by the Government (which gave rise to significant legal uncertainty in the *BALPA* case), could indeed be bolstered by ensuring effective limitations on actions for damages so that unions are not faced with threats of bankruptcy for carrying out legitimate industrial action. The Committee further considers that a full review of the issues at hand with the social partners to determine possible action to address the concerns raised would assist in demonstrating the importance attached to ensuring respect for this fundamental right. The

proportion to third parties, may be considered and if agreement is not possible the issue should be referred to an independent body (see 1994 General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining, para 160). The Committee is of the opinion that there is no basis for revising its position in this regard’.

⁶⁹ *Ibid.* Although there was no decision of the domestic courts in the *BALPA* case, the Committee considered that there was nevertheless ‘a real threat to the union’s existence and that the request for the injunction and the delays that would necessarily ensue throughout the legal process would likely render the action irrelevant and meaningless’. The Committee was also concerned that ‘in the current context of globalization, such cases are likely to be ever more common, particularly with respect to certain sectors of employment, like the airline sector, and thus the impact upon the possibility of the workers in these sectors of being able to meaningfully negotiate with their employers on matters affecting the terms and conditions of employment may indeed be devastating’ (*ibid.*).

⁷⁰ ILO Committee of Experts, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 –United Kingdom (2011):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2322470.

Committee therefore once again requests the Government to review the [domestic legislation], in full consultation with the workers' and employers' organizations concerned, with a view to ensuring that the protection of the right of workers to exercise legitimate industrial action in practice is fully effective, and to indicate any further measures taken in this regard.⁷¹

Whether or not the British government could or would want to do anything in response to the *Viking* decision, are of course contested questions. It remains the case nevertheless that the United Kingdom was placed in a position where it was bound to break its legal obligations by a decision which the ILO Committee of Experts made clear is not consistent with international law, which incidentally applies to all EU member states. In taking this step in clear breach of treaty obligations, and in placing member states in this invidious position, the approach of the CJEU in *Viking* is all the more lamentable for the fact that it was wholly unnecessary and easily avoidable, particularly in light of the court's full recognition of the importance of the right to strike in international instruments such as the European Social Charter and ILO Convention 87, as well as EU instruments such as the Community Charter of the Fundamental Rights of Workers and the EU Charter of Rights.

Several ways forward that would have respected the EU's obligation to the rule of law (an obligation that applies to the Court as it does to other institutions) were presented to the Court in the course of the proceedings by the Danish and Swedish governments as interveners and by the respondent parties themselves.⁷² These would have allowed the court to have carved out a principled exception to protect international legal obligations based on (i) the competence of the EU, (ii) the role of fundamental rights as taking priority over fundamental freedoms, and/or (iii) the application by analogy of the *Albany* principle to the fundamental freedoms.⁷³ With the benefit of hindsight the ILO Committee of Experts has shown just what a grave misjudgment it was not to embrace one or more of these options, the Court seeking to reconcile the irreconcilable in an ultimately unconvincing way, repeating the performance a week later in the *Laval* case, to similar effect.

⁷¹ Ibid.

⁷² C-438/05 *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line*, above, paras 39 – 48.

⁷³ Case C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-05751. See now *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, 4 December 2014.

Box 2

The CJEU and the Rule of Law

In *Alemo-Herron*,⁷⁴ the CJEU held that workers in a privatised enterprise were to be denied the benefits of a national collective agreement to which they were contractually entitled. This was on the basis that the Acquired Rights Directive EC 23/2001 had to be read consistently with the EU Charter of Fundamental Rights, article 16 which guarantees the right to conduct a business. Consequently, the CJEU held that the new owner had to have the freedom:

‘to assert its interests effectively in a contractual process to which it is party and to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activities. Because the private owner could not participate in the continuing collective bargaining machinery (which was confined to public employers and unions), the Court held⁷⁵ that its ‘contractual freedom is seriously reduced to the point that such a limitation is liable to adversely affect the very essence of its freedom to conduct a business.’⁷⁶

The employer was thus held to be entitled to disregard the term tying the workers’ wages to the increases set under the collective bargaining arrangements by which they had contracted to be bound. The use of article 16 (the right to conduct a business) so as to permit an employer to renege on its contractual obligations is extraordinary enough, while the Court’s use of article 16 to abrogate employees’ rights appears to be contrary to previous CJEU case-law.⁷⁷ But most strikingly, the right of the workers to the benefit of collective bargaining protected by article 28 of the Charter, in article 11 of the European Convention on Human Rights (in consequence of *Demir and Baykara v Turkey*), in article 6 of the European Social Charter, and in ILO Convention 87 were apparently not worthy of even a mention. It is assumed that the point was argued.

⁷⁴ Case C-426/11, *Alemo-Herron v Parkwood Leisure Ltd*, 18 July 2013.

⁷⁵ *Ibid*, para 35.

⁷⁶ *Ibid*, para 33.

⁷⁷ J Prassl, ‘Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law’, (2013) 42 *ILJ* 434 at 441-443.

VII

In light of the foregoing it is perhaps timely that in 2014 the European Commission should issue a *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law*.⁷⁸ However, the reason for this Communication was not the shameful role of the Commission (or the Court) in undermining the rule of law, to which the authors of the Communication were evidently indifferent. According to a paper posted by the Robert Schuman Foundation, the concern appears rather to have been backsliding on rule of law commitments by new accession states, some of which were highlighted in a speech by Vivienne Reding in 2013, which was said to refer to

(i) The French government's attempt in summer 2010 to secretly implement a collective deportation policy aimed at EU citizens of Romani ethnicity despite contrary assurances given to the Commission that Roma people were not being singled out;

(ii) The Hungarian government's attempt in 2011 to undermine the independence of the judiciary by implementing an early mandatory retirement policy; and

(iii) The Romanian government's failure to comply with key judgments of the national constitutional court in 2012.⁷⁹

No reference here of course to labour rights or – as already pointed out – the Commission's own role in undermining the rule of law, the very idea being no doubt implausible for a behemoth that claims to be 'the guardian of the Treaties and has responsibility for ensuring the respect of the values on which the EU is founded and of protecting the general interest of the Union'.⁸⁰ Assuming a responsibility to play an 'active role' for this purpose, the Commission's *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law* is about building on a Barroso proposal in his 'state of the union' speech to the European Parliament in 2012, where he referred to the need

⁷⁸ European Commission, COM(2014) 158 final/2.

⁷⁹ Robert Schuman Foundation, 'Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's Pre-Article 7 Procedure as a Timid Step in the Right Direction', *European Issue No 356* (2015): <http://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0356-upholding-the-rule-of-law-in-the-eu-on-the-commission-s-pre-article-7-procedure-as-a-timid-step>.

⁸⁰ European Commission, *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law*, above, p 2.

for a ‘better developed set of instruments’ for promoting the rule of law’.⁸¹ These would apply, however, only in the case of threats of a systemic nature, defined to mean

The political, institutional and/or legal order of a Member State as such, its constitutional structure, separation of powers, the independence or impartiality of the judiciary, or its system of judicial review including constitutional justice where it exists, must be threatened – for example as a result of the adoption of new measures or of widespread practices of public authorities and the lack of domestic redress. The Framework will be activated when national ‘rule of law safeguards’ do not seem capable of effectively addressing these threats.⁸²

Where there are systemic violations of the rule of law of the kind referred to, it is nevertheless proposed that these will lead to interventions by the Commission, of a kind which itself might be thought to raise eyebrows on rule of law grounds.⁸³ There seems to be a pattern emerging within EU law whereby wide and meaningful powers of an administrative nature are conferred on the Commission, these powers being largely beyond any form of effective legal supervision. So far as the proposed rule of law procedure is concerned, it is to begin with a dialogue between the State in question and the Commission, culminating in ‘rule of law recommendations.’⁸⁴ The latter would identify the Commission’s concerns and propose ways by which they could be addressed, designed to fill the gap between the current choice of ineffective political persuasion, and the ‘nuclear option’ of TEU, article 7 leading to the possible suspension of EU membership rights, about which there is obvious reluctance.

It is clear that although this is a procedure designed for systemic problems within States, it is not designed for systemic problems involving all states, or systemic problems within the Commission itself. There is thus no one to guard the guardian, the guardian apparently not in need of being guarded. Nevertheless the weaknesses of the Commission’s proposals also reveal how they could be strengthened, at least in the case of the systemic problems involving all states. There is no reason why the procedure could not be extended to such cases, though the potentially fatal weakness of such an initiative is the requirement that the procedure would have to be invoked by the Commission. That is unlikely to be credible if the Commission is indifferent to the rights being violated, or if the Commission is itself demanding policy changes that

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid, p 6.

⁸³ See the not unrelated concerns of the House of Commons European Scrutiny Committee, above.

⁸⁴ European Commission, *Communication on a New Framework to Strengthen the Rule of Law*, above, p 8.

lead inevitably to violations, or if the violations arise as a result of the decisions of the Court.

Apart from the proposal itself and its limitations, the other important feature of the Commission's *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law* is its attempt to define what is meant by the rule of law. As we explained above, the rule of law has been a highly contentious principle in the common law world, where it has been the subject of extensive discussion. It is clear, however, that the rule of law is not a single principle, but a series of contestable principles, each more expansive than the other, and each more contestable than the other. But the first principle (and perhaps the only principle, and one which we consider to be uncontroversial) is that those who make the law should obey the law. In too much of a rush to climb the ladder to the next principle, however, this is a principle to which the Commission pays insufficient attention, though it does acknowledge that the rule of law is important because it

makes sure that all public powers act within the constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and fundamental rights, and under the control of independent and impartial courts.⁸⁵

This is very unconvincing. According to the Commission, the rule of law is necessary in order to ensure that the law is obeyed; not that obedience to the law is a necessary feature of the rule of law. This is a crucial distinction when it comes to the meaning of legal obligations such as those in TEU, article 2. While we insist that this means that member states and EU institutions must comply with legal obligations, the Commission is saying on the contrary that article 2 means that there must be institutional arrangements in place to enable this obligation to be met, but without acknowledging the obligation sustained by the infrastructure itself. Intentional or otherwise, this is a brilliant sleight of hand, which not only reveals too much of a hurry to get to the more contestable second and third rungs on the rule of law ladder, but also too much of a hurry to confuse and smother the rule of law with other principles such as equality, democracy and human rights, to which it may be related but from which it is distinct.⁸⁶

To say that the rule of law does not necessarily imply democracy or respect for fundamental rights, is not to deny the importance of the principle or that it is an essential feature of a democratic society. Given that the principle is operating alongside so many other complementary principles of equal value, however, it is not clear why it is necessary to inflate the rule of

⁸⁵ Ibid, pp 3-4.

⁸⁶ See also Raz, 'The Rule of Law and its Virtue', above.

law far beyond the first rung. We accept the view expressed in *Demir and Baycara* and elsewhere that the rule of law implies something about the quality of the law (certainty, predictability and foreseeability), as well as the need for an independent judiciary (how else can there be a rule of law?).⁸⁷ But to go much further up the ladder not only deflects attention from this core obligation, but threatens to enter irreconcilably contested territory such as that occupied by Hayek and others. There is consequently much to be said for the view that in missing the main point about the rule of law, the European Commission's Communication has adopted a definition that is at best over-elaborate, and at worst intentionally obfuscatory.

Thus, according to the Commission the key elements of the rule of law are:

- Legality, which implies a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws;
- Legal certainty;
- Prohibition of arbitrariness of the executive powers;
- Independent and impartial courts;
- Effective judicial review including respect for fundamental rights;
- Equality before the law.⁸⁸
- These elements are based largely on the work of the Council of Europe's Venice Commission in 2011,⁸⁹ which claimed that the foregoing now represented a consensus,⁹⁰ though on what empirical or scientific basis this was determined is unknown. It is certainly not uncontroversial, with the fifth bullet point casually eliding from the form of the law and its administration into the substance and content of the law.⁹¹ There is, however, one redeeming feature of the Venice Commission's recommendations. Unlike the European Commission, the latter is quite clear that the element of legality (the first bullet point) 'implies that the law must be followed', and 'applies not only to individuals, but also to

⁸⁷ *Demir and Baycara v Turkey*, above, at para 153 (referring to 'legal certainty, foreseeability and equality before the law').

⁸⁸ European Commission, *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law*, above, p 4.

⁸⁹ Council of Europe, Report on the Rule of Law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (25-26 March, 2011).

⁹⁰ *Ibid*, para 35.

⁹¹ This was an issue also identified by the House of Commons European Scrutiny Committee: HC 83 – xliii (2013-14).

authorities, public and private'.⁹² As already suggested, for our purposes, that is all that is needed. No more, no less.

VIII

Returning to the United Kingdom, as already pointed out, the principle of the rule of law now has statutory recognition, with the Constitutional Reform Act 2005, section 1 including a provision inserted at the request of the judges. This provides that the provision of the Act (which makes provision for a new Supreme Court, the removal of the Lord Chancellor as head of the judiciary) and reformed the process of judicial appointment) did not 'adversely affect' the 'existing constitutional principle of the rule of law'. The 'rule of law' is not defined for these purposes, prompting a senior judge to deliver an important public lecture in 2006 to explore its meaning for the purposes of the 2005 Act.⁹³

Lord Bingham's eight elements of the rule of law were very like the six elements subsequently expressed by both the Venice Commission and the European Commission respectively. This is perhaps unsurprising, given the apparent influence of Lord Bingham's work on the former,⁹⁴ and the influence of the former on the latter. But Bingham's list included one notable clarification, Bingham making clear that

The existing principle of the rule of law requires compliance by the state with its obligations in international law, the law which whether deriving from treaty or international custom and practice governs the conduct of nations. I do not think this proposition is contentious.⁹⁵

The British government clearly disagrees, it being reported that the *Ministerial Code* has been amended to remove specific references to the duty of ministers to comply with international law. Under previous governments the Code addressed the 'overarching duty on ministers to comply with the law including international law and treaty obligations and to uphold the administration of justice. Under the Cameron government, it addresses simply the duty to comply with 'the law'.⁹⁶

⁹² Council of Europe, above, para 36.

⁹³ Lord Bingham, 'The Rule of Law' (2007) 66 CLJ 67.

⁹⁴ Venice Commission, above, para 36.

⁹⁵ Bingham, above. See also T Bingham, *The Rule of Law* (2011).

⁹⁶ Ministerial Code (October, 2015), para 1.2. The Ministerial Code sets out the standards of behaviour expected of ministers in the conduct of public affairs and in their private lives.

It is true that the ‘law’ for this purpose could include both domestic and international law. The removal of international law from the text and the political row that it provoked would suggest, however, that this is not what is intended.⁹⁷ So, apart from removing one small restraint from Prime Minister’s wishing to engage in illegal warfare (albeit a restraint of uncertain legal obligation), the change also removes from other ministers any need to even go through the formality of considering whether legislative proposals are consistent with treaty obligations. As the British government is moving to loosen rule of law constraints on ministers, it is little wonder that it should also be sceptical about even the modest (and flawed) *Communication on A New Framework to Strengthen the Rule of Law*. The British government has made it clear that it considers the latter to be unnecessary,⁹⁸ while the British Parliament’s European Scrutiny Committee has also expressed reservations.⁹⁹

It is in this context that the Trade Union Bill was introduced by the British government, containing provisions which not only violate ILO Conventions 87, 98, and 151, as well as the European Social Charter, but probably also the provisions of the European Convention on Human Rights (on multiple grounds), the substance of which these various other treaties inform. This seems to be particularly true of the provisions of the Act which prohibit in the public sector the implementation of collective agreements about the use of the check off to collect trade union subscriptions; as well as provisions allowing ministers to rewrite collective agreements (and contracts of employment) dealing with facilities for workplace representation, again in the public sector. These are provisions clearly designed to undermine the financial and organizational security of public sector trade unionism, in what is a partial copy-cat of the Wisconsin initiative.

The Bill does not of course attack only the financial and organizational security of public sector trade unions. Mimicking developments elsewhere in the United States, a change to the default rules on trade union political activity will require members willing to support this activity to opt in, thereby replacing a system where members opposed to this activity had to opt out. The purpose is clearly to diminish the political voice of resistance to government policy, just as the new rules on support thresholds (40% of those eligible to vote) in strike ballots in the ‘important public services’ is designed to diminish the industrial voice of resistance to government policy. Although these latter changes will affect all unions (as will other changes on strike notice and picketing), the principal target appears to be the public sector where

⁹⁷ See *The Guardian*, 26 October 2015, where the government is accused of having contempt for international law.

⁹⁸ HC 83 – xliii (2013-14).

⁹⁹ *Ibid.*

trade unionism is strongest and where tight fiscal discipline has already pre-determined a 1% increase in the public sector pay bill over the next five years.

What is being played out here, however, is a severe tension at the heart of the neo-liberal project. There is a compelling ideological desire to redesign the function of trade unions (as service rather than regulatory bodies), and a compelling desire to reduce the size of the State (and with it the points of resistance to this ambition). But as we saw above, one of the underlying principles identified by one of the architects of modern neo-liberalism is the rule of law, which at its most basic means that governments should only act within the law. The impatience of modern governments, however, is such that they are willing to move without legal authority and in the process to shatter one of the most sacred icons on which their project was based. In the end, the experience of the United Kingdom and elsewhere in the EU reveals the rule of law to be no more than a rhetorical device, the core element of which is simply ignored by a Europe in which power has displaced law.

Keith Ewing
Professor of Public Law
King's College
keith.ewing@kcl.ac.uk
John Hendy QC
Barrister

TTIP: TIME FOR A NEW APPROACH TO LABOR RIGHTS AND STANDARDS

OWEN HERRNSTADT
Georgetown University, USA

Fecha de recepción: 24-10-2015

Fecha de aceptación: 18-11-2015

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 1.1. Potential Magnitude of TTIP. 1.2. U.S. Labor Law and International Labor Standards. 1.3. Past U.S. Labor Chapters Preserve Current U.S. Labor Law. 1.4. TTIP: Time for a new template. 2. CONCLUSION.

RESUMEN: La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* en inglés) representa una oportunidad para reivindicar el liderazgo de Estados Unidos y Europa en la definición, mediante la adopción de los tratados de la OIT, de estándares laborales internacionales homogéneos y rigurosos en los acuerdos comerciales y de inversión. En el actual modelo comercial de EE. UU., los apartados dedicados a cuestiones laborales se limitan a reproducir los principios a los que hace referencia la Declaración Fundamental de Principios y Derechos del Trabajo de la OIT de 1998. Este hecho permite que EE. UU. salvaguarde sus discrepancias legales y normativas con respecto a los tratados de la OIT, que contienen derechos propiamente dichos. Puesto que muchos países europeos son consecuentes con estos derechos, limitar la ATCI a los términos de la Declaración podría proporcionar a EE. UU. una ventaja injusta con respecto a los mercados de trabajo, siempre y cuando, lógicamente, los países europeos no degraden los estándares laborales a los niveles existentes en EE. UU.

ABSTRACT: The Transatlantic Trade and Investment Partnership represents an opportunity to assert U.S. and EU leadership in defining uniform and unambiguous international labor standards in trade and investment agreements by adopting ILO Conventions. Under the current U.S. trade model, labor chapters are limited to the

principles referenced in the ILO's 1998 Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work. Limiting labor chapters to the Declaration permits the U.S. to preserve its statutory and regulatory inconsistencies with ILO Conventions, which express actual rights. Since many European countries are consistent with these rights, limiting the TTIP to the Declaration could give the U.S. unfair advantage with respect to labor markets, providing of course, that European countries do not lower their labor standards to those of the U.S.

PALABRAS CLAVE: Estándares Internacionales del Trabajo, acuerdos de comercio, Acuerdos de la OIT.

KEYWORDS: International labor standards, trade agreements, ILO Conventions.

1. INTRODUCTION

The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) presents the United States and the EU with a unique opportunity to negotiate a trade agreement that creates a new trade model based on uniform, clear and enforceable internationally recognized labor standards. In order to take advantage of this opportunity, negotiators must be willing to embrace their leadership role in crafting a world trade agenda that places as much importance on fundamental human rights, as it does on reducing tariffs and technical barriers to trade, or protecting intellectual property rights and investment. In order to achieve this objective, negotiators should begin by throwing out old models, reflected by the U.S.–Peru Free Trade Agreement (“Peru FTA or template”), the current U.S. trade template. Among other things, this model is at best ambiguous and at worst, falls short of meeting internationally recognized labor standards, like those adopted by the International Labor Organization, a tri-partite arm of the United Nations.¹

¹ This paper only addresses labor rights and standards in the TTIP. It does not address other very critical provisions, including those related to enforcement, dispute resolution, investor to state provisions, government procurement, rules of origin, environment, investment,

1.1. Potential Magnitude of TTIP

The Final Report of the High Level Working Group on Jobs and Growth notes that “the European Union (EU) and the United States account for nearly half of world GDP and 30 percent of world trade.”² In a letter to the Speaker of the U.S. House of representatives notifying Congress of its intention to enter into negotiations with the EU for the TTIP, the office of the United States Trade Representative (USTR) wrote: “Last year the United States exported \$458 billion in goods and services to the EU, estimated to support more than 2.2 million U.S. jobs.”³ According to the European Commission, a significant number of EU jobs were supported by trade to countries like the U.S. The European Commission states that trade supports “jobs for 31 million Europeans.”⁴ In its letter, the USTR stressed:

The stock of U.S. and EU investment in each other’s economy totaled nearly \$3.7 trillion in 2011, and EU affiliates in the United States employed an estimated 3 million Americans in 2010. The EU and the United States together account for nearly half of global output of goods and services and 30 percent of global trade.”⁵

Given the economic magnitude of the U.S. and EU, a TTIP labor chapter could have far-reaching implications for improving the lives of millions of workers. If TTIP includes a labor chapter that actually incorporates labor standards defined by ILO Conventions and its jurisprudence, it would harmonize labor standards upwards towards meeting uniform internationally recognized standards. It would also provide a new template for future FTA’s. Additionally, it would eliminate ambiguities in current labor chapters, like those in the U.S.-Peru FTA, while at the same time provide future signatories with a clear understanding of what will be expected of them.

On the other hand, if current language from U.S. trade agreements is maintained, the opposite will occur: instead of leading to an upward harmonization of labor standards between the U.S. and EU, the EU will be forced to engage in a downward spiral. It is not hard to predict that EU labor and employment law protections will erode as EU companies seek to meet U.S. competition made more

consumer rights or any of the other provisions that directly or indirectly have an impact on workers in the U.S. and the EU.

² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf

³ https://ustr.gov/sites/default/files/03202013_TTIP_Notification_Letter.PDF

⁴ <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/trade-and-jobs/>

⁵ https://ustr.gov/sites/default/files/03202013_TTIP_Notification_Letter.PDF

favorable by U.S. labor laws that fall short of meeting the international standards that most European countries have implemented.

The difference between EU and U.S. labor laws in meeting workers fundamental human rights as expressed by ILO Conventions is significant. While both regions acknowledge and respect the principle of these rights, unlike the EU, the U.S. has failed to ratify most of the core ILO Conventions.⁶ And, according to the United States Council for International Business, “no ILO convention will be forwarded to the U.S. Senate for ratification if ratification would require any change in U.S. federal or state laws.”⁷

1.2. U.S. Labor Law and International Labor Standards

The basis of employment and labor law in the U.S. is that employees are “at-will”. This means that they can be fired or terminated for any reason, good reason, bad reason or no reason at all, if they do not have a contract or specified duration of employment.⁸ Over time, some statutory exceptions to the rule were created, although employment at will remains very much a foundation of U.S. law. These exceptions limit, in some cases, the right of an employer to terminate the employment relationship.⁹

One statutory exception is the National Labor Relations Act (NLRA).¹⁰ The NLRA is the primary law governing freedom of association and collective bargaining

⁶ ILO, Ratifications for the United States, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102871

⁷ U.S. Ratification of ILO Core Labor Standards, United States Council for International Business, April 2007; http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/labor_law/meetings/2011/ac2011/105.authcheckdam.pdf

⁸ See discussion, Owen Herrstadt, “Strengthening the collective rights of precarious workers under US labour and employment law”, in Meeting the challenge of precarious work: A workers’ agenda, International Journal of Labour Research, Vol. 15, Issue 1, 2013, pp. 100-102, citing Jay Fineman, “The development of the employment at will rule”, American Journal of Legal History, Vol. 20, pp. 118-123, 1976.

⁹ see discussion, Owen Herrstadt, “Strengthening the collective rights of precarious workers under US labour and employment law”, in Meeting the challenge of precarious work: A workers’ agenda, International Journal of Labour Research, Vol. 15, Issue 1, 2013, pp. 100-102.

¹⁰ National Labor Relations Act (29 U.S.C., Secs 151 et seq.). Other statutes creating additional exceptions include; Fair Labor Standards Act (29 U.S.C. Secs. 201-219);

in the U.S. One of its primary objectives is to protect employees from being fired or otherwise discriminated against for their union activities, including engaging in collective bargaining. However, as Lance Compa explains, the NLRB fails to uphold international freedom of association standards in a number of respects.¹¹ He provides the following examples¹²:

- Allowing employers to mount one-sided, aggressive workplace pressure campaigns against workers' organizing efforts, marked by mandatory "captive-audience" meetings filled with predictions of dire consequences if workers organize, without providing workers similar access to information supporting union organizing¹³;

Occupational Safety and Health Act (29 U.S.C. Secs. 553, 651-678; OSHA—(workplace safety and health); Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (42 U.S.C. § 2000e et seq.)

¹¹ The following summary is taken directly from Lance Compa, *A Strange Case—Violations of Workers' Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations*, Human Rights Watch, 2010; https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0910web_0.pdf; see also, United States Council for International Business, *U.S. Ratification of ILO Core Labor Standards*, April 2007, "Five of the ILO core conventions (87, 98, 29, 138 and 100) have been found to directly conflict with U.S. law and practice and would require significant and widespread changes to U.S. state and federal law if they were ratified. U.S. ratification of Conventions 87 and 98 would require particularly extensive revisions of longstanding principles of U.S. labor law to conform to their standards."

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/labor_law/meetings/2011/ac2011/105.authcheckdam.pdf

¹² The following summary is taken directly from Lance Compa, *A Strange Case—Violations of Workers' Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations*, Human Rights Watch, 2010;

https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0910web_0.pdf

¹³ Compa, *A Strange Case*, pp. 11-12; citing at fn. 22, "The only limitation on captive-audience meetings is that they may not be held within 24 hours of an NLRB representation election. See *Peerless Plywood Co.*, 107 NLRB 427 (1953) Management can require employees to attend these meetings, and can further require employees not to leave the meeting, not to ask questions, and not to espouse pro-union views, under pain of discharge for insubordination. See *NLRB v. Prescott Industrial Products Co.*, 500 F.2d 6 (8th Cir. 1974); *Litton Systems, Inc.*, 173 NLRB 1024 (1968). Employers can also exclude employees known to be union supporters from captive-audience meetings. See *F.W. Woolworth Co.*, 251 NLRB 1111 (1980). In 1951, the NLRB adopted an "equal opportunity" doctrine by which employers who held captive-audience meetings should allow union representatives to present their views at the employer's facility, noting that this placed no limit on what the employer could lawfully say. See *Bonwit-Teller, Inc.*, 96 NLRB 608 (1951). However, the Board (with new appointees) repudiated this doctrine just two years later, citing employers' property rights to exclude unwanted persons from the

- Allowing employers to deny workers the right to meet union representatives at the workplace to discuss forming a union;¹⁴
- Denying a legal remedy to undocumented immigrant workers fired for trying to form a union;¹⁵
- Enabling employers to rely on delay-ridden, ineffectual administrative and judicial procedures and remedies in cases of labor law violations;¹⁶
- Allowing employers to permanently replace workers who exercise the right to strike over wages and working conditions (workers who strike over employers' unfair labor practices may not be permanently replaced);¹⁷; and,
- Mandating the NLRB to seek court injunctions when "secondary boycott" allegations are lodged against unions, but leaving to NLRB discretion—which it rarely exercises—whether to seek injunctions against employers' unfair labor practices.¹⁸

premises. See *Livingston Shirt Co.*, 107 NLRB 400 (1953). The *Livingston Shirt* "unequal opportunity" rule has prevailed since then."

¹⁴ *Id.* at 12, citing at fn. 23, "*Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992)".

¹⁵ *Id.*, citing at fn.24, "*Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137 (2002)".

¹⁶ *Id.*, citing at fn. 25, "Cynthia L. Estlund, 'The Ossification of American Labor Law,' 102 *Columbia Law Review* 1527 (2002)".

¹⁷ *Id.*, citing at fn. 26, "The permanent replacement doctrine is not found in labor law statutes. It was created by the Supreme Court in *NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S. 333 (1938). The problem in practice is that whether a strike is an "economic strike" or an "unfair labor practice strike" it is subject to litigation, and it often takes years of administrative and judicial hearings and appeals before a final decision is reached and workers learn whether they are entitled to reinstatement. By then, even with a decision in favor of the workers, it is often the case that the strike is long broken and the workers scattered to other jobs. As the ILO Committee on Freedom of Association noted in considering the US permanent replacement doctrine, "that distinction [between economic strikes and unfair labor practice strikes] obfuscates the real issue ... whether United States labor law and jurisprudence (the so-called Mackay doctrine) are in conformity with the freedom of association principles." See ILO CFA, United States, Case No. 1543, Report No. 278, para. 89 (1991)".

¹⁸ *Id.*, citing at fn. 27, "Section 10(j) of the NLRA is the discretionary injunction clause in cases involving employers' unfair labor practices. Section 10(l) is the mandatory injunction clause in cases involving secondary union action. For more discussion, see George Schatzki, "Some Observations About the Standards Applied to Labor Injunction Litigation Under Sections 10(j) and 10(l) of the National Labor Relations Act," 59 *Indiana Law Journal* 565 (Fall 1983), noting "As for section 10(l), which is aimed almost entirely at unions, federal courts are inclined virtually to rubber-stamp National Labor Relations Board requests for injunctions. However, in considering applications for section 10(j)

Compa concludes, “the ILO has found these and other features of U.S. labor law in violation of international standards.”¹⁹

These failings have a direct impact on the ability of workers to form their own unions and to engage in collective bargaining. One scenario, describing how workers can legally be prevented from forming a union in the U.S. is provided below:

Workers begin to actively form a union. The Company responds by hiring anti-union consultants who distribute literature about how unions only want workers dues money and how they can force workers to go out on strike, even if they do not want to. The union has no access to the company’s property and can be prevented from distributing literature, let alone visiting with workers on company property. In many cases, there is limited public property where the union can stand outside the plant gates to distribute literature. The company, however, can order all of the employees together to explain to them how they would prefer not to have a union. They can also distribute literature about union staff salaries and benefits which, in the U.S., are publically posted on the federal government’s website for all to see.

If the company fires the union activists, charges that the company has violated the law can be filed with the National Labor Relations Board, a government agency. If a petition for an election has already been filed by the workers for the union, the election is either blocked or held in the wake of the discharges. If the election is held, it is not hard to imagine the effects on employees the illegal conduct may have. In areas where skilled jobs are hard to come by, threats of discharge and closings are taken very seriously. If the election is not held, it will take a long time for the unfair labor practices to be fully litigated. When the charges are finally resolved, the union has to start its organizing drive all over again. Either way, the employer has the upper hand.

injunctions, which are primarily aimed at employers, the courts are inclined— especially when employers are the respondents—to be more critical of the Board's petition and, as a result, often deny or significantly qualify the requested relief.”

¹⁹ *Id.*, citing at fn. 28, “For ILO decisions on these topics, see ILO Committee on Freedom of Association, Complaint against the United States, Case No. 2524, Report No. 349 (March 2008) (exclusion of low-level supervisors); ILO Committee on Freedom of Association, Complaint against the United States, Case No. 2227, Report No. 332 (2003) (denial of remedies to immigrant workers); ILO Committee on Freedom of Association, Complaint against the United States, Case No. 1543, Report No. 278 (1991) (permanent striker replacement); ILO Committee on Freedom of Association, Complaint against the United States, Case No. 1523, Report No. 284 (1992) (union representatives’ access to the workplace); ILO Committee on Freedom of Association, Complaint against the United States, Case No. 1523, Report No. 284 (1992) (secondary boycott strictures)”.

Even if the union wins an election and unfair labor practices are not at issue, the employer can bargain to impasse and unilaterally implement its last offer. If the workers cannot live with the unilaterally implemented contract, they can strike and watch permanent replacements march through their picket lines. After one year, their permanent replacements can vote to decertify their union while they are not even permitted to participate in the election.²⁰

As if the weakness in U.S. labor law did not already pose a high hurdle for workers wanting to form a union, some state and federally elected officials have made it clear that unions are not welcome in their states. For example, in South Carolina, Governor, Niki Haley, the highest official in the state, said in her annual State of the State address:

I love that we are one of the least unionized states in the country. It is an economic development tool unlike any other...We don't have unions in South Carolina because we don't need unions in South Carolina...And we'll make the unions understand full well that they are not needed, not wanted, and not welcome in the State of South Carolina.²¹

In Wisconsin, Gov. Scott Walker, who lead the effort to curtail public sector collective bargaining, compared unions to terrorist groups.²² And in Tennessee, U.S. Senator Bob Corker of Tennessee entered the fray in a union election at Volkswagen in Chattanooga saying, "I've had conversations today and based on those am assured that should the workers vote against the UAW, Volkswagen will announce in the coming weeks that it will manufacture its new mid-size SUV here in Chattanooga."²³

European Companies have at times only appeared too eager to adopt these anti-union tactics, indicating their willingness to participate in the downward spiral of international labor standards. A few years ago, Bosch attempted to use permanent

²⁰ A version of this description first appeared in Owen Herrstadt, *Time Once Again to Climb to the Industrial Mountain Top: A Call for Labor Law Reform*, *Labor Law Journal*, Vol. 39, No. 3, March, 1988, pp. 188-189.

²¹ Governor Niki Haley's 2012 State of the State Address, <http://www.governing.com/news/state/south-carolina-2012-state-of-the-state-address.html>

²² in an attempt to show just what a tough guy he is, really did say that his strength in taking on protesting union members qualified him for confronting radical Islamic terrorist groups, such as the Islamic State."

<https://www.washingtonpost.com/blogs/answer-sheet/wp/2015/02/27/yes-scott-walker-really-did-link-terrorists-with-protesting-teachers-and-other-unionists/>

²³ U.S. senator drops bombshell during VW plant union vote
<http://www.reuters.com/article/2014/02/13/us-volkswagen-corker-idUSBREA1C04H20140213>

striker replacements to break a strike in Wisconsin.²⁴ Other reports describe the conduct of Deutsch Telekom, Deutsch Post, Sodexco, Tesco, Kongsberg Automotive, and Siemens.²⁵

The newest European convert to anti-union methods in the U.S. may be Airbus. One recent story was headlined, “Like Boeing, Airbus doesn’t want unions at its new plant in the South.”²⁶ Another story reported that, “Airbus already has developed a strategy to counter an internally expected move by labor unions to organize the A320 final assembly line that opens later this year in Alabama.”²⁷

1.3. Past U.S. Labor Chapters Preserve Current U.S. Labor Law

TTIP poses two questions with respect to a labor chapter: First, will TTIP provide a clear, unambiguous labor standard; second, will TTIP require the U.S. to improve its labor laws so that they are consistent with international labor standards? If TTIP simply adopts the current U.S. model reflected by the U.S. - Peru FTA, the answer to these questions are straightforward: “No”.

Under the Peru-U.S. FTA²⁸:

1. Each Party shall adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices there under, the following rights, as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up (1998) (ILO Declaration):

(a) freedom of association; (b) the effective recognition of the right to collective bargaining; (c) the elimination of all forms of compulsory or forced labor; (d) the effective abolition of child labor and, for purposes of this Agreement, a prohibition on the worst forms of child labor; and (e) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

²⁴Owen Herrstadt, *Are International Framework Agreements A Path to Corporate Social Responsibility?*, U.Pa. Journal of Business and Employment Law [Vol 10:1] at p.205. <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1296&context=jbl>

²⁵ Lance Compa, *A Strange Case—Violations of Workers’ Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations*, Human Rights Watch, 2010; https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0910web_0.pdf

²⁶ <http://www.bizjournals.com/seattle/news/2015/05/26/like-boeing-airbus-doesnt-wants-unions-at-its-new.html>

²⁷ <https://www.flightglobal.com/news/articles/airbus-expects-unions-to-target-a320-fal-in-alabama-410269/>

²⁸ <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>

2. Neither Party shall waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its statutes or regulations implementing paragraph 1 in a manner affecting trade or investment between the Parties, where the waiver or derogation would be inconsistent with a fundamental right set out in that paragraph.

Two footnotes qualify the obligations that are required under Chapter 17. The first footnote states that the “rights” referenced are limited to violations “in a manner affecting trade or investment between the Parties”. The second footnote states that, “The obligations set out in Article 17.2, as they relate to the ILO, refer only to the ILO Declaration.”²⁹ Confining the Peru agreement to the Declaration as opposed to the ILO core conventions and accompanying jurisprudence makes it much easier for countries to satisfy their obligations. After all, the Declaration is a “principles” document and as such enables countries like the U.S. to sign onto it without committing them to honor the actual rights and standards found in the Conventions.

As a principles document, the Declaration was never intended to require a country to respect the actual standards reflected by ILO Conventions. The ILO Legal Advisor described the Declaration in the following manner:

the Declaration requires nothing more of ILO Members than to be consistent and to comply with the commitment that they have already undertaken, and serves to encourage them in their endeavors; it certainly does not seek to impose further commitments on them. Contrary to what may have been said, there is definitely no question of subjecting Members to specific provisions of Conventions that they have not ratified.³⁰

What is the difference between a commitment to honoring principles of rights and honoring the actual rights and standards as laid out by ILO Conventions? In its report on the U.S. - Peru FTA template, Human Rights Watch explains: “What this obligation means in practice and, specifically, what level of adherence to the fundamental ILO Conventions the ILO Declaration requires, is the subject of much debate and has not yet been resolved.”³¹ As further explained in the Report:

²⁹ Id.

³⁰ “Consideration of a possible Declaration of principles of the International Labor Organization concerning fundamental rights and its appropriate follow-up mechanism”; ILO 86th Session, June 1988, Report VII, p. 3; <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/rep-vii.htm>

³¹ The 2007 US Trade Policy Template, Human Rights Watch, June 2007, p. 4.; <http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/usa/trade0607/trade0607web.pdf>

...under the ILO Declaration, ILO members do not assume precisely the same obligations they would have if they had ratified the fundamental conventions. Legal scholars subsequently analyzing the ILO Declaration have largely reached the same conclusion. But what obligations does the ILO Declaration impose on members? Specifically, what are “the principles concerning the fundamental rights” set out in the eight fundamental ILO conventions and what does it mean to uphold them? There is much unhelpful rhetoric and little agreement on this issue.³²

Employer representatives explain that the Declaration does not place new obligations on parties; rather it is about the core labor standards promoting the principles:

the Declaration represents a political commitment by governments to respect, promote and realize the Declaration’s principles...whereas ILO Conventions, if ratified, require governments to respect their strict legal detail, the Declaration is intended to focus on the steps taken by governments to promote the four fundamental principles...These principles inspired the creation of the eight core Conventions which, when ratified, transform those “promotional” principles into specific legal obligations. Therefore, the political obligations required to promote, achieve and realize the principles under the Constitution – and, by extension, the Declaration – must remain distinct from the specific legal obligations that are undertaken through the ratification of the core Conventions. ...the Declaration is intended to focus on the steps taken by governments to promote the four fundamental principles.³³

Given the above, the precise obligations countries are required to meet under the Declaration are ambiguous. Adding to this ambiguity is the U.S. - Peru FTA’s reference to “rights”: “Each Party shall adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices there under, the following rights, as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up

³² *Id.*, at 5;

<http://www.hrw.org/legacy/backgrounders/usa/trade0607/trade0607web.pdf>; citing, See, e.g., Philip Alston, “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime,” 15 *European Journal of International Law* 457, 2004, pp. 409-495; Brian A. Langille, “Core Labour Rights—The True Story (Reply to Alston),” 16 *European Journal of International Law* 409, 2005, p. 423. See, e.g., Alston, “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime,” pp. 476-483.

³³ https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/pos_2006_ilodeclaration.pdf

(1998)”. Does this mean that the parties are required to satisfy the rights listed in the Declaration. If so, how are these rights defined? Are they defined by ILO Standards?

The U.S. - Peru template says that the obligations are limited to “only the Declaration.”³⁴ Does this mean that the ILO Conventions cannot even be relied on to give these rights meaning? What about cases determined by one of the ILO’s Supervisory mechanisms, like the Committee on Freedom of Association (COFA)? The COFA reviews complaints filed against countries that may not have ratified the freedom of association conventions, but still must adhere to the principles of freedom of association because they are ILO members. (The ILO Constitution itself obligates them to honoring these principles.) This raises further questions since many of the cases reviewed by the COFA conclude that U.S. law is not consistent with the ILO’s principles and standards.³⁵ As such, if the jurisprudence developed by the COFA could be relied on to define the obligations reflected in the Declaration, the U.S., and other countries, would be in violation of the FTA on the first day the agreement is implemented. Observers could easily conclude if that were the case, the U.S. would not have entered into the Peru agreement.

Other questions remain. Without references to the Conventions or the COFA digest of cases, what definitions will be applied to freedom of association under the Peru FTA? Is it whatever each signatory understands the definition to be? Is the definition to be determined under Peru’s dispute resolution process? If so, does this mean that parties will have to wait until jurisprudence is created under the FTA over a long—very long—time as each case works its way through the tortuous dispute resolutions process?³⁶

Even if a party could demonstrate that the principles or rights under the Peru template are violated, these violations still might not be eligible for a complaint because these infractions must meet additional conditions, which raise further questions. The Peru FTA contains requirements that labor violations must be “in a manner affecting trade or investment” and constitute a sustained or reoccurring action or inaction. The mere fact that labor obligations are included in a trade agreement should indicate a direct relationship to trade without placing further burden of proof on an agreed party. Nonetheless, this condition further narrows the nature of a

³⁴https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file73_9496.pdf

³⁵ See, Lance Compa, *A Strange Case—Violations of Workers’ Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations*, Human Rights Watch, 2010; https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0910web_0.pdf

³⁶ Note: The proposed Canadian-European Trade Agreement does not even contain a dispute resolution process for these types of matters.

complaint that can be submitted because only violations that impact trade or investment are eligible. Consequently, large groups of public sector workers, like teachers, are completely excluded from Peru's labor chapter. It is not hard to imagine a scenario where a complaint filed on behalf of school teachers who have been jailed or even murdered for exercising their right to freedom of association, is immediately rejected because these violations "are not in a manner affecting trade or investment."

Second, even if the violations do affect trade or investment, they still must be sustained or reoccurring. This additional hurdle raises yet more questions: If one violation of the Declaration is horrific, such as the murder of a prominent trade unionist, would this qualify? Probably not, since it is not sustained or reoccurring. How about if ten trade unionists were murdered at the same time. Would that qualify? How many violations must occur, in order for a violation to stand under this requirement?

As this paper is being written, the U.S. has just announced that it reached agreement with 11 other countries to form the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP). If TPP goes into effect, its labor chapter will presumably become the new template for labor agreements involving the U.S. While the agreement itself has not yet been made public, reports indicate that its labor chapter may be based on the U.S.-Peru FTA text. Although the Peru FTA contains weak and ambiguous labor standards, the TPP will reportedly be even a step backward from that template.

The USTR has indicated that the TPP will include other arrangements with Viet Nam, Malaysia, and Brunei. These are three countries where freedom of association and collective bargaining as provided under the ILO do not exist and where prohibitions against discrimination, child labor and forced labor are not effective. In addition, it will also include Mexico, a country where despite the labor side agreements of the 1993 North American Free Trade Agreement, freedom of association, collective bargaining, and prohibitions against discrimination and child labor have yet to be realized.

1.4. TTIP: Time for a new template

As mentioned in the introduction of this paper, TTIP offers the U.S. and EU the opportunity to create a new template that is clear, unambiguous and based on labor standards reflected in ILO Conventions and ILO jurisprudence. This can simply be accomplished if the labor chapter in the agreement explicitly states that parties honor and effectively enforce the rights and standards expressed in ILO Conventions and interpretations issued under the ILO's supervisory mechanisms, like the COFA.

Footnotes that raise uncertainty over the definition of labor rights and standards, like the one in the Peru FTA limiting the terms of the chapter to the Declaration, must be abandoned.

In order to be certain that parties satisfy these requirements, they must demonstrate that they are in compliance prior to the agreement going into effect. This is especially critical in view of the long, frustrating dispute resolution path contained in the Peru template. Of course this presumes that TTIP will have an effective dispute resolution provision that covers labor violations. Failure to adopt such a provision would be a fatal flaw to the effectiveness of any labor chapter.

Vague limitations on the nature of violations that are covered by TTIP must also be avoided. Specifically, the Peru FTA requirements that labor violations must be “in a manner affecting trade or investment” and constitute a “sustained or reoccurring action or inaction” should be rejecting by TTIP negotiators. As mentioned, the mere fact that labor standards are included in a trade agreement should indicate a direct relationship to trade without placing a further burden of proof on an agreed party. Furthermore, also as mentioned, particularly outrageous violations of labor rights should by themselves be eligible for a complaint, regardless of whether the violation was part of a sustained or reoccurring violation.

Fundamental human rights like the labor standards defined by the ILO Conventions apply to all workers throughout the world with equal intensity. For this reason, side agreements or alternative arrangements like those used in conjunction with NAFTA or the U.S.-Colombia Labor Action Plan are no substitute for the kind of strong labor chapter described above. As previously mentioned, these side arrangements have not been effective. After more than 20 years the NAALC has not stopped Mexico from continually violating workers’ rights and the Labor Action Plan with Colombia has not stopped the murder and death threats for trade unionists and human rights activists.

2. CONCLUSION

TTIP represents an opportunity for the U.S. and EU to demonstrate to the world that a real and meaningful labor rights and standards can be part of any trade agreement. It is up to negotiators to seriously undertake efforts to accomplish this task. If they are successful, then at least one part of the TTIP will represent a step forward.³⁷

³⁷ Of course, TTIP would require significant improvements in many other chapters, including the elimination of the investor to state dispute provision, improvements to

TTIP: Time for a New Approach to Labor Rights and Standards

If they are not successful, then they will fail to bring us one step closer to the kind of agreement that can make a difference in the lives of working men and women in the U.S., the EU and throughout the world.

Owen Herrstadt
Georgetown University, USA
herrnsta@american.edu

government procurement, adoption of an effective and timely dispute resolution process for violations of the labor chapter as well as much work on transparency, consumer rights and the environment—to name a few.

LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS LABORALES INTERNACIONALES. - EL PARADIGMA DEL ACUERDO DE BANGLADESH 2013

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo

Fecha de recepción: 13-10-2015

Fecha de aceptación: 21-10-2015

SUMARIO: 1. IMPORTANCIA DEL ACUERDO BANGLADESH. 1.1. Factores determinantes. 1.2. Legislación laboral bangladesí: las reformas de 2006 y 2013. 1.3. Los firmantes del Acuerdo. 1.4. El contenido del Acuerdo. 2. DEBILIDADES SUBJETIVAS. 2.1. Cierta lenidad de la OIT. 2.2. El distanciamiento del Gobierno bangladesí. 2.3. La desorganización sindical de los trabajadores locales. 3. LOS ACUERDOS COINCIDENTES. 3.1. ¿Complementariedad o competitividad? 3.2. El Pacto por la Sostenibilidad de Bangladesh. 3.3. La Alianza para la Seguridad Laboral de Bangladesh. 4. LA CUESTIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES A LAS VÍCTIMAS. 5. LA GESTIÓN DEL ACUERDO BILATERAL. 6. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: Apenas hay estudios sobre la importante cuestión de la aplicación de los acuerdos laborales internacionales, pues se tiene la idea de que lo importante consiste en negociarlos y firmarlos, y así puede ser todavía hoy, cuando son pocos los convenios y acuerdos laborales que consiguen firmarse a nivel internacional. No obstante se trata del problema principal, pues tales instrumentos se elaboran para ser aplicados. Cuando además se trata de un acuerdo laboral de tipo distinto al de los convenios colectivos, como es el Acuerdo de Bangladesh sobre prevención de riesgos laborales, la cuestión asume un relieve aun más especial, porque hablamos de un país que está a la cabeza del trabajo miserable por elección consciente de su Parlamento.

ABSTRACT: The studies on the enforcement of international labour contracts and agreements are today quite rare, due to the fact that there are not many subject to study. Enforcement represents, however, the main problem, since such instruments are made to be observed. Moreover, when we speak about labour contracts other than

collective agreements, like that of Bangladesh Accord on Fire and Building Safety, the subject assumes yet more importance, since we are speaking of a country at the head of miserable work after a clear option of its Parliament.

PALABRAS CLAVE: acuerdos laborales internacionales, seguridad y salud, sindicatos globales, acción sindical internacional, acuerdo sobre incendios en Bangladesh.

KEYWORDS: International labour agreements, health and safety, global unions, international unions' activity, Bangladesh accord on fire.

1. IMPORTANCIA DEL ACUERDO BANGLADESH

1.1. Factores determinantes

La acción sindical internacional no siempre va encaminada a la negociación de convenios colectivos o a convocar boicots o huelgas, sino que tiene también una vertiente reguladora de capital importancia, no encaminada directamente al establecimiento de condiciones de trabajo, sino más bien a establecer bases futuras de entendimiento con los demás actores internacionales. Y contra lo que pudiera parecer, por unas u otras razones, dicha actividad tiene mayor frecuencia e interés que la estrictamente sindical de negociar convenios o convocar medidas de conflicto.

Evidentemente una de las razones radica en el hecho de que las organizaciones internacionales de empleadores, y significativamente la Organización Mundial de Empresarios, renuncian a actuar como contraparte de los sindicatos globales en tales acciones colectivas, delegando en sus filiales nacionales la mayor parte de las veces. En otros casos el motivo consiste en privilegiar la proximidad al caso, lo que desde el punto de vista jurídico denominaríamos el principio de especialidad, por más que haya también aspectos cuyo ámbito propio de negociación o confrontación es el global. En el lado opuesto, la función reguladora no colectiva –y utilizo el concepto colectivo en una acción muy restringida, de negociación de condiciones de trabajo y de aplicación de medidas de conflicto– trata de introducir los intereses de los trabajadores en foros y ámbitos donde hasta el momento se encuentra relegado, o bien de hacer frente a un problema de trascendencia general donde también los trabajadores están afectados.

Entre los casos de la segunda posibilidad, las grandes catástrofes o accidentes mayores habían tenido un relieve modesto en la acción sindical internacional. Accidentes como los de Seveso en 1976, Bophal 1984, Chernóbyl 1986 o Fukushima 2011 no habían merecido una intervención sindical reguladora, a pesar de que la catástrofe de Seveso motivó hasta tres Directivas de la Unión Europea sobre prevención de riesgos, o que la fusión del núcleo atómico de la central de Fukushima produjo 16.000 muertos. Solo en abril de 2013, con el incendio y derrumbamiento en Dacca, Bangladesh, de un edificio dedicado a la fabricación de prendas de vestir para las grandes marcas occidentales y la muerte dentro de él de 1.129 obreras y la invalidez de otras 1.900, una sensibilizada opinión pública internacional permite en un tiempo récord la creación de una mesa negociadora y la firma, al mes siguiente, del Acuerdo al que vamos a dedicar las presentes líneas.

Conviene dejar claro que al Acuerdo no se llega de un momento a otro, contra lo que pudiera parecer. Y en tal sentido las otras grandes catástrofes mencionadas tuvieron en su contra lo inesperado de su acaecimiento y el secretismo con el que, al menos en la mayoría de los casos, se trató a las consecuencias laborales de la tragedia. Cuando el hundimiento del edificio Rana Plaza ocurre, en cambio, la opinión pública internacional se hallaba alertada por los frecuentes incendios con resultados mortales que se venían sucediendo en Bangladesh, y a causa de ellos ya se había alcanzado un primer acuerdo regulador en 2012 entre, por un lado, la federación sindical internacional IndustriAll y varios sindicatos locales y, por otro, dos empresas multinacionales¹. Si bien la Asociación de Fabricantes y Exportadores de Ropa bangladesí y la mayoría de las marcas multinacionales habían optado por continuar con el socorrido método de auditar sus fábricas a través de empresas auditoras pagadas por las mismas compañías, cuyo método operativo solía incluir el aviso previo de la llegada de inspectores².

A finales del mismo año 2012, otros incendios ocurridos y la inercia en la aplicación del primer acuerdo habían conducido a varias propuestas separadas, cuya fragmentación acabaría en primer término con las magras expectativas del primero y debilitarían a los actores hasta el punto de reducir la esperanza de lograr una acción efectiva en la cuestión: por una parte, varias multinacionales se empeñaron en llegar a un “programa” de reducción de incendios en las fábricas, aunque ya el líder de la

¹ PVH Corp (Tommy Hilfiger, Calvin Klein, etc.), norteamericana, y Tchibo, alemana.

² He tratado el tema con más detalle en mi colaboración al libro *Los sindicatos. Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*, Thomson Reuters y Lex Nova, Valladolid 2014, titulada “Las funciones del sindicato en un mundo globalizado”, pp. 289 ss.

iniciativa, Wal Mart, traía a sus espaldas una poco edificante aureola de mal empleador, por más que hubiera logrado salir indemne en Estados Unidos de la más amplia acción colectiva laboral conocida, que afectaba a un millón de empleadas; por otra parte, los actores locales, tanto el gobierno como los sindicatos y las asociaciones de fabricantes del país, firmaron un plan de acción nacional en materia de seguridad en las fábricas; y por último, la OIT había conseguido reunir en Ginebra al sindicato global ya mencionado IndustriAll y varias organizaciones de derechos humanos, junto con un amplio número de multinacionales textiles, para fijar un plan de acción sobre el preocupante problema de la falta de seguridad en las fábricas bangladesíes.

No solo la gravedad de lo ocurrido y la sucesión de acontecimientos habrían impulsado tan inmediata reacción. Dos hechos nuevos pueden explicar adicionalmente el Acuerdo de mayo de 2013 y su distancia respecto a las débiles iniciativas tomadas en anteriores ocasiones, tanto Bangladesh como en el resto del mundo. De un parte, la poderosa presencia de organizaciones de derechos humanos implicadas en el sector, como las muy conocidas Campaña Ropa Limpia y Red de Solidaridad con la Maquila, junto a otras también importantes como el Foro Internacional de Derechos Laborales y el Consorcio de Derechos de los Trabajadores. Tales ONGs incluso habían ayudado con tesón en la iniciativa a los sindicatos globales, pues habían auspiciado el primer acuerdo de 2012, y ahora firman como “testigos” el Acuerdo de mayo. De otra parte, las multinacionales habían sufrido en ese momento importantes descabros en su prestigio a causa de su política anti-laboral, comenzando por Nike, y habían suscrito en torrente códigos de conducta de responsabilidad social corporativa, solas o en acuerdos con los comités de empresa europeos y los sindicatos globales. Sin duda que el cinismo había sobrevolado la generalidad de tales comportamientos, pues no por firmar habían las multinacionales abandonado buena parte de sus prácticas odiosas, pero ciertamente habían rebajado su intensidad y bastantes de aquellas marcas no se mostraban tan agresivas con los sindicatos y los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, Russell Athletics, que había cerrado una factoría en América Latina por la formación de un sindicato en sus instalaciones, había tenido que enfrentarse a multitud de rescisiones de contratos por parte de sus grandes clientes, las Universidades norteamericanas para las que fabricaba ropa deportiva, así como a campañas masivas de denuncia por las organizaciones estudiantiles, y acababa de ordenar la reapertura de la fábrica sureña y el reconocimiento de su sindicato.

Pero quedaba el segundo nivel, el de las empresas locales que subcontrataban con las grandes marcas la producción básica, sobre las que las multinacionales ejercían una presión demoledora con los plazos y condiciones mercantiles. Bangladesh, segundo productor textil del mundo tras China, contaba con miles de empresas locales de textil y cuatro millones de trabajadores en condiciones miserables, mientras que las

multinacionales a las que proveía habían suscrito en su mayoría escrupulosos códigos de conducta. Y no todas seguían el ejemplo de Ikea, de exigir el cumplimiento del código de conducta también a las subcontratistas locales, aunque incluso en tales ocasiones la buena intención podía irse al traste si en el contrato de suministro mercantil se fijaban unos precios asfixiantes.

1.2. Legislación laboral bangladesí: las reformas de 2006 y 2013

He dicho en otro lugar que el tibio cumplimiento del Acuerdo por las multinacionales firmantes no ha sido producto de una mala gestión sindical, sino de las facilidades a las empresas que da el gobierno del país, absolutamente decidido a mantener bajo mínimos las leyes laborales como método principal de atraer las inversiones y el empleo. Tal modelo, que cabe denominar “tantálico” porque expone a sus ciudadanos a condiciones infrahumanas e incluso a perder la vida en el trabajo a fuer de conseguir el favor de las multinacionales extranjeras³, se centra básicamente en impedir la actividad sindical y en dejar expuestos a los trabajadores a la mayor parte de los riesgos laborales, de los que los incendios vienen siendo en ese país moneda común incluso en la actualidad. Ya en 2006 se aprobó una amplia reforma tratando de poner en unas bases mínimas la situación de los derechos laborales⁴, pero en materia sindical y de prevención de riesgos la situación no mejoró y la tragedia de Rana Plaza impulsó a Estados Unidos a excluir al país de los acuerdos comerciales preferentes y Europa amenazó con hacerlo también⁵, por lo que el parlamento bangladesí aprobó

³ Como se sabe, Tántalo fue sacrificado y ofrecido por su padre a los dioses para congraciarse con ellos. He analizado el modelo tantálico en un estudio titulado “The confrontation of social models at the turn of the century”, *King’s Law Review* 4 (2015), aún por aparecer publicado. Contra lo que pueda parecer, el modelo no solo se aplica en países con regímenes totalitarios, sino también con regímenes democráticos, como sucede con Bangladesh, república parlamentaria desde 1990.

⁴ La Ley del Trabajo 42/2006 tuvo el mérito de haber reformado una ley demasiado antigua, la de Relaciones Industriales 22/1990, antes de la cual todo se había reducido a Ordenanzas de la dictadura militar y a restricciones en el ámbito de los servicios esenciales. La legislación bangladesí está traducida únicamente al inglés. Utilizo las traducciones oficiales a este idioma del portal gubernativo de legislación “Laws of Bangladesh”; hay también traducciones no oficiales de las leyes más importantes en el portal de Natlex (OIT).

⁵ La Unión Europea constituye el mayor mercado de productos de ropa de Bangladesh gracias en parte al acceso sin cuotas y *duty free* dentro de los acuerdos preferenciales Everything But Arms (EBA).

apresuradamente una reforma laboral con la Ley 30/2013⁶, cuyos avances no pueden por menos de parecer ridículos.

Las normas principales a resaltar son las siguientes:

a) En el ámbito sindical, cabe la posibilidad de establecer un sindicato en la empresa siempre que consiga un 30 por 100 de firmas de los trabajadores en plantilla⁷. En principio, la reforma parece benévola si tenemos en cuenta que la legislación norteamericana solo permite la negociación colectiva en la empresa a los sindicatos que obtengan en ella la mayoría de los votos, en tanto que en Bangladesh la organización de trabajadores se constituye “inicialmente con el objeto de regular las relaciones con los empresarios y con otros trabajadores”, es decir, un objetivo más amplio a medio camino entre profesional y contractual, y que en punto a negociación colectiva el sindicato legitimado será el que obtenga un tercio al menos de los votos en una elección secreta⁸. Pero la impresión es engañosa, porque si bien las funciones reconocidas exceden de la pura negociación colectiva de forma un tanto nebulosa, el porcentaje de adhesiones se requiere para la constitución como tal sindicato, y no exclusivamente para la negociación colectiva⁹.

La Ley regula además el comité de personal según el modelo francés, y el derecho de huelga¹⁰ y de *check-off*¹¹, por lo que la impresión del espectador es en conjunto

⁶ Act No. 30 of 2013, An Act adopted to amend further the Bangladesh Labour Act, 2006 (Act No. 42 of 2006).

⁷ Art. 179 de la Ley 42/2006: “(2) A trade union of workers shall not be entitled to registration under this chapter unless it has a minimum membership of thirty percent of the total number of workers employed in the establishment in which it is formed”.

⁸ Art. 176 Ley 42/2006: “(a) workers, without distinction whatsoever, shall have the right to form trade union primarily for the purpose of regulating the relations between workers and employers or workers and workers and, subject to the constitution of the union concerned, to joint trade union of their own choosing”. El art. 202.15 especifica que obtendrá la condición de agente negociador exclusivo el sindicato que obtenga al menos un tercio de los votos en la votación secreta desarrollada por el Director de Trabajo.

⁹ Por ejemplo, el comité de personal del que se habla a continuación queda formado en la parte laboral por representantes de los sindicatos *registrados* en proporción a su representatividad, por lo que los no registrados quedan al margen.

¹⁰ Arts. 210 ss., Ley 42/2006: requiere quince días de negociaciones previas para resolver el conflicto antes de convocar la huelga. El gobierno puede nombrar un conciliador mediante publicación en el Diario Oficial (!), quien tiene 30 días para intentar el acuerdo. La participación en huelga ilegal se castiga con hasta un año de prisión y/o multa de 5.000 *taka* (art. 294). La participación en actividades de un sindicato no registrado se castigan con hasta seis meses de prisión y/o 2.000 *taka* (art. 299).

¹¹ Art. 204.

positiva. No obstante, la práctica marcha por otro camino. La Ley determina la obligación por parte del registrador de remitir al empleador los nombres de los organizadores del sindicato en cuanto reciba la petición de registro¹², una indicación que si bien no abarca al conjunto de trabajadores firmantes de la petición basta para permitir al empresario influir en el destino del sindicato incluso antes de que nazca a la vida. Todavía en la primavera de 2015, los 463 trabajadores de la petrolera Chevron en su filial de Bangladesh decidieron en asamblea constituir un sindicato y de inmediato la policía y las fuerzas de seguridad bloquearon la sede de la organización, mientras que la empresa despidió a los 17 líderes recién elegidos. Paradójicamente Chevron proclama en su página web haber suscrito la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas, lo que ha servido a los líderes sindicales para observar irónicamente que “es claro que su compromiso se limita a la página web”¹³.

Las limitaciones a los derechos de sindicación y huelga tampoco pueden entenderse cabalmente sin hacer alusión a la muy extensa lista de sectores declarados como servicios esenciales en los que se hallan prohibidos, y a la existencia de “zonas industriales de exportación privada” donde se asientan la mayoría de las empresas exportadoras y en donde los sindicatos estuvieron prohibidos hasta 2008, y desde esa fecha mantienen restricciones en su actividad¹⁴. Human Rights Watch entiende por tales razones que la valoración de la reforma debe ser negativa¹⁵.

¹² Art. 177.3 Ley 42/2006: “The Director of Labour or the officer authorized in this behalf shall, on receipt of an application under sub-section (1), forthwith send a copy thereof along with the list of officers of the union to the employer concerned for information”. Con anterioridad a la Ley las autoridades remitían al empleador la lista de los trabajadores afiliados, algo que probablemente en la práctica continúa siquiera residualmente.

¹³ Página web de IndustriALL, entrada “Chevron sacks union organizers in Bangladesh”. El motivo de la constitución del sindicato residía en que la gran mayoría de los trabajadores tenían contratos temporales de tres meses de duración, en cadenas que en algunos casos llegaban a los veinte años. Ante la demanda judicial de la Federación de Sindicatos, Chevron alegó que la conducta anti-sindical no había provenido de ella, sino de otra empresa interpuesta.

¹⁴ La Ley de zonas francas EPZ Workers Association & Industrial Relations de 2004 los había autorizado a partir de 2006, pero solo a partir de 2008 se articuló un reglamento que permitió aplicarla: AL FARUQUE A., *Current Status and Evolution of Industrial Relations System in Bangladesh*, Oficina de OIT para Asia Meridional, Nueva Delhi 2009, p. 22. El mismo autor, *ibidem* p. 61, indica que el derecho de huelga fue suspendido hasta finales de 2010, pero otras informaciones extienden la suspensión hasta la actualidad.

¹⁵ La reforma hace la sindicación más difícil, entiende la ONG, al añadir más sectores donde los trabajadores no pueden formar sindicatos, y porque en la zonas francas de exportación no es posible crearlos, sino las melifluas “asociaciones de bienestar laboral”:

b) En materia de prevención de riesgos, la reforma de 2013 obliga a las empresas a indemnizar a los supervivientes por muerte del causante en accidente, que si es “normal” dará derecho a una cuantía de un mes de salarios y, si accidente de trabajo, a 45 días de salario por año de antigüedad, siempre que el trabajador o trabajadora muertos tuvieran en la empresa una antigüedad de al menos dos años¹⁶. Al pertenecer al sexo femenino en torno al 80 por 100 de los trabajadores textiles, lo habitual será que el cónyuge superviviente sea el marido y no la esposa. Respecto a las enfermedades profesionales y del trabajo, la reforma de 2013 introduce la responsabilidad objetiva del empresario a la hora de ofrecer atención médica al enfermo¹⁷. Las prescripciones sobre invalidez y sobre fondos de pensiones permanecen sin modificación relevante¹⁸.

GREENHOUSE S., “Under Pressure, Bangladesh Adopts New Labor Law”, The New York Times de 16 de julio de 2013.

¹⁶ Ley 30/2014, n.10, de reforma del art. 19 de la 42/2006: “19. Compensation due to Death.-If a worker dies while in service after a continuous service of not less than two years, his nominee or in the absence of any nominee, his dependent shall be paid by the employer a compensation at the rate of thirty days’ wages for a normal death and of forty five days for an accidental death while working in the establishment or on duty for every completed year of service or for any part thereof in excess of six months, or gratuity whichever is higher, and the amount will be in addition to any other benefit to which the deceased worker would have been entitled to had he retired from the service”. En las leyes laborales de Bangladesh llama la atención la semejanza de las regulaciones con leyes europeas, como por ejemplo la institución de los comités de personal, la causalidad de los contratos temporales o, en este caso de la indemnización por muerte, la cuantía de 45 días de salario por años de antigüedad, tan similar a la indemnización española por despido improcedente anterior a la cuantía vigente.

¹⁷ Ley 30/2013, n. 27, de inserción de un nuevo párrafo en el art. 82 de la Ley 42/2006, del siguiente tenor: “(2a) The employer shall arrange medical treatment for a worker affected and suffered by occupation diseases and identified by the Chief Inspector”. N. 28, de inserción de un nuevo párrafo en el art. 89 de la ley citada: “(7) The employer shall have to continue treatment, on his own cost and responsibility, of the workers’ disease, injury or sickness suffering from occupational disease or injury in an occupational accident by an appropriate or specialized physician until the worker becomes completely cured”.

¹⁸ Sobre invalidez, arts. 150 ss de la Ley 42/2006, que contempla solo la debida a riesgos profesionales; sobre fondos de pensiones (“Provident Funds”), arts. 264 ss de la misma Ley, los cuales prevén su creación voluntaria, a menos que otra cosa diga el Gobierno o que lo soliciten las $\frac{3}{4}$ partes de la plantilla, debiendo pagar cada trabajador mensualmente entre el 7 y el 8 por 100 de su salario, y el empleador una cantidad idéntica.

Igualmente se insta en empresas de cierto tamaño la obligación de crear un comité de seguridad y salud y de nombrar un encargado de seguridad laboral¹⁹. Y como las empresas pudieran declararse insolventes para atender a las nuevas responsabilidades, les exige el aseguramiento obligatorio privado allí donde dispongan de más de 100 trabajadores, cuando hasta el momento se exigían más de 200²⁰.

En líneas generales, la prevención de riesgos mejora los escasos niveles alcanzados en la Ley de 2006, por mucho que aún exista una amplia distancia con los niveles europeos. Son sobre todo los umbrales de número de trabajadores empleados los impositivos de un funcionamiento pleno de las cautelas establecidas, como cuando solo hace obligatorio el aseguramiento de los riesgos a las empresas con más de 100 trabajadores, aunque también el hecho de establecer un umbral temporal de nada menos que dos años de antigüedad en la empresa para tener derecho a la prestación de viudedad, sin gradientes menores, supone a mi juicio el impedimento más grave de los expresados, al unirse a la alta rotación de los contratos de trabajo para disminuir drásticamente el número de derechohabientes²¹.

1.3. Los firmantes del Acuerdo

Hay que decir ante todo que el Acuerdo es europeo porque la mayor parte de las multinacionales firmantes pertenecen a esta región. La Fundación para el Acuerdo de Bangladesh, con sede en Amsterdam, mantiene actualizada una lista de empresas

¹⁹ Ley 30/2013, n. 28, de inserción de un nuevo párrafo en el art. 89 de la Ley 42/2006: “Where in any establishment, 500 or more workers are employed, the employers of those establishments shall arrange for a Welfare Officer against the specified number of workers in the manner prescribed by rule.” N. 29, de inserción de un nuevo art. 90.a en la Ley citada: “90a. Formation of the Safety Committee. Where in any factory, 50 or more workers are employed, there shall be a Safety Committee formed and functioned in the manner prescribed by the Rule.”

²⁰ Ley 20/3013, n. 32, sustitución del art. 99 de la Ley 42/2006 por el siguiente: “99. Compulsory Group Insurance.- (1) The Employer shall introduce group insurance under the existing Insurance Act, in the establishments wherein 100 permanent workers are employed”.

²¹ Aunque podríamos pensar en la dificultad de contratar nuevos trabajadores constantemente para evitar el umbral de los dos años, y de hecho ya hemos visto cómo el empleador los une con frecuencia en largas cadenas que podrían ser unificados por los tribunales, ha de tenerse en cuenta que la población empleada en el sector textil es de 4,5 millones de trabajadores, en un país donde el hambre y el desempleo son endémicos y la población supera los 167 millones de habitantes.

signatarias, que alcanza en el momento presente la nada despreciable cifra de 234 firmas. Desde Japón, Austria, Sri Lanka o Polonia, países todos ellos con una empresa, a Alemania, con 61, la lista de firmantes es reveladora y no me resisto a indicar al menos los números totales por país, en orden alfabético:

Alemania: 61.
Australia, 13
Austria: 1
Bélgica: 6.
Canadá: 2.
Dinamarca: 7
España: 5.
Estados Unidos: 25.
Francia: 8.
Hong Kong: 8.
Italia: 4.
Japón: 1.
Noruega: 3.
Países Bajos: 25.
Polonia: 1
Reino Unido: 30.
Sri Lanka: 1.
Suecia: 13.
Suiza: 2.
Turquía: 2.

El núcleo principal lo forman en ese listado las empresas alemanas, británicas y holandesas. Como puede verse, no todas las multinacionales firmantes son europeas o americanas, aunque sí la mayor parte de ellas. Ningún país de América Latina, ni siquiera Brasil, se halla presente, y en cambio una sola ciudad-estado, Hong Kong, aparece con tantas firmas como Francia y con varias más que Italia, España, Bélgica y otros países europeos. China, por su parte, no aparece con ninguna de sus grandes empresas, varias de las cuales han comenzado a subcontratar su enorme producción con otros países asiáticos, incluido Bangladesh, y casi lo mismo cabe decir de Japón, solo presente con una empresa.

Mención especial merece Estados Unidos. Solo 25 empresas norteamericanas, el mismo número que Países Bajos, han suscrito el Acuerdo, y quizá no sean las más importantes de esa nacionalidad si paramos mientes en los nombres. El vacío se debe en parte a la firma separada de un Acuerdo alternativo, liderado por Wal-Mart y Gap, del que hablaremos después, pero las quince empresas suscriptoras del mismo tampoco cubren todo el enorme espectro de las multinacionales de ese país dedicadas a la fabricación de ropa.

En cuanto a las organizaciones sindicales firmantes, el liderazgo lo han tenido en todo momento los sindicatos globales IndustriAll y UNI, a los que se han unido nada menos que ocho federaciones textiles de trabajadores bangladesíes. La fragmentación del movimiento sindical local es evidente, pues en tales federaciones signatarias no se encuentran los sindicatos independientes, por lo común de ámbito empresarial, constantemente en proceso de creación y disolución a resultas de la pésima regulación legal y de la agresividad de los empresarios, que no dudan en despedir a los líderes o a un número de afiliados suficiente para quedar por debajo del 30 por 100 de la plantilla, umbral exigido para poder constituirlos.

Las Organizaciones No Gubernamentales que tanta importancia han tenido en el largo proceso que lleva al Acuerdo de 2013 no aparecen como firmantes, sino como “testigos”, probablemente con la idea de mantener su papel habitual, en realidad de “supervisores” o “controladores” de la correcta evolución del cumplimiento. Tampoco aparece la firma del Gobierno de Bangladesh, un rasgo posiblemente anómalo bajo la perspectiva de la mayoría de los países occidentales pero habitual en la vida negocial del país de Bengala, donde el Gobierno estampa su firma para garantizar el cumplimiento de los actores principales, a manera de acuerdo de concertación, en materias relacionadas con los derechos fundamentales, como por ejemplo el salario mínimo interprofesional²². Por último, tampoco una organización internacional que igualmente se ha hallado detrás del operativo, la OIT, ha querido firmar el Acuerdo, ni siquiera como “testigo”, siendo así que en otras regiones y en casos parecido no ha tenido inconveniente en ello, siquiera a través de su representación territorial, cuando así conseguía pacificar la tensión reinante entre las partes. A mi modo de ver, la ausencia de la OIT y el papel secundario de las ONGs en la firma del Acuerdo

²² En opinión de AL FARUQUE, *op. cit.*, p. 99, es en concreto la excesiva presencia y protagonismo del Gobierno en la multitud de órganos tripartitos lo que limita más seriamente una estrecha colaboración capital-trabajo. En sentido parecido, MONDAL A.H., “Globalisation, Industrial Relations and Labour Policies: The Need for a Renewed Agenda”, apud VV.AA. (MUQTADA M., SINGH A.M. y MOHAMMED A.R., ed.), *Bangladesh: Economic and Social Challenges of Globalisation*, UPL, Dacca 2002, p. 127.

persigue reforzar la presencia de los verdaderos actores, sindicatos y empresarios, en el documento de mayo 2013.

Con ello, no obstante, han dejado al descubierto una ausencia estridente. Por la parte empresarial no se encuentran las subcontratistas locales, aquellas que emplean a los trabajadores directamente y utilizan instalaciones obsoletas y peligrosas para fabricar las prendas de vestir. Una ausencia no venial, pues la fabricación se encuentra en manos de empresas locales en el 95 por 100 de los casos, agrupadas en la poderosa Asociación Bangladesí de Productores y Exportadores de Ropa (BGMEA), que debería haber sido la interlocutora natural de los sindicatos. El vacío se cubre en el Acuerdo mediante el comité asesor y el compromiso de las multinacionales firmantes para influir cerca de las subcontratistas locales para que cumplan los compromisos asumidos, como veremos después, pero en todo caso, sin por ello prescindir de las multinacionales inductoras, debería haberse intentado la firma de los fabricantes del país²³.

1.4. El contenido del Acuerdo

Un Acuerdo sobre incendios y seguridad de fábricas parecería que debiera estar formado primordialmente por algo similar a las normas técnicas sobre seguridad y salud, es decir, por mínimos y máximos de seguridad en máquinas y elementos mecanismos de control de emisiones, higiene industrial, etc. El Acuerdo deja a un lado tales aspectos, que en gran medida ya han sido regulados por la Ley del Trabajo 42/2006, y dirige el foco de atención sobre cuestiones quizá menos importantes, pero cuya ausencia permite la evasión del cumplimiento por las empresas defraudadoras. Veamos una síntesis de las cláusulas antes de entrar finalmente en el estado de su cumplimiento.

a) Cabe decir que la parte principal del Acuerdo se refiere a la creación y funcionamiento de un cuerpo de inspectores independientes, seleccionados de manera objetiva por el Inspector de Seguridad creado por el Acuerdo y obedientes a esa misma autoridad contractual. Los inspectores reciben amplias facultades en la revisión de

²³ En una encuesta reciente, el 80% de las grandes multinacionales de ropa manifestaron su intención de llevar la deslocalización de sus producciones de China hacia Bangladesh, al haber aumentado sustancialmente el salario de los trabajadores chinos (Informe McKinsey de 2011). El gobierno bangladesí, colocado no obstante en difícil situación por las críticas de los sindicatos, de las ONG, de las redes sociales, y por la presión de Estados Unidos y de algunos países europeos, viene manifestando reiteradamente su decidida voluntad de mantener la política de bajos salarios y mínimas condiciones de trabajo.

instalaciones de las empresas productoras, para lo cual éstas se dividen en tres niveles a tenor de su importancia. No se trata de las visitas de un día y el método de chequeo de cuestionario, como suelen utilizar las empresas de auditoría pagada por los propios fabricantes de ropa²⁴, sino algo distinto y más intenso. Las multinacionales signatarias designarán a las subcontratistas locales que les suministran los productos clasificándolas para ello en uno de los tres siguientes niveles: nivel 1, subcontratistas que producen más del 30 por 100 del volumen de producción de cada multinacional firmante, las cuales soportarán inspecciones, propuestas de reformas y entrenamiento contra incendios; nivel 2, el resto de suministradoras, hasta llegar al 65 por 100 del volumen de producción adquirido por cada multinacional, las cuales habrán de soportar inspecciones y propuestas de reforma; y nivel 3, subcontratistas ocasionales, a las que se requerirán inspecciones ocasionales en detección de alto riesgo.

b) Los firmantes elegirán un comité director formado por tres representantes como máximo de las empresas, tres como máximo de los sindicatos, y bajo la presidencia de un representante neutral perteneciente a, y designado por, la OIT. En total siete miembros, encargados de la selección y el pago del Inspector de Seguridad y de un coordinador de formación, la aprobación del presupuesto, y contratación de auditores. También designarán a un comité asesor compuesto por representantes de multinacionales, de suministradoras locales, de instituciones gubernativas, de ONGs y de los sindicatos, así como consultarán a otras varias instituciones²⁵.

c) La financiación del sistema de inspección se sufraga por las aportaciones de las empresas firmantes en proporción al volumen de sus compras en Bangladesh, sin que en ningún caso pueda superar los 500.000 dólares anuales.

d) Reconocimiento del derecho de cada trabajador a no entrar o a abandonar las instalaciones en caso de riesgo grave o inminente, la prueba de calidad de todo sistema de prevención de riesgos²⁶.

²⁴ COMPA L., “After Bangladesh, labor unions can save lives”, *The Washington Post* 26 de mayo de 2013.

²⁵ Apartado 7: al comité tripartito de alto nivel establecido para la supervisión del Plan Nacional de Acción para la Seguridad en Incendios; al Ministerio de Trabajo y Empleo del país; a la OIT; y a la Sociedad Alemana para la Colaboración Internacional (GIZ), cuyos locales se utilizarán por el comité director del acuerdo.

²⁶ Apartado 15 del Acuerdo: “Las empresas signatarias requerirán a las fábricas suministradoras que respeten el derecho de un trabajador a rehusar el trabajo cuando tengan una justificación razonable para creer que es inseguro, sin sufrir discriminación o pérdida de salarios, incluyendo el derecho a rehusar la entrada en la factoría o la permanencia en el

e) Elección de comités de seguridad en todas las fábricas subcontratistas, sin umbral mínimo de trabajadores como establece la Ley 42/2006, y elegida la representación laboral por los sindicatos presentes en la empresa o, de no existir, por elección democrática del personal²⁷.

e) Un procedimiento interno en las empresas para presentación de quejas, inspirado en el *grievance procedure* norteamericano, dibujado muy esquemáticamente en el Acuerdo y reducido al contacto en tiempo real de los trabajadores de la subcontratista con el Inspector de Seguridad²⁸.

f) Un procedimiento externo para la solución de conflictos entre los firmantes del Acuerdo, ya sean empresas multinacionales o sindicatos²⁹, consistente en la decisión del comité directivo antes de 21 días a la reclamación de cualquiera de las partes, y la posibilidad de apelación a un arbitraje vinculante, según las normas de la UNCITRAL³⁰, cuya ejecución podrá ser solicitada ante el tribunal del domicilio de la parte demandada. El Acuerdo no delimita la naturaleza de los conflictos pasibles de arbitraje.

g) El inspector internacional redactará su informe sobre la visita realizada dentro de las dos semanas siguientes a la misma y lo remitirá a la empresa, comité de seguridad, sindicatos de empresa, comité director y empresas firmantes del Acuerdo³¹. Antes de las seis semanas siguientes, el inspector hará público el informe, acompañado de la propuesta de reformas elaborada por la empresa local. La multinacional que la ha subcontratado lo requerirá para el cumplimiento de las medidas correctoras señaladas por el inspector dentro de un plazo y mediante un plan vinculantes.

interior de un edificio del que tenga una justificación razonable para pensar que es inseguro.”

²⁷ Apartado 17 del Acuerdo. El cual no precisa que deban ser sindicatos registrados, pero dice que el comité funcionará de acuerdo con la legislación bangladesí, por lo que implícitamente exige el requisito.

²⁸ Apartado 18 del Acuerdo.

²⁹ Apartado 5.

³⁰ Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, reformada en 2006, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La sede de UNCITRAL se encuentra en Viena.

³¹ Apartado 11 del Acuerdo. No se ve muy clara la utilidad de enviar cada informe de cada inspector a las multinacionales firmantes del Acuerdo (“*the signatory companies*”). Respecto al no envío a los sindicatos firmantes, el motivo reside en que ya se envía a los sindicatos de empresa y al comité de seguridad, como se deduce por el apartado siguiente, pero por la misma razón el envío de informe a la empresa afectada debería bastar también.

2. DEBILIDADES SUBJETIVAS

Pese a la importancia del Acuerdo de Bangladesh, la realidad obliga al pragmatismo y a constatar que la mayor parte de los protagonistas de los hechos relatados adolecen aún de numerosas carencias, a causa de las cuales no puede hablarse de equilibrio contractual entre el bloque de las multinacionales firmantes –muy poderoso a pesar también de su explosiva heterogeneidad– y el resto de los sujetos operantes dentro o en el entorno del Acuerdo. Solo el temor de las marcas a la pérdida de imagen en el competitivo mundo de la moda iguala hasta cierto punto la desproporción entre los dos bloques, mientras que alguno de los sujetos prefiere permanecer al margen porque tiene intereses compartidos con ambas partes en presencia.

2.1. Cierta lenidad de la OIT

Ante todo llama la atención el que la organización internacional que debería haber asumido las riendas del plan de acción, la OIT, haya permanecido en un segundo nivel y solo haya aceptado el papel de moderador a través de la presidencia del comité de dirección³². Posiblemente nos hallemos ante una estudiada actitud de dar protagonismo a las partes sociales, después de amargas experiencias en las que el protagonismo externo había congelado las iniciativas surgidas de los propios afectados, no obstante lo cual la OIT debería distinguir entre los casos habituales y aquellos otros extraordinarios que, como el comentado, han probado ampliamente la debilidad de los actores locales y la responsabilidad de los internacionales, y requieren de una autoridad imparcial capaz de aglutinar los esfuerzos de unos y otros.

La lenidad de la OIT en este importante caso quizá sea también atribuible a otros dos motivos: su grave falla en materia de prevención de riesgos laborales, y el activismo destructivo de la parte empleadora en el seno del tri-partismo. Veamos ambos motivos por separado.

Son numerosos los Convenios y las Recomendaciones de la OIT en materia de seguridad y salud hasta el punto de que, junto a la materia de seguridad social, forma el bloque más numeroso de los 189 instrumentos normativos ratificados por sus

³² En la persona del Sr. Dan Rees, Director del programa Betterwork, una unión temporal de OIT e International Finance Corporation. La parte empresarial del comité director la forman actualmente representantes de PVH, H&M e Inditex, y la sindical los de IndustriALL, UNI Global Union y la Federación Unitaria de Trabajadores del Vestido.

Conferencias anuales. No obstante lo cual, ni uno solo de los referidos a salud y seguridad ha merecido estar dentro de los dos círculos privilegiados de normas en los que la OIT vuelca todo su mimo. En efecto, desde la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, ocho convenios fueron declarados *fundamentales* y como se sabe se centraron en la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso e infantil, y la igualdad de género³³, mientras otros cuatro también obtuvieron la calificación de *prioritarios*, que fueron los cuatro Convenios “de gobernanza” sobre inspección de trabajo, política de empleo y consulta tripartita³⁴.

No creo que la seguridad y salud sea un tema que deba ir por detrás en importancia de otros temas esenciales como puedan ser la libertad sindical o el trabajo infantil. Cuando la salud, la vida y la integridad personal de los trabajadores están en juego, pocos aspectos pueden ponerse por delante de su regulación, y a lo sumo pueden compartir el mismo nivel. Al no introducir ninguno de los Convenios sobre salud y seguridad en los círculos privilegiados acabados de mencionar, la OIT está mostrando una trágica debilidad sustancial, que no es otra que la de ceder a consideraciones de tipo económico defendidas con prudencia pero con firmeza por dos de los tres grupos que forman la Conferencia anual. Equipos de protección individuales y colectivos, reconocimientos periódicos, comités de seguridad, mediciones de agentes químicos, bacteriológicos, etc., encarecen los presupuestos de las empresas y les restan competitividad, a menos que se obligue a todos los países a ratificar y observar las medidas preventivas. Bien es cierto que la táctica de segmentación y sectorialización de los temas ha dificultado hasta ahora el impulso a un Convenio marco sobre los aspectos comunes de la seguridad y salud similar al que, por ejemplo, presenta la Unión Europea con la Directiva Marco 89/391: la sectorialización lleva a Convenios de ámbito restringido, por ejemplo, a la gente de mar o a los trabajadores de la construcción³⁵, y la segmentación limita el alcance de la mayoría de los Convenios a un concreto agente, enfermedad o medio de trabajo, como el ruido y vibraciones, el asbesto, el cáncer o el benceno, el de trabajos subterráneos o el comercio y oficinas. Pese a todo existen Convenios de carácter general en la materia que podrían haber sido incluidos entre los fundamentales o entre los prioritarios, como son el

³³ Convenios OIT 87 (1948), 98 (1949), 29 (1930), 105 (1957), 138 (1973), 182 (1999), 100 (1951) y 111 (1958).

³⁴ Convenios OIT 81 (1947), 122 (1964), 129 (1969), y 144 (1976).

³⁵ Por ejemplo, Convenios sobre examen médico de los pescadores 113 (1959), prevención de accidentes de los estibadores portuarios n. 32 (1932) o de la gente de mar n. 134 (1970), protección de la salud y asistencia médica de los marinos n. 164 (1987), seguridad y salud en la construcción, n. 167 (1988), en las minas, n. 176 (1995) o en la agricultura n. 184 (2001), etc.

referente a seguridad y salud de los trabajadores núm. 155 (1981)³⁶, y el de marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo núm. 187 (2006)³⁷, aun sin llegar a un nivel de concreción medianamente aceptable, pues solo con el decidido apoyo de la Administración de la OIT podría inculcarse la cultura prevencionista a una gobernanza internacional demasiado acostumbrada a utilizar la salud y la vida de los trabajadores como vehículo de competitividad. El escaso número de ratificaciones cosechadas por ambos convenios, especialmente el último, que los sitúan en la franja de los menos concurridos, indica hasta qué punto se trata de una cuestión candente³⁸. Los esfuerzos de la OIT por lograr ratificaciones de sus Convenios se centran en los fundamentales y prioritarios, hasta el punto de que los primeros superan las 150 cada uno³⁹, y de seguro que la inclusión de la prevención de riesgos como materia fundamental ayudaría decisivamente a sacarla de su olvido.

El segundo motivo de la inercia de la OIT radica en la larga y soterrada lucha mantenida desde al menos 2012 por el grupo de empleadores dentro de las estructuras de aquélla para privar de significado internacional al derecho de huelga⁴⁰. Lo que en

³⁶ Muy genérico, su núcleo lo forman la Parte II, Principios de una Política Nacional; Parte III, Acción a Nivel Nacional, y Parte IV, Acción a Nivel de Empresa. El tipo de norma viene a ser el de, por ejemplo, “2. Cuando las circunstancias lo requieran y las condiciones y la práctica nacionales lo permitan, tales disposiciones deberían incluir el establecimiento de un organismo central” (art. 15.2). El Convenio ha obtenido 64 ratificaciones. El Protocolo n. 155 de 2002, en vigor desde 2005, relativo a este Convenio, muestra un contenido igualmente decepcionante: I. Definiciones. II. Sistemas de Registro y Notificación. III. Estadísticas Nacionales.

³⁷ Algo menos genérico, contiene las siguientes partes: Parte II, Objetivo. Parte III, Política Nacional. Parte IV, Sistema Nacional. Parte V, Programa Nacional. El Convenio ha obtenido unas muy exiguas 35 ratificaciones.

³⁸ Otros Convenios alcanzan cifras más satisfactorias, como el que trata sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) núm. 159 (1983) con sus 83 ratificaciones. Con todo, la gran mayoría de los Convenios OIT alcanzan un número de ratificaciones por debajo de 20, siendo el que menos ha obtenido, salvo error u omisión, el de conservación de los derechos en materia de seguridad social, núm. 157 (1982), con cuatro.

³⁹ Así, el Convenio n. 87 (1948), sobre libertad sindical, ha obtenido 153 ratificaciones, y el Convenio 129 (1930), sobre trabajo forzoso, 178.

⁴⁰ Véase al respecto, por ejemplo, el informe de la Organización Internacional de Empleadores, *Los Convenios 87 y 98 de la OIT, ¿reconocen el derecho de huelga?*, de octubre de 2014, sobre los motivos por los que la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional de Trabajo de aquel año llegó a un “punto muerto” entre el grupo de empleadores y el de trabajadores.

un principio se reducía a discutir la interpretación de los Convenios 87 y 98 hecha por el Comité de Libertad Sindical (CLS) y por el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de entender comprendido el derecho de huelga dentro de la libertad sindical, considerando el grupo de empleadores que no se le mencionaba y por tanto debía entenderse que “ni contienen expresamente ni reconocen implícitamente ningún derecho de huelga”, pasó a convertirse en un intenso debate sobre la propia legitimación de los órganos de interpretación CLS y CEACR, con amagos de recurrir al Tribunal Internacional de La Haya, y finalmente derivó a un *impasse* de la entera Organización ginebrina⁴¹.

2.2. El distanciamiento del Gobierno bangladés

Es oportuno comenzar diciendo que el gobierno del país ha emprendido con el nuevo siglo pasos decisivos en la democratización y modernización de sus acciones, comenzando por la separación del Ejecutivo y el Poder Judicial, y de dos campañas anticorrupción que permitieron alejarlo del último puesto en la lista de países corruptos y dejarlo *solo* en el puesto 141 de 167.

Por cuanto hace a la prevención de riesgos, acometió la reforma legislativa de 2013 ya comentada, con sus luces y sombras, pero mantiene una actitud intermedia, como la reforma legal, o al menos el ritmo de las posibles mejoras avanza lentamente, desde el propio colapso de la autoridad de desarrollo de la capital y sus inspecciones de instalaciones, hasta la mera actitud en la ratificación de Convenios OIT sobre seguridad y salud, pese a haberse distinguido lamentablemente como el primer país en siniestralidad laboral⁴². En este sentido, si bien Bangladesh ha ratificado los Convenios fundamentales, en cambio los “técnicos” donde se encuadran los referidos a salud y seguridad han tenido una escasa frecuentación por el país, ya que solo ha ratificado 26 de 177, de los cuales solo uno es de salud y seguridad⁴³. Más aún, las ratificaciones acaecieron en su inmensa mayoría en 1972, al año siguiente de su declaración de

⁴¹ El último Convenio aprobado en las Conferencias anuales lo fue en 2011, el de trabajadoras y trabajadores domésticos, núm. 189.

⁴² Sobre la lentitud de la Dhaka’s Capital Development Authority, cfr. WESTERVELT A., “Two years after Rana Plaza, have conditions improved in Bangladesh’s factories?”, *The Guardian* de 24 de abril de 2015.

⁴³ Es el n.º 345 (1935), referido a trabajo subterráneo de las mujeres. Tomo el dato de la web oficial de OIT, ratificaciones de Convenios, si bien la clasificación no es exacta, porque incluye en otros epígrafes los dos que también pueden considerarse como Convenios sobre salud y seguridad, tales como el n.º 16 (1921), examen médico de jóvenes marinos, y el n.º 32 (1932), protección contra accidentes de los estibadores portuarios.

independencia frente a Paquistán. En los últimos años, solo dos convenios han sido ratificados por el país, entre ellos uno de los más exigentes del conjunto normativo OIT, como es el de Trabajo Marítimo de 2006⁴⁴.

Queda, en fin, la firma por el Gobierno de dos declaraciones sobre incendios y seguridad en las factorías, por más que ambos documentos habían sido impulsados desde otras instancias y el Gobierno había visto la oportunidad y conveniencia de firmarlos, pues de otro modo no se explicaría la lentitud en aplicarlo⁴⁵.

2.3. La desorganización sindical de las trabajadoras locales

La tragedia del edificio Rana Plaza ha espoleado la creación de sindicatos y, sobre todo, ha permitido la relajación de la estricta vigilancia y persecución de que les hacían objeto tanto las empresas como las autoridades locales, obsesionadas con mantener la imagen de Bangladesh como país libre de regulaciones asfixiantes y de organizaciones contestatarias. La enormidad de las muertes y la presión internacional juegan a favor de un cierto equilibrio de intereses, y ello se plasma en el número de sindicatos existentes en el sector de fabricación de ropa, ya que de los 122 existentes poco antes del incendio se pasó a los 437 de la actualidad⁴⁶.

Ahora bien, el gran aumento de sindicatos puede haberse debido al mérito de los acuerdos internacionales decididos a apoyar la libertad sindical más que a las posibilidades reales de hacerlo. Algo de eso cabe deducir del muy bajo número de afiliaciones, que si en aquel entonces no alcanzaba al 3 por 100 del total de trabajadores del sector, ahora no alcanza el 5 por 100. A mayor abundamiento, se trata de sindicatos de empresa, fácilmente controlables por los empresarios y sin la capacidad de resonancia con que cuentan los sectoriales. Sus convenios pueden ser incumplidos por la empresa con cierta impunidad, y sobre todo entran en la espiral de competición con las otras empresas del sector, algo que evitan los convenios

⁴⁴ Convenio MLC de 2006. El otro es el n. 185 (2003), sobre documentación identificativa de los marinos. Quizá por ello, la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte - Marinos no incluye a Bangladesh en su larga lista de países con banderas de conveniencia.

⁴⁵ “Plan de acción tripartito nacional sobre prevención de incendios e integridad de estructuras en el sector de fabricación de ropa”, y “Declaración conjunta de los miembros tripartitos (gobierno, empleadores y trabajadores) y la OIT”.

⁴⁶ WESTERVELT A., “Two Years of Rana Plaza”, cit., epígrafe “Safety, but not Security” (que podríamos traducir como Seguridad, pero no garantía).

sectoriales⁴⁷. Existen desde luego federaciones y confederaciones de sindicatos, algunas de ellas afiliadas a su vez a las organizaciones sindicales internacionales y con presencia en los planes de acción post Rana Plaza, aunque en un lugar secundario y de escasa operatividad. No cabe culpar de la precariedad sindical a los trabajadores –en el sector de confección, trabajadoras en el 80 por 100 de los casos–, sino que la legislación favorece la formación de los sindicatos de empresa y entorpece la labor de los sectoriales, tal y como ahora vemos en las reformas de crisis de varios países europeos.

En el concreto aspecto de los órganos de base en materia de prevención de riesgos –los comités de seguridad–, todo el empeño de los acuerdos internacionales por lograr su introducción en la totalidad de empresas fabricantes del vestido se ha visto frenado en seco por la falta de agilidad del Gobierno para establecer la adecuada regulación⁴⁸.

3. LOS ACUERDOS COINCIDENTES

3.1. ¿Complementariedad o competitividad?

El Acuerdo laboral que venimos comentando puede considerarse laboral no solo por el tema, sino también por la bilateralidad que lo anima, formada por sindicatos de una parte y grandes empresas multinacionales de otra. A lo sumo podría criticarse el hecho de no hallarse las empresas locales en cuanto directas implicadas en el prevencionismo, sino solo las grandes firmas que les encargan la producción, pero hay consenso en admitir que éstas son en último extremo responsables por su aprovechamiento del terreno en un país con un tenue nivel de normas laborales.

⁴⁷ Se trata de un aspecto importante en la legislación de la crisis en Europa, donde varios países han adoptado reformas tendentes a promocionar los convenios de empresa para reducir los salarios, como en efecto ha ocurrido en, por ejemplo, España. Los problemas ligados a semejante regulación aún no han calado en la opinión pública. Pero semejantes intenciones, que podrían estar justificadas en países con cierto nivel salarial, no son de recibo en países donde éste ha calado hasta el final del nivel de subsistencia, si pensamos en que el salario medio en el sector de la confección en Bangladesh era en esos momentos de 28 o 30 dólares mensuales. Al explicar IndustriALL Global Union su estrategia de negociar salarios más altos en los países más pobres de Asia, “Nueva esperanza para los salarios de los trabajadores de la confección”, 23 de setiembre de 2015, indica que “la clave es la negociación sectorial”, pues es muy difícil para las empresas eludir sus obligaciones cuando existen convenios a ese nivel, ya que “se apartan los costos de la mano de obra para dejarlos fuera del área de la competencia”, de manera que la eficiencia y la calidad del producto pasan a ser la base del incentivo en la competencia.

⁴⁸ WESTERVELT A., *ibidem*.

Casi coetáneamente a la firma del Acuerdo laboral de 15 de mayo de 2013 vinieron firmados otros dos Acuerdos de causalidad incierta y naturaleza distinta a la del Acuerdo laboral que analizamos. Uno de ellos se alcanza el 8 de julio con el nombre de Pacto por la Sostenibilidad de Bangladesh, lo firmaron el Gobierno del país, la Comisión Europea y la OIT⁴⁹, y se compone exclusivamente de organismos públicos⁵⁰. El segundo se alcanza el 10 de julio con el nombre de Alianza para la Seguridad Laboral de Bangladesh, y se compone exclusivamente de empresas, tanto multinacionales como locales⁵¹. Ambos se dirigían a la misma función de evitar tragedias como la acabada de vivir hacía tres meses, pero no quedaba clara la causa de cada uno. No toda la motivación de los firmantes podía reducirse al objetivo unánime de evitar más muertes por falta de medidas de seguridad, pues si en el caso del Pacto por la Sostenibilidad la idea motriz parecía dar ayuda al Acuerdo Bilateral mediante apoyo público, en la Alianza por la Sostenibilidad la intención parecía más bien la de ofrecer una alternativa *soft* a dicho Acuerdo y conjurar alguna amenaza jurídica que se cernía sobre las empresas firmantes.

3.2. El Pacto por la Sostenibilidad de Bangladesh

Con una finalidad paralela a los mismos aspectos declarados por el Acuerdo bilateral, de respeto a los derechos laborales, especialmente la libertad sindical y la negociación colectiva, la integridad estructural de los edificios, seguridad y salud en el trabajo y conducta responsable de las empresas con participación en la fabricación de ropa, la fuerza e interés de los organismos implicados parece dirigida realzar los más ambiciosos planes del Acuerdo Bilateral.

No obstante, en su redacción se agota en sí mismo, pues los compromisos asumidos muestran a un actor principal, el gobierno del país, y a otros dos actores dedicados a ayudarlo en los compromisos que asume. El primero reafirma su voluntad de mejorar los derechos de los trabajadores y de enviar informes periódicos sobre el

⁴⁹ Estados Unidos se incorpora poco después.

⁵⁰ Gobierno de Bangladesh, Comisión Europea y OIT, “Joint Statement - Staying engaged: A Sustainability Compact for continuous improvements in labour rights and factory safety in the Ready-Made Garment and Knitwear Industry in Bangladesh”, Ginebra 8 de julio de 2013.

⁵¹ Alliance for Bangladesh Worker Safety Inc., “Members agreement”, cuyo apartado 1.1 indica la composición empresarial de sus afiliados: “Membership is open to all business organizations which are involved in the sale or marketing of ready-made garments (“RMG”) and wish to support the principles set forth below”.

particular al comité de expertos de OIT, así como “mejorar el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva y aplicar las leyes laborales del país en las zonas de fabricación y exportación (EPZ)”, incluyendo la prohibición de listas negras y asegurando el reconocimiento del derecho de huelga en tales zonas, y, en fin, mejorar el funcionamiento de la Inspección de Trabajo con la incorporación de nuevos funcionarios hasta un total de 800. Por su parte la OIT se compromete a prestar apoyo técnico en todas estas actuaciones, y la Comisión Europea a buscar donantes, a asistir en la rehabilitación a los inválidos del Rana Plaza y a buscar financiación para su mejora.

Cabe apreciar una menor ambición en el Pacto que tiene que ver con la casi total ausencia de mecanismos que garanticen la aplicación de los compromisos. No hay referencias a arbitraje para los litigios entre partes, ni procedimientos de quejas de los trabajadores, ni publicación de los incumplimientos. Solo el envío periódico y regular de informes de aplicación a la Comisión de Expertos de la OIT⁵², y la creación de los comités de seguridad en las empresas medianas y grandes –hecha por la reforma de 2013– permite salvar del escepticismo al documento de los altos organismos.

En todo caso el Pacto tiene sin duda la intención de orientar y estimular al Gobierno de Bangladesh, sobre bases voluntarias, en la senda adecuada para que cuanto menos sea capaz de compatibilizar su implícita voluntad de permanecer siendo “la próxima China” de ciudadanía sin derechos con sus obligaciones frente a los trabajadores en punto a seguridad y salud.

3.3. La Alianza para la Seguridad Laboral de Bangladesh

Mayor interés por varios motivos ostenta la Alianza, una corporación (“inc.”) constituida inicialmente por diecisiete empresas y asociaciones de empresas, en su mayor parte estadounidenses y algunas de otros países como Canadá, en cuyo nacimiento tuvo cierta implicación el gobierno de Estados Unidos⁵³. El protagonista

⁵² Gobierno de Bangladesh, UE y OIT, *Joint Statement*, p. 3.

⁵³ “Statement of Purpose by Leaders of the Alliance for Bangladesh Worker Safety”, s/f, p.2, recoge la lista de fundadores, divididos en dos grupos, el de firmas “compradoras” (buyers) y asociaciones de empresas, grupos de los cuales nos interesa el segundo por su claridad: American Apparel & Footwear Association, Canadian Apparel Federation, National Retail Federation, Retail Council of Canada, Retail Industry Leaders Association, y United States Association of Importers of Textiles & Apparel. El documento citado lleva una introducción de dos dirigentes, uno republicano y otro demócrata, del Bipartisan Policy Center norteamericano en Bangladesh, en la cual se felicitan por haber jugado el rol de dirigir los debates y conversaciones que dieron lugar al nacimiento de la Alianza. El

en la sombra de la Alianza fue, no obstante, la cadena minorista de artículos a bajo precio Wal-Mart, quizá preocupada por las consecuencias del caso Wal-Mart c. Dukes et al, de poco tiempo antes, en donde el Tribunal Supremo de Estados Unidos había resuelto que la demanda por discriminación, presentada por tres empleadas del mismo pero en representación (“*class action*”) de un millón y medio de empleadas actuales y pasadas del famoso almacén, no podía ser admitida por un motivo secundario, haber seguido una vía procesal inadecuada⁵⁴. Algunas otras multinacionales norteamericanas habían sufrido demandas colectivas semejantes con un peor resultado, pues los tribunales norteamericanos habían fallado indemnizaciones millonarias a favor de los trabajadores de sus fábricas deslocalizadas y situadas en otros países con base en la vetusta Ley de Reclamaciones por Daños de Extranjeros⁵⁵, y el temor a una superposición de tales acciones judiciales estadounidenses con las del arbitraje o las reclamaciones nacionales derivadas del Acuerdo Bilateral parece haber contado a favor de una escisión parcial del Acuerdo aquí analizado.

Básicamente la Alianza persigue fines e instrumentos parecidos a los del Acuerdo bilateral, de inspecciones de fábricas, formación preventiva e incluso publicación del resultado de las inspecciones, y dichas actividades se instrumentan igualmente con fondos aportados por las empresas en función de su volumen de adquisiciones en el país. El carácter voluntario y desiderativo de la Alianza se revela en los siguientes rasgos:

- a) Composición unilateral, de solo empresas y asociaciones de empresarios, de la Alianza. No la firman ni organizaciones sindicales ni ONGs, lo cual puede parecer conforme con la tradición norteamericana del modelo adversativo o no participativo, pero también es síntoma claro de organización pura de una parte de los interesados.

gobierno de Estados Unidos no apareció como tal, si bien ha de recordarse que inicialmente no se adscribió al Pacto entre el Gobierno de Bangladesh, la Comisión Europea y la OIT creado pocos días antes.

⁵⁴ Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. Certiorari to the United States Court Of Appeals for the Ninth Circuit- No. 10–277. Argued March 29, 2011 — Decided June 20, 2011. El procedimiento judicial había durado once años, en donde la imagen de los almacenes había sufrido duros embates. Alguna información, no obstante, presenta a Wal-Mart como abanderada en la defensa de los trabajadores bangladesíes, al haber planteado a finales de 2012, a la cabeza de otras firmas, la conveniencia de un programa empresarial de prevención de incendios en las fábricas.

⁵⁵ Alien Tort Claims Act de 1789, en combinación con el procedimiento de conflicto colectivo (*class action*) del art. 23 de la Reglas Federales de Procedimiento Civil de 1934.

b) Ausencia de procedimiento de solución de conflictos, ni siquiera entre las propias multinacionales firmantes. El documento fundacional alude a la conveniencia de una gestión ágil de la situación crítica del sector, pero se trata de una falacia porque un conflicto sin salida es el peor freno con el que puede enfrentarse una gestión cualquiera.

c) Ausencia de procedimiento de quejas de los trabajadores. La Alianza contempla el apoyo a los comités de seguridad en las fábricas de sus afiliadas, así como encuestas entre los trabajadores sobre la materia, pero no la posibilidad de *grievance procedures*⁵⁶.

En especial las diferencias alcanzan su clímax en la actuación de los inspectores de la Alianza, que como sabemos “conviven” con los del Gobierno y los del Acuerdo Bilateral, aun cuando solo coinciden con los del Gobierno. Para evitar las críticas de inspección amarilla, la Alianza estableció unos estándares uniformes y ha previsto la realización de auditorías externas⁵⁷. No obstante lo cual los sindicatos y las ONGs expresan una opinión claramente negativa sobre los verdaderos propósitos de la Alianza⁵⁸.

4. LA CUESTIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES A LAS VÍCTIMAS

Los acuerdos se han centrado en la prevención de los riesgos laborales, pero fuera de ellos también ha habido una frenética actividad organizativa en torno a las indemnizaciones a las víctimas, realizada por los mismos o distintos actores que han firmado los acuerdos.

En concreto el Gobierno de Bangladesh, multinacionales, sindicatos y ONGs han dado curso al Plan Rana Plaza⁵⁹ para pagar a las víctimas de la tragedia mediante el

⁵⁶ *Statement of Purpose*, cit., p. 6.

⁵⁷ “Third-party monitoring and verification”, en *Statement of Purpose*, p. 5. Los estándares se contienen en el Fire Safety and Structural Integrity Standard, redactado de conformidad con lo establecido en el Código Nacional de la Edificación de Bangladesh, de 2006 (BNBC).

⁵⁸ En una declaración conjunta de los sindicatos globales IndustriALL y UNI coincidente con la aparición de la Alianza, el 10 de julio de 2013, ambas organizaciones calificaron la corporación como “Plan de seguridad Wal-Mart/Gap”, “pálida imitación del Acuerdo”, y “otro programa de auditoría empresarial inoperante ... que no hace más que repetir los errores del pasado”.

⁵⁹ Cfr. *Practical Arrangement on Payments to the Victims of the Rana Plaza Accident and their Families and Dependents for their Losses*, de 20 de noviembre de 2013.

Fondo Fiduciario de Donantes del Rana Plaza, abierto a donaciones voluntarias, de las que las mayores han provenido de las multinacionales. Un comité de coordinación dirige las actividades, confiadas a un único agente fiduciario, que es la Oficina de la OIT⁶⁰. Debido a la larga tradición del país en tragedias de fábricas, existía ya un plan de indemnizaciones que había comenzado a elaborarse con motivo del hundimiento de la fábrica Spectra de 2005, y se había aplicado en el incendio de una fábrica en diciembre de 2010 y en el de otra en enero de 2013. Sus fórmulas tienen en cuenta la pérdida de ingresos, el dolor y el sufrimiento, así como los gastos médicos, los gastos funerarios y otros importantes gastos de las familias. En base a ellas se calculó inicialmente que el importe total llegaría a los 57 millones de euros (71 millones de dólares)⁶¹, pero las reticencias de las multinacionales en abonar lo prometido e incluso en entrar en el Fondo han rebajado las expectativas –y por consiguiente las indemnizaciones– a los 30 millones de dólares.

ONGs como la de Estudiantes Unidos contra la Explotación (USAS) han emprendido campañas en los centros universitarios y manifestaciones ante las sedes de las firmas para hacer presión sobre las más renuentes al pago de las cantidades consideradas ajustadas a su volumen de producción en Bangladesh⁶². Una vez

⁶⁰ COORDINATION COMMITTEE, “Rana Plaza Arrangement”, entrada ‘The Rana Plaza Donors Trust Fund’. En enero de 2014 se pone en marcha el Fondo y se contrata a la Sociedad Alemana para la Colaboración Internacional (GIZ) para la la gestión administrativa y financiera del programa. GIZ proporciona también, como se recordará, la sede para el comité director del Acuerdo Bilateral.

⁶¹ IndustriALL, “Reuniones sobre las indemnizaciones en Bangladesh la próxima semana”, 4 de setiembre de 2013.

⁶² La lista de empresas que no han pagado y la de las que lo han hecho puede verse en varias páginas, por ejemplo en la web de UNI Global Union. Las incumplidoras más importantes han sido The Children’s Place, que inicialmente aportó 450.000 \$ y tras fuertes campañas contra ella aportó otros 2 millones, pero a la cual se le piden 8 millones; Benetton, KiK y Wal-Mart también se encuentran sometidas a fuertes campañas públicas, unificadas en torno a Pay Up! Campaign, para que aporten donaciones. En el caso de Wal-Mart, por ejemplo, su aportación de 500 dólares por víctima se ha considerado insuficiente a la vista del volumen de producción adquirido anualmente por esta cadena en el país. Vid. para estos datos SHESTACK M., “Two Years after Rana Plaza Factory Collapse, Activists Announce Major Victory for Victims”, *In These Times* 29 de abril de 2015; CAMPAÑA ROPA LIMPIA, “Time for clothing brands to pay up!”, s/f; UNI GLOBAL UNION, en su página web, en la entrada “unibangladeshaccord”. Junto a las campañas masivas de los sindicatos y las ONGs, el comité de coordinación dirige cartas a las multinacionales recalcitrantes con los compromisos asumidos para recordarles su deuda; en tal sentido escribió en abril de 2015 a Carrefour, Cato Fashions, The Children’s Place, Iconix, Inditex,

reajustado el monto de las indemnizaciones a 30 millones de dólares, se ha alcanzado la cifra más tarde de lo esperado, en el verano de 2015. El comité de coordinación del Fondo Fiduciario calcula que unos 5.000 afectados recibirán compensación en función del daño sufrido, ya que como se recordará hubo 1.138 fallecidos y en torno a 1.900 inválidos de diversa entidad⁶³.

5. LA GESTIÓN DEL ACUERDO BILATERAL

Una visión general del Acuerdo señala en primer término el riesgo de distanciarse excesivamente del país, sus gentes y su gobierno, en la obsesión por hacer cumplir lo establecido, o dicho en otros términos, el riesgo del paternalismo. Las sedes de la Fundación para el Acuerdo de Bangladesh son dos, Amsterdam y Dacca, como dos son los directores ejecutivos, uno “internacional” y otro del país, pero los informes de la propia Fundación se desvinculan de las actuaciones del gobierno en temas tan centrales como la inspección de las fábricas. Un error del que no puede culparse totalmente a ella, pues las reticencias y densa lentitud del gobierno deben hacer complicado coordinarse.

La Fundación presenta Memorias de actuación anuales a través de las que puede seguirse el cumplimiento del Acuerdo, cuya duración inicial es de solo cinco años.

A pesar de que el primer año se dedicó a la elección de los dos directores ejecutivos y del inspector jefe de seguridad, así como a la selección, contratación y formación de ingenieros de electricidad, estructuras e incendios, la Memoria del primer año arrojó un balance positivo de cien inspecciones con resultado positivo, que derivan en un plan de correcciones presentado a la empresa fabricante, la cual tiene la obligación de cumplir las indicaciones que se le hacen por el inspector o exponerse a que la compradora multinacional rescinda el contrato con ella⁶⁴. El aspecto más interesante hace referencia a los casos, menos de un 2 por 100, en que los inspectores detectaron fallos estructurales graves y decidieron la evacuación de las instalaciones mientras no tuvieran solución, en tanto se involucraba a la o las multinacionales compradoras en la financiación de las obras y se exigía a la fabricante el pago de hasta seis meses de salarios por el tiempo que durara la refacción⁶⁵.

J.C. Penny, Kohl's y Macy's. Pocos días más tarde, The Children's Place cumplió en parte con su compromiso, como se ha indicado.

⁶³ La indemnización promedio sería pues, para 5.000 afectados, de 6.000 dólares.

⁶⁴ BANGLADESH ACCORD FOUNDATION, *Accord on fire and building safety in Bangladesh - Annual Report 2013*, p. 6.

⁶⁵ *Annual Report 2013*, p. 5.

La inevitable cuestión de las inspecciones superpuestas en fábricas que suministraban tanto a multinacionales firmantes del Acuerdo como de las firmantes de la Alianza vino planteada en 2014 por la Confederación de Empresas Fabricantes de Ropa de Bangladesh y por el Gobierno del país, a resultas de lo cual las firmantes del Acuerdo y las de la Alianza se reunieron en agosto de ese año para repartir las inspecciones. Los equipos del Acuerdo llevaron a cabo 226 inspecciones en fábricas “conjuntas”, cuyos informes se trata ahora de uniformar con los de la Alianza para dar paso a los planes de acción correctora⁶⁶.

El último informe, de junio de 2015, contabiliza más de mil planes de acción (CAPs) desarrollados, lo que significa otras tantas negociaciones con la fabricante y la o las compradoras para atender y financiar las mejoras⁶⁷.

En apenas dos años, el Acuerdo ha funcionado bastante bien pero ha abierto una brecha entre, de una parte, los sindicatos globales y las ONGs, y de otra, las empresas locales fabricantes y el gobierno del país. Así lo indican las declaraciones del Ministro de Finanzas bangladésí en junio de 2015, en una reunión con los empresarios de la confección, donde expresó que el Acuerdo era “un nudo en el cuello de la industria del vestido”. A su modo de ver, las marcas internacionales han vuelto a depositar su confianza en las fabricantes bangladésíes, por lo que el Acuerdo debería suspender sus operaciones, una afirmación sorprendente porque hace reposar el objetivo de lo actuado en recuperar el favor de las multinacionales por el país, y no en evitar el triste récord de catástrofes industriales. Probablemente con ello hacía alusión velada a la reacción de algunas marcas cuando el año anterior habían rescindido contratos con las suministradoras locales tras el escándalo desvelado por una televisión independiente británica en su filmación oculta del trabajo en ciertas fábricas donde niñas de trece años prestaban jornadas agotadoras de once horas, eran vejadas y golpeadas y se las despedía por cualquier motivo⁶⁸. Y sus manifestaciones respondían a la cultura de las

⁶⁶ BANGLADESH ACCORD FOUNDATION, *Quarterly Aggregate Report*, febrero de 2015, p. 3. Los planes de acción correctora, o Corrective Action Plans (CAPs), tienen lugar una vez el informe de la inspección ha propuesto reformas (*Remediations*).

⁶⁷ *Quarterly Aggregate Report*, junio de 2015, p. 3. En p. 6 indica las observaciones hechas para cada bloque de cuestiones: 16.372 riesgos estructurales, 25.118 sobre riesgo de incendios, y 25.968 sobre riesgos eléctricos.

⁶⁸ BRIGNALL M. y BUTLER S., “Bangladesh garment factories still exploiting child labour for UK products”, *The Guardian* de 6 de febrero de 2014.

clases dominantes del país de Bengala, aún poco acostumbradas a la igualdad de género en el trabajo y a la prohibición del trabajo infantil⁶⁹.

Desde otro punto de vista se manifestó el presidente de la Confederación empresarial de la confección bangladesí en la misma reunión, al afirmar que el Acuerdo “constituía un gran problema para el sector”, en relación con la labor que realiza para procurar la reincorporación de los trabajadores despedidos al haber informado a los inspectores de fallos en la seguridad de las factorías⁷⁰.

El apoyo de los países occidentales, por el contrario, sigue firme con respecto al Acuerdo. También en junio de 2015 los líderes del G-7 reunidos en Alemania se han comprometido a adoptar las acciones necesarias para mejorar los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro internacional y han instado a las empresas multinacionales a crear procedimientos adecuados del tipo del Acuerdo de Bangladesh. El G-7 anunció un Fondo de Visión Cero en cooperación con la OIT para prevenir y reducir las muertes e incapacidades por accidentes industriales en el sector de la confección a nivel global⁷¹. En la misma línea, en abril de 2015, con ocasión del segundo aniversario del Rana Plaza, varios ministros USA y comisarios UE emitieron una declaración conjunta en conmemoración de los acontecimientos, con la que respaldaron los esfuerzos realizados hasta el momento y destacaron lo que aún quedaba por hacer⁷². Entre los esfuerzos realizados destacaban la creación de más de 300

⁶⁹ Aunque Bangladesh tiene una mujer como jefe de gobierno desde 1998, la Sra. Sheikh Hasina, con un intervalo en la oposición entre 2001 y 2008, y ha suscrito los ocho Convenios fundamentales de la OIT, llama la atención que seis de ellos fueron ratificados en 1972, recién lograda la independencia, y solo los dos restantes, dedicados respectivamente a la igualdad de género y a las peores formas de trabajo infantil, vinieran ratificados mucho más tarde, en 1998 el primero n. 100 (1951), y en 2001 el segundo 182 (1999).

⁷⁰ Ambas declaraciones, pueden verse en IndustriALL, “Los sindicatos mundiales denuncian comentarios hechos por el Ministro de Finanzas de Bangladesh”, 18 de junio de 2015.

⁷¹ WOKATY J., “Rana Plaza Trust Fund Secures \$30 Million Compensation for Victims of Collapse”, Interfaith Center on Corporate Responsibility, Nueva York, 10 de junio de 2015.

⁷² *Joint Statement on the Anniversary of Rana Plaza Building Collapse in Bangladesh*, firmada por el Ministro USA de Presidencia John Kerry, Ministro USA de Trabajo Thomas E. Perez, Representante USA de Comercio Michael B.G. Froman, y Administrador USA de la Agencia para el Desarrollo Internacional Alfonso E. Lenhardt; y Alta Representante UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Federica Mogherini, Comisaria UE para el Empleo, Asuntos Sociales, Capacitación y Movilidad Laboral Marianne Thyssen, Comisaria UE para el Comercio Cecilia Malmström, y Comisario UE en funciones para Cooperación Internacional y Desarrollo Neven Mimica.

sindicatos en un año, la labor inspectora sobre unas 2.000 factorías, o el cierre por alto riesgo de 30 de ellas. Pero a renglón seguido manifestaban que aún quedaba por hacer un ímprobo trabajo, señalando en primer lugar la necesidad de que el Gobierno del país profundizara en las reformas legales para adaptarse a los estándares internacionales, completara la inspección de todas las fábricas de ropa, y continuara la inscripción de sindicatos de manera transparente; del mismo modo apelaban al Gobierno local para que legislara sobre las zonas francas de exportación de manera que los trabajadores disfrutaran en ellas de los mismos derechos que fuera de ellas. Y manifestaban su interés en que el Gobierno solucionara rápidamente los casos de prácticas ilícitas, violencia y acoso contra los sindicatos y los representantes de los trabajadores. “La Unión Europea y los Estados Unidos de América –termina la declaración conjunta–, en íntima cooperación con la OIT, permanecerán plenamente comprometidos con el Gobierno de Bangladesh en el espíritu de colaboración para continuar nuestro trabajo juntos y asegurar de este modo que el crecimiento económico y el desarrollo sostenible vayan a la par con la seguridad y los derechos de los trabajadores”.

No por accidente, la Oficina Ejecutiva del Presidente de Estados Unidos unía a esta declaración conjunta otra del Alto Representante de Comercio USA que comenzaba hablando del elevado interés del Presidente de la nación por avanzar en los derechos de los trabajadores y mejorar los estándares laborales *a través de la política comercial* de Estados Unidos, y de que la devastadora tragedia de Rana Plaza ejemplifica por qué es tan crucial el compromiso. Y terminaba con la admonición de que los Estados Unidos, la Unión Europea y sus socios continuarían defendiendo la urgente necesidad de estos cambios, y supervisarían vigilantemente los progresos hacia ellos⁷³.

6. REFLEXIÓN FINAL

En solo dos años la labor impulsada por el Acuerdo debe ser considerada como enorme, a la vista de la soterrada resistencia que los poderes públicos y las asociaciones de empresarios del país han opuesto a la frenética actividad de los organismos internacionales y occidentales en favor de la modernización social de sus relaciones industriales. Las empresas multinacionales, por el contrario, han adoptado una actitud

⁷³ Office of the United States Trade Representative – Executive Office of the President, Press Releases/2015/April, “*Statement from U.S. Trade Representative Michael B.G. Froman*”.

de colaboración con las iniciativas en dos niveles, el Acuerdo y la Alianza, aunque algunas se han distinguido con honor –Primark– por su decidido empeño en el progreso, y otras en cambio hayan tratado de escapar de la tormenta.

De la documentación analizada cabe deducir que los mecanismos de conflicto se han utilizado desigualmente, pues el recurso al arbitraje no ha llegado a producirse, lo que demuestra una importante convergencia y sintonía entre las partes firmantes⁷⁴, mientras que el procedimiento de quejas puesto a disposición de los trabajadores parece haber funcionado mejor de lo que el gobierno del país y los empresarios hubieran deseado. Han sido estas últimas instancias, a medio camino entre la colaboración y la resistencia, las que han tratado de frenar el proceso y las que al cabo de dos años comienzan a criticarlo abiertamente.

Cuando aún no se ha alcanzado el ecuador de ambos programas, pactados para cinco años, las espadas están en alto entre las dos partes de la contienda social global: Bangladesh, su clase dominante, representa lo peor de aquellos países resueltos a atraer inversiones y empresas y a avanzar en el progreso económico sobre una alfombra de tragedias humanas y abuso de los trabajadores. Cuando China ha dejado de ser el país-fábrica de la mayor explotación laboral, Bangladesh emerge a los ojos de los analistas internacionales como el relevo en el liderato de la deshumanización capitalista. Pero en las páginas anteriores hemos visto cómo hay un gran número de actores internacionales resueltos a que los avances sociales no se pierdan por el sumidero de esos países, y especialmente de Bangladesh, que ejerce como poderoso imán de las inversiones gracias a reducir al máximo la condición humana de sus ciudadanos. Y como Tántalo, el rey de la parte más profunda del inframundo, sus esfuerzos comienzan a topar con el recelo y el desapego de las grandes potencias, que podrían castigarlo por sus desafueros.

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo
aojeda@us.es

⁷⁴ El cumplimiento de los pagos y compromisos se ha preferido llevar por los sindicatos y ONGs por la vía de amigable composición y de presión internacional, antes que por la lenta y costosa vía del arbitraje de la UNCITRAL.

LA NUEVA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR

JUAN MARTÍNEZ CHAS

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad de San Isidro-Universidad Católica de Salta (Argentina)

Fecha de recepción: 27-10-2015

Fecha de aceptación: 04-11-2015

SUMARIO: 1. LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR.. 2. LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL 2015. 3. TRABAJO DECENTE. 3.1. El Programa de Trabajo Decente de la OIT. 3.1.1. Un concepto de la OIT consensuado a nivel mundial. 4. EMPRESAS SOSTENIBLES. 5. LA EXIGIBILIDAD DE LA DSL. 6. CONCLUSIÓN. LA ECONOMÍA INFORMAL. LA ACCIÓN SINDICAL. 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo recoge una serie de reflexiones sobre la reforma de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSL), de julio de 2015. Se mencionan las razones que sostienen la exigibilidad de la Declaración, como parte de un Tratado Regional de Derechos Humanos, y la incorporación a la misma de los conceptos de trabajo decente y empresas sostenibles en relación con la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 2007. Así mismo, se hace referencia al problema de la economía informal y a sus consecuencias, teniendo en cuenta la Recomendación de la OIT No. 204 de 2015, y el rol de las organizaciones sindicales.

ABSTRACT: The current paper accomplishes a series of considerations and explanations of the most important contents of the reform of the Mercosur Social and Labour Declaration, of July 25th, and its legal implication. The reasons that uphold the demand of the Declaration are given as a part of a Regional Treaty of Human Rights. The inclusion of decent jobs and sustainable business to it and its relation to the International Labour Organization (OIT), 2007, the issues of informal labour, its

main scope regarding the recommendations from the same organism N°204 of 2015, and the role of Union Organizations.

PALABRAS CLAVE: Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, trabajo decente, empresas sostenibles, Organización Internacional del Trabajo, exigibilidad, economía informal, acción sindical.

KEYWORDS: Mercosur Social and Labour Declaration, decent jobs, sustainable business, International Labour Organization, informal labour, union proceedings.

1. LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR

La Declaración Sociolaboral del Mercosur (DLS) fue adoptada por los países miembros del Mercosur el 10 de diciembre de 1998 en Rio de Janeiro, República Federativa de Brasil.

Para el recordado Oscar Ermida Uriarte es la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el MERCOSUR.

Al decir del gran jurista oriental y latinoamericano, la DSL «forma parte de la construcción del Espacio Social del Mercosur, esto es, el conjunto de normas e instituciones destinadas a atender la dimensión social del Mercado Común del Sur, es decir el conjunto de efectos sociales que provoca la integración regional. Es que, efectivamente todo proceso de integración económica, más aun en el MERCOSUR, que es un proceso de unión aduanera multilateral y aspira a convertirse en un Mercado Común, genera un lado social, desarrolla una dimensión social que debe ser considerada. Para atender esa dimensión social (efectos sociales permanentes e irreversibles), es necesario construir un espacio social (normas y órganos que reglamenten y administren tales efectos)».

Para Oscar Ermida Uriarte «la Declaración Sociolaboral del Mercosur concurre a la construcción, todavía incipiente, de ese espacio global, junto con el Convenio Multilateral de la Seguridad Social del Mercosur, el Foro Consultivo Económico Social y el SubGrupo de Trabajo Nro. 10.»

2. LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL 2015

La nueva Declaración Sociolaboral del Mercosur, fue aprobada en junio de 2015 en la Reunión de Ministros de Trabajo del MERCOSUR, y sancionada por la Cumbre de Presidentes y Jefes de Estado del MERCOSUR, desarrollada en Brasilia el 17 de julio.

Como se ha señalado en los documentos preliminares a su adopción, la DSL-2015 representa una respuesta de los países del bloque al contexto de crisis económica y de ofensiva contra los derechos sociales y laborales, reforzando el compromiso de los estados parte para situar al empleo digno y al trabajo decente en el centro del proceso de integración regional.

Se señala en la declaración preliminar proveniente del Ministerio de Trabajo y Empleo de Brasil que la afirmación de los derechos laborales es producto de la iniciativa conjunta de los gobiernos y actores sociales, considerando que el proceso de integración no puede restringirse solamente a cuestiones comerciales y económicas. La garantía y observancia de la temática laboral resultaron-señala el documento- en la creación y perfeccionamiento de marcos regulatorios y en la reafirmación de los estándares mínimos de derechos, teniendo en cuenta la reducción de las asimetrías y la promoción de la justicia social para el pleno ejercicio de la ciudadanía en los países del Bloque.

En resumen, la Nueva DSL es el resultado sin dudas de una revisión contemplada en los propios términos de la DSL-1998, y contó con la participación en sus aportes de los actores sociales, representantes de los trabajadores y empleadores del Mercosur, a través de sus organizaciones, que componen la Comisión Sociolaboral del MERCOSUR, órgano de seguimiento y control de la Declaración.

Además de reafirmarse los principios originarios expresados en 1998, el documento incorpora avances en temas como: trabajo decente, derechos individuales y colectivos, salud y seguridad en el trabajo, trabajadores migrantes, remuneración, empresas sustentables y diálogo social, entre otras temáticas.

En materia de derechos individuales, la DSL refuerza los relativos a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, trabajadores/as con discapacidad, trabajadores/as migrantes y fronterizos y refuerza el compromiso de eliminar el trabajo forzoso u obligatorio y prevenir y erradicar el trabajo infantil.

Se reafirma la adopción de los valores de la promoción del empleo de calidad, las condiciones de trabajo saludables y de bienestar de los trabajadores; y el respeto, promoción y ejercicio de los derechos y obligaciones contenidos en los Convenios de la

OIT y en una serie de instrumentos de garantía tales como la Declaración de Filadelfia de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948), La Convención Americana de los Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Resolución sobre la Promoción de Empresas Sustentables (OIT, 2007) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998).

Deben destacarse como innovaciones de la DSL-2015: La incorporación de un artículo específico sobre trabajo decente (artículo 2), cuya redacción resalta la importancia de su promoción en el contexto actual político y económico. En el artículo se encuentran descritos los cuatro pilares de la Agenda de Trabajo Decente: la generación de empleos productivos en un ambiente institucional, social y económicamente sustentable; el desarrollo de medidas de protección social; la promoción del diálogo social y el tripartismo; el respeto, difusión y aplicación de los principios y derechos fundamentales del trabajo.

El artículo 31 la DSL-2015 presenta una innovación respecto de su versión originaria, al establecer que todas las personas físicas y jurídicas que participen en proyectos financiados con fondos del MERCOSUR deberán observar los contenidos de la misma.

Asimismo, el tema de la Seguridad y Salud del trabajador resultó ampliado (art. 14), y el artículo 7 referido a los trabajadores migrantes mejoró en su redacción al establecer que los Estados parte se comprometen a adoptar y articular medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera, y a llevar a cabo las acciones necesarias para mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores.

Se garantizan los derechos relacionados con la remuneración, específicamente en el artículo 14, y se incorpora un nuevo ítem que trata sobre las empresas sustentables, sobre el que nos detendremos más adelante, en el que se las reconoce como fuente de crecimiento y de creación de riqueza y empleo, estableciendo además que las mismas son una fuente importante para alcanzar el trabajo decente.

Con relación a los derechos colectivos del trabajo, la DSL-2015, presenta una ampliación del Capítulo III, relacionado con el ejercicio del derecho de huelga, diálogo

social y negociación colectiva, incluyendo en los artículos 17 y 18 el derecho a la organización sindical y al ejercicio de la negociación colectiva en todos los ámbitos.

En el artículo 28 se establece la continuidad de la Comisión Sociolaboral del MERCOSUR como órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, dotado de mecanismos consensuales y de instancias nacionales y regionales.

3. TRABAJO DECENTE

De vital importancia en la DSL-2015 resulta la incorporación en el nuevo artículo 2 del pilar liminar del trabajo decente.

En dicho artículo se señala que:

«1.- Los Estados parte se comprometen a:

Formular y poner en práctica políticas activas de trabajo decente y pleno empleo productivo, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, articuladas con políticas económicas y sociales, para favorecer la generación de oportunidades de ocupación e ingresos.

Elevar las condiciones de vida de los ciudadanos.

Promover el desarrollo sostenible de la región.

2.- En la formulación de políticas activas de trabajo decente, los Estados parte deben tener presente:

a) La generación de empleos productivos en un ambiente institucional, social y económicamente sostenible;

b) El desarrollo de medidas de protección social;

c) La promoción del diálogo social y del tripartismo; y

d) El respeto, difusión y aplicación de los principios y derechos fundamentales del trabajo.»

3.1. El Programa de Trabajo Decente de la OIT

Conforme señala la Organización Internacional del Trabajo en su Programa de Trabajo Decente, “el trabajo decente es esencial para el bienestar de las personas. Además de generar un ingreso, el trabajo facilita el progreso social y económico, y fortalece a las personas, a sus familias y comunidades. Pero todos estos avances

dependen de que el trabajo sea trabajo decente, ya que el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de los individuos durante su vida laboral.”

La OIT ha desarrollado una agenda para la comunidad del trabajo, representada por sus mandantes tripartitos, con el fin de movilizar sus considerables recursos. Ofrece apoyo a través de programas nacionales de trabajo decente desarrollados en colaboración con sus mandantes. La puesta en práctica del Programa de Trabajo Decente se logra a través de la aplicación de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que tienen como objetivo transversal la igualdad de género:

- Crear [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm"](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm) t [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm"](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm) trabajo [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm"](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/employment-creation/lang-es/index.htm).- Una economía que genere oportunidades de inversión, iniciativa empresarial, desarrollo de calificaciones, puestos de trabajo y modos de vida sostenibles.
- Garantizar los derechos de los trabajadores [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/rights-at-work/lang-es/index.htm"](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/rights-at-work/lang-es/index.htm).- Para lograr el reconocimiento y el respeto de los derechos de los trabajadores. De todos los trabajadores, y en particular de los trabajadores desfavorecidos o pobres que necesitan representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan y estén a favor, y no en contra, de sus intereses.
- Extender la protección social [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm"](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm).- Para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguras, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos, y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada.
- Promover el diálogo social [HYPERLINK "http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-)

agenda/social-dialogue/lang--es/index.htm". La participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores, sólidas e independientes, es fundamental para elevar la productividad, evitar los conflictos en el trabajo, así como para crear sociedades cohesionadas.

3.1.1. Un concepto de la OIT consensuado a nivel mundial

El concepto de trabajo decente fue formulado por los mandantes de la OIT – gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores– como una manera de identificar las prioridades de la Organización-. Se basa en el reconocimiento de que el trabajo es fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad, democracias que actúan en beneficio de todos, y crecimiento económico, que aumenta las oportunidades de trabajo productivo y el desarrollo de las empresas.

El trabajo decente refleja las prioridades de la agenda social, económica y política de países y del sistema internacional. En un período de tiempo relativamente breve, este concepto ha logrado un consenso internacional entre gobiernos, empleadores, trabajadores y la sociedad civil sobre el hecho de que el empleo productivo y el trabajo decente son elementos fundamentales para alcanzar una globalización justa, reducir la pobreza y obtener desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible.

El objetivo general del trabajo decente es provocar cambios positivos en la vida de las personas a nivel nacional y local. La OIT proporciona ayuda a través de Programas Nacionales de Trabajo Decente desarrollados en colaboración con los mandantes de la OIT. Las prioridades y objetivos se definen dentro de los marcos de desarrollo nacional con el propósito de superar los principales déficits de trabajo decente a través de programas eficientes que abarquen cada uno de los objetivos estratégicos.

La OIT trabaja con otros interlocutores dentro y fuera de las Naciones Unidas para ofrecer experiencia consolidada e instrumentos políticos clave para el diseño y la aplicación de estos programas. Además, proporciona apoyo para formar las instituciones necesarias para llevarlos a cabo y medir los progresos. El contenido de estos programas difiere de un país a otro, al reflejar sus necesidades, recursos y prioridades.

El progreso requiere de acciones a escala mundial. El programa de Trabajo Decente establece las bases de un marco más justo y sostenible para el desarrollo global. La OIT trabaja para desarrollar políticas económicas y sociales con un enfoque orientado hacia el /trabajo decente en colaboración con las principales instituciones y actores del sistema multilateral y de la economía mundial.

La inclusión en la Nueva DSL-2015 de un Artículo 2 relativo al trabajo decente, con la amplitud que lo desarrolla, pone a las claras que la totalidad del instrumento se encuentra enmarcado en los parámetros construidos por la labor de la Organización Internacional del Trabajo, reafirmando lo ya expresado con clarividencia por Ermida Uriarte acerca de los contenidos y la conformación de una suerte de Carta Social del Mercosur, que cohesiona las políticas socio laborales de los países miembros a partir de la aplicación efectiva de las Normas Fundamentales del Trabajo.

4. EMPRESAS SOSTENIBLES

El artículo 3 de la DSL-2015 señala «ARTÍCULO 3.- Empresas sostenibles. Los Estados parte se comprometen a:

- Promover el desarrollo sostenible de la región.
- Estimular la creación y el desarrollo de empresas sostenibles.
- Promover el crecimiento de los mercados interno y regional y el fortalecimiento de la competitividad de las empresas sostenibles para el acceso a los mercados internacionales.
- Promover el fortalecimiento de las cadenas productivas regionales para lograr un mayor valor agregado, identificar inversiones e integrarlas a la producción.
- Promover un ambiente propicio para la creación, el crecimiento y la transformación de empresas sobre una base sostenible que combine la búsqueda legítima de su crecimiento con la necesidad de un desarrollo que respete la dignidad humana, la sostenibilidad del medio ambiente y el trabajo decente.
- Promover las condiciones básicas para el desarrollo de las empresas sostenibles, englobando el conjunto de factores previstos en la Resolución sobre la Promoción de empresas sostenibles de la OIT, 2007.»

El artículo reseñado es otra de las innovaciones de la Nueva DSL-2015. El mismo remite en su último inciso a la Resolución sobre la Promoción de Empresas Sostenibles, adoptada en la nonagésimo sexta Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 2007.

La misma reconoce como antecedentes el Programa de Trabajo Decente de la OIT y la constitución de la misma, incluida la Declaración de Filadelfia que la complementa, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos

fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998), las que señalan que las políticas económicas y sociales son componentes fundamentales, y que se refuerzan mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia y a la promoción de la justicia social. Del mismo modo, debemos recordar que el Programa Global de Empleo de la OIT, adoptado por el Consejo de Administración de la OIT, proporciona una serie de políticas, incluidas políticas de desarrollo empresarial, destinadas a lograr un pleno empleo y productivo y un trabajo decente para todos.

Observamos de tal forma, que en la inteligencia de la DSL y de las normas de la OIT, empresas sostenibles y trabajo decente son los ejes de la labor de la Organización Internacional del Trabajo, a la vez que sus objetivos principales.

En la Resolución, se señala que “promover las empresas sostenibles implica fortalecer el Estado de Derecho, las instituciones y los sistemas de gobernanza que hacen prosperar a las empresas, y alentarlas a llevar a cabo sus actividades de manera sostenible. Para ello, es de importancia crucial contar con un entorno propicio que aliente la inversión, la iniciativa empresarial, los derechos de los trabajadores y la creación, el crecimiento y el mantenimiento de empresas sostenibles, conciliando las necesidades y los intereses de la empresa con la aspiración de la sociedad de seguir un modelo de crecimiento que respete los valores y principios del trabajo decente, la dignidad humana y la sostenibilidad del medio ambiente.”

El tripartismo con inclusión del diálogo social y la negociación colectiva son, a la luz de la Resolución, elementos vitales al respecto.

La Resolución OIT 2007 resalta que la promoción de empresas sostenibles también debe poner énfasis en apoyar la transición de los operadores de la economía informal a la economía formal, y garantizar que las leyes y las reglamentaciones abarquen a todas las empresas y todos los trabajadores.

En cuanto al entorno propicio para las empresas sostenibles, es de destacar que para la creación y el crecimiento o transformación de empresas sobre una base sostenible se debe combinar la búsqueda de ganancia, uno de los principales motores del crecimiento económico, con la necesidad de un desarrollo que respete la dignidad humana, la sostenibilidad y el trabajo decente.

El entorno propicio al que alude la Resolución sobre Empresas Sostenibles de la OIT 2007 señala elementos que se refuerzan mutuamente y que son los siguientes:

- Paz y estabilidad política.
- Buena gobernanza.
- Diálogo social.

- Respeto a los derechos humanos universales y las normas internacionales del trabajo.
- Cultura empresarial.
- Política macroeconómica acertada y estable y buena gestión de la economía.
- Comercio e integración económica sostenible.
- Entorno jurídico y reglamentario propicio.
- Estado de Derecho y garantía de los derechos de propiedad.
- Competencia leal.
- Acceso a los servicios financieros. (Esto se dirige especialmente a las PYMES, a las Cooperativas y a las empresas de la economía social solidaria.)
- Infraestructura material.
- Tecnologías de la información y la comunicación.
- Educación, formación y aprendizaje permanente.
- Justicia social e inclusión social.
- Protección social adecuada.
- Gestión responsable del medio ambiente.

En la Resolución se destaca el papel de los gobiernos, haciendo especial hincapié en la atención a la ampliación del alcance de la legislación laboral a todos los trabajadores, en particular los hombres y mujeres que trabajan en la economía informal o trabajadores implicados en relaciones de trabajo encubiertas.

La OIT se compromete entre sus funciones a establecer «programas específicos para grupos específicos y marginados. Es necesario prestar particular atención al desarrollo de microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas sostenibles, a la promoción de las cooperativas, a la empleabilidad, el empleo y el espíritu empresarial de los jóvenes (incluido en los programas de enseñanza), a la potenciación y espíritu empresarial de la mujer, a los programas de desarrollo de la iniciativa empresarial de la mujer, así como a los programas de desarrollo de la iniciativa empresarial para grupos desfavorecidos. Se ha de prestar especial atención a la economía informal. La OIT podría brindar orientaciones sobre la relación existente entre la reglamentación y la informalidad, las condiciones de trabajo y el crecimiento económico, así como sobre la elaboración de programas que apoyen la transición de los operadores de la economía informal a la economía formal.»

En esta línea se inscribe la reciente Recomendación de la OIT, sobre la Transición de la Economía Informal a la Economía Formal. (Recomendación Nro. 204 de junio de 2015).

Entre los considerandos de la Recomendación se señala que «la Economía Informal es esencial para alcanzar un desarrollo incluyente y hacer efectivo el Trabajo Decente para todos».

En la Recomendación Nro. 204, cuando se utiliza el término unidades económicas de la economía informal quedan comprendidas:

- Las unidades que emplean mano de obra.
- Las unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remuneradas.
- Las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria.

Señalando asimismo la Recomendación su amplitud, toda vez que consagra que se aplica a todos los trabajadores y todas las unidades económicas de la economía informal, incluyendo las empresas, los empresarios y los hogares, y en particular a:

- Los trabajadores por cuenta propia.
- Los empleadores, y
- Los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria.

El trabajo informal puede encontrarse a la luz de la reciente Recomendación tanto en el sector público como en el sector privado.

Señala del mismo modo que «los miembros deberían garantizar que las personas ocupadas en la economía informal disfruten de la libertad de asociación y la libertad sindical y ejerzan el derecho a la negociación colectiva, incluido el derecho a constituir las Organizaciones, Federaciones y Confederaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas sujeto a lo dispuesto en sus estatutos.»

Los miembros deberían crear un entorno propicio para que los empleadores y los trabajadores ejerzan su derecho de organización y de negociación colectiva y participen en el diálogo social en el marco de la transición a la economía informal.

5. LA EXIGIBILIDAD DE LA DSL

Muchos ríos de tinta han corrido acerca de la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSL) en su redacción originaria, respecto de si la misma constituye un tratado o no en el orden internacional, y en consecuencia su exigibilidad en el marco de los países integrantes por parte de los operadores jurídicos y los magistrados.

La Nueva DSL-2015 incorpora antecedentes y normas que no hacen sino afirmar su carácter de tratado en sentido estricto.

Al decir de Rodolfo Capón Filas, con relación a la Declaración del año 1998, «la declaración Sociolaboral del Mercosur permite instrumentalizar en la región el paradigma del trabajo decente, lanzado al ruedo doctrinario y político por el Director General».

Como ha demostrado el Magistrado ex integrante de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de la República Argentina «la declaración por provenir del Tratado de Asunción, es superior a las leyes, fundamentando así la inconstitucionalidad de las que fuesen incompatibles total o parcialmente con su contenido. De ahí que el Poder Legislativo debiera abstenerse de sancionar proyectos violatorios de sus normas y el Poder Judicial declarar la inconstitucionalidad en cada caso concreto. Esto en todos los supuestos, aún los exigidos por los Organismos Internacionales de crédito.»

Continúa Capón Filas señalando que «el Poder Judicial puede remitir copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo cuando se hubiese violentado en todo o en parte la Declaración. Esta posibilidad se convierte en deber si se la analiza a la luz de la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social (30.06.2000). Dada la realidad del MERCOSUR, con sus luces y sombras, el Poder Judicial debe remitir esas copias para que el Ministerio de Trabajo logre una descripción más acabada de aquella realidad. Esa carga surge, fundamentalmente, del sentido republicano del sistema, en el que todos los Poderes del Estado se interpenetran y se dirigen al bien común de los habitantes».

Como analiza con claridad Lucas A. Malm Green, desde la perspectiva internacional se ha potenciado su eficacia a partir de los siguientes datos:

- La Declaración es consecuencia del Tratado de Asunción (26.03.1991), cuya vocación ha sido ampliar los mercados nacionales mediante la integración, para acelerar los procesos económicos con justicia social. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR lo desarrolla e interpreta en la faz social. Podríamos señalar que esto se profundiza con la revisión de la DSL en julio de 2015.
- Constituye un documento de derechos humanos, y como tal ha pasado a formar parte de los principios generales de Derecho internacional y muchas de sus disposiciones pueden ser incorporadas a aquellas normas imperativas e inderogables del derecho internacional, que prescindiendo de su reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales, no pueden ser desconocidas por los Estados (*ius cogens*).
- La Declaración prevé su autoaplicabilidad, poniendo en cabeza de cada Estado su aplicación y seguimiento. En especial destaca que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos contenidos en ella y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos (art.22 originario, art. 28 en su redacción actual), así como elaborar por medio de los Ministerios de Trabajo y en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, memorias anuales (art. 23 originario, actual art. 29), que con posterioridad serán analizadas por la Comisión Sociolaboral del MERCOSUR, también de estructura tripartita.

Aun cuando el objeto de la Comisión sea meramente promocional y no sancionatorio, y que la misma Declaración y su mecanismo de seguimiento no puedan ser aplicados a cuestiones comerciales, económicas y financieras, se advierte claramente su carácter obligatorio. Las recomendaciones de la Comisión Sociolaboral son elevadas al Grupo Mercado Común, quien al respecto adopta resoluciones obligatorias según el artículo 15 del Protocolo de Ouro Preto.

Como acertadamente señala Malm Green, en el caso de nuestro país «la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR es un Tratado, cuyo consentimiento ha sido formulado de manera simplificada. Su particularidad específica es que se deriva del Tratado de Asunción y por lo tanto se inscribe en la integración regional».

Prosigue Malm Green señalando que «en atención a su naturaleza, su eficacia jurídica (como Ley suprema de la Nación-art. 31 Constitución Nacional-) y su rango superior a las leyes, surge claramente por la preeminencia del Derecho internacional sobre el interno (aspecto reforzado a partir de lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el art. 75 inc. 22) de la Constitución Nacional y la importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto antes de la Reforma Constitucional Argentina de 1994, como después de la misma a tenor de la Jurisprudencia, que se atiende, sobre todo en materia laboral, al ritmo permanente de los derechos humanos y su progresividad, artículo 75 inc. 24 de la Constitución de la Nación Argentina.»

La Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (AADT y SS) ha señalado como conclusiones acerca de la aplicabilidad de la DSL las siguientes:

- La declaración Sociolaboral del MERCOSUR es directamente aplicable.
- Constituye una declaración de derechos fundamentales de carácter social, que incluye derechos de dimensión individual y de dimensión colectiva.
- La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR es un tratado, cuyo consentimiento ha sido formulado de manera simplificada. Su particularidad específica es que deriva del Tratado de Asunción y por lo tanto se inscribe en la integración regional.
- La Declaración Sociolaboral del Mercosur posee carácter supralegal. Esta conclusión se asienta sobre lo dispuesto por los arts. 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional. En función de su rango, leyes, decretos, actos administrativos, convenios colectivos, sentencias judiciales no pueden oponerse a sus mandatos y deberán constituirse en la correa de transmisión de los programas detallados en la Declaración.
- De sus cláusulas resultan derechos concretos y no meros compromisos éticos, en tal sentido gozan de presunción de operatividad por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa.
- La operatividad de la Declaración se dirige en primer término al legislador, quien en función de lo dispuesto por los arts. 27 de la Convención de Viena, y arts. 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional, no podrían dictar disposiciones legales que afectaran los derechos en ella consagrados, so pena de ser consideradas inconstitucionales. También exige redefinir las ya dictadas adecuándolas a la Declaración.

- Toca a los jueces hacer prevalecer la Declaración en los casos concretos que se les presenten, descartando la norma legal o convencional que a ella se oponga (declaración de inconstitucionalidad), o potenciando la norma interna que no refleje adecuadamente el derecho consagrado en la Declaración- interpretándola en sentido favorable al orden supra legal y en definitiva resolviendo conforme a ella, desde que más allá de la invocación de las partes, el juez está obligado a fundar toda sentencia respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art. 34 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), más allá del Derecho invocado por las partes (juria novit curia). En todos los casos, debe prevalecer la norma más favorable al trabajador (art. 14 bis de la Constitución Nacional y arts. 7, 9 y 12 Régimen de Contrato de Trabajo).
- La Declaración prevé su auto aplicabilidad, poniendo en cabeza de cada Estado su aplicación y seguimiento. En especial destaca que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos contenidos en ella y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos (art. 22, actual art. 28), así como a elaborar por medio de los Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, memorias anuales (art. 23, art. 29 DLS-2015), que con posterioridad serán analizadas por la Comisión Socio laboral del MERCOSUR.
- La obligación de los Estados de elaborar por medio del Ministerio de Trabajo las memorias anuales sobre los cambios ocurridos en la legislación y en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de la DSL, así como los avances realizados en su promoción y las dificultades enfrentadas en su aplicación, es un deber en cabeza de los Países miembros, por lo que las diferentes reparticiones de la administración, gestoras del mundo del trabajo, así como el poder legislativo y el judicial, deben contribuir en la confección de la misma.
- En este sentido se destacan las distintas sentencias de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que, a instancias del Dr. Rodolfo Capón Filas, ordena comunicar las resoluciones en las que se plantean conflictos concretos sobre eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral con la Normativa Laboral de la República Argentina.

- En definitiva, su alegación por parte de los abogados y su utilización por los fallos de los jueces, daría verdadera significación a este instrumento.
- La Declaración Sociolaboral del Mercosur no sólo es un instrumento en manos de los juristas sino de los actores sociales, quienes han de adecuar su conducta a los lineamientos trazados en este instrumento, que servirá de directriz o guía de nuevas líneas de acción y de lucha para una sociedad, en el caso la del Mercosur, más justa.

6. CONCLUSIÓN. LA ECONOMÍA INFORMAL. LA ACCIÓN SINDICAL

Es evidente que la Declaración Sociolaboral del Mercosur-2015 refuerza los contenidos del Derecho social y se constituye, con mayor vigor, en una suerte de Carta de los Derechos Sociales del Mercosur.

La puesta en valor y referencia liminar como principio de la DSL2015, del concepto acuñado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de trabajo decente, refuerza la interpretación, expresada supra, de constituir a la Declaración como un instrumento de derechos humanos y sociales, aplicable y exigible por los operadores del Derecho, conforme a la más autorizada Doctrina, que hemos reseñado en este trabajo.

La incorporación de las empresas sostenibles, con los alcances de la Resolución de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, el reforzamiento del compromiso del tripartismo, con el realce del Convenio 144 de la OIT sobre la consulta tripartita, el combate contra el trabajo forzoso y el trabajo infantil y la puesta en marcha de mayores mecanismos de articulación entre los actores sociales, dan cuenta de una mayor cohesión y coherencia de la DSL con los Convenios Fundamentales de la OIT.

En cuanto a los conceptos y al articulado incorporado, es de fundamental importancia plantear la lucha contra la informalidad laboral en Latinoamérica, en concordancia con la reciente Recomendación Nro. 204 de la OIT, de tránsito de la informalidad a la economía formal.

Ello refuerza la labor y programas que en esta temática viene desarrollando la Confederación de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), adherida a la Confederación Sindical Internacional (CSI).

El movimiento sindical viene teniendo importantes iniciativas al respecto. Debemos destacar la reciente constitución de la Unión de Trabajadores en la Economía Informal de Iberoamérica (UTREIN-IBEROAMERICA), entidad sindical

que fue creada los días 6 y 7 de agosto de 2015 en la Ciudad de San Pedro Sula-República de Honduras.

Casi una veintena de organizaciones de América y España se han reunido para dar nacimiento a esta organización, que se reivindica parte de la Confederación de Trabajadoras y Trabajadores de las Américas (CSA) y de la Confederación Sindical Internacional (CSI), para crear un ámbito de representación genuina gremial y con pertenencia de clase, con vistas al cumplimiento efectivo de la Recomendación 204 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de tránsito de la economía informal a la formalidad.

La Nueva Declaración Sociolaboral del Mercosur, adoptada en julio de 2015, en tiempos en que las políticas de austeridad amenazan las conquistas del Estado social y democrático de Derecho en el mundo y también en Latinoamérica, resulta por su contenido y características de Tratado Internacional de Derechos Humanos parte integrante del *ius cogens*, un instrumento de suma importancia para garantizar los principios tutelares del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

El trabajo decente, receptado con claridad en la DSL y las menciones a la Declaración de los Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, provenientes de la OIT y los Convenios que hacen al plexo constitucional de la misma, constituyen un nuevo eslabón en la defensa del Derecho Social y la dignidad de los trabajadores y sus organizaciones.

La garantía de la libertad sindical como pilar central del Estado social y los derechos humanos laborales, que la DSL reafirma, permiten sostener a quienes defendemos un Derecho del Trabajo protector que, como señala la propia Constitución de la OIT de 1919 adoptada al terminar la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Paz de Versalles, la justicia social y la igualdad deben ser los pilares fundamentales de la democracia, para cuyo sostenimiento el trabajo no puede ser, ni será, una mercancía.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. O. ERMIDA URIARTE, «La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial». Instituto del Mundo del Trabajo, Revista Pistas Nro. 5, octubre 2001.
2. «Declaración Sociolaboral del Mercosur-2015, Informe del Ministerio do Trabalho e Emprego». República Federativa de Brasil, julio 2015. Presidencia Pro Tempore Brasileira-PPTB 2015.

3. R. CAPÓN FILÁS «Empleo Decente y Declaración Sociolaboral del MERCOSUR». Hologramática. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Lomás de Zamora. Año II, Número 3 (2015), pp. 3-18.
4. L. A. MALM GREEN, «Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR». Hologramática. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Lomás de Zamora. Año V, Número 8, V2, pp.95-116.
5. Resolución sobre Promoción de Empresas Sostenibles, Organización Internacional del Trabajo. 2007. 96° Reunión Conferencia Internacional del Trabajo.
6. Recomendación Nro. 204 sobre Transición de la Economía Formal a la Informal, 2015, Organización Internacional del Trabajo. 104° Reunión Conferencia Internacional del Trabajo.

Juan Martínez Chas
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de San Isidro-Universidad Católica de Salta (Argentina)
juanmmartinezchas@gmail.com

CONTRIBUCIÓN FUNDACIÓN ONCE

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA OPORTUNIDAD PARA EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ DONOSO

Director General

Fundación ONCE

Uno de los elementos que de forma más determinante contribuye al desarrollo y a la estabilidad social y personal es el acceso al empleo. En el caso de las Personas con Discapacidad, constituye además una de las vías principales para asegurar que puedan gozar plenamente de sus derechos y libertades fundamentales.

La misión de la Fundación ONCE desde su creación hace 27 años, es la de lograr la plena inclusión social de las Personas con Discapacidad, por medio del empleo y el fomento de la accesibilidad.

Para conseguir nuestros fines, son varias las herramientas con las que contamos y que hemos incorporado a nuestra estrategia diaria.

Una de ellos, es influir en las leyes e instrumentos normativos que regulan el empleo, tanto directa como indirectamente. Con ello me refiero a que debemos actuar tanto en la normativa laboral, como en la fiscal, pues las personas con discapacidad se encuentran en una situación de clara desventaja en el mercado laboral, siendo el exponente más evidente de ello su baja tasa de actividad, que es inferior a la mitad de las personas sin discapacidad y su elevada tasa de paro.

Además, las personas con discapacidad debemos hacer frente a las barreras tanto físicas como mentales, que impiden la contratación en igualdad de condiciones.

En el contexto de destrucción de empleo de los últimos años, fuimos conscientes de que no solo debíamos contar con una legislación laboral y fiscal que favoreciera e impulsara la contratación y el mantenimiento en el empleo de las Personas con Discapacidad, sino también dotar de instrumentos a los Agentes Sociales, para que la relación laboral de los trabajadores con discapacidad pasase por la negociación colectiva, como garantía de trato igualitario con el resto de trabajadores.

Iniciamos así hace 3 años en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación que gestionamos con el apoyo financiero del Fondo Social Europeo,

una serie de estudios con la Fundación Francisco Largo Caballero, que nos han ayudado a tener una visión del panorama sobre el papel que desempeña y puede desempeñar la Negociación Colectiva en la inserción, el desempeño, la promoción y la estabilidad laboral de los trabajadores con discapacidad y poder adoptar, contando con la opinión de los expertos en la materia, las medidas oportunas para invertir la tendencia y cumplir nuestros fines Fundacionales.

El primer estudio sobre el impacto de la negociación colectiva en el empleo de las personas con discapacidad que realizamos, puso de manifiesto algunas de las deficiencias que podían estar actuando como barrera para un tratamiento más eficaz de la discapacidad en el empleo, en todas las fases de la vida laboral: entrada, permanencia y salida. En concreto, se identificaron algunas debilidades estructurales en la negociación colectiva, especialmente en relación a la sensibilización de los actores, a su preparación respecto al conocimiento del colectivo, a la insuficiencia de procedimientos y herramientas y al proceso de negociación mismo, y por otra, a factores culturales que condicionan la percepción de la discapacidad y su tratamiento en los desempeños profesionales.

Una percepción que carga más el acento en las limitaciones y/o impedimentos externos que en las posibilidades de las capacidades que tienen o pueden desarrollar las personas con discapacidad.

El estudio de casos llevado a cabo reveló asimismo, que para el cumplimiento efectivo de la cuota legal de contratación de Personas con discapacidad, es esencial la sensibilización de los interlocutores sociales, que son los protagonistas de la negociación colectiva. Junto a ello, un punto clave es el compromiso de las empresas y de los representantes de los trabajadores con el establecimiento de medidas específicas en materia de adaptación y accesibilidad.

Quisiera destacar uno de los casos analizados de una empresa que integra en su sistema productivo a varios Centros Especiales de Empleo, porque incorpora cuestiones fundamentales para la negociación colectiva, y que son, entre otras, las siguientes:

- La integración de personas con distintos tipos y grados de discapacidad.
- La adaptación de puestos de trabajo,
- La presencia de personas con discapacidad en todos los niveles de la empresa,
- La necesidad de un tratamiento específico del absentismo por enfermedad,
- La ruptura de muchos estereotipos, entre ellos respecto al rendimiento y la productividad, la «concienciación» como asalariados de los trabajadores con

La negociación colectiva: una oportunidad para el empleo de las personas con discapacidad

discapacidad, la exigencia de estar presentes en los organismos de representación sindical o de sindicalizarse.

De igual manera, los expertos concluyen que la negociación colectiva debería de inspirarse, especialmente para establecer cláusulas referidas a la adecuación de los puestos de trabajo, en las buenas prácticas que a este respecto existen en los Centros Especiales de Empleo.

Partiendo por tanto de este conocimiento más profundo sobre la negociación colectiva, en 2015 decidimos hacer un compendio de todos estos estudios y realizar varias jornadas de sensibilización, profundizando en el análisis y generando nuevas propuestas a partir de los resultados y reflexiones hechas durante estos tres años, con un amplio abanico de actores y entidades que de manera directa o indirecta inciden en la situación laboral de las personas con discapacidad.

Todo ello con la pretensión de aumentar de forma significativa el empleo ordinario de las personas con discapacidad y que los agentes sociales cuenten con unas personas que aportan más que talento e ilusión a la empresa, que mejoran el ambiente laboral y la productividad y una ventaja competitiva a quienes cuentan con ellas en sus plantillas.

José Luis Martínez Donoso
Director General
Fundación ONCE

DISCAPACIDAD, EMPLEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA. ESTUDIOS Y PROPUESTAS

MAITE VARGAS SAMPEDRO
JOSÉ MARÍA ZUFIAUR NARVAIZA
ANTONIO GONZÁLEZ GÓNZALEZ
Fundación Largo Caballero

1. LOS PRINCIPIOS

Los estudios sobre Discapacidad, Empleo y Negociación Colectiva que ha realizado la Fundación Francisco Largo Caballero (FFLC) en los últimos cuatro años, a petición de la Fundación ONCE, están inspirados en dos principios fundamentales. El primero de ellos es el de la igualdad y la solidaridad. El segundo es el del trabajo, como elemento primero y fundamental de integración social.

1.1. La igualdad y la solidaridad

La convicción de que los humanos son «libres e iguales», de que todos somos iguales en derechos conlleva una exigencia de justicia y de equidad y, para su eficacia, es necesario que el principio de igualdad se acomode a la gran diversidad de las personas y de sus condiciones de vida. Pero esta convicción no es suficiente cuando de lo que se trata es de poner en práctica políticas de reducción de las desigualdades sociales. Para ello es necesario que, además, se produzca un sentimiento de solidaridad ya que el bienestar privado de la mayoría depende del sentido que se dé al bienestar colectivo. Para todos, pero también para los trabajadores y sus organizaciones sindicales, y para los empresarios y sus organizaciones empresariales, abordar la cuestión del empleo de las personas con discapacidad ha de empezar, por tanto, por poner más énfasis sobre los derechos que sobre las discapacidades.

Este principio está consagrado en muchos textos internacionales. Así, la Directiva del Consejo [COM (2008) 426 final], la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en varios de sus artículos, la Convención sobre los derechos de las personas con

discapacidad de las Naciones Unidas, primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos del que son parte la UE y sus Estados miembros o las Directivas europeas sobre igualdad y lucha contra la exclusión, como, entre otras, la Ley española de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIE) o la Ley de Igualdad, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU). En ellos se insiste en el principio de igualdad y no discriminación, el derecho las personas con discapacidad (PcD) a su autonomía, integración social y profesional, a la protección para las mismas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estos y otros textos dan una idea de cómo ha cambiado la percepción sobre la discapacidad a lo largo de las últimas décadas.

1.2. El empleo como fundamento de desarrollo personal

El empleo es un factor esencial de integración social. Y no solo por razones económicas. También se vincula –al menos como aspiración– a la función de crear, la necesidad de socialización, la aspiración a participar, mediante el mismo, en una obra colectiva que nos permite una mayor realización como seres humanos. Nuestras sociedades se han organizado en torno al mundo de las ocupaciones y el empleo, y muchos de nuestros valores y principios morales se basan en la relación con las actividades productivas. Ello sigue siendo así aún cuando la tendencia al empleo a cualquier precio ha deteriorado el valor del trabajo¹. Pese a todo, disponer de un empleo supone desempeñar un papel social, ser reconocido como un sujeto de derechos y obligaciones, tener acceso a la protección social, tener un empleo es un medio para evitar la marginalidad y la exclusión social.

La integración en el empleo de las PcD es, por tanto, un elemento esencial que inspiran los estudios y propuestas que hemos realizado. La integración particularmente en el empleo abierto u ordinario, ya que en España tenemos un porcentaje comparativamente inferior de ocupación, y de población activa, de personas con discapacidad que en otros países europeos más allá de los centros especiales de empleo.

También sobre este otro principio rector de nuestros trabajos diversos textos internacionales insisten en este objetivo del empleo de las personas con discapacidad.

Así la Directiva Europea sobre Discapacidad 2000/78/CE del Consejo abunda en ello, señalando que «el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar

¹ Vicente Mora. “La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, 2012”.

la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural, social, así como a su desarrollo personal».

La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, refiriéndose al empleo, señala, entre otros aspectos, que «los empleos de calidad aseguran una independencia económica, fomentan los logros personales y ofrecen la mejor protección frente a la pobreza». Sin embargo, la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa (en la UE) solo en torno al 50%. Para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto la UE [en la Estrategia 2020] «es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo ‘abierto’». Prosigue la Comunicación de la Comisión que la UE «dará mejor a conocer la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, identificará retos y propondrá soluciones. Prestará especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo. Abordará la movilidad interna en el mercado laboral ‘abierto’ y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo. Así mismo, tratará de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad».

Esa misma Estrategia identifica ocho ámbitos primordiales de intervención: **accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.**

Es un hecho innegable que las personas con discapacidad se encuentran en una situación de clara desventaja en el mercado laboral. El exponente más integral de ello es su baja tasa de actividad y de empleo. En ese resultado, como han puesto de manifiesto Miguel A. Malo y otros, influyen diversos factores, desde un bajo nivel de estudios reglados o profesionales, hasta los prejuicios o las convicciones en la cultura empresarial sobre la supuesta escasa productividad de los trabajadores con discapacidad, pasando por la deficiente intermediación de los servicios públicos y privados de empleo para el colectivo.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La realidad es que en nuestro país los porcentajes tanto de actividad como de empleo de las PcD son bajos. Y menores en el sector ordinario o abierto que en el empleo protegido.

También es cierto que existe, dentro del sector privado, un porcentaje mayor de contratación de las personas con discapacidad en las empresas con menos de 50 trabajadores que en las de mayor tamaño.

Todo ello indica, por un lado, la insuficiente influencia real de la cuota de reserva en las empresas con más de 50 trabajadores y su preferencia por las medidas alternativas; y la incidencia de los incentivos a la contratación en las de menor tamaño.

Indica, así mismo, el insuficiente papel que desempeña, en términos prácticos, la negociación colectiva (NC) en el empleo de las personas con discapacidad. Y, en sentido inverso, la gran importancia que tiene, que debería de tener, la NC en el objetivo de equiparar nuestras tasas de ocupación de las PcD en el empleo ordinario con la media europea.

La «Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad», aprobada por el Gobierno español en 2008, señala que hay **dos factores básicos que contribuyen a la baja tasa de empleo de este colectivo: su nivel educativo y la discapacidad sobrevenida.**

Cambiar esta situación –crear más oportunidades de empleo, de empleo que requiera mayor formación, hacer que cumpla mejor su finalidad la cuota de reserva y que las medidas alternativas sean una segunda y no una primera opción para muchas empresas, hacer mucho más accesible el empleo ordinario mediante la evaluación y los ajustes de los puestos de trabajo, introducir en los sistemas de selección de las empresas el empleo de las PcD, articular mejor las transiciones de los Centros Especiales de Empleo al empleo ordinario, buscar fórmulas para compatibilizar empleo con prestaciones sociales para las personas con discapacidad sobrevenida, etc.– pasa, sin duda, por lograr que la NC desempeñe una papel mucho más articulado y decidido en esta materia, tanto en el sector privado como en el público.

La negociación colectiva puede y debe contribuir, principalmente, en tres direcciones: favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad; negociar la adaptación de las condiciones de trabajo y la permanencia en el empleo de los trabajadores con empleo que han sufrido una discapacidad sobrevenida; evitar discriminaciones entre personas con discapacidad en el acceso al empleo o en el desempeño del mismo, promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato.

3. LOS FACTORES EXTERNOS

Atender a las distintas facetas de la discapacidad ha impulsado cambios en la forma de recoger su relevancia en distintos países, pero sobre todo a tomar conciencia de que la discapacidad es el resultado de una relación entre la deficiencia de unas personas y las barreras que emergen cuando interactúan con el contexto: desde la familia a la escuela, desde el trabajo al ocio.

Entre los elementos externos al sistema productivo, que tienen una gran influencia en el empleo de las PcD, hay que destacar los siguientes:

- En primer lugar la **sensibilización**. Del propio colectivo y de su entorno más cercano hacia la importancia del trabajo remunerado; de los trabajadores y de las empresas, de los interlocutores sociales; de las Administraciones públicas, de las instituciones responsables del empleo y la igualdad y de la opinión pública.
- También el **cumplimiento de la norma** – en su faceta de cuota y también de medidas alternativas- es, desde luego, un tema prioritario para la NC. Para lo que es tan importante la sensibilización como el reforzamiento de la exigencia administrativa, la negociación colectiva o la imposición de sanciones.
- En tercer lugar sería necesario **repensar las fórmulas actuales de incentivos y prestaciones sociales**. De un lado, para diferenciar los incentivos financieros a la contratación o adecuación de los puestos de trabajo de los trabajadores con discapacidad en función del grado y del tipo de discapacidad. De otro, para adecuar mejor el sistema de prestaciones sociales a los casos de discapacidad sobrevenida. También, probablemente, para incentivar a las empresas que sobrepasan la cuota de contratación a la que les obliga la ley. No menos importante sería analizar si hay que ajustar las bonificaciones a las empresas menores de 50 trabajadores, que es donde más contrataciones se realizan, sobre todo en aquellos casos en que la contratación se concentra en personas con discapacidad que no requieren prácticamente adaptación de puestos de trabajo. Y, finalmente, para favorecer la adecuación de puestos de trabajo.

4. LA SITUACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

En el año 2013, el número de personas de entre 16 y 64 años con discapacidad reconocida ascendió a 1.428.300 personas. La proporción de personas (entre 16 y 64 años) con discapacidades reconocidas no ha dejado de crecer: desde el 3,5 por ciento en 2009 al 4,7 por ciento en 2013. La incidencia es mayor entre los hombres y personas con 45 años o más: un 5,1% y un 7,4%, respectivamente, en el último de los años mencionado. La presencia en el empleo de las personas con discapacidad es ya, y lo será más en el futuro, un factor político, social y económico de gran importancia.

En el año 2008 se inicia la elaboración y publicación periódica por parte del Instituto Nacional de Estadística de la estadística sobre La situación laboral de las personas con discapacidad que toma como base las personas con Certificado de

Discapacidad. Esta información ha constituido la base para la información que hemos manejado en los diferentes informes, y sus datos más recientes corresponden a 2013. Hay que advertir que se trata de un período que coincide con los años más duros de la crisis económica, con la aplicación de una reforma laboral que ha facilitado el despido de miles de trabajadores fijos y con una disminución en el gasto social sin precedentes. Todos los trabajadores y trabajadoras se han visto afectados y especialmente las PcD, como veremos más adelante.

En ese mismo período se aplicaban de manera sucesiva la primera Estrategia para la Discapacidad (2008-2014) y la II Estrategia (2014-2020) que resaltan distintas medidas necesarias para favorecer la inserción laboral del colectivo, incidiendo en colectivos o iniciativas concretas (las mujeres, el autoempleo entre otros) y en la importancia del diálogo social y la negociación colectiva como instrumentos indispensables en el diseño y aplicación de alguna de ellas.

A la vista de los datos, los efectos de la crisis económica, y de las políticas aplicadas, han sido dramáticos tanto para personas con discapacidad como para las que no lo son. Si bien la tasa de ocupación y el número de contratos han tenido una evolución más favorable entre las PcD que entre el resto de la población en edad de trabajar, en los seis años transcurridos desde el inicio de la crisis no han mejorado sustancialmente las diferencias que existen en algunos indicadores básicos como el empleo o el tipo de ocupación, mientras que en otros, como el paro, las distancias han aumentado considerablemente.

De igual manera, la segmentación interna que se producía, en materia de empleo, entre las PcD según el tipo de discapacidad se mantiene o aumenta.

Indicadores de situación de las PcD. Población de personas entre 16 y 64 años.				
	2009		2013	
	Personas sin discapacidad	Personas con discapacidad	Personas sin discapacidad	Personas con discapacidad
Proporción de PcD¹	..	3,5	..	4,7
Tasa de actividad²	75,5	36,1	77,2	37,4
Tasa de empleo³	62	28,3	57,1	24,3
Tasa de paro⁴	17,9	21,7	26	35
% temporales	25,3	22,1	23,2	20,8
% jornada parcial	12,4	13,6	15,6	17,7
% estudios superiores	27,9	13,6	31,7	15,0
% Secundaria y programas formación e inserción laboral	53,3	42,5	54,4	48,6
% Ocupaciones elementales⁵	12,9	21,2	12,7	18,8
% Técnicos (intelectuales y de apoyo)⁶	26,9	21,0	28,3	20,2

NOTAS:
¹ Porcentaje de PcD sobre el total de personas en edad de trabajar (16 a 64 años).
² Porcentaje de la población activa sobre el total de personas en edad de trabajar.
³ Porcentaje de la población ocupada sobre el total personas en edad de trabajar.
⁴ Porcentaje de la población parada sobre el total de personas activas.
^{5,6} Las cifras recogidas cubren sólo el período 2011 a 2013

Fuente: *La situación laboral de las personas con discapacidad*. Serie 2009-2013. Instituto Nacional de Estadística. Personas entre 16-64 años.

El crecimiento de la tasa de actividad, que aún se mantiene muy alejada de la de las personas sin discapacidad, señala una incorporación paulatina de PcD al mercado de trabajo. La tasa de empleo cae cuatro puntos porcentuales, del 28,3% al 24,3% (aunque menos que entre las personas sin discapacidad), pero el paro asciende hasta el 35% en 2013 (cerca de 14 puntos porcentuales). Una cifra que se sitúa muy por encima del 26% de las personas sin discapacidad para ese mismo año.

Las dificultades de acceso al empleo son mayores para las personas con discapacidad intelectual que, en el año 2013, sólo alcanzan una tasa de empleo del 15,9%.

Uno de los resultados más notables en los últimos años es, sin duda, el aumento del nivel medio de estudios entre las PcD. Entre 2009 y 2013 aumentan en casi dos puntos porcentuales la proporción de las que tienen un nivel de estudios superiores

(15% en 2013) y, sobre todo, la proporción de las que tienen estudios secundarios, cuya proporción aumenta en ese mismo período 6 puntos porcentuales, hasta llegar al 48,6% en el año 2013.

Un incremento que tarda en trasladarse a la estructura ocupacional. En 2011, un 21% de las PcD tenían una ocupación elemental, frente a un 18,8% en 2013. La proporción de técnicos disminuye de 2011 a 2013 en cerca de un punto porcentual (hasta el 20,2%) mientras que entre las personas sin discapacidad en ese mismo período se produce un incremento de en torno a dos puntos porcentuales hasta llegar al 28,3%.

En términos comparados, la situación de las PcD en relación al empleo es en España claramente desfavorable en comparación con Europa. La tasa de empleo (de 20 a 64 años) se situó en el 46,9% en el año 2011 en la UE. Y países como Francia y Alemania alcanzaron proporciones del 51,6% y del 53,3%, respectivamente, en esa misma fecha. La tasa de paro de las PcD en la UE fue del 17,4% y la tasa de actividad del 56,7%, también en 2011.

5. LA IMPORTANTE CUESTIÓN DE LA DISCAPACIDAD SOBREVENIDA

En relación con lo que estamos mencionando, las situaciones de Discapacidad Sobvenida a lo largo del periodo laboralmente activo constituyen cuantitativamente el mayor número de las PcD. Los progresos estadísticos realizados en los últimos años han permitido conocer que la población en edad de trabajar a la que se le ha reconocido una discapacidad ha crecido de forma intensa durante la crisis hasta alcanzar prácticamente el millón y medio de personas, en su mayor parte personas de entre 45 y 64 años de edad, poniendo de manifiesto la vinculación de la Discapacidad Sobvenida con el desarrollo de enfermedades que, en muchas ocasiones, se derivan de la propia actividad profesional y del consiguiente desgaste físico.

El mayor crecimiento relativo se ha producido entre los desempleados, aunque también se incrementa en los ocupados. Pero el grupo en el que se concentra el mayor aumento en volumen es en el de los inactivos. Sin embargo, el reconocimiento de prestaciones por incapacidad (o de otras, no necesariamente pensiones de incapacidad) se ha incrementado mucho menos, por lo que se ha ampliado de forma significativa el volumen de PcD no cubiertas por prestaciones: casi la mitad, unas setecientas mil, no lo están.

Los factores que inciden sobre la Discapacidad Sobrevenida en España tienden a agravarse: al fuerte incremento de la población afectada se le une un funcionamiento aparentemente anómalo de las prestaciones por invalidez, donde muchas personas activas con discapacidad reconocida no reciben prestaciones, y en sentido contrario, muchas de las personas con discapacidad reconocida que reciben prestaciones son expulsadas del empleo o se ven obligadas a convertirse en inactivas para no perder el derecho a las prestaciones.

Hay por lo tanto en nuestro país problemas de desprotección de la Discapacidad Sobrevenida y de expulsión del empleo y dificultad para mantener la actividad laboral. Del estudio comparado de los regímenes de pensiones de invalidez en la UE, que hemos realizado, se han podido extraer una serie de importantes recomendaciones que permitirían superar esta situación:

- La necesidad de resaltar las capacidades antes que las incapacidades, y de tener en cuenta las capacidades residuales y un enfoque individualizado a la hora de la continuación del empleo en la misma empresa.
- La conveniencia de separar el concepto de incapacidad a efectos del percibo de prestaciones del de ineptitud para el trabajo, y de promover una actitud proactiva en favor del trabajo, estableciéndose derechos y obligaciones a los trabajadores con discapacidad.
- Debe implicarse a los empresarios por medios de incentivos y ayudas eficaces, promoviendo un cambio de sus actitudes por medio de asesoramiento, apoyo técnico, campañas de información, *coaching*, etc.
- La imprescindible intervención directa de las organizaciones sindicales en la puesta en práctica de políticas de recolocación o gestión del empleo.
- La motivación de los trabajadores, permitiéndoles la compatibilidad total o parcial de sus salarios con las pensiones que perciban y la mejora en relación con la situación de inactividad.
- El cambio de enfoque de las Entidades Gestoras acerca de la necesidad de adoptar medidas proactivas en favor del empleo y no limitarse al simple pago de las pensiones. Este cambio supondría un incremento de las cotizaciones y una disminución de los gastos de pensiones.
- Y la imprescindible sensibilización de los legisladores acerca de que los conceptos discapacidad/empleo no son contradictorios ni incompatibles, sino que por el contrario, pueden y deben complementarse, y que para ello, deben formularse políticas igualitarias y no discriminatorias en materia de colocación y/o despido.

6. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU FUNCIONAMIENTO

Uno de los principales objetivos del primer estudio fue conocer el impacto de la negociación colectiva en la inserción laboral de las personas con discapacidad.

Como punto de partida contamos con los resultados del análisis de una muestra de 421 convenios (sectoriales estatales, provinciales y de empresa firmados la mayoría de ellos antes de 2011 y recogidos en el registro de convenios (REGCON) con el objetivo de identificar el alcance del tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva o, de forma más precisa, en los textos que finalmente acordaron los representantes de trabajadores y empresas). Sólo en el 39% de los mismos se hacía alguna mención a la discapacidad. La mayoría de ellas incluidas en convenios de ámbito estatal sectorial o de empresa.

Ese primer indicador anuncia otras limitaciones identificadas en el análisis: la falta de sensibilidad respecto a la discapacidad, el uso de términos desechados desde hace tiempo, o un tratamiento más próximo a una propuesta u orientación que a una regulación que obligue a las partes, son algunas de ellas. El tratamiento disperso y poco sistemático y la escasa articulación de esta materia entre los diferentes niveles de negociación reflejan la ausencia de una visión política sobre la importancia de la negociación colectiva para abordar la integración laboral de las PcD.

Aun así, del análisis sobre el tratamiento que sí se hace de la discapacidad en los convenios emergen algunas pautas que proporcionan una base para seguir avanzando. Esas pautas tienen que ver con la diferencia de los contenidos tratados en los convenios de empresa y sectoriales. En los primeros se abordan en mayor medida la regulación de beneficios sociales o de la discapacidad sobrevenida (sobre todo en materia de Incapacidad Temporal) o la inclusión de regulaciones específicas en materia de contratación, clasificación profesional o formación en los convenios de ámbito sectorial.

Precisamente en materia de empleo cabe subrayar la insuficiente regulación de la cuota. A la vista de los resultados, y teniendo en cuenta el grado de cumplimiento y la importancia de la contratación de PcD por parte de empresas con menos de 50, cabe desplegar a través de la negociación colectiva un mayor abanico de iniciativas que combinen incentivos y porcentaje de cuota de contratación de PcD de una manera más flexible y con mayor alcance.

De igual modo es insuficiente el tratamiento que se hace en materias clave para avanzar en la adaptación de puestos y procesos de trabajo. Un ejemplo es el

tratamiento en la Prevención de Riesgos: desde avanzar en mayores compromisos para el cumplimiento de lo que la Ley establece en materia de adaptación en casos de discapacidad sobrevenida hasta el desarrollo de actuaciones y propuestas que tengan en cuenta las características específicas de la actividad. Lo mismo puede decirse de la adaptación de otras condiciones de trabajo como la jornada.

Por último, si bien se ha producido un incremento de las iniciativas de RSE dirigidas al colectivo, está lejos una integración de las mismas en la negociación colectiva. Las menciones en los textos analizados son muy escasas.

No es viable mantener una separación sobre la base del carácter voluntario de una y la obligación derivada del compromiso que adquieren las partes en un convenio colectivo: no contribuye a una integración real de las PcD. A diferencia de una iniciativa en materia de RSE, la regulación del convenio trata de afrontar, al menos desde las posiciones sindicales, las condiciones de trabajo en términos de igualdad para todos y a partir de ahí identificar discriminaciones que la impiden y arbitrar mecanismos que la hagan posible. Entendemos que este es el camino de la integración y no la iniciativa voluntaria que en todo caso cumple una función complementaria. Y sobre todo, así piensan los trabajadores y trabajadoras con discapacidad que cuestionan la supuesta bondad de las iniciativas voluntarias cuando se contradicen con las prácticas reales.

7. LAS PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Negociación Colectiva (NC) es, como ya se ha dicho, un instrumento esencial para lograr una mayor inserción y reinserción en el empleo de las PcD. La NC puede mejor que ningún otro instrumento:

- crear un entorno de entendimiento entre las empresas y los trabajadores acerca de la necesidad y las formas de conseguir esa inserción laboral, puede sensibilizar a todos los actores y romper con negativos mitos y esquemas mentales que impiden su contratación,
- puede analizar y determinar los puestos de trabajo y adaptarlos,
- puede facilitar con ello el cumplimiento de las obligaciones legales,
- puede establecer los cauces y regulaciones que permitan adaptar las condiciones de trabajo,
- y crear dispositivos en las mismas que concilien el desarrollo de un trabajo productivo y las necesidades y a veces limitaciones de las PcD.

La NC es, por lo tanto, un instrumento potencialmente muy útil para el empleo de las PcD, puede hacer muchas cosas pero hasta ahora no lo ha hecho con la intensidad suficiente ni ha desarrollado métodos y regulaciones suficientemente evolucionados y precisos para lograrlo. De esa constatación surge la necesidad de repensar la forma en la que la NC viene reaccionando ante la cuestión del empleo de las PcD.

El primer problema y el más básico es la pobreza, y muchas veces la ausencia, de tratamiento de la cuestión en los convenios colectivos. Solo alcanzando un alto grado de densidad en la regulación de esta cuestión se logrará dar un salto adelante de verdadera entidad y capaz de cambiar las cosas. Tratarlo en muchos más convenios, en muchos más ámbitos y niveles de la NC, y tratarlo mucho más en profundidad.

El contexto en el que desde hace tiempo se desarrolla la NC, y que se ha agravado recientemente, no facilita esta tarea. Las últimas reformas y la crisis han vuelto la NC menos cooperativa y más conflictiva. Y la primera consecuencia de ello es la pobreza de contenidos, la concentración en aquellos que se consideran más básicos o esenciales para las partes que negocian, normalmente los aspectos retributivos, de empleo y de condiciones de trabajo y flexibilidad interna. Incluso en los *ámbitos negociables* donde se logra realizar un tratamiento reseñable de las importantes cuestiones contempladas en el campo de la Igualdad, la regulación del empleo de las PcD suele habitualmente alcanzar un escaso tratamiento, que termina por reproducir las condiciones y preceptos legales, o una expresión de voluntad de su cumplimiento, lo que no entraña pasos adelante de entidad real.

Otro de los problemas, en este caso relacionado más con el carácter limitado de lo regulado que con la ausencia de tratamiento, deriva del enfoque con el que se aborda la cuestión del empleo de las PcD. En la medida que se trata de una cuestión que tiene múltiples facetas, y siguiendo el esquema de otras materias que han alcanzado un mayor grado de madurez en la NC, se la aborda de forma transversal. Lo cual, contrariamente a lo que se pretende, termina por convertir la regulación de los aspectos relativos a la Discapacidad en cuestiones puntuales o de detalle específico dentro de la regulación de otras materias. Con ello, no se logra que las empresas y trabajadores del ámbito del convenio encuentren formado un marco estructurado, sistemático y completo que permita abordar de forma integral la cuestión del empleo de las PcD. Y su carencia vacía la potencialidad de la NC.

Tampoco resulta adecuado, en general, que una materia como esta que, como decimos, requiere la creación de un marco y unos instrumentos específicos para su posterior utilización y gestión en las empresas, sea –a diferencia de otras– de tratamiento y negociación anual. Y ni siquiera en todos los procesos de negociación del

convenio. Su carácter estructural parece reclamar más bien otro tipo de negociación. Más pausada, con mayor disposición de tiempo y una larga preparación previa. Para posteriormente trasladar la misma a las empresas, y comprobar y evaluar su funcionamiento. Y esa evaluación sería la que permitiría realizar un nuevo replanteamiento en profundidad que dé lugar a reformas del marco creado.

De tal forma que, el tratamiento del empleo de las PcD en la negociación colectiva requeriría, en resumen, modificar todo el planteamiento con el que actualmente se aborda su negociación: primero, crear las condiciones para que su negociación se produzca (lo cual tiene a su vez una serie de prerequisites que asimismo se contemplan en los estudios realizados); segundo, dotar de un tratamiento específico e integral a la cuestión del empleo de las PcD; y tercero, plantear una negociación con una importante preparación previa y con un tiempo de negociación mucho más largo del habitual.

8. UNA NUEVA ESTRATEGIA PARA ABORDAR LA DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Del análisis de los resultados que evidencia hasta hoy la NC, y de las anteriores reflexiones a las que ese análisis ha dado lugar, hemos desarrollado propuestas para plantear un nuevo método de trabajo sindical para la negociación del empleo de las PcD que dé lugar a un aumento de la eficacia, es decir, a unos mejores resultados cuantitativos y cualitativos en los convenios colectivos. Una nueva estrategia, podríamos decir, que consta de los siguientes elementos y pasos en un proceso más idóneo de realización de la negociación colectiva:

1. Preparación sindical previa a la negociación.
2. Crear las condiciones objetivas con la parte empresarial previas a la negociación.
3. Diseñar un planteamiento completo de cómo abordar la negociación en el ámbito del convenio.
4. Mejorar las cláusulas y contenido de la regulación del convenio.

Una herramienta que está, como el resto de los estudios reseñados, disponible en la página web de la Fundación (<http://portal.ugt.org/fflc/estudios/menuestu.htm>), y que esperamos que sea de utilidad a los negociadores de los convenios para conseguir el avance en el tratamiento de la Discapacidad en la NC, que es el objetivo unánimemente compartido.

Maite Vargas Sanpedro
mtvargasam@gmail.com

José María Zufiaur Narvaiza
jmzufiaur@gmail.com

Antonio González González
agonzalezg@ccc.ugt.org
Fundación Largo Caballero

BARÓMETRO

EL GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

La integración de la mujer al mercado de trabajo es un fenómeno que ha modificado la sociedad española en las últimas décadas, tanto desde perspectivas sociológicas como económicas. Ello necesariamente ha de tener reflejo en las relaciones laborales, no tanto por que pueda existir o dejar de existir una diferente forma de actuar estrictamente femenina –valoración que sería ciertamente discutible– como por el hecho de que todas las funciones que venían desarrollándose en el ámbito de las relaciones familiares ahora tienen que ser, o bien compartidas por hombres y mujeres, o bien asumidas por terceros. En el primer caso, las necesidades familiares entrarán de forma determinante en el desarrollo de las relaciones de trabajo; en el segundo, se producirá un crecimiento de la importancia del empleo al servicio del hogar familiar que responderá a una lógica ciertamente distinta de la «estándar». El Estatuto de los trabajadores y demás normativa laboral general está redactada bajo la hipótesis implícita de un empresario dedicado a actividades productivas, en las que el genera un bien o servicio que tiene que colocar en el mercado.

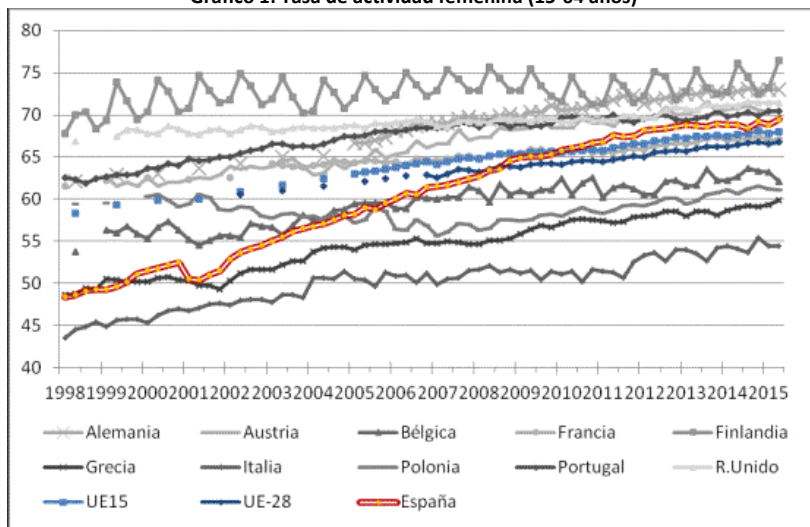
Además, en una actividad social –el trabajo– históricamente copada por hombres, la incorporación de la mujer puede producir situaciones de tratamiento diferenciado –cuando no directamente discriminatorio– que también merecen una atención.

Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, es preciso cuantificar la evolución general de la mujer, en cuanto que trabajadora en nuestro mercado de trabajo, para poder entender la magnitud de lo que aquí se trata.

En una perspectiva Europea, la evolución del mercado español es claramente atípica y, a diferencia de otras ocasiones, esta vez para bien. Como muestra el Gráfico 1, España partía de una tasa de actividad femenina baja en términos relativos en el año 1998 –donde comienza la serie ofrecida por la oficina estadística de la Comisión Europea– en niveles similares a los de Polonia y lejos de las grandes potencias de la Unión. Algo menos de tres décadas después este indicador ya supera la media

comunitaria y está en niveles semejantes a Reino Unido, Francia o Alemania. Si bien es cierto que, en general, la tasa de actividad de las mujeres ha aumentado en toda Europa, el avance de España es particularmente espectacular. Sin extender más la exposición en este punto, baste decir que ha pasado de ser el vigésimo quinto país por esta variable a estar en la decimotercera posición. De esta forma, es la economía que más puestos ha avanzado en este tiempo en esta clasificación.

Gráfico 1: Tasa de actividad femenina (15-64 años)

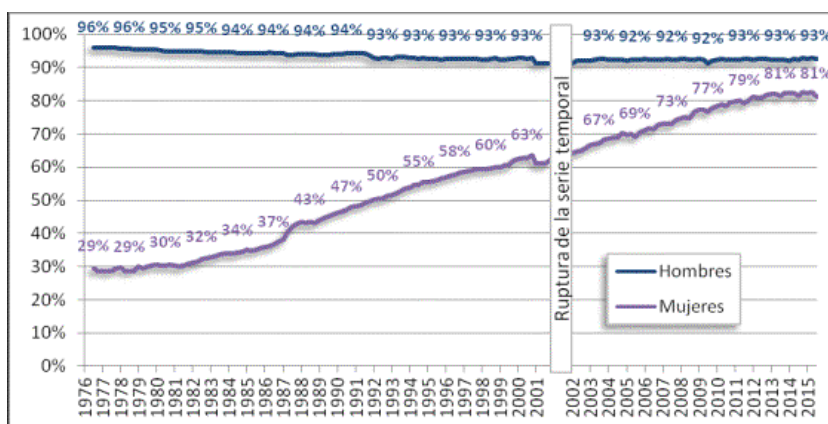
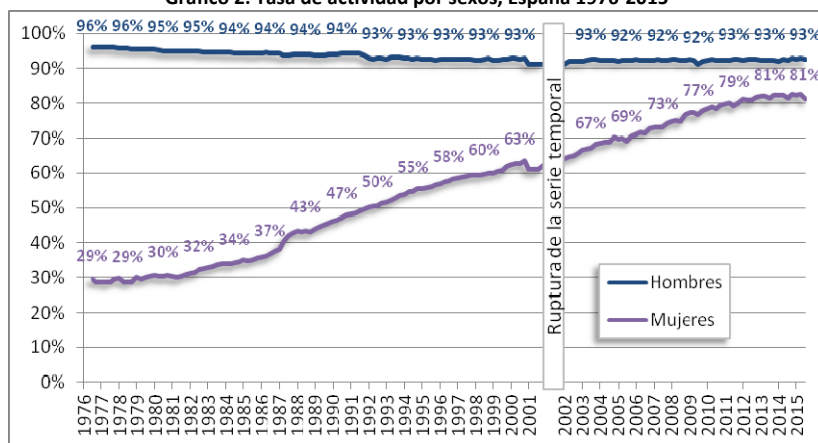


FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE DATOS DE EUROSTAT

Si se centra el foco en España y se mira algo más atrás, el cambio es aún más espectacular. Las estadísticas de la Encuesta de Población Activa se extienden, con algunas limitaciones, casi hasta mediados de los años setenta. Desde entonces, al margen de la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se han producido múltiples cambios sociológicos y demográficos que pueden generar problemas para realizar comparaciones relevantes. Así, aspectos como la esperanza de vida –ha aumentado en casi 10 años en las últimas cuatro décadas– o la mayor extensión de los estudios superiores –habiéndolos cursado un 40,8% de quienes en 2015 tienen entre 25 y 35, frente al 18,5 % de los nacidos entre 1945 y 1954– hacen que haya algunas distorsiones. Por ello, resulta de interés tomar el grupo de edad entre 25 y 54 años, de tal modo que los jóvenes que pretenden desarrollar una carrera profesional mayoritariamente se han incorporado a la población activa y las personas de más edad no han comenzado a sufrir la expulsión del mercado de trabajo.

Con esas apreciaciones, los resultados desde la perspectiva de género son francamente espectaculares, tal y como muestra el Gráfico 2. Al inicio de la serie temporal (1976) sólo un 29% de las mujeres en este grupo de edad trabajaban, frente a la práctica totalidad de los hombres (un 96%). En estas casi cuatro décadas (1976-2015) la situación ha cambiado radicalmente, pues hoy son ya ocho de cada diez las mujeres entre 25 y 54 años que forman parte de la población activa, y la diferencia con los hombres se ha reducido desde los sesenta y seis puntos porcentuales iniciales a poco más de diez.

Gráfico 2: Tasa de actividad por sexos, España 1976-2015



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE DATOS DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

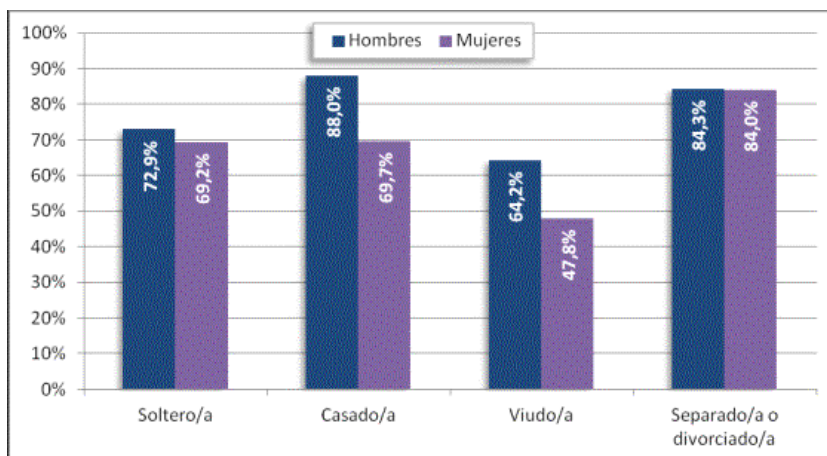
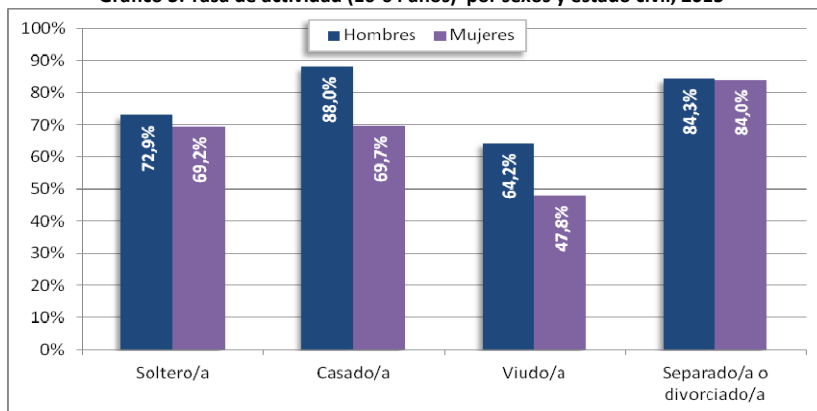
Es cierto, no obstante, que el avance se ha detenido en la última fase de la actual crisis económica, y la reducción de esta «brecha de actividad» deja de avanzar. Así, en

la primera fase de la crisis, la tasa de actividad femenina en este grupo de edad siguió creciendo a un ritmo similar al que se observaba hasta 2007 (un promedio de punto y medio porcentual al año), llegando al final de 2011 al 80,7%. A partir de este momento se observa una tendencia al estancamiento, de modo que en el tercer trimestre de 2015 la tasa de actividad para las mujeres de entre 25 y 54 años se sitúa en el 81,1%.

Es preciso, antes de comenzar el análisis de las características diferenciales del trabajo por razón de género, mencionar que no puede ignorarse un aspecto cultural o sociológico clave: el estado civil tiene una importancia determinante en la actitud de las personas hacia el mercado de trabajo. Dejando al margen dos estados en que la edad de los componentes del grupo puede influir en las tasas de actividad –la mitad de los solteros¹ tiene menos de 30 años y de los viudos más de 58–, destaca la diferente realidad existente entre personas casadas y separadas o divorciadas. Puede apreciarse en el Gráfico 3 que las mujeres separadas presentan tasas de actividad iguales que las de los hombres, y muy superiores a las de mujeres de cualquier otro estado civil; sin embargo, las casadas –grupo con una media de edad similar a las anteriores– presentan tasas de actividad notablemente más bajas que las de los hombres en igual situación. No es este el lugar de analizar la dirección de la causalidad (¿se rompen más los matrimonios en las que las mujeres son laboralmente activas o las mujeres separadas/divorciadas se incorporan más al mercado de trabajo?), pero sí debe resaltarse la incidencia de estas y otras variables ajenas a lo estrictamente laboral en el mercado de trabajo. Dicho de otro modo, no todos los problemas de género que se encuentren en las relaciones laborales pueden solucionarse desde la normativa o práctica jurídico-laboral, sino que traen su origen en elementos patriarcales de la organización social.

1 En el grupo tomado como referencia (16 a 64 años)

Gráfico 3: Tasa de actividad (16-64 años) por sexos y estado civil, 2015²

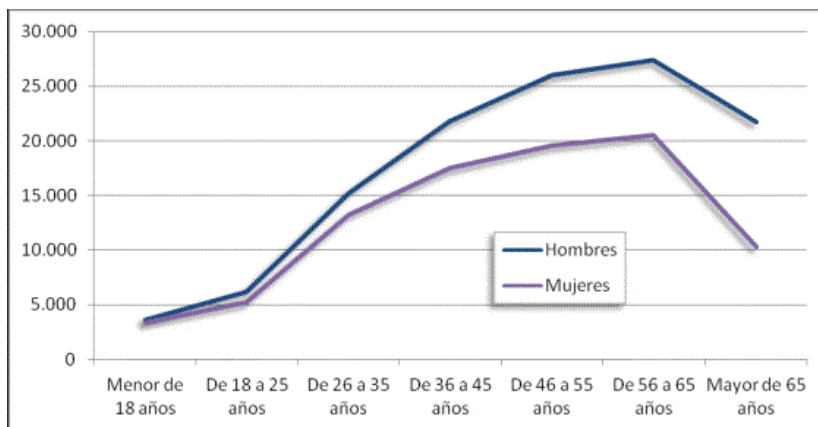
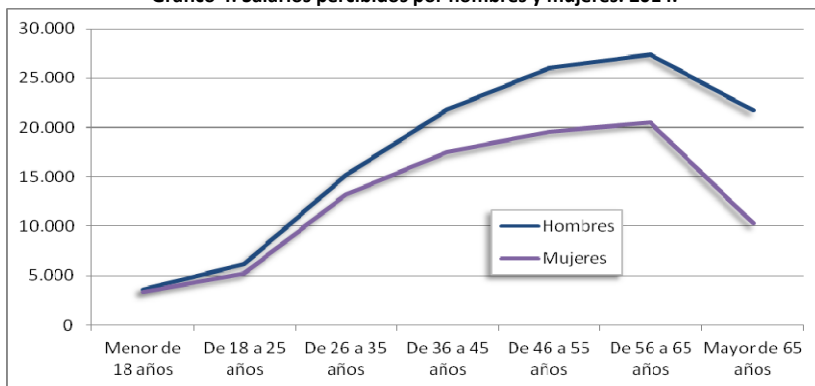


FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

En todo caso, no cabe duda de que, al margen de la evolución más reciente, el papel de la mujer en el mercado de trabajo es una cuestión que cuantitativamente presenta una relevancia creciente. La diversidad de situaciones y la infinidad de aspectos en que pueden darse diferencias entre hombres y mujeres hace necesariamente de este estudio un trabajo parcial, que puede complementarse con otros puntos de vista. En las siguientes páginas se analizarán algunas cuestiones centrales para aportar elementos útiles para el debate y la acción normativa y de vigilancia, tanto de los agentes sociales como de los poderes públicos.

2 En general, dado que aún no ha finalizado el año, se utilizan los tres primeros trimestres, completados por el cuatro trimestre de 2014 para evitar que efectos estacionales produzcan distorsiones.

Gráfico 4: Salarios percibidos por hombres y mujeres. 2014.



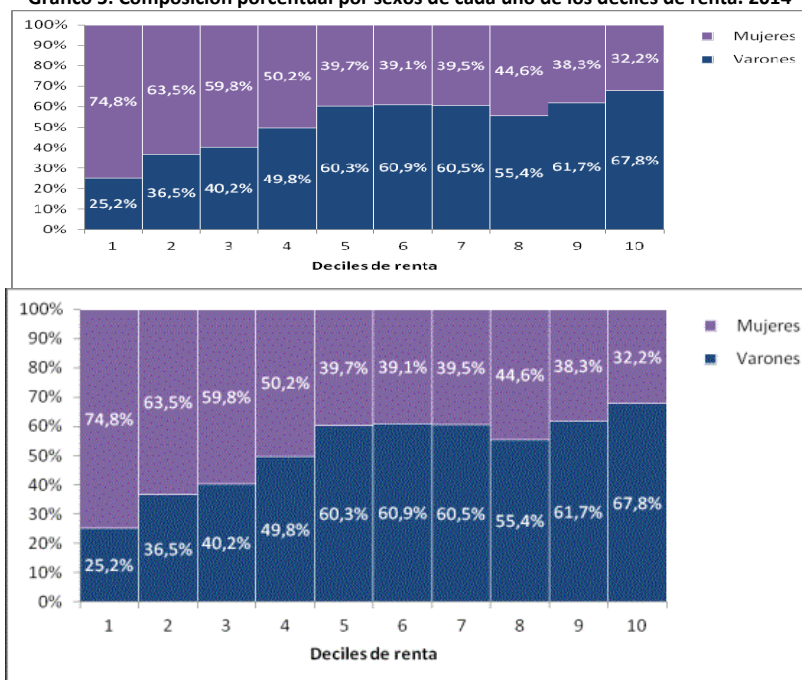
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE DATOS DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

Debe señalarse que existe una importante omisión, perfectamente consciente en este análisis. No se tratará la llamada brecha salarial. Evidentemente, es un aspecto de suma importancia y que sin duda está presente en nuestro mercado de trabajo. Los datos anuales de la Encuesta de Población Activa muestran que entre el 40% de población que menos ingresos obtiene, predominan las mujeres; los ingresos salariales superiores, por el contrario, corresponden mayoritariamente a los varones.

En el mismo sentido, conforme a los datos de la agencia tributaria, los salarios de las mujeres fueron en 2014 un 22,4% más bajos que los de los hombres (o lo que es lo mismo, los hombres cobraron un 29% más que las mujeres). Sin embargo, estas diferencias no implican, ni mucho menos, que para el mismo trabajo haya esas diferencias de retribución. Como puede apreciarse en el Gráfico 4, sólo introduciendo correcciones por edad se aprecia que el diferencial va creciendo. Elementos como la

mayor incidencia del tiempo parcial, las distintas actividades y ocupaciones a las que se dedican las mujeres, la formación, la antigüedad en la empresa y experiencia en el sector... determinarán el salario. Sólo después de haber valorado esas cuestiones podría hablarse de brecha salarial en sentido estricto; en otro caso, la diferencia salarial provendría de cuestiones que no tienen nada que ver con la retribución, y que merecerían una atención separada. Pues bien, a estos aspectos se dedica este estudio – que no es poco– dejando para otra ocasión un análisis de la complejidad y profundidad que requeriría atender a las causas de formación de salarios.

Gráfico 5: Composición porcentual por sexos de cada uno de los deciles de renta. 2014



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

2. EL TRABAJO DE LAS MUJERES EN ESPAÑA

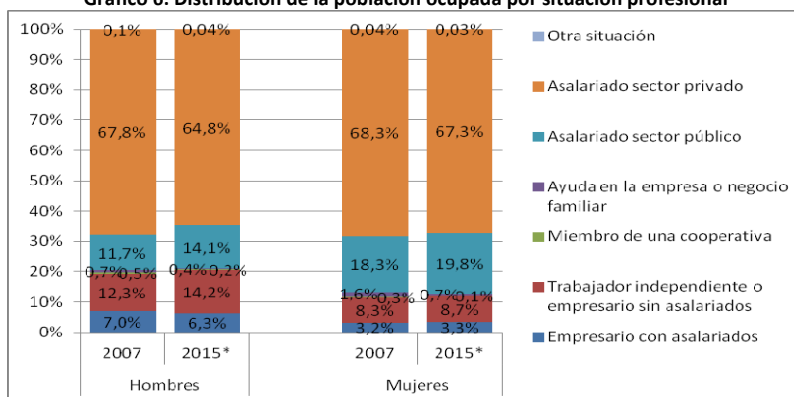
2.1. Estabilidad en el empleo

La dualidad del mercado de trabajo español es un hecho conocido y que, con frecuencia, se atribuye –erróneamente– al peso de sectores como la construcción y el turismo. Al margen de que en esas actividades efectivamente la temporalidad tienda a

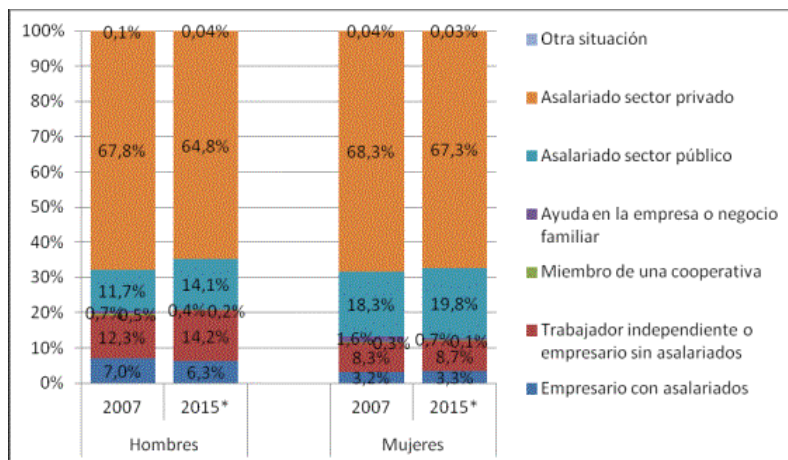
ser más elevada, lo cierto es que la tasa de temporalidad española supera ampliamente a la de la media comunitaria en todas y cada una de las ramas de actividad (NACE Rev. 2). Las diferencias en la temporalidad, por tanto, no pueden atribuirse a la mayor o menor «feminización» o «masculinización» de las actividades, asunto que también será objeto de análisis en otro epígrafe de este trabajo.

La estabilidad en el empleo se refiere generalmente a los trabajadores por cuenta ajena, lo que resulta lógico por cuanto que, en otras clases de actividad laboral, la mayor o menor probabilidad de permanencia en el puesto de trabajo no depende de la decisión directa de otro sujeto sino del propio desempeño o de la situación de mercado. Por ello, es preciso partir del hecho de que la tasa de asalarización – porcentaje de los ocupados que son asalariados– es notablemente mayor entre las mujeres que entre los hombres. Como puede observarse en el Gráfico 6, el 87% de las mujeres (frente al 80% de los hombres) son asalariadas, con diferencias más acentuadas en cuanto al empleo público.

Gráfico 6: Distribución de la población ocupada por situación profesional



El género en el Mercado de Trabajo



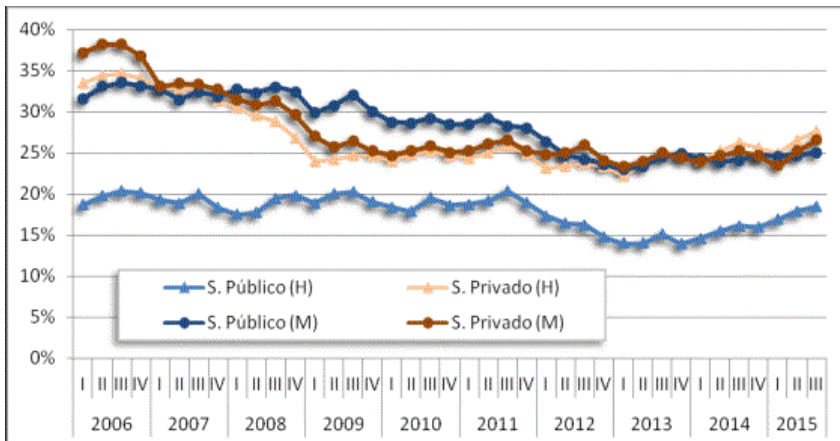
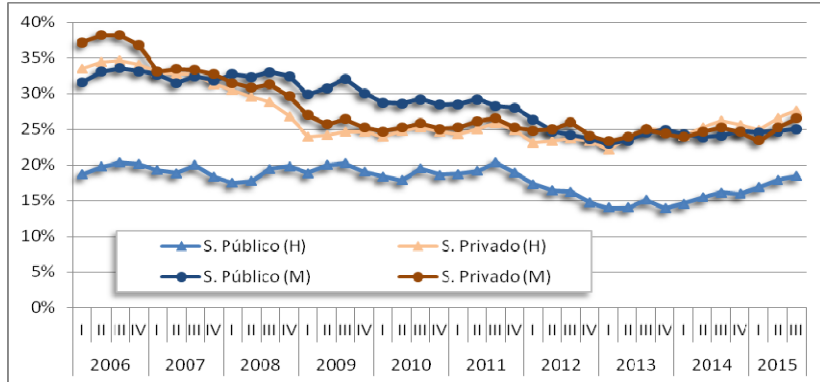
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

La tasa de temporalidad española en la última década, como se ha expuesto en anteriores números de esta misma revista, presenta un fuerte carácter cíclico; así, aumenta en las épocas de bonanza y se reduce en las situaciones de crisis. Esto responde al uso de los trabajadores como mecanismo de ajuste rápido (y barato) frente a variaciones del ciclo. Así, en la actual crisis se ha reducido la temporalidad hasta niveles desconocidos en nuestra economía desde los últimos años 1980, aunque es cierto que la reducción comenzó en el año 2006, aún en época de bonanza económica. De esta forma, desde los niveles máximos en ese año, la tasa de temporalidad llegó a caer en 12,6 puntos porcentuales, si bien desde los inicios de 2013 ha vuelto a repuntar.

En la desagregación por sexos, atendiendo al carácter público o privado del empleador, puede observarse que en los últimos años hay varios puntos que merecen cierta reflexión. En primer lugar, debe resaltarse que el empleo público masculino presenta variaciones muy suaves y en niveles constantemente más bajos que el resto de grupos analizados. De hecho, destaca el hecho de que el empleo público femenino ha sufrido tasas de temporalidad más elevadas que las de las asalariadas del sector privado y los hombres en cualquier sector durante gran parte de la crisis económica (de 2008 a 2012). En realidad, este efecto se debe a una relativa estabilidad en la forma de contratar de las administraciones públicas, frente a la rápida reducción del empleo de duración determinada en el ámbito privado. El fuerte ajuste –destrucción de uno de cada cuatro puestos de trabajo temporales– que el sector privado hizo en 2008 se repitió cuatro años después en el ámbito del empleo público en 2012, incluso con algo más de intensidad. Particularmente, debe señalarse que son las administraciones

autonómica y local las que mayor responsabilidad tienen en este ámbito; entre ambas, en este periodo, prescindieron del 50% y el 40% respectivamente de las aproximadamente 90.000 mujeres con contratos temporales en la Administración que dejaron de tenerlos en ese año.

Gráfico 7: Tasa de temporalidad para hombres (H) y mujeres (M) según la naturaleza de su empleador

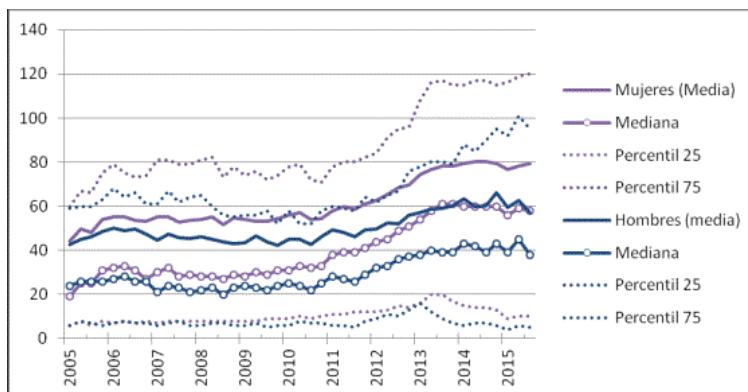
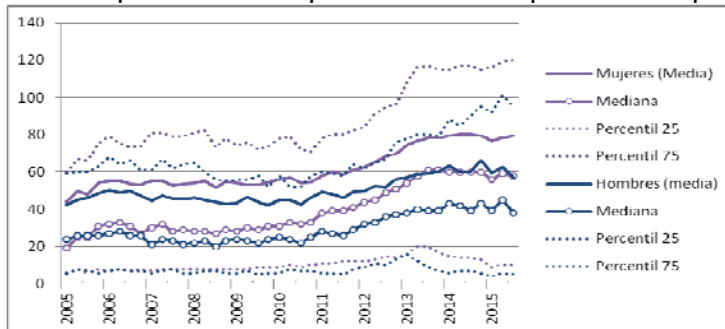


FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

En relación a la estabilidad efectiva, esto es, la duración de las relaciones laborales, los resultados también presentan interés. En primer lugar, y aunque esto escapa del objeto de este análisis, puede observarse un uso «estructural» de la temporalidad por parte de la administración que, sin estabilizar a su personal por medio de procesos de contratación indefinida (o en su caso funcionarización), mantiene a las mismas personas durante largos periodos de tiempo. Así, en promedio, los empleados temporales de las administraciones públicas han permanecido unos seis años en esta

situación, frente a los poco más de dos años del sector privado. Retomando la perspectiva de género, el Gráfico 7 muestra con claridad cómo la situación de la mujer en la administración pública presenta una «estabilidad en la inestabilidad» mayor: si atendemos al tiempo promedio de permanencia al servicio del actual empleador, para las trabajadoras temporales es de seis años y medio, frente a los cuatro años y nueve meses de los varones con relación temporal con una administración pública.

Gráfico 8: Tiempo en meses en la empresa de asalariados temporales del sector público

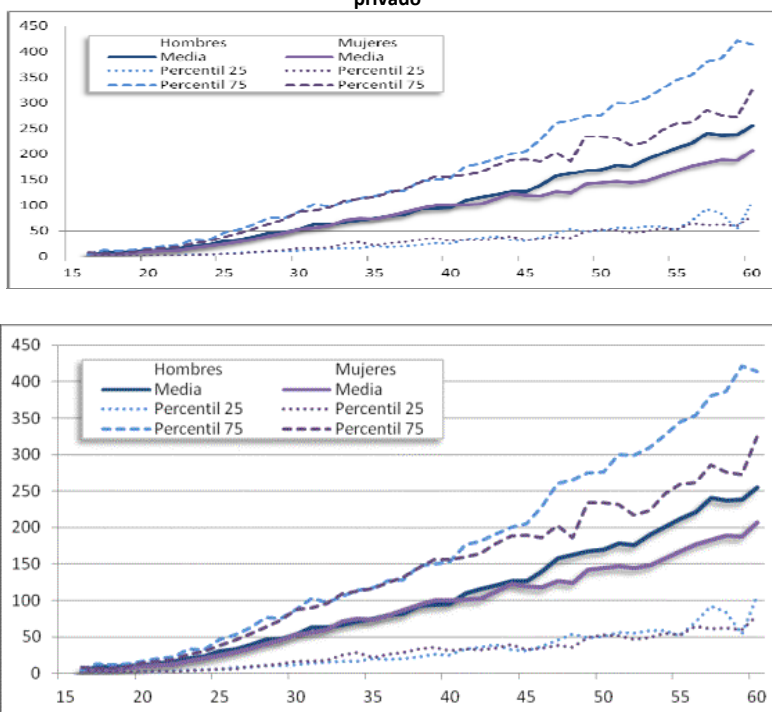


FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

En el sector privado existen también diferencias estructurales relevantes. En el empleo indefinido se observa con claridad cómo hasta aproximadamente los 45 años de edad del trabajador la antigüedad en la empresa de hombres y mujeres es prácticamente idéntica, tanto en lo referente a su nivel medio como a su distribución. Sin embargo, a partir de ese momento se aprecia cómo van desapareciendo de las estadísticas las mujeres con mayor antigüedad, haciendo bajar la media. El Gráfico 9 es claro en este sentido. Por una parte, la cuarta parte más reciente en la empresa (el percentil 25) tiene antigüedades similares en ambos sexos; por otra, en el percentil 75

(es decir, el nivel a partir del cual quienes tienen más antigüedad son la cuarta parte con más tiempo en la empresa) las diferencias entre sexos se amplían con claridad en las edades superiores a los 45 años. De este modo, a partir de los 55 años y hasta los 60 –a partir de esa edad hay mucha variabilidad por efecto de jubilaciones– hay una diferencia de antigüedad en la empresa, entre los distintos sexos, de aproximadamente cuatro años para trabajadores de la misma edad.

Gráfico 9: Tiempo en meses en la empresa por edad y sexo en 2015 para trabajadores indefinidos del sector privado*



* Ver nota 3.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

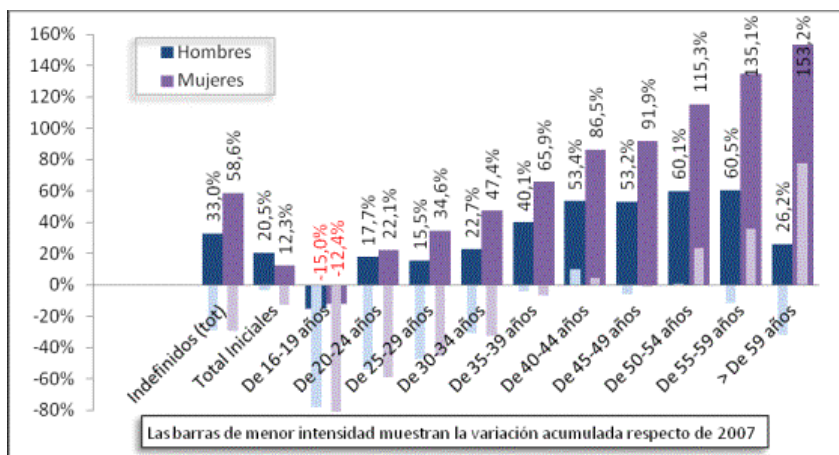
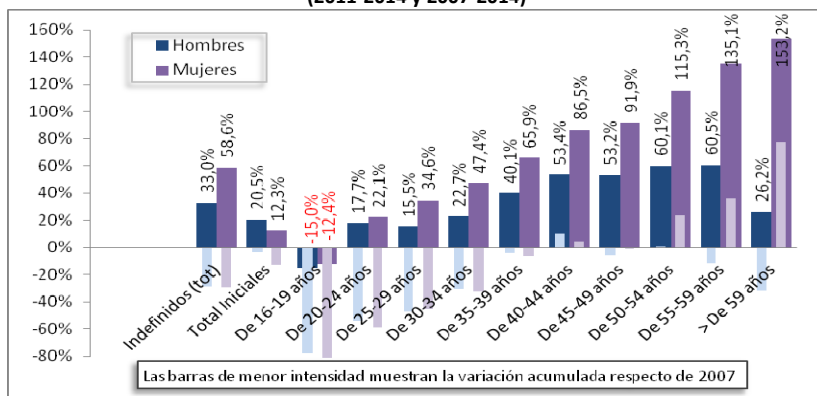
Por último, junto al análisis de la foto fija (o sucesión de fotos fijas) que ofrece la Encuesta de Población Activa –en cuanto que describe situaciones en el momento de realizarse la entrevista–, es preciso atender a la política de contratación de las empresas. En este sentido, es posible realizar un análisis de la información acerca de los contratos registrados que publica el Servicio Público de Empleo Estatal, recopilando la información recogida por los correspondientes servicios autonómicos.

Las diferencias, en este caso, favorecen a las trabajadoras. Al margen de que con la excepción de las mujeres de entre 55 y 59 años la contratación indefinida sigue lejos de los niveles precrisis, puede señalarse que en varios grupos de edad es más frecuente el contrato estable celebrado con trabajadoras que con trabajadores. Las diferencias por edades permiten distinguir tres grandes grupos. Así, entre los más jóvenes, la contratación indefinida es particularmente poco frecuente; entre los 30 y los 55 años se estabiliza y a partir de esa edad crece, aunque sólo para las mujeres.

En todo caso, en cada uno de estos grupos, la tasa de indefinidos entre los contratados temporales (varones) es inferior a la de las asalariadas. Este diferencial existía ya antes de la crisis entre los trabajadores y trabajadoras de hasta 34 años, pero no así en el caso de asalariados de más edad. En los grupos de más edad, como puede apreciarse en las figuras que componen el citado gráfico 8, hasta el año 2012 los contratos indefinidos eran relativamente más frecuentes en el caso de los hombres a partir de 34 años. A partir del año 2012 se produce una mejora generalizada de la contratación en general y de la indefinida en particular, que es especialmente positiva para las mujeres.

El Gráfico 10, a este respecto, es particularmente ilustrativo; con carácter general, únicamente en el grupo de trabajadores (de ambos sexos) de entre 40 y 44 años de edad se han recuperado el nivel de contratación indefinida que existía en 2007, pero salvo para los menores de 20 años en todos los casos se inician más relaciones laborales no sujetas a término ni condición. Lo interesante, a los efectos de este estudio, es que cuanto mayor es la edad del grupo que se analiza, más grande es la diferencia a favor de las mujeres. No quiere con esto decirse que la situación de la contratación femenina indefinida sea espectacularmente buena, pues lo que ha ocurrido en realidad es que se han corregido anomalías. Así, tras esta amplia mejoría, aproximadamente la mitad de los contratos de trabajo indefinidos que se registran benefician a mujeres, frente al 43% de los registrados en 2011. De hecho, lo que se ha producido es una cierta homogeneización, de tal modo que en todos los grupos de edad se reparten los contratos de forma equitativa entre sexos

Gráfico 10: Variación porcentual acumulada del número de contratos indefinidos por sexos y grupos de edad (2011-2014 y 2007-2014)



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE DATOS DEL SEPE

2.2. El desempleo femenino

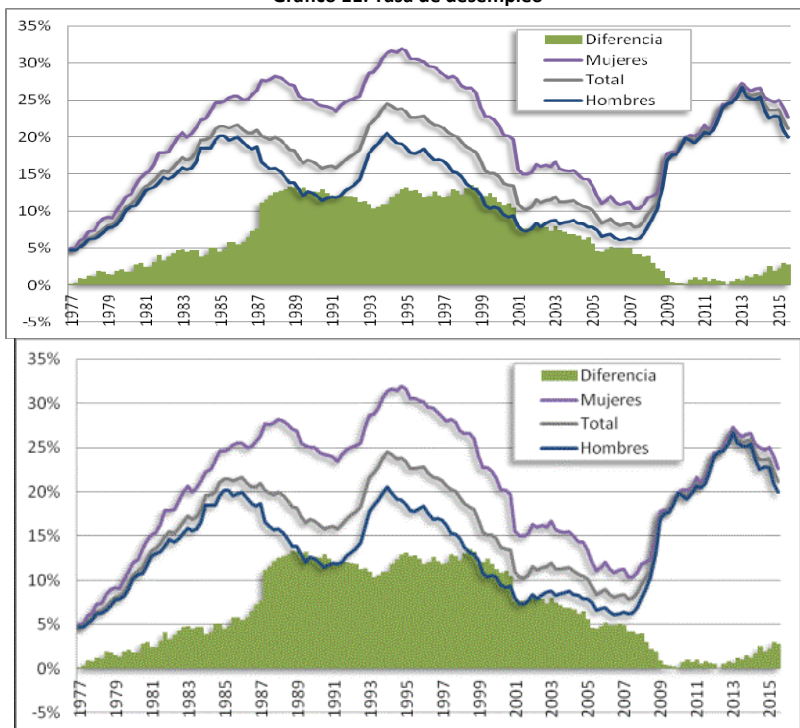
Junto al análisis de los contratos y la naturaleza y estabilidad de las relaciones laborales es exigible tomar en consideración a una importante parte de la población activa que no tiene ninguna clase de ocupación: la población parada. Con una tasa de desempleo del 21,18% en el tercer trimestre, y que hace poco más de un año superaba el 25%, evaluar la situación de la mujer trabajadora desde esta perspectiva se hace imprescindible en un análisis como el de este estudio.

Una visión histórica de la tasa de paro en nuestro país (Gráfico 11) muestra que esta crisis ha tenido un impacto diferente al de las anteriores. En la que sufrió nuestro país a finales de 1980, y en la de mediados de los años 1990, el desempleo tuvo

particular incidencia sobre las mujeres. De hecho, entre una y otra recesión la diferencia entre el nivel de desempleo de hombres y mujeres no llegó a recuperarse. Así, entre 1987 y el año 2000 se mantuvo siempre por encima de los diez puntos porcentuales, llegando incluso a superar los trece. De esta forma, aunque en las crisis del siglo pasado la tasa máxima de paro sufrida fue inferior a la actual para el conjunto del mercado de trabajo, la tasa femenina fue claramente superior a la que se ha sufrido ahora.

Esto se debe a que mientras que otras crisis la destrucción de empleo se repartió de forma más o menos homogénea por toda la economía, en el año 2009 y siguientes se concentró intensamente en dos en los que la mujer tenía (y tiene) un peso relativamente bajo. Así, comparando el empleo actual con el existente en 2008, hay hoy 2,57 millones de puestos de trabajo menos. De ellos, el 95% se han perdido en la construcción y en la industria manufacturera. En el primero, en el que sólo el 7% de quienes lo forman son mujeres, se han perdido 1,6 millones de ocupados. En el segundo, con una pérdida 855.000 puestos de trabajo, solo hay una trabajadora por cada tres varones.

Gráfico 11: Tasa de desempleo



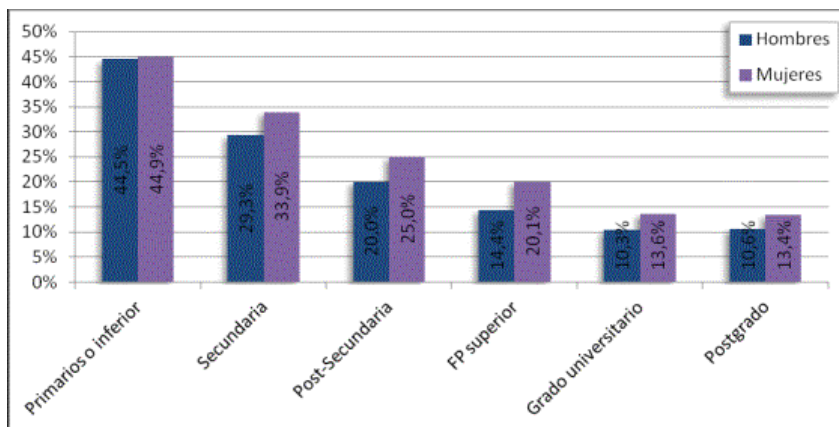
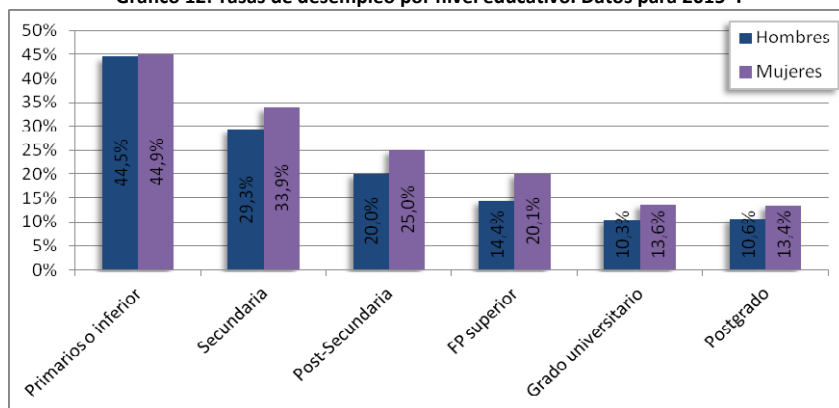
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

Esta particular circunstancia ha supuesto que el empleo femenino se resienta menos, e incluso que en momentos puntuales de la crisis la tasa masculina haya llegado a ser mayor. Sin embargo, la lectura no puede ser positiva, pues una vez superada la fase de destrucción de empleo las diferencias vuelven a crecer. Si en el momento en el que se llegó a la tasa de paro más alta de nuestra historia (el 26,94% en el primer trimestre de 2013) la diferencia entre la masculina y la femenina era de menos 0,6 puntos porcentuales, hoy ronda ya los tres puntos. Dicho de otro modo, mientras el paro masculino ha bajado 6,8 puntos porcentuales, la tasa femenina sólo ha caído en 4,6 puntos.

Esta incidencia mayor del desempleo entre las trabajadoras es absolutamente transversal, pues afecta por igual a todos los niveles educativos. Lógicamente, cuanto mayor es el nivel de formación recibida mayor es la empleabilidad de la persona, y así se refleja en la estadística oficial, tal y como recoge el Gráfico 12. Únicamente en los niveles más bajos de formación, referido a aquellas personas que ni siquiera han comenzado la educación secundaria, el desempleo azota por igual a hombres y

mujeres. En este caso se trata de una igualdad en lo negativo, pues las tasas de desempleo son próximas al 45%. De cualquier modo, este grupo con poca cualificación y alto paro es muy poco numeroso, puesto que sólo afecta al 1,6% de las mujeres.

Gráfico 12: Tasas de desempleo por nivel educativo. Datos para 2015*.



* Ver nota 3.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

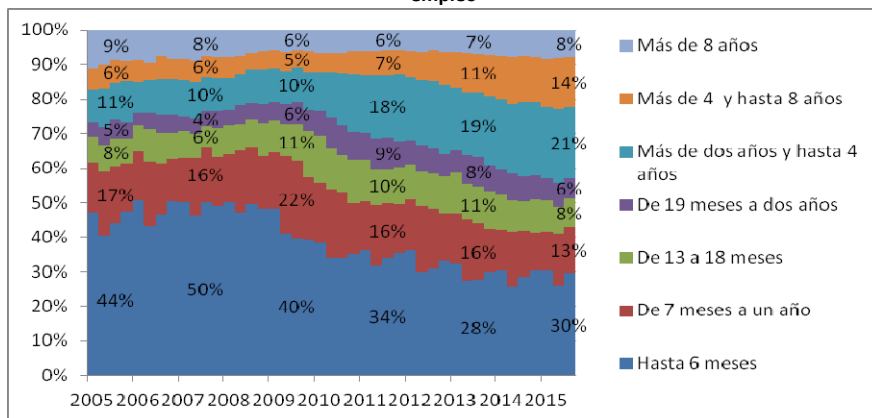
La mayor parte de las trabajadoras desempleadas se agrupa en las categorías que aquí se presentan como «secundaria» y «postsecundaria», que pese a suponer sólo un 56% de la población activa femenina (64% de los hombres) genera el 70% del paro (77% entre parados varones). En estos grupos se registran diferencias de desempleo entre hombres y mujeres de más de 5 puntos. Estos niveles de desigualdad se mantienen en el grupo de personas que han cursado FP superior, a pesar de que se

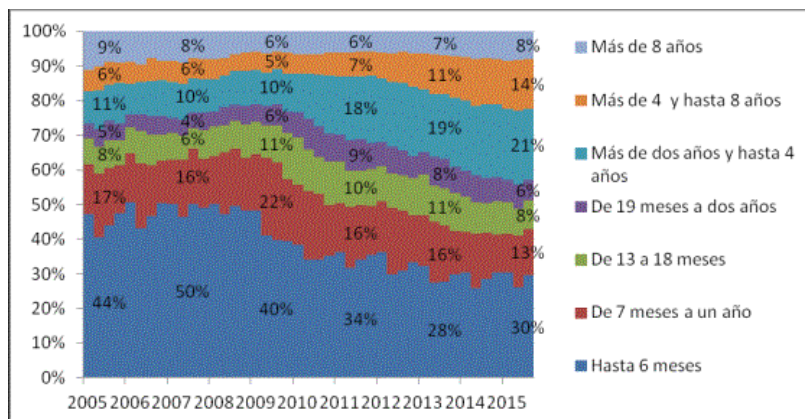
trata ya de trabajadores y trabajadoras con una cualificación elevada y específica, existiendo aun así más de cinco puntos de diferencia entre las tasas de paro.

Tampoco entre quienes han cursado grados y postgrados universitarios se puede apreciar una igualdad en las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, aunque las diferencias se reducen. Tanto en uno como en otro caso, las diferencias rondan los tres puntos porcentuales. Aunque en estos datos se refleja un problema de discriminación que derivará en ineficiencias para el mercado de trabajo y pérdidas de competitividad para la economía, lo cierto es que los estudios universitarios (que ha cursado un 31% de las mujeres de la población activa) no sólo aumentan las probabilidades de encontrar empleo, sino que también reducen la desigualdad por sexos, al menos en el acceso al empleo

El último elemento que considero preciso analizar en relación con el desempleo es la duración del mismo. Los estudios económicos muestran con claridad – confirmando la intuición ampliamente extendida– que el transcurso del tiempo es uno de los mayores enemigos del trabajador o trabajadora desempleada. Las probabilidades de encontrar un empleo caen notablemente con el paso de los meses, por lo que el desempleo de larga duración, al margen del problema económico para quien lo sufre y el riesgo de exclusión social que produce, tiende a cronificarse.

Gráfico 13: Distribución de las desempleadas que han trabajado antes por tiempo desde que dejaron el último empleo





FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

En la figura sobre estas líneas puede apreciarse cómo a lo largo de esta crisis económica se ha ido agravando el problema al que se ha hecho referencia, de tal forma que si en 2007 era un 26% el porcentaje de desempleadas el que había dejado su último empleo hacía más de dos años, hoy es del 43%. En términos comparativos el resultado es aún peor, pues para los hombres estos porcentajes son, respectivamente, del 15% y el 39%. La igualación en lo negativo, aunque suponga una reducción de la potencial discriminación, no puede verse como positiva.

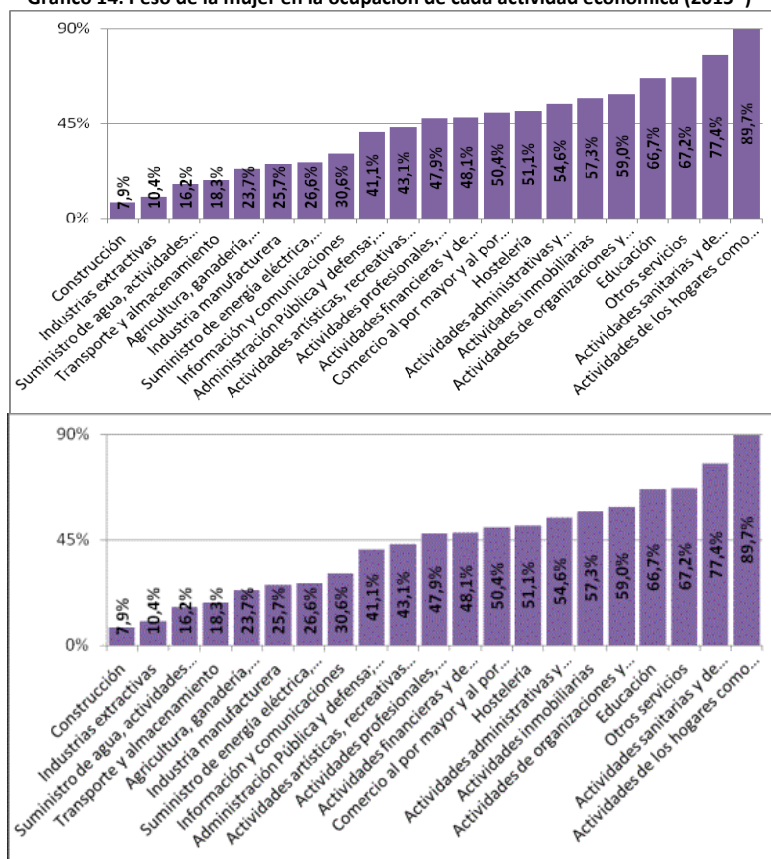
Pero lo que es más relevante, probablemente, es el desempleo de larguísima duración; el 11% de mujeres que en plena bonanza llevaban más de cuatro años en situación de desempleo –apenas era un 3% para los hombres– pone de manifiesto que hay un problema latente. En todo caso, hay que tener en cuenta que la base sobre la que se calculan estos porcentajes es el número de personas sin empleo que han trabajado antes. En 2007, cuando el porcentaje de trabajadoras sin empleo desde hacía más de ocho años era similar al actual, este colectivo agrupaba a 65.500 mujeres; hoy son ya 164.000.

2.3. Diferencias sectoriales y ocupacionales en atención al género

La progresiva incorporación de la mujer al trabajo no implica que ambos sexos tengan aún el mismo peso en la población activa, y menos aún en la ocupada, toda vez que la tasa de paro es mayor en las mujeres. Así, mientras que un 51,3% de la población mayor de 16 años es mujer, sólo un 46,2% de la población activa corresponde a este sexo, y el porcentaje desciende ligeramente (al 45,4%) si se atiende a la población

ocupada. En consecuencia, una distribución del empleo en cada sector en la que el género no jugara ningún papel presentaría este último porcentaje de mujeres.

Gráfico 14: Peso de la mujer en la ocupación de cada actividad económica (2015*)³



* Ver nota 3.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

3 Por razones de espacio, no es posible recoger la descripción completa de cada actividad en el gráfico. En el mismo orden que se presentan los valores, son las siguientes:

1. Construcción
2. Industrias extractivas
3. Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación
4. Transporte y almacenamiento
5. Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca
6. Industria manufacturera
7. Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado
8. Información y comunicaciones
9. Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria
10. Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento
11. Actividades profesionales, científicas y técnicas
12. Actividades financieras y de seguros
13. Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas
14. Hostelería
15. Actividades administrativas y servicios auxiliares
16. Actividades inmobiliarias
17. Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales
18. Educación
19. Otros servicios
20. Actividades sanitarias y de servicios sociales
21. Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio

El Gráfico 15 muestra esta información para las diferentes actividades que componen la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009) desagregadas a dos dígitos. Como fácilmente puede verse, una distribución semejante a la de la población ocupada se da en pocos sectores. Aceptando un generoso margen de 10 puntos de desviación –evidentemente es improbable que la configuración de cualquier actividad, en cualquier nivel, coincida exactamente con la de la población, aunque no hubiera condicionantes de ninguna clase– sólo siete de las 21 actividades cumplen este requisito. Atendiendo a su peso relativo en la economía, en ellas se emplea al 41,3% de la población; dicho de otro modo, un 58,7% de las personas ocupadas lo están en una actividad “sexualizada”, es decir, en la que o bien hay un “exceso” de hombres, o bien de mujeres.

Las actividades típicamente femeninas respaldan los argumentos de las teorías del patriarcado, que señalan que la sociedad atribuye a la mujer las funciones que suponen cuidado de terceros en un sentido amplio. Esto se presenta de forma extrema en las actividades de los hogares como empleadores (típicamente, empleadas de hogar), en las que casi el 90% de la ocupación corresponde a mujeres. Igualmente en en las actividades sanitarias (77,4% son mujeres) y educativas (66,7%) se mantiene un predominio femenino. En este último caso, además, una desagregación mayor de los datos (CNAE a tres dígitos) refuerza la intuición señalada. Así, conforme avanzan los niveles educativos, la mujer va perdiendo peso; supone un 97,1% de la ocupación en educación preprimaria, un 79,4% en primaria, un 60,8% en secundaria, y un 45% en postsecundaria. En el extremo opuesto, se configuran como actividades típicamente masculinas la construcción (sólo un 7,9% de los ocupados son mujeres) y las industrias extractivas (con una participación femenina del 10%).

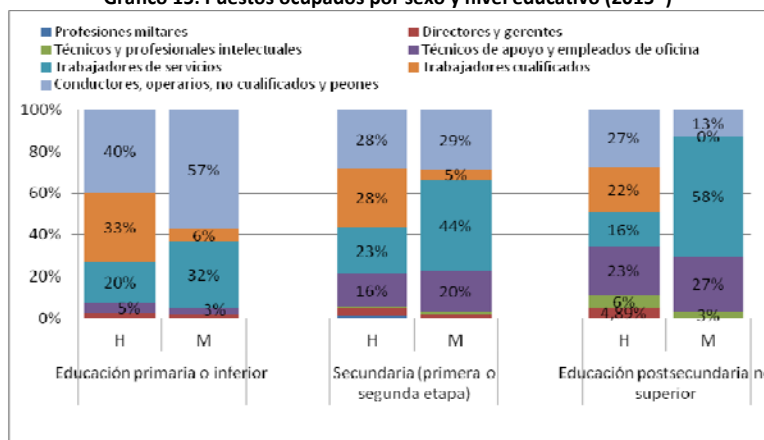
Las explicaciones para estas diferencias son muy diversas y su justificación excede ampliamente las posibilidades de este estudio; podría argumentarse que se trata de la existencia de preferencias innatas en las mujeres diferentes que las de los hombres –en cuyo caso el enfoque de género sería innecesario– o de un condicionamiento social. Igualmente puede argumentarse que la mayor presencia de mujeres en actividades en las que lo público tiene una especial trascendencia se justifica por una huida de un mercado laboral privado que les es más hostil. Sea cual fuere el motivo, lo que queda fuera de toda discusión es la existencia de actividades económicas copadas por uno u otro sexo. Aun cuando esta distribución respondiera a causas «naturales» que no hubieran de combatirse, es preciso tener en cuenta esta realidad para evitar fuentes de discriminación indirecta en la regulación (legal y convencional) de unas y otras.

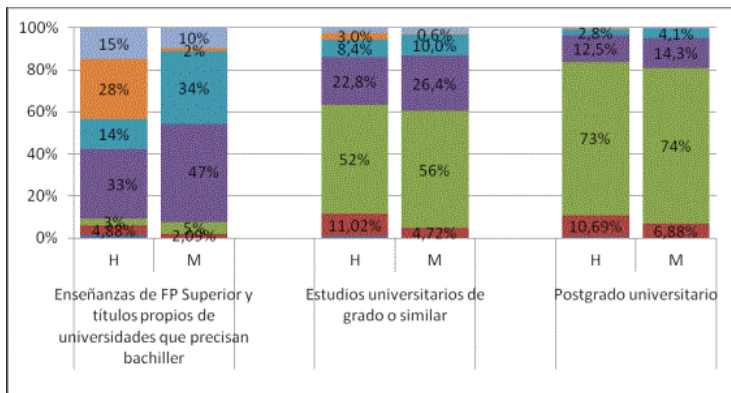
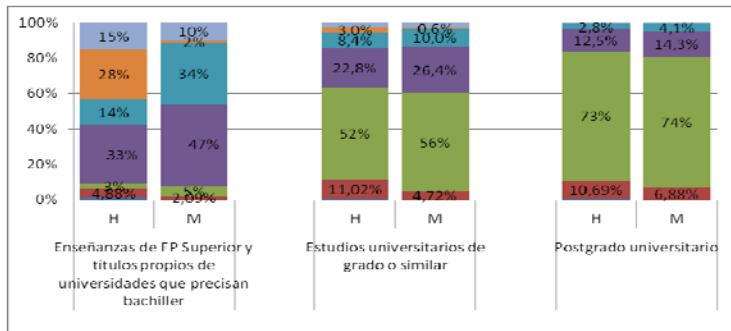
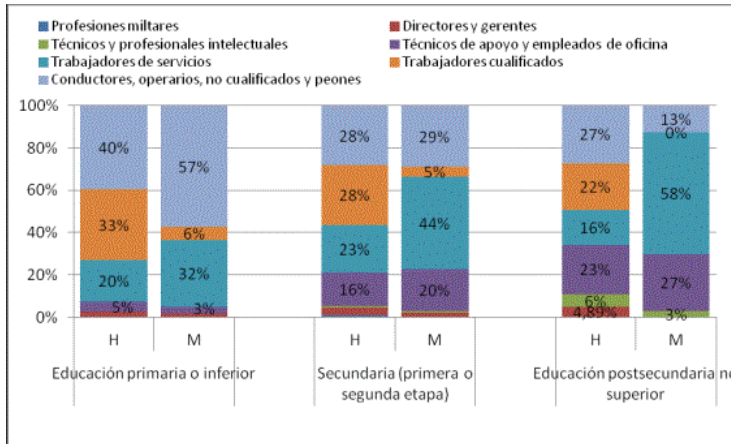
Al margen de la actividad de la empresa en que estén empleadas las mujeres (o los hombres), resulta de interés saber qué tipo de ocupaciones desempeñan. Para ello, del

mismo modo, existe la llamada Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-2011). Evidentemente, no puede ignorarse que el concreto puesto de trabajo ocupado por una persona está estrechamente vinculado a sus capacidades, y es por tanto de esperar que la formación alcanzada juegue un papel central. Para poder analizar mejor esta cuestión, el Gráfico 16 distingue la distribución por ocupaciones en atención a dicha variable.

En primer lugar, las trabajadoras con niveles educativos más bajos desempeñan ocupaciones que apenas requieren cualificación con mucha mayor frecuencia que sus compañeros varones; puede destacarse que, en particular, lo que se ha agrupado en los gráficos como «Trabajadores cualificados» apenas se desarrolla por mujeres. En realidad, hay que tener en cuenta que se trata de puestos de trabajo vinculados en gran medida a la construcción o a las industrias manufactureras, lo que, conforme a los datos presentados antes, cobra cierto sentido. En todo caso, la especialización de esas actividades permitirá generalmente mayores salarios y/o condiciones de trabajo más favorables, dada la dificultad para su sustitución: aunque se trate de conocimientos adquiridos por la práctica más que por los cauces de una educación formal, la diferenciación tendrá consecuencias prácticas.

Gráfico 15: Puestos ocupados por sexo y nivel educativo (2015*)





* Ver nota 3.

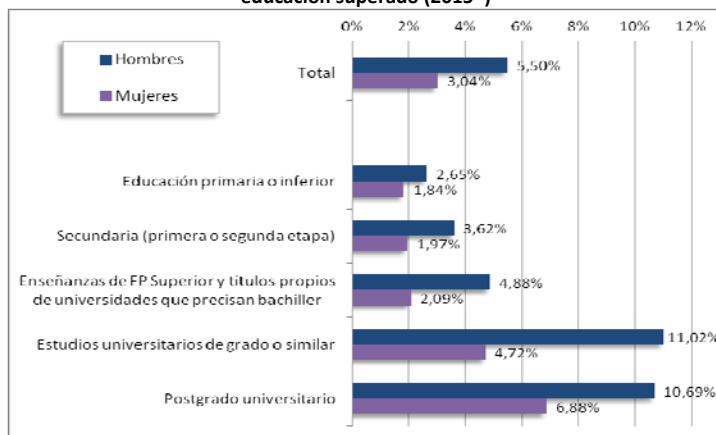
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

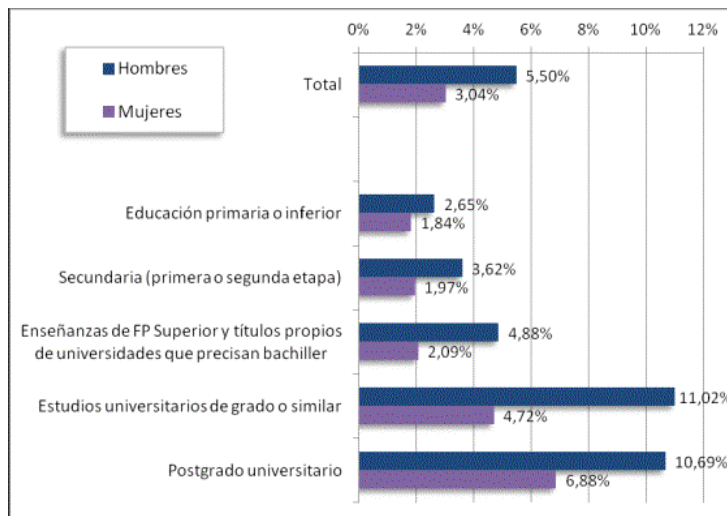
En el extremo opuesto, los trabajadores con formación universitaria, deben destacarse dos aspectos que igualmente perjudican a las trabajadoras. En primer lugar,

el problema de la sobrecualificación tiene una mayor incidencia entre las mujeres: en el caso trabajadoras con estudios universitarios superados de grado o similar (incluyendo diplomaturas, licenciaturas, etc.) un 40% de ellas están empleadas en actividades que no requerirían ese nivel de cualificación, lo que supone tres puntos más que los varones con similar formación; en el caso de posgrado universitario es significativo que un 19% de las mujeres (16,3% para los hombres) ocupan puestos de apoyo o incluso menores, para los que sería suficiente una formación profesional de grado medio.

En segundo término, debe destacarse el menor peso de las mismas en los puestos de dirección y gerencia; aunque es cierto que esto ocurre en todos los niveles educativos, en el caso de titulados superiores cobra especial relevancia. En cierta medida, cuando el trabajador o trabajadora no está cualificado, la ausencia de ocupaciones directivas en un hecho casi “natural”, pero aunque lógicamente sólo un pequeño porcentaje de los ocupados se encuentra en esta situación (la función directiva es por naturaleza minoritaria), presenta un importante valor simbólico que justifica una atención específica.

Gráfico 16: Porcentaje de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o gerencia en cada nivel de educación superado (2015*)





* Ver nota 3.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

El Gráfico 17, en este sentido, demuestra que el llamado «techo de cristal» tiene algo de cierto. En todos los niveles educativos, hay más porcentaje de hombres que ocupan los puestos superiores que de mujeres. Nótese que aquí no afecta el hecho de que haya más hombres que mujeres entre la población ocupada, pues se trata de porcentajes respecto de cada sexo (de hecho, un 68,5% de quienes ocupan puestos de dirección son hombres). Los niveles educativos superiores (graduados universitarios o superior), que copan la mitad de los puestos que ahora se analizan, no escapan de esta brecha de género. De hecho, aunque en el caso del posgrado se suaviza, las diferencias entre quienes tienen un título universitario son especialmente elevadas en comparación al resto de niveles. Una vez más, el análisis de la causalidad es complejo. Ni siquiera puede afirmarse que cursar un postgrado reduzca las trabas que la mujer puede encontrar para ser directiva, por cuanto que la causalidad podría estar operando perfectamente en sentido opuesto; así, serían las mujeres con mayor determinación/vocación/posibilidad social de acceder a puestos de dirección las que cursan este tipo de estudios superiores.

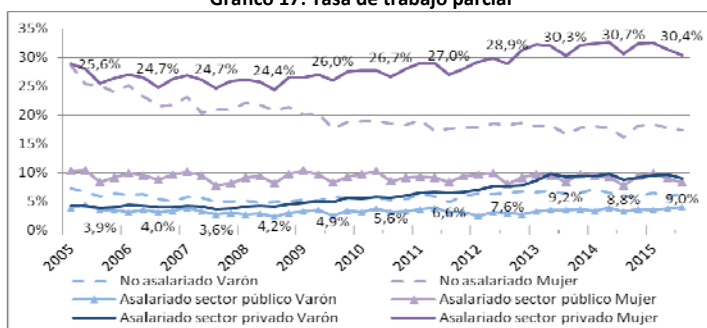
En todo caso, el conjunto de resultados presentados en este epígrafe, en los que se aprecian con claridad patrones diferenciados para hombres y mujeres, se explican mal desde una óptica que no reconozca un tratamiento perjudicial –evidentemente, en términos globales y no caso por caso– para la mujer. Ello no implica necesariamente que exista una discriminación en el mercado de trabajo, pues también estas diferencias pueden tener causa (al menos parcial) en aspectos de la realidad social. La mayor

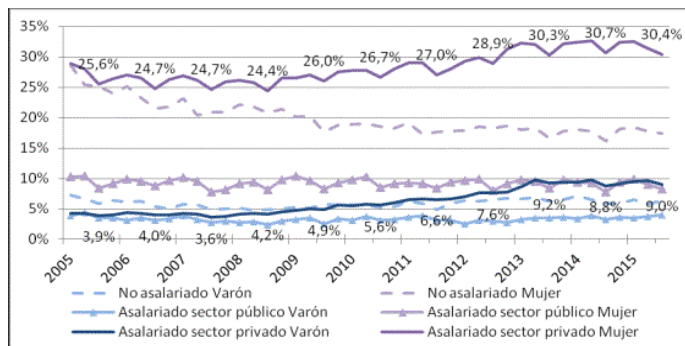
asunción de cargas familiares por la mujer puede estar generando este efecto en su promoción profesional, tanto voluntariamente –decide no asumir mayores responsabilidades porque también conllevan más dedicación– como de manera refleja –al no poder dedicar las mujeres tiempo a su actividad profesional son los hombres los que progresan más en su carrera. De nuevo, se trata de reflexiones que requieren de un estudio detallado y que no tienen cabida en esta visión panorámica.

2.4. Género y tiempo de trabajo

El tiempo dedicado al trabajo constituye uno de los principales elementos diferenciadores de hombres y mujeres en la relación laboral. En los últimos años se ha producido un incremento del trabajo a tiempo parcial realmente significativo. A finales de 2007 la tasa de tiempo parcial en nuestra economía era del 10,7%; siete años después, con una brutal crisis económica de por medio, superó el 16%. En realidad, este crecimiento del trabajo a tiempo parcial se concentra en el empleo asalariado del sector privado, pues el empleo público ha mantenido unas tasas estables, y en el caso del empleo por cuenta propia u otras formas de trabajo no asalariado incluso se ha reducido.

Gráfico 17: Tasa de trabajo parcial





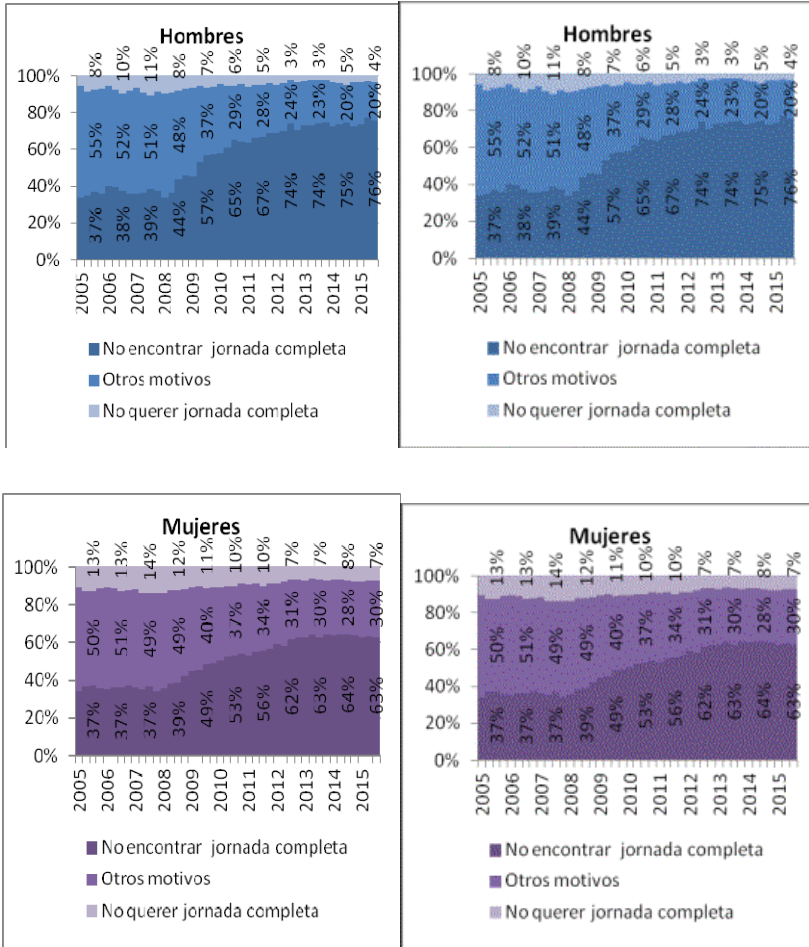
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

En este caso, los perfiles de género resultan evidentes a la vista. La tasa femenina es notablemente superior a la de los hombres. Es cierto, no obstante, que en los años de crisis se ha acortado la diferencia entre unos y otras, pero la incidencia del tiempo parcial entre las mujeres triplica a la de los hombres.

Debe tenerse en cuenta que aunque el trabajo a tiempo parcial presenta ventajas desde diferentes perspectivas (gestión del tiempo, conciliación de la vida personal y familiar con la laboral...) tiene importantes consecuencias para la retribución (que se reduce al menos proporcionalmente) pero sobre todo puede tenerlo a la hora de la promoción profesional; difícilmente podrán asumirse responsabilidades elevadas en jornadas reducidas, al menos en la lógica que hasta la fecha impera en las relaciones laborales españolas.

La Encuesta de Población Activa permite conocer además cuál es la razón por la que una determinada persona presta sus servicios a tiempo parcial. Dentro de los motivos ofrecidos a los efectos que aquí interesan, pueden diferenciarse tres grandes grupos. El primero de ellos es producto de un mercado de trabajo sin fuerza suficiente para absorber toda la fuerza laboral disponible: son los trabajadores que desearían un puesto a tiempo completo pero no logran encontrarlo. En el otro extremo, encontramos a quienes voluntariamente trabajan a tiempo parcial por el mero hecho de no querer tener una jornada completa. Entre una y otra situación pueden agruparse todas las razones que, sin responder estrictamente a la voluntad del trabajador, no pueden achacarse directamente al mercado (formación, conciliación de la vida familiar, enfermedad...).

Gráfico 18: Motivo de tener jornada parcial. Asalariados del sector privado



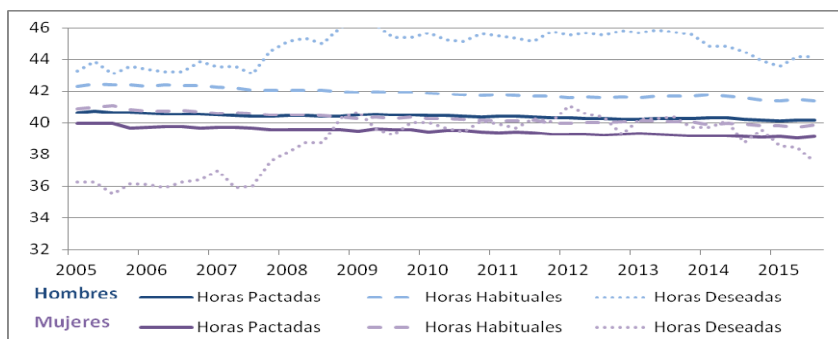
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

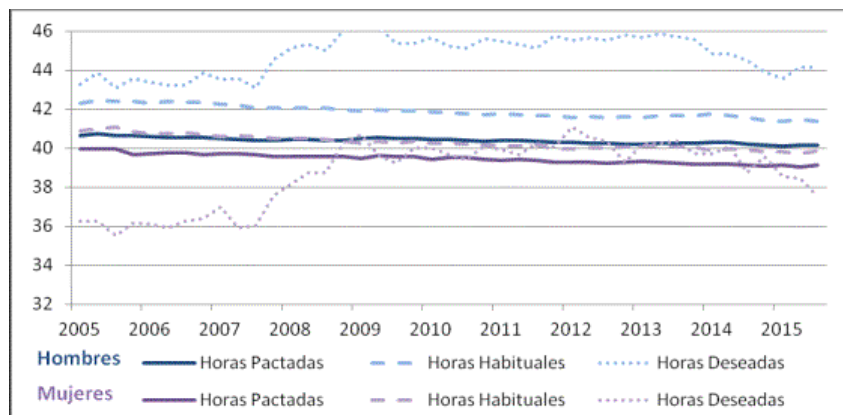
En el Gráfico 19 puede verse la evolución para ambos sexos de estos motivos, y ello permite hacer una doble reflexión al hilo de este trabajo. En primer término, existe una mayor predisposición a la jornada parcial entre las mujeres: aunque ha disminuido durante la crisis, tanto en términos absolutos como relativos, el porcentaje de mujeres que no querría trabajar a tiempo completo aunque nada se lo impidiera se mantiene unos cuatro o cinco puntos porcentuales por encima del de los hombres. Esto refleja aspectos sociológicos, en los que poco puede influir el mercado de trabajo. Sea positivo o negativo para la sociedad, lo cierto es que ni su funcionamiento ni su regulación pueden tener un gran efecto sobre este colectivo.

El segundo aspecto, que es el que conviene subrayar, es el desmesurado crecimiento del empleo a tiempo parcial estrictamente involuntario. En este caso, afecta con más intensidad a los varones que a las mujeres, aunque en ambos sexos refleja una idéntica realidad: la situación de la economía de las empresas no permite celebrar muchos contratos que los trabajadores preferirían a tiempo completo. De hecho, a la vista de la creación de empleo de los últimos trimestres, la tendencia parece haberse invertido. Finalmente, no puede olvidarse el tercer grupo de causas, que es mayor en las mujeres por cuestiones estrictamente sociales: son ellas las que se ocupan en mayor medida de la atención a terceras personas, a costa de una menor jornada de trabajo.

Junto a la mera distinción de trazo grueso entre trabajadores con jornada completa y parcial, cabe entrar en análisis algo más detallados. Si se toma como referencia al grupo de asalariados del sector privado –a quienes se aplica íntegramente la regulación del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa laboral– puede apreciarse que hay diferencias, tanto en la jornada efectiva como en la deseada.

Gráfico 19: Tiempo habitual, pactado y deseado de trabajo (en horas semanales) entre asalariados a tiempo completo del sector privado





FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

Como demuestra el Gráfico 20, existe una diferencia estable a lo largo del tiempo entre la jornada pactada de hombres y mujeres de aproximadamente una hora semanal; cuando se pregunta por la jornada habitual, la diferencia se incrementa aproximadamente hasta la hora y media. Esta menor jornada de las mujeres, sin ser cuantitativamente muy importante, es reflejo de la distinta posición que –siempre en promedio– tienen estas en el mercado de trabajo.

Sin embargo, lo más relevante del gráfico anteriormente mencionado es sin duda la curva de la jornada deseada. En este caso la diferencia supera largamente las cinco horas semanales. De nuevo, las interpretaciones están abiertas a una investigación sociológica que no es este el lugar de desarrollar, pero obliga a reflexionar acerca de los motivos que justifican la divergencia. Por otra parte, y aunque esto no responde a la lógica de género que aquí se aborda, resulta de interés destacar como ante una mala situación económica aumenta el número de horas que se desean trabajar (tanto en hombres como en mujeres), en lo que probablemente muestre una voluntad de afianzar el puesto de trabajo y reforzar los ingresos familiares.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

La situación de la mujer en el mercado de trabajo es reflejo de una sociedad que sigue estableciendo un papel diferente por razón del género. Los datos muestran que en la práctica el trato que reciben las trabajadoras difiere en muchos aspectos del que se dispensa a los varones. Sin embargo, otras diferencias de la prestación laboral proceden

del propio comportamiento de la mujer, de sus propias acciones, derivadas del papel que adopta conforme a los cánones sociales.

La lucha por la igualdad, necesaria tanto desde una perspectiva basada en la defensa de la dignidad del ser humano como desde la más materialista de la eficiencia económica, requiere de avances en todos los frentes. Las diferentes actitudes hacia el mercado de trabajo –reveladas claramente en el análisis de la jornada deseada– no pueden combatirse desde la regulación laboral. Incluso en el sector público, donde habría de esperarse que los principios de mérito y capacidad y la promoción efectiva de la igualdad exigidos por la Constitución Española impidieran diferencias estructurales, se ha demostrado que hay una mayor temporalidad para las mujeres, con diferencias incluso superiores a las que se dan en el sector privado. Las tasas de desempleo, que se habían venido igualando en los peores años de la crisis, vuelven a distanciarse ahora que se crea empleo. El desempleo de larga duración tiene una incidencia persistentemente superior en las mujeres, y aunque se venía reduciendo la diferencia, de nuevo se ha estancado el avance en los últimos trimestres. El acceso a puestos de dirección se presenta como más complicado para las trabajadoras que para sus compañeros en cualquier nivel educativo, y la incidencia de la sobrecualificación es también superior para las mujeres.

Ello no obstante, no puede negarse que se estén produciendo avances que merecen ser destacados. En materia de contratación, la recuperación económica parece estar trayendo consigo un crecimiento de los contratos indefinidos para las mujeres, de modo que se está corrigiendo la desigualdad de partida, aunque los efectos sobre la tasa de temporalidad aún no son claros. En todo caso, hay aspectos ciertamente positivos, como la evolución de la tasa de actividad española. El avance es indudablemente positivo, especialmente si se compara con la evolución que han seguido otros países de nuestro entorno.

En definitiva, es preciso seguir avanzando en todos los frentes para lograr una sociedad más equilibrada y también más eficiente, en la que no se desperdicie o menosprecie la fuerza de trabajo que pueden ofrecer las trabajadoras. Es preciso crear un ambiente laboral más propicio para la igualdad entre mujeres y hombres, pero también una sociedad en que las responsabilidades familiares y de cuidado pierdan definitivamente la consideración de femeninas. Así, la conciliación de la vida laboral con estas –que sin duda debe favorecerse por estas y otras razones– debe ser responsabilidad común.

Por todo ello, es preciso seguir avanzando en estas líneas, tanto reforzando la normativa de igualdad (incluyendo los planes de igualdad, pero también otras

El género en el Mercado de Trabajo

acciones) como introduciendo a través de otras políticas públicas (educación, concienciación, incentivación) elementos que alteren progresivamente hábitos sociales heredados de una historia en la que la mujer ha sido relegada a un papel secundario.

Pablo Gimeno Díaz de Atauri
Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
pgimeno@der-pr.uc3m.es

INSTRUCCIONES PARA LA
PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las dirección electrónica de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y cinco separatas.

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: M. SIERRA BENÍTEZ, "La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia", en VV.AA., *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, directora P. Núñez-Cortés Contreras, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: J. GARCÍA VIÑA, "Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII", en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 30 pages approx. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (revista@centrosagardoy.com). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and five copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

Books: A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.

Articles included in collective works. : M. SIERRA BENÍTEZ, "La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia", en VV.AA., *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, directora P. Núñez-Cortés Contreras, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.

Articles included in periodic publications: J. H. HOWELL, "Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past", *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006 , pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII", en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*