nº 7 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# El arbitraje laboral individualizado como nueva forma de pacto duro de seguridad sindical. Su controvertido enjuiciamiento por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Epic Systems Corp. V. Lewis (2018)

# The individualized labor arbitration as a new form of hard union security agreement. Its controversial adjudgement by the Supreme Court of the United States in Epic Systems Corp V. Lewis (2018)

Alberto Arufe Varela
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña*
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Jesús Martínez Girón
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña*
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. «El arbitraje laboral individualizado como nueva forma de pacto duro de seguridad sindical. Su controvertido enjuiciamiento por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Epic Systems Corp. V. Lewis (2018)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 7 (2023): 177-190.

**Resumen**

Los pactos de seguridad sindical son un tópico tradicional en el Derecho de los Estados Unidos. A diferencia de lo que sucede en Europa, es relativamente frecuente allí la existencia de pactos blandos se seguridad sindical. Lo registra así la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Resulta novedoso, sin embargo, el reciente surgimiento de pactos duros de dicho tipo, asimilables al viejo «contrato de perro amarillo», que los empresarios obligaban a estipular a los trabajadores en las dos primeras décadas del pasado siglo XX. Este nuevo tipo de pacto duro de seguridad sindical ha sido controvertidamente enjuiciado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Epic Systems Corp. v. Lewis (2018), a propósito de los contratos de arbitraje que las grandes corporaciones privadas norteamericanas obligan a estipular a sus trabajadores no sindicalizados (o más precisamente hablando, no cubiertos por convenios colectivos), con la finalidad de excluir que puedan plantear demandas ejercitando acciones plurales o acciones colectivas. Se trata de pactos que pretenden dar un trato igual a los trabajadores asalariados y a los clientes de dichas grandes corporaciones. En el caso analizado, convencen las razones esgrimidas por la icónica Juez Ruth B. Ginsburg, sosteniendo que los pactos en cuestión violan el derecho de los trabajadores a realizar actividades concertadas (que no es sólo un derecho dotado de contenido sustantivo), garantizado por la legislación federal sindical norteamericana (y en el caso de autos, por la Ley Nacional de Relaciones Laborales o, según su nombre popular, Ley Wagner de 1935).

**Abstract**

Union security agreements are a traditional topic in the Law of the United States. In contrast to the situation in Europe the existence of light union security agreements is relatively frequent there. It is so registered by the case law of the United States Supreme Court. However, the recent rising of hard agreements of such kind, similar to the old «yellow dog contract» which employers forced workers to stipulate in the first two decades of the last 20th century, is novel. This new kind of union security agreements has been controversially adjudged by the United States Supreme Court in Epic Systems Corp. v. Lewis (2018), regarding the arbitration contracts that large American private corporations force their nonunionized workers (or more frankly speaking, not covered by collective bargaining agreements) to stipulate, in order to bar that they can file suits exercising joinder actions or collective or class actions. These are agreements pretending to give an equal treatment to customers and workers of such large corporations. In the instant case, the reason put forward by the iconic Justice Ruth B. Ginsburg are convincing, holding that the agreements at issue violate the workers' right to carry out concerted activities (a right having not only substantive contents), guaranteed by American federal union legislation (and in the case at issue, by the National Labor Relations Act or, according to its popular name, Wagner Act of 1935).

Fecha Recepción: 06/07/2023- Fecha Revisión: 07/06/2023- Fecha Aceptación: 07/06/2023
Págs. 177-190

| Palabras clave | Keywords |
|---|---|
| Acciones plurales y colectivas; Arbitraje laboral individualizado; Corte Suprema de los Estados Unidos; Juez Ginsburg; Pactos duros de seguridad sindical. | Joinder and class actions; Individualized labor arbitration; Supreme Court of the United Stated; Justice Ginsburg; Hard union security agreements. |

## 1. INTRODUCCIÓN. SOBRE EL INTENTO DE «CLIENTELIZACIÓN» DEL TRABAJADOR POR PARTE DE LAS GRANDES CORPORACIONES PRIVADAS NORTEAMERICANAS[1]

La tensión existente entre el Derecho Mercantil (regulador del empresario, sea o no parte de un contrato de trabajo), de un lado, y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (vinculantes ambos para trabajador y empresario, en cuanto que partes del contrato de trabajo), del otro lado, resulta evidente en los Estados Unidos, aunque también existan indicios en España no sólo de dicha tensión, sino también de que el primero puede pretender llegar a imponerse con éxito a los segundos, al encontrarnos todos inmersos —allí y aquí— en un mundo de capitalismo mutante y poco o nada solidario, con el que inesquivablemente tenemos que lidiar (como muestra española, valga el botón de la exclusión insolidaria de los socios de las sociedades capitalistas patrimoniales, eventualmente unipersonales, del sistema español de seguridad social)[2]. Dicha tensión puede llevar a pensar a algunos, dada la importancia capital que para las grandes empresas tienen sus miles o millones de «clientes» (por ejemplo, consumidores y usuarios), que los mecanismos mercantilistas ideados para resolver eficazmente los conflictos surgidos con dicha masa de personas físicas podrían transponerse sin mayor problema a las relaciones entre tales empresas y los trabajadores que emplean (eventualmente, miles de ellos), con la consecuencia de que acabase produciéndose una «clientelización» de dichos trabajadores asalariados (por supuesto, otra forma de «clientelizar» al trabajador, pero que queda fuera de este estudio, sería la de contratarlo como autónomo o, con terminología norteamericana, como *independent contractor*, más o menos falso)[3]. Esto es lo que ocurrió en los Estados Unidos, año y medio antes del estallido de la pandemia, al decidirse controvertidamente por la Corte Suprema de dicho país el caso *Epic Systems Corp. v. Lewis* (2018)[4]. Dicho brevemente, este caso —muy comentado y muy criticado por los laboralistas norteamericanos[5]— autoriza a transponer el régimen jurídico de los

[1] Trabajo realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Distrito de Columbia (Washington, D.C.), en mayo del año en curso, al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00/AEI/10.13039/501100011033, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Al respecto, véase Martínez Girón, J.: "La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario", en *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, pp. 95 y ss.

[3] Sobre el tema, a propósito de las plataformas digitales, véase Martínez Girón, J.: "La sorprendente reclasificación en California como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales. La iniciativa popular núm. 22 de 2020", en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen 12, 2020, pp. 85 y ss.; y Arufe Varela, A.: "Las dos impugnaciones de la constitucionalidad, en 2021, de la legislación californiana positivizando la Iniciativa Legislativa Popular núm. 22 de 2020, sobre reclasificación como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales", en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen 13 (2021), pp. 31 y ss.

[4] Referencia oficial 541 U.S. Sobre dichas referencias, cuando el caso en cuestión no ha sido incluido todavía en los volúmenes encuadernados de los *United States Reports*, véase Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012, p. 2.

[5] Véase Gould IV, W.B.: "Dynamex is dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: the sleeper in the trilogy", en *Missouri Law Review*, núm. 83, 2018, pp. 989 y ss.; Fernandez, M.K.: "Epic Systems Corp. V. Lewis: American employees suffer an epic loss in the ongoing arbitration conflict", *Loyola Law Review*, núm. 65, 2019, pp. 453 y ss.; Miller, C.·E.: "Epic Systems Corp. V. Lewis: individual arbitration and the future of Title VII disparate impact and pattern-or-practice class actions", *University of Cincinnati Law Review*, núm. 87, 2019, pp. 1167 y ss.; O'Malley, G.: "Epic Systems Corp. V. Lewis: singled out by corporations and a textualist Supreme Court, American workers are left to fend for themselves", *Maryland Law Review*, núm. 78, 2019, pp. 635 y ss.;

contratos de arbitraje estipulados entre grandes empresas norteamericanas y cada uno de sus clientes, tal y como dicho régimen quedó fijado por la propia Corte Suprema en el caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (2011)[6], a los contratos de arbitraje estipulados entre esas mismas empresas y cada uno de sus trabajadores. Y no cabe dudar que en el caso citado y resuelto por la Corte en 2018 (en realidad, tres casos muy parecidos acumulados), a que se contrae este estudio, se trataba siempre de empresas norteamericanas muy grandes, pues la recurrente Epic Systems Corp (gigante del sector informático, que da en parte nombre al caso) emplea más de diez mil trabajadores, la también recurrente Ernst & Young (gigante planetario de la consultoría de empresas) tiene contratados en todo el mundo, por su parte, alrededor de doscientos mil trabajadores, mientras que, por último, la recurrida Murphy Oil USA, Inc., radicada en Houston (Estado federado de Texas), aunque más pequeña, tiene empleados en el sector petrolero y gasista más de un millar de trabajadores[7].

## 2. EL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO COMO CONDICIÓN DE EMPLEO (O EN SU CASO, DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO)

Aunque pueda sorprender en Europa, las tres grandes empresas implicadas en este caso eran empresas no cubiertas por ningún convenio colectivo, ni propio de empresa (que no tenían) ni tampoco sectorial (los convenios colectivos de sector, como se sabe, no existen en los Estados Unidos)[8], lo que impedía aplicar al supuesto de hecho enjuiciado el régimen jurídico del arbitraje establecido en convenio colectivo, también para resolver conflictos laborales individuales, que había sido fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a comienzos de los años sesenta del siglo pasado[9]. Por eso mismo, no se habla en este caso de arbitraje «individual», sino de arbitraje individualizado, creado no por convenio colectivo, sino por contrato individual de trabajo (las referencias en el texto del caso al «*individualized arbitration*», pero no al «*individual arbitration*», son continuas)[10]. Se explica, así, la proximidad del supuesto de hecho enjuiciado a los supuestos de hecho relativos a arbitrajes mercantiles, establecidos en contratos mercantiles firmados por las empresas con sus clientes (denominados en el caso, también por todas partes, «*commercial arbitration contracts*» o «*consumer arbitration contracts*»)[11]. Y de ahí que resultase más fácil la transposición del régimen jurídico de estos últimos (establecido, como antes se dijo, en el caso *Concepcion* de 2011) al arbitraje establecido en contratos individuales de trabajo, supuesto que ni los clientes de una empresa ni los trabajadores de esa misma empresa estaban sujetos a ningún tipo de acuerdo o contrato colectivo que cubriese los arbitrajes en cuestión. En este caso, la «clientelización» del trabajador parecía ser incluso una realidad natural y familiar, pues sobre la base de que si el cliente no aceptaba el arbitraje

Turner, R.: "The FAA, the NLRA, and Epic Systems' Epic Fail", *Texas Law Review Online*, núm. 98, 2019, pp. 17 y ss.; Jacobs, S.: "Arbitration and Title VII pattern-or-practice claims after Epic Systems", *University of Chicago Law Review*, núm. 88, 2021, pp. 1157 y ss.; y McWilliams, K.: "Game on: the epic battle between the FAA and the NLRA in professional sports after Epic Systems Corp. V. Lewis", *Marquette Sports Law Review*, núm. 31, 2021, pp. 267 y ss.

[6] Referencia oficial 563 U.S. 333.

[7] Los grandes bancos privados norteamericanos se encontraban en una posición idéntica a la de las tres empresas citadas y, al parecer, esperaban con expectación la decisión por la Corte Suprema de los Estados Unidos de dicho caso. Sobre este tema, véase Couceiro Naveira, B.: *Las relaciones laborales de los trabajadores del sector bancario en los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021, p. 92 y ss.

[8] Al respecto, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023, pp. 223 y ss.

[9] *Cfr*. p. 17, nota 9, de la opinión disidente, allí donde se refiere a «las disposiciones negociadas a través de procedimientos de negociación colectiva, en que los trabajadores pueden hacer valer su fuerza colectiva». Textualmente, «*provisions negotiated through collective-bargaining processes in which employees can leverage their collective strength*». Sobre la jurisprudencia relativa a los arbitrajes negociados en convenio colectivo, véase Martínez Girón, J.: "El incumplimiento del convenio colectivo en la jurisprudencia federal norteamericana", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16, 1983, p. 577 y ss.

[10] En la opinión de la Corte, véanse pp. 2, 7, 14 y 19. En la opinión disidente, véanse pp. 5 y 19.

[11] En la opinión de la Corte, véanse pp. 8 y ss. En la opinión disidente, véanse pp. 19 y ss.

individualizado, se imponía entonces la consecuencia de que el contrato mercantil correspondiente (por ejemplo, de compraventa de mercancías o de suministro de servicios) no llegase a estipularse, produciéndose la misma consecuencia si el trabajador rechazase el arbitraje individualizado que le ofrecía el empresario —ofrecimiento que tenía la misma naturaleza jurídica que una oferta de salario o que una oferta de jornada, pues se trataba de una auténtica condición de empleo (y si ya lo tuviese, de mantenimiento del empleo)—, pues entonces el contrato de trabajo, bien no llegaba a celebrarse, bien se extinguía, esto último si ya hubiese comenzado a ejecutarse. El caso relata con cierta gracia la realidad de dicha concreta condición de empleo (o en su caso, de mantenimiento del empleo), refiriéndose a la llamada opción de HOBSON (*Hobson's choice*)[12], expresión ininteligible en Europa, pero popular en los Estados Unidos (se remonta, al parecer, a la Inglaterra del siglo XVII), utilizada para referirse a los falsos dilemas (como el famoso del fabricante de automóviles, Sr. FORD, dirigido a sus clientes compradores de su modelo T, según el cual «cualquier cliente puede tener un automóvil en cualquier color siempre que sea negro»), en los que una de las opciones supuestamente ofertadas carecía de entidad real y verdadera. Según el caso, aplicando dicha opción al supuesto de hecho de autos, todo quedaba reconducido —respecto del trabajador— a un «acepten el arbitraje con las condiciones del empresario o renuncien a sus puestos de trabajo»[13], resultando ser aquí la opción irreal precisamente la renuncia al puesto de trabajo.

## 3. EL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO Y SU EXCLUSIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROCESALES CONCERTADAS

El arbitraje individualizado enjuiciado en el caso tenía un sentido muy claro, expresado en la letra de los correspondientes contratos ofertados al trabajador por el empresario[14]. Al igual que sucedía en la práctica mercantil o clientelar de cuyas fuentes bebían dichos contratos, lo que pretendían los grandes empresarios implicados era excluir la posibilidad de que llegasen a suscitarse conflictos plurales, pero también y sobre todo conflictos colectivos, entre las partes ligadas por los contratos arbitrales individualizados en cuestión. Lo pone de relieve el caso, al referirse en muy diversos pasajes a que el arbitraje ofrecido al trabajador por la empresa —al igual que los ofertados por las empresas a sus clientes— era un arbitraje uno-a-uno (literalmente, un «*one-on-one arbitration*»[15] o «*one-by-one arbitration*»[16]), excluyente de la posibilidad de que pudiesen llegar a ejercitarse ante las Cortes judiciales norteamericanas de Derecho común, pero también ante los árbitros, no sólo las llamadas acciones conjuntas («*joinder actions*»), a través de las cuales se formalizan conflictos plurales, sino también las llamadas acciones colectivas («*class actions*»), que permitirían judicializar o arbitralizar conflictos colectivos de trabajo, tal y como ambos tipos de acciones aparecían regulados en la Ley Federal norteamericana de Enjuiciamiento Civil (contenida, en lo esencial, en las *Federal Rules of Civil Procedure*)[17]. Ahora bien, la exclusión de las acciones plurales y, especialmente, de las acciones colectivas a través de dichos contratos uno-a-uno de arbitraje producía consecuencias inesperadas respecto de los trabajadores, inexistentes en la hipótesis de los consumidores y usuarios. A pesar de tratarse —como afirma el caso— de personas actualmente no sindicalizadas (*nonunionized*)[18], resultaba

[12] En la opinión disidente, véase p. 7, nota 2.

[13] *Ibidem*. Textualmente, «*accept arbitration on their employer's terms or give up their jobs*».

[14] Reflexionando sobre dicha letra, y preguntándose «¿eran los "acuerdos" genuinamente bilaterales?», *ibidem*.

[15] En la opinión de la Corte, véase p. 1.

[16] En la opinión disidente, véanse pp. 6-7, p. 17 y nota 9, p. 28 y p. 30.

[17] Sobre estas Reglas y su localización, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., *cit*., p. 95. Como pone de relieve la opinión disidente, las «*joinder acts*» se encuentras reguladas en la Regla 20 (a), mientras que las «*class actions*» aparecen tratadas en la Regla 23 (*cfr*. p. 7, nota 3). Muy clarificadora sobre «*class actions*» y, además, rigurosa y escrupulosamente comparatista, véase Razzolini, O.: *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milán, Franco Angeli, 2018, pp. 22 y ss.

[18] En la opinión disidente, véase p. 23.

que los trabajadores de las tres grandes empresas citadas quedaban comprendidos, a diferencia de lo que sucede con sus consumidores y usuarios, en el ámbito de aplicación de la legislación federal sindical norteamericana (y especialmente, de la Ley de relaciones laborales nacionales o Ley Wagner de 1935, enmendada)[19], a título de trabajadores potencialmente sindicalizables, sobre todo teniendo en cuenta que dicha legislación maneja un concepto meramente funcional de sindicato, de acuerdo con el cual este último es toda persona, física o jurídica, que se comporta sindicalmente[20]. En la Ley Wagner, el precepto crucial era la sección de la misma relativa a que quedaban federalmente protegidas no sólo las actividades colectivas clásicas de los trabajadores y sus sindicatos, sino también otras actividades concertadas (literalmente, «*other concerted activities*»), que no aparecían concretadas[21]. Se comprende, así, que el debate jurídico acabase centrándose en este caso en el punto relativo a si el contrato individualizado de arbitraje, a estipularse por el trabajador como condición de empleo (y en su caso, como condición de mantenimiento de su empleo), producía o no efectos antisindicales, por causa de su exclusión de la posibilidad de plantear acciones plurales y, sobre todo, acciones colectivas, hasta el punto incluso de poder llegar a asignársele la naturaleza jurídica de verdadero pacto duro de seguridad sindical[22].

## 4. LA ABOGACÍA UNIVERSITARIA *PRO BONO* Y SU LUCHA CONTRA LA UTILIZACIÓN COMO PACTO DURO DE SEGURIDAD SINDICAL DEL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO

Nos ha llamado la atención quién postuló en defensa de los trabajadores, ante la Corte Suprema, en dos de los casos acumulados que esta última resolvió, referidos a las dos empresas más grandes implicadas en el asunto enjuiciado, y anteriormente citadas (en el tercer caso, en cambio, la postulación de las partes en el recurso no posee nada especial que reseñar, al haber actuado el abogado de la empresa petrolera y gasista, asimismo citada, de un lado, y el letrado funcionario de la agencia federal que pleiteaba contra ella, del otro lado). La postulación de los trabajadores que nos ha interesado (e incluso, entusiasmado) la asumió el profesor Daniel R. ORTIZ[23], catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad estatal de Virginia, una universidad pública norteamericana, que es quien coordina en dicha Facultad una asignatura que de algún modo evoca a la que denominamos «Prácticas externas» en las Facultades de Derecho españolas, allí denominada Clínica de Pleitos en la Corte Suprema (*Supreme Court Litigation Clinic*)[24]. Este catedrático —ayudado por los alumnos

[19] Actualmente recopilada en las secciones 141 y ss. del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

[20] Según la sección 152(5) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, «el término "sindicato" significa cualquier organización de todo tipo, o cualquier agencia comité o plan de representación de los trabajadores, en que participen los trabajadores y que exista con el propósito, en todo o en parte, de tratar con los empresarios en relación con litigios, conflictos laborales, salarios, tarifas salariales, jornadas de trabajo o condiciones de trabajo». Textualmente, «*the term "labor organization" means any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work*».

[21] Se trata de la sección 157 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, a cuyo tenor «los trabajadores tendrán derecho a la auto-organización, a constituir, afiliarse a o colaborar con sindicatos, a negociar colectivamente a través de representantes de su propia elección y a participar en otras actividades concertadas con fines de negociación colectiva o de mutua protección o ayuda». Textualmente, «*employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection*».

[22] Sobre el tema, clásico, véase Alonso Olea, M.: "*Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes*", en *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 9 y ss. Sobre los pactos blandos de seguridad sindical en la jurisprudencia norteamericana, véase Arufe Varela, A.: "La actualidad del tema de los pactos de seguridad sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A propósito del caso *Friedrichs V. California Teachers Association* (2016)", en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen VIII, 2016, pp. 19 y ss.

[23] Véase https://www.oyez.org/cases/2017/16-285.

[24] Véase https://www.law.virginia.edu/clinics/supreme-court-litigation-clinic.

matriculados en dicha sorprendente asignatura— ejercía en ella la abogacía *pro bono* (por cierto, un tipo de abogacía universitaria, pero también extrauniversitaria, muy típicamente norteamericano) en defensa de ideales de justicia social (por ejemplo, las discriminaciones raciales o sexuales)[25], encarnados —en este concreto caso enjuiciado por la Corte Suprema— por el hecho de que las pequeñas reclamaciones salariales (en concepto de horas extraordinarias no abonadas) deducidas por los trabajadores frente a sus respectivos empresarios pudiesen canalizarse judicialmente como acciones colectivas, a pesar de haber renunciado a ello (con violación de sus derechos sindicales protegidos por la ley) en sus contratos uno-a-uno de arbitraje (a calificar, como luego veremos, de auténticos pactos duros de seguridad sindical). Una Juez de la Corte Suprema interviniente en el caso hacía hincapié en el carácter alarmante del asunto, al poner de relieve que los costes de abogados a abonar individualmente por los trabajadores eran prácticamente idénticos a las cuantías salariales que pretendían reclamar a sus empresarios («individualmente, sus reclamaciones son pequeñas, apenas de un tamaño que cubra los gastos de buscar la reparación en solitario»)[26]. Y lo que es más grave, a las empresas lo que parecía interesarles, en realidad, era que ninguno de sus trabajadores reclamase nada ni por ningún concepto ni por ningún título jurídico, ni siquiera por la vía arbitral, pues esa misma Juez de la Corte Suprema —que miraba con simpatía al citado catedrático y abogado *pro bono*, auxiliado por su equipo de estudiantes— considera probado (extrayendo los hechos de otro caso) que la activación del programa arbitral montado por Ernst & Young (esto es, la más grande de las tres empresas implicadas en el caso de autos) supondría un gasto de «200.000 dólares», rotundamente gigantesco y casi inasumible, si es que se compara con los «solamente 1.867,02 dólares en pagos por horas extraordinarias y una cantidad equivalente por la liquidación de daños y perjuicios», a abonar individualmente a cada trabajador reclamante por dicha vía arbitral[27].

## 5. LA ADMINISTRACIÓN REPUBLICANA DEL SR. TRUMP, EN POSICIÓN DE *AMICUS CURIAE*, Y SU FAVORECIMIENTO DEL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO POR NO TRATARSE DE NINGÚN PACTO DURO DE SEGURIDAD SINDICAL

Al amparo de las reglas procesales por las que se rige la Corte Suprema de los Estados Unidos, tras la admisión a trámite del asunto, muy diversas personas físicas y jurídicas se personaron en el recurso en posición procesal de amigos de la curia (*amici curiae*), con la finalidad de ofrecer a la Corte Suprema argumentos en favor o en contra de las pretensiones sostenidas por los recurrentes y por los recurridos[28]. Uno de estos amigos de la curia fue la Administración del Sr. TRUMP, que se personó en el recurso —en defensa del interés de los Estados Unidos— a través de la jefatura de la Abogacía General de los Estados Unidos (lo que la Corte Suprema denomina «*Solicitor General*»)[29], de algún modo equivalente a la Dirección General de la Abogacía del Estado que tenemos en España. Dado que la Administración del Sr. TRUMP, por aquel entonces Presidente de los Estados Unidos, era de carácter conservador, y que esto último suele significar en los Estados Unidos —en pleitos que enfrenten a empresarios y trabajadores—, desde un punto de vista político, que se está a favor de los intereses de las empresas, se comprende que la Abogacía General de los Estados Unidos se

[25] Sobre la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color (*National Association for the Advancement of Colored People* o NAACP), y su ejercicio *pro bono* de la abogacía, véase Larry S. GIBSON, *Young Thurgood. The making of a Supreme Court Justice*, Prometheus Books (New York, 2012), pp. 189 y ss. Por su parte, acerca de la Unión Americana de Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union* o ACLU), también dedicada al ejercicio *pro bono* de la abogacía, véase Philippa STRUM, *On account of sex. Ruth Bader Ginsburg and the making of gender equality law*, University Press of Kansas (Lawrence-Kansas, 2022), pp. 54 y ss.

[26] En la opinión disidente, véase p. 1. Textualmente, «*individually, their claims are small, scarcely of a size warranting the expense of seeking redress alone*».

[27] En la opinión disidente, véase p. 27, con cita del caso *Sutherland v. Ernst & Young LLP.*, de 2011 (referencia oficial 768 F.Supp.2d 547).

[28] Sobre dicha figura, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "El «amicus curiae» en el contencioso judicial norteamericano de seguridad social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pp. 197 y ss.

[29] En la opinión de la Corte, véase p. 4.

posicionase en su escrito (*brief*) en favor de Epic Systems Corp. y de Ernst & Young LLP. (recuérdese, las dos empresas recurrentes, en los dos primeros casos acumulados), así como de Murphy Oil USA, Inc. (recuérdese, en el tercer caso acumulado, la empresa recurrida). Es un escrito de 54 páginas[30], en el que se defendía —con argumentos jurídicos, incluida la cita hasta en ocho ocasiones del caso *Concepción* de 2011 (recuérdese, el precedente judicial sobre arbitrajes individualizados en asuntos mercantiles)— que los arbitrajes uno-a-uno pactados por las empresas de autos no violaban los derechos sindicales de los trabajadores que individualizadamente los habían suscrito (no implicaban, por tanto, la estipulación de ningún pacto duro de seguridad sindical). En nuestra opinión, lo que más llama la atención en este escrito de la Abogacía General de los Estados Unidos es el hecho de que sostuviese una opinión rigurosamente antitética a la defendida por la agencia federal encargada de administrar la Ley Wagner de 1935 (y consecuentemente, de vigilar y reprimir eventuales prácticas antisindicales de los empresarios), la cual defendía que los arbitrajes laborales individualizados en cuestión sí violaban los derechos sindicales de los trabajadores implicados, resultando esta antítesis especialmente digna de atención, dado que dicha agencia federal figuraba en el tercer caso acumulado como parte recurrente, lo que la Abogacía General de los Estados Unidos no se molestaba en ocultar, pues afirmaba que «los Estados Unidos y la Agencia Nacional de Relaciones Laborales (NLRB o Agencia) tienen la responsabilidad de exigir el cumplimiento de la L[ey] N[acional de] R[elaciones] L[aborales], y la NLRB presentó un escrito de recurso»[31].

## 6. LAS RAZONES JUDICIALES A FAVOR DEL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO POR NO TRATARSE DE NINGÚN PACTO DURO DE SEGURIDAD SINDICAL

Cuando se decidió el caso de que venimos tratando, la Corte Suprema de los Estados Unidos (desde 1869, integrada por un Juez Presidente y ocho Jueces más)[32] tenía una mayoría conservadora de cinco. Sobre la base de que a los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos los nombra con carácter vitalicio el propio Presidente de los Estados Unidos, la ideología de este último suele ser un indicio evidenciador de la ideología de los Jueces en cuestión, pues un Presidente del Partido Republicano tiende a nombrar Jueces conservadores, mientras que los Presidentes del Partido Demócrata tienden a nombrar, en cambio, Jueces liberales. Pues bien, en este concreto caso, los cinco Jueces presuntivamente conservadores (esto es, el Juez Presidente Roberts, nombrado por el Presidente republicano Bush hijo; el Juez Kennedy, nombrado por el Presidente republicano Reagan; el Juez Thomas, nombrado por el Presidente republicano Bush padre; el Juez Alito, nombrado por el Presidente republicano Bush hijo; y el Juez Gorsuch, nombrado por el Presidente republicano Trump) se comportaron como tales. Precisamente, el Juez Gorsuch, que era el más moderno en la Corte Suprema[33], expresó la opinión de esta última con una mayoría de cinco. Hay que tener en cuenta que la ideología conservadora de los Jueces de la Corte Suprema suele formalizarse jurídicamente efectuando una interpretación de las leyes en sentido estricto (lo que en los Estados Unidos se conoce con el nombre de «textualismo»), frente a lo que ocurre con los Jueces liberales de la propia Corte (que suelen efectuar, por el contrario, interpretaciones que tienen en cuenta los cambios habidos en la

[30] Puede localizarse en https://www.scotusblog.com/case-files/cases/epic-systems-corp-v-lewis/.

[31] En el escrito de dicha Abogacía General, véase p. 2. Textualmente, «*the United States and the National Labor Relations Board (NLRB or Board) have responsibility for enforcing the NLRA, and the NLRB filed a petition for a writ of certiorari*».

[32] Al respecto, véase Abraham, H.J.: *Justices & Presidents. A political history of appointments to the Supreme Court*, 2ª ed., Newy York, Oxford University Press, 1985, pp. 126-127; y Lurie, J.: *The Chase court. Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara-California, ABC-CLIO, 2004, pp. 3 y ss.

[33] Acerca de dicho Juez, con indicios supuestamente reveladores de su ideología conservadora, véase Greenya, J.: *Gorsuch. The Judge who speaks for himself*, New York, Threshold editions, 2018, pp. 7 y ss.

realidad social, que es lo que se conoce en los Estados Unidos con el nombre de «dinamismo»)[34]. Se explica, así, que el Juez Gorsuch no viese ninguna violación de la Ley Wagner de 1935 en los arbitrajes laborales individualizados pactados por las empresas afectadas y cada uno de sus trabajadores, pues la letra de dicha ley no mencionaba por ningún lado el contenido procesal de las «actividades concertadas» que protegía, sino sólo su contenido sustantivo (declarar la huelga, negociar convenios colectivos, administrar convenios colectivos, ejercitar acciones por incumplimiento de convenios colectivos, etc.)[35], de donde que cupiese perfectamente que los arbitrajes laborales pactados exigiesen la renuncia al ejercicio de acciones judiciales (o en su caso, arbitrales) plurales o colectivas. Evidentemente, todos los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos se atienen a la doctrina del precedente (*stare decisis*)[36]. Y en el caso enjuiciado, existían dos precedentes vinculantes, de los que no podía hacerse tabla rasa. De un lado, el caso *Chevron* de 1984[37], que obligaba a tener una gran deferencia por la opinión de las agencias federales administradoras de leyes federales concretas[38], pero que aquí no vinculaba, pues el ejecutivo federal mantenía dos opiniones antitéticas sobre el tema (recuérdese, la de la agencia administradora de la Ley Wagner o NLRB, sosteniendo que había conducta antisindical de las empresas, y la de la Abogacía General de los Estados Unidos sosteniendo, por el contrario, que no la había). Y de otro lado, el tan citado caso *Concepción* de 2011, sobre licitud del arbitraje uno-a-uno pactado por las empresas con sus clientes, al efecto de resolver asuntos mercantiles. Uno de los cinco Jueces, el ultraconservador Juez THOMAS, añadió a esa opinión mayoritaria de la Corte su propia opinión concurrente (*concurring opinion*), pero únicamente para recordar que la doctrina del citado caso *Concepción* se refería al arbitraje individualizado en general, con independencia de que los suscriptores de los contratos arbitrales en cuestión fuesen trabajadores o clientes[39].

## 7. LAS RAZONES JUDICIALES EN CONTRA DEL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO COMO PACTO DURO DE SEGURIDAD SINDICAL

Frente a esa opinión de la mayoría de cinco de la Corte Suprema, la Juez Ginsburg (icono del feminismo jurídico liberal norteamericano, antes incluso de su nombramiento como Juez de la Corte Suprema por el Presidente Bill Clinton, en 1993)[40] formuló voto particular (en inglés jurídico norteamericano, opinión disidente o «*dissenting opinion*»), adhiriéndose a su opinión los tres restantes Jueces liberales de la Corte Suprema compañeros suyos (esto es, el Juez Breyer, también nombrado por el Presidente demócrata Bill Clinton; la Juez Sotomayor, nombrada por el Presidente demócrata Obama; y la Juez Kagan, asimismo nombrada por el Presidente Obama). Es un escrito deliciosamente grato de leer, en el que la Juez Ginsburg —probando por qué, antes de ser Juez, había sido catedrática en las Facultades de Derecho de las Universidades Rutgers y de Columbia[41], habiendo publicado el primer «casos y materiales» norteamericano sobre Derecho antidiscriminatorio por razón de sexo[42]—

[34] Sobre los citados «textualismo» y «dinamismo», así como sobre sus variantes (incluidas las relativas a la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos), véase Barret, A.C.: "Precedent and jurisprudential disagreement", *Texas Law Review*, núm. 91, 2013, pp. 1711 y ss.

[35] En la opinión de la Corte, véase p. 18.

[36] Especialmente pedagógico sobre el tema, véase Barret, A.C.: "Precedent and jurisprudential disagreement", *cit*., pp. 1713 y ss.

[37] Caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), referencia oficial 467 U.S. 837.

[38] Contextualizando la doctrina de dicho caso, a la vista del Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos que redactó la opinión mayoritaria en el mismo, véase Stevens, J.P.: *Five chiefs. A Supreme Court memoir*, Little, New York, Brown and Company, 2011, p. 157.

[39] En dicha opinión concurrente, véase p. 2.

[40] Acerca de su vida ejemplar, con marcado carácter autobiográfico, véase Ginsburg, R.B.: *My own words*, New York, Simon & Schuster, 2016, pp. 9 y ss.

[41] *Ibidem*, pp. 27 y 72.

[42] Véase Ginsburg, R.B.: *Text, cases, and materials on constitutional aspects of sex-based discrimination*, St. Paul-Minnesota, West Publishing Co., 1974, 1293 pp.

realiza un fenomenal acopio de doctrina científica norteamericana[43], en apoyo de la tesis de que el Derecho del Trabajo tiene que ser necesariamente un Derecho protector del trabajador, pareciéndonos que ese acopio de doctrina científica nominalmente citada por ella constituye un repertorio ideal bibliográfico sobre el tema, tanto en lo concerniente a artículos de revista[44] como a monografías[45]. Su tesis de partida es la de que el empresario y el trabajador individual no son iguales, pues el segundo carece de verdadero poder negociador frente a quien lo emplea[46]. Esto despejado, la Juez GINSBURG afirma que la verdadera paridad negociadora sólo se logra en el plano colectivo, garantizando la eficacia jurídica de lo negociado en este otro plano los preceptos de la Ley Wagner de 1935, que necesariamente tienen que ser interpretados en sentido amplio, con la finalidad de acomodarse a los cambios habidos en la sociedad norteamericana desde que dicha venerable ley federal sindical se promulgó[47]. Por eso, esta interpretación en sentido amplio debía conducir derechamente a considerar que la expresión «otras actividades concertadas» comprendía no sólo las de carácter sustantivo (en lo esencial, negociar convenios colectivos justos), sino también las de carácter adjetivo o procedimental,

---

[43] *Cfr*. pp. 1, 2, 3, 4, 8, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26 y 27.

[44] Más en concreto, lo nominalmente citado por la Juez Ginsburg es Bernhardt, A., Milkman, R. y Theodore, N.: "Broken Laws, Unprotected Workers: Violations of Employment and Labor Laws in America's Cities", 2009, accesible en https://www.nelp.org/publication/broken-laws-unprotected-workers-violations-of-employment-and-labor-laws-in-americas-cities/; Cohen, J. H. y Dayton, K.: "The New Federal Arbitration Law", *Virginia Law Review*, vol. XII, núm. 4, 1926, pp. 265 y ss.; Colvin, A.: "The Growing Use of Mandatory Arbitration, Economic Policy Institute", 2017, accesible en https://www.epi.org/files/pdf/135056.pdf; Fields, C.: *Class Action Survey: Best Practices in Reducing Cost and Managing Risk in Class Action Litigation*, 2017, accesible en https://www.supremecourt.gov/opinions/urls_cited/ot2017/16-285/16-285-2.pdf; Finkin, M.W.: "The Meaning and Contemporary Vitality of the Norris-LaGuardia Act", en *Nebraska Law Review*, núm. 93, 2014, pp. 6 y ss.; Frankfurter, F. y Greene, N.: "Legislation Affecting Labor Injunctions", *Yale Law Journal*, núm. 38, 1929, pp. 879 y ss.; Gilles, M.: "Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action", *Michigan Law Review*, núm. 104, 2005, p. 373 y ss.; J. Maria GLOVER, M y GLOVER, W.: The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law", *Law Review*, núm. 53, 2012, pp. 1137 y ss.; Meixell, B. y Eisenbrey, R.: "An Epidemic of Wage Theft Is Costing Workers Hundreds of Millions of Dollars a Year", Economic Policy Institute, 2014, accesible en https://www.epi.org/files/2014/wage-theft.pdf; Millis, H. A. & Brown, E.C.: *From the Wagner Act to Taft-Hartley: A Study of National Labor Policy and Labor Relations*, The University of Chicago Press, Chicago, 1950, 724 pp.; Resnik, J.: "Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights", *Yale Law Journal*, núm. 124, 2015, pp. 2904 y ss.; Ruan, N.: "What's Left To Remedy Wage Theft? How Arbitration Mandates That Bar Class Actions Impact Low-Wage Workers", *Michigan State Law Review*, núm. 4, 2012, pp. 1103 y ss.; Sternlight, J.R.: "Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration", *Washington University Law Review*, núm. 74, 1996, pp. 637 y ss.; Sternlight, J. R.: "Disarming Employees: How American Employers Are Using Mandatory Arbitration To Deprive Workers of Legal Protections", *Brooklyn Law Review*, núm. 80, 2015, pp. 1309 y ss.

[45] Más en concreto, lo nominalmente citado por la Juez Ginsburg es Bork, R.: *The Tempting of America*, Macmillan (New York, 1990), 432 pp.; Higgins, J.E.: *The Developing Labor Law*, 6ª ed., New York, Bloomberg BNA, 2012, 644 pp.; Lareau, N.P.: *Labor and Employment Law*, vol. 9, New York, LexisNexis, 2017; Lord, R.A.: *Williston on Contracts*, vol. 5, 4ª ed., New York, Thomson Reuters, 2009; Joel I. Seidman, *The Yellow Dog Contract*, Johns Hopkins Press (Baltimore, 1932), 96 pp.; Charles Alan Wright, Miller, A. y Kane, M.K.: *Federal Practice and Procedure*, 3ª ed., St. Paul-Minnesota, West Publishing Co., 2001; Yeazell S.C.: *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven-Connecticut, Yale University Press, 1987, 306 pp.

[46] Literalmente, «Forzados a enfrentarse sin compañía a sus empresarios, los trabajadores no son ordinariamente iguales a la empresa que los contrata. Sin embargo, los trabajadores ganan fuerza si pueden tratar en grupos» (*cfr*. opinión disidente, p. 15). Textualmente, «*forced to face their employers without Company, employees ordinarily are no match for the Enterprise that hires them. Employees gain strength, however, if they can deal with their employers in numbers*».

[47] La Ley Wagner «exige la invalidación de *todas* las disposiciones contractuales prospectivamente impuestas por el empresario con renuncia de sus derechos regulados en la sección 7 …, [pues] promulgada con posterioridad en el tiempo, la L[ey] N[acional de] R[elaciones] L[aborales] debería considerarse como una "derogación implícita" de la L[ey] F[ederal de] A[rbitraje] [de 1925], respecto de cualquier conflicto real» (opinión disidente, p. 25). Textualmente, «*It requires invalidation of* all *employer-imposed contractual provisions prospectively waiving employees' §7 rights …, [because] enacted later in time, the NLRA should qualify as "an implicit repeal" of the FAA, to the extent of any genuine conflict*».

incluida la posibilidad de ejercitar acciones plurales o acciones colectivas frente al empresario[48]. No existiendo control sindical de ningún tipo, el arbitraje individualizado pasa a convertirse en una herramienta más al servicio del poder económico superior y aplastante del empresario, que acaba planteando a cada trabajador —cuando le pone por delante un contrato de arbitraje laboral uno-a-uno, para que lo firme— un mero y viejo «lo tomas o lo dejas»[49], que permite asimilar dicho tipo de pactos a los viejos pactos de seguridad sindical de los años diez y veinte del siglo pasado (la denostada, en los Estados Unidos, «era *Lochner*», de carácter ultraliberal), y en especial, a los denominados contratos de perro amarillo (*yellow dog contracts*), que —son sus palabras— «los empresarios exigían firmar a los trabajadores como condición de empleo, ordenando típicamente a los trabajadores que se abstuviesen de afiliarse a sindicatos»[50]. Se explica, así, que la Juez GINSBURG comenzase su voto particular urgiendo al Congreso de los Estados Unidos para que, mediante la promulgación de una ley federal, corrigiese la doctrina aprobada por la opinión mayoritaria de la Corte[51], que califica como doctrina clamorosamente errónea («*egregiously wrong*»)[52].

## 8. LA REACCIÓN DEL PARTIDO DEMÓCRATA CONTRA EL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO COMO PACTO DURO DE SEGURIDAD SINDICAL

Atendiendo la llamada de atención efectuada por la icónica Juez Ginsburg en su opinión disidente, la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos se puso manos a la obra para revocar la doctrina del caso *Epic Systems Corp. v. Lewis* (2018), con el problema —eso sí— de no parecer viable una ley de consenso de los Partidos Republicano y Demócrata (en el lenguaje político norteamericano, una ley *bipartisan*), agravándose este problema por el hecho de que el Partido Demócrata ni controlaba ambas cámaras del Congreso, cuando se falló dicho caso, ni tampoco las controla en la actualidad. A pesar de ello, sigue viva en la Cámara de Representantes la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley, fechado en 2021 y titulado «Proyecto para prohibir al arbitraje forzoso en los conflictos laborales, y para otros propósitos»[53]. El objetivo principal del mismo es claro —aunque su contenido no menciona por ningún lado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos—, dado que pretende prohibir los acuerdos de arbitraje sobre conflictos laborales futuros (literalmente, «*predispute*»), asimismo la represalia contra los trabajadores que se nieguen a someter a arbitraje conflictos laborales; también, prever protecciones para asegurar que los acuerdos de arbitraje para resolver conflictos laborales presentes o reales sean verdaderamente voluntarios y con el consentimiento informado de los trabajadores, así como —por último— modificar la Ley Wagner de 1935 para prohibir los acuerdos y prácticas que se opongan al derecho de los trabajadores de implicarse en actividades concertadas relativas a la solución de conflictos laborales[54]. Cabe reseñar —

[48] Literalmente, en lo esencial, «La Ley Federal de Arbitraje no demanda dicha supresión del derecho de los trabajadores a llevar a cabo una actividad concertada para su "mutua ayuda o protección"» (opinión disidente, p. 30). Textualmente, "*The FAA demands no such suppression of the right of workers to take concerted action for their «mutual aid or protection»"*.

[49] En la opinión disidente, véanse pp. 7 y 30. Textualmente, "*take-it-or-leave-it*".

[50] En la opinión disidente, véase p. 4. Textualmente, "*employers required employees to sign as a condition of employment, typically commanded employees to abstain from joining labor unions*». De ahí, resumiéndolo todo, su conclusión de que «es el resultado de contratos de trabajo lo-tomas-o-lo-dejas, que nos retrotraen al tipo llamado «perro amarillo" (opinión disidente, pág. 30). Textualmente, "*It is the result of take-it-or-leave-it labor contracts harking back to the type called «yellow dog»"*.

[51] Literalmente, «la corrección por el Congreso de la elevación por la Corte de la L[ey] F[ederal de] A[rbitraje] sobre los derechos de los trabajadores a actuar en concierto hay que exigirla urgentemente» (opinión disidente, p. 2). Textualmente, «*Congressional correction of the Court's elevation of the FAA over workers' rights to act in concert is urgently in order*».

[52] En la opinión disidente, véase p. 2.

[53] Textualmente, "*To prohibit forced arbitration in work disputes, and for other purposes*". Se trata del proyecto H.R. 4841. Puede localizarse en https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/4841/text?s=1&r=56.

[54] *Cfr*. su sección 2.

en tanto este tronco no se plante, eche raíces y acaba produciendo frutos— que los dos grandes partidos políticos norteamericanos han sido sensibles de algún modo a la llamada de atención efectuada por la Juez GINSBURG, aunque a propósito de un tema concreto, pero que tampoco cabe calificarse como asunto minúsculo. En efecto, en 2022 se promulgó la Ley para poner fin al arbitraje forzoso de la agresión sexual y del acoso sexual (*Ending forced arbitration of sexual assault and sexual harassment Act*)[55], cuyo ámbito de aplicación es indeterminado (y consecuentemente, universal), aplicándose a la ciudadanía en su conjunto, incluidos clientes y, por supuesto. trabajadores asalariados de todo tipo de empresas[56]. En nuestra opinión, lo que no resulta en absoluto previsible es que la Corte Suprema de los Estados Unidos llegue a revocar los casos *Concepcion* de 2011 y *Epic Systems Corp.* de 2018, a propósito de la validez y eficacia de los arbitrajes uno-a-uno relativos a conflictos mercantiles y a conflictos laborales, respectivamente. En efecto, tras los últimos nombramientos de Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos efectuados por los Presidentes Trump y Biden, es claro que ahora mismo la mayoría conservadora de la Corte dispone de seis piezas (a los citados Jueces Thomas, Alito, Gorsuch, así como al Juez Presidente Roberts, habría que añadir el Juez Kavanaugh y la Juez Barret, ambos nombrados por el Presidente Trump), mientras que el ala liberal de la propia Corte ha pasado a contar con sólo tres integrantes (a las Jueces Sotomayor y Kagan se les ha unido la Juez Jackson, nombrada por el Presidente Biden), bastando esperar a que se plantee un caso donde la sociedad norteamericana aparezca polarizada para que se materialice la mayoría en cuestión, que ya aparece prefigurada (con una mayoría de 6 a 3) en el caso *Dobbs V. Jackson Women's Health Organization* (2022)[57], a propósito del controvertido asunto del derecho al aborto[58].

## 9. EPÍLOGO. EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL GESTIONADO POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, COMO MODELO A IMPORTAR POR LAS GRANDES COMPAÑÍAS PRIVADAS NORTEAMERICANAS POR LA VÍA DEL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUALIZADO

A día de hoy, imaginamos encantadas a las grandes empresas norteamericanas no cubiertas por ningún convenio colectivo, imponiendo a sus clientes arbitrajes individualizados, e imponiendo a sus trabajadores asalariados pactos duros de seguridad sindical, del tipo del vetusto «contrato de perro amarillo» al que se refería la icónica (y ya fallecida, para pesar de muchos) Juez Ginsburg. También nosotros sentimos profundamente su fallecimiento, pues en su opinión disidente —que animamos a leer a todo el mundo, también en Europa— se atrevió a ser lo que sólo puede llegarse a ser con el paso de los años y la acumulación de mucha experiencia (esto es, políticamente incorrecta, con absoluto atrevimiento). Frente a la letanía de argumentos a favor de la solución extrajudicial de los conflictos laborales (informalidad, rapidez, gratuidad y demás cuentas del rosario en cuestión)[59], lo que la Juez Ginsburg dijo bien alto es que los arbitrajes (refiriéndose, eso sí, a los no negociados colectivamente entre empresas y sindicatos) se caracterizan no sólo por su eventual falta de transparencia[60], sino también por su posible violación del principio de seguridad jurídica, pues —frente al «*stare decisis*» a que están sometidos los Jueces, en los Estados Unidos y en todas partes— dicho tipo de vinculación no existe en absoluto en los procedimientos arbitrales, cabiendo consecuentemente que a conflictos

[55] Se trata de la Ley núm. 117-90, publicada el 3 marzo 2022. Puede localizarse en https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/4445/text.

[56] *Cfr*. su sección 2.

[57] Referencia oficial 597 U.S.__.

[58] La diferencia con la «Corte Roberts» actual es la de que todavía intervino el liberal Juez Breyer, luego sustituido por la asimismo liberal Juez Jackson.

[59] Véase, en la opinión de la Corte, pp. 4, 5, 8 y 24.

[60] "Subrayo, por último, que el arbitraje individual de reclamaciones del trabajador … a menudo incluye disposiciones que exigen que sus resultados se mantengan confidenciales" (opinión disidente, p. 29). Textualmente, "*I note, finally, that individual arbitration of employee complaints ... often include provisions requiring that outcomes be kept confidential*".

laborales iguales un árbitro acabe asignándoles soluciones distintas[61] (y a lo peor, añadimos nosotros, tendencialmente favorables al empresario, de modo sistemático)[62]. A fin de cuentas, es lo que ha acabado ocurriendo en el seno de las grandes organizaciones internacionales (OIT, ONU, Consejo de Europa, pudiéndose alargar la lista de ellas hasta extremos indecibles, en los que también habría que incluir el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo e, incluso, multitud de grandes corporaciones transnacionales disfrazadas de ONGs)[63], que han sabido montarse sus propios tribunales arbitrales (eufemísticamente llamados «tribunales administrativos»), asumiendo —en cuanto que empresas que son— el mantenimiento y los costes de dicho tipo de entramados y montajes arbitrales, al efecto de resolver (por cierto, también uno-a-uno) los litigios que pueden llegar a serles planteados por los trabajadores (eufemísticamente llamados «funcionarios internacionales») que emplean, y que están cubiertos, en realidad, por un contrato de trabajo internacional, gestionable a la libre voluntad de la empresa. Baste observar la supuesta «jurisprudencia» redactada (usual y tendencialmente, en inglés) por dichos tribunales arbitrales internacionales, con su santificación de los contratos precarios encadenados, con su exclusión de la readmisión del trabajador si éste hubiese sido objeto de un despido nulo (por ejemplo, por causa de discriminación o represalia), con su negación de los derechos colectivos más básicos (por ejemplo, los de negociación colectiva y de huelga, aunque admitan una descafeinada información y consulta, a ejercitarse por los representantes de los propios trabajadores, generalmente los representantes legales y no los sindicales, pues estos últimos pueden no existir, aunque carentes de un auténtico estatuto de garantías protectoras)[64] y, por supuesto, por la negativa a que se tramiten ante ellos —como se sancionó por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso que hemos venido comentando— acciones arbitrales «colectivas».

## 10. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abraham, H.J.: *Justices & Presidents. A political history of appointments to the Supreme Court*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1985.

Alonso Olea, M.: "*Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes*", *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982.

Arufe Varela, A.: "La actualidad del tema de los pactos de seguridad sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A propósito del caso *Friedrichs V. California Teachers Association* (2016)", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen VIII, 2016.

[61] "Los acuerdos de arbitraje a menudo incluyen disposiciones … impidiendo a los árbitros que se atengan al precedente de procedimientos previos … Como consecuencia, los árbitros pueden dictar laudos contradictorios en casos relativos a trabajador en situación similar" (*ibidem*). Textualmente, "*Arbitration agreements often include provisions ... barring arbitrators from giving prior proceedings precedential effect ... As a result, arbitrators may render conflicting awards in cases involving similarly situated employees*".

[62] Según la opinión de la Corte, el modelo de contrato individualizado de arbitraje de Ernst & Young "establecía que el trabajador podía elegir el proveedor del arbitraje" (p. 2). Textualmente, "*the agreement stated that the employee could choose the arbitration provider*". Pero esto acentúa los argumentos críticos de la Juez Ginsburg, al hacer posible que los árbitros enjuiciadores de los litigios, a suministrarse por los proveedores en cuestión, sean personas distintas.

[63] Véase Arufe Varela, A.: *El personal laboral de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, Granada, Comares, 2021, pp. 13 y ss.; Vizcaíno Ramos, I.: *El contrato de trabajo internacional del personal al servicio de la ONU*, Granada, Comares, 2022, pp. 35 y ss.; y Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "La (in)aplicación de la Carta Social Europea al personal laboral al servicio del Consejo de Europa. Un estudio normativo y jurisprudencial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2022, pp. 12 y ss.

[64] Véase Arufe Varela, A.: *El personal laboral de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, *cit*., pp. 51 y ss; Vizcaíno Ramos, I.: *El contrato de trabajo internacional del personal al servicio de la ONU*, *cit*., pp. 63 y ss.; y Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "La (in)aplicación de la Carta Social Europea al personal laboral al servicio del Consejo de Europa. Un estudio normativo y jurisprudencial", *cit*., pp. 5 y ss.

Arufe Varela, A.: "Las dos impugnaciones de la constitucionalidad, en 2021, de la legislación californiana positivizando la Iniciativa Legislativa Popular núm. 22 de 2020, sobre reclasificación como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen 13, 2021.

Arufe Varela, A.: *El personal laboral de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, Granada, Comares, 2021).

Barret, A.C.: "Precedent and jurisprudential disagreement", *Texas Law Review*, núm. 91, 2013.

Bernhardt, A., Milkman, R., y Theodore, N.: "Broken Laws, Unprotected Workers: Violations of Employment and Labor Laws in America's Cities", 2009, accesible en https://www.nelp.org/publication/broken-laws-unprotected-workers-violations-of-employment-and-labor-laws-in-americas-cities/.

Bork, R.: *The Tempting of America*, New York, Macmillan, 1990.

Cohen, J.H. y Dayton, K.: "The New Federal Arbitration Law", *Virginia Law Review*, vol. XII, núm. 4, 1926.

Colvin, A.: "The Growing Use of Mandatory Arbitration, Economic Policy Institute", 2017, accesible en: https://www.epi.org/files/pdf/135056.pdf.

Couceiro Naveira, B.: *Las relaciones laborales de los trabajadores del sector bancario en los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021.

Fernandez, M.K.: "Epic Systems Corp. V. Lewis: American employees suffer an epic loss in the ongoing arbitration conflict", *Loyola Law Review*, núm. 65, 2019.

Fields, C.: *Class Action Survey: Best Practices in Reducing Cost and Managing Risk in Class Action Litigation*, 2017, accesible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/urls_cited/ot2017/16-285/16-285-2.pdf.

Finkin, M.W.: "The Meaning and Contemporary Vitality of the Norris-LaGuardia Act", *Nebraska Law Review*, núm. 93, 2014.

Frankfurter, F. y Greene, N.: "Legislation Affecting Labor Injunctions", *Yale Law Journal*, núm. 38, 1929.

Gibson, L.S.: *Young Thurgood. The making of a Supreme Court Justice*, Prometheus Books, 2012.

Gilles, M.: "Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action", *Michigan Law Review*, núm. 104, 2005.

Ginsburg, R.B.: *My own words*, New York, Simon & Schuster, 2016.

Glover, J.M.: "The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law", *William & Mary Law Review*, núm. 53, 2012.

Gould IV, W.B.: "Dynamex is dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: the sleeper in the trilogy", *Missouri Law Review*, núm. 83, 2018.

Greenya, J.: *Gorsuch. The Judge who speaks for himself*, Nueva York, Threshold editions, 2018.

Higgins, J.E.: *The Developing Labor Law*, 6ª ed., Bloomberg BNA (New York, 2012).

Jacobs, S.: "Arbitration and Title VII pattern-or-practice claims after Epic Systems", *University of Chicago Law Review*, núm. 88, 2021.

Lareau, N.P.: *Labor and Employment Law*, vol. 9, Nueva York, LexisNexis, 2017.

Lord, R.A.: *Williston on Contracts*, vol. 5, 4ª ed., Nueva York, Thomson Reuters, 2009.

Lurie, J.: *The Chase court. Justices, rulings, and legacy*, ABC-CLIO (Santa Barbara-California, 2004).

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "La (in)aplicación de la Carta Social Europea al personal laboral al servicio del Consejo de Europa. Un estudio normativo y jurisprudencial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2022.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "El «amicus curiae» en el contencioso judicial norteamericano de seguridad social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023.

Martínez Girón, J.: "El incumplimiento del convenio colectivo en la jurisprudencia federal norteamericana", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16, 1983.

Martínez Girón, J.: "La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario", *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020.

Martínez Girón, J.: "La sorprendente reclasificación en California como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales. La iniciativa popular núm. 22 de 2020", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen 12, 2020.

Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012.

Mcwilliams, K.: "Game on: the epic battle between the FAA and the NLRA in professional sports after Epic Systems Corp. V. Lewis", *Marquette Sports Law Review*, núm. 31, 2021.

Meixell, B. y Eisenbrey, R.: "An Epidemic of Wage Theft Is Costing Workers Hundreds of Millions of Dollars a Year", Economic Policy Institute, 2014, accesible en: https://www.epi.org/files/2014/wage-theft.pdf.

Miller, C.E.: "Epic Systems Corp. v. Lewis: individual arbitration and the future of Title VII disparate impact and pattern-or-practice class actions", *University of Cincinnati Law Review*, núm. 87, 2019.

Millis, H.A. y Brown, E.C.: *From the Wagner Act to Taft-Hartley: A Study of National Labor Policy and Labor Relations*, Chicago, The University of Chicago Press, 1950.

O'Malley, G.: "Epic Systems Corp. v. Lewis: singled out by corporations and a textualist Supreme Court, American workers are left to fend for themselves", *Maryland Law Review*, núm. 78, 2019.

Razzolini, O.: *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milán, FrancoAngeli, 2018.

Resnik, J.: "Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights", *Yale Law Journal*, núm. 124, 2015.

Ruan, N.: "What's Left To Remedy Wage Theft? How Arbitration Mandates That Bar Class Actions Impact Low-Wage Workers", *Michigan State Law Review*, núm. 4, 2012.

Seidman, J.I.: *The Yellow Dog Contract*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.

Sternlight, J.R.: "Disarming Employees: How American Employers Are Using Mandatory Arbitration To Deprive Workers of Legal Protections", *Brooklyn Law Review*, núm. 80, 2015.

Sternlight, J.R.: "Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration», *Washington University Law Review*, núm. 74, 1996.

Stevens, J.P.: *Five chiefs. A Supreme Court memoir*, Little, New York, Brown and Company, 2011.

Strum, P.: *On account of sex. Ruth Bader Ginsburg and the making of gender equality law*, Lawrence-Kansas, University Press of Kansas, 2022.

Turner, R.: "The FAA, the NLRA, and Epic Systems' Epic Fail", *Texas Law Review Online*, núm. 98, 2019.

Vizcaíno Ramos, I.: *El contrato de trabajo internacional del personal al servicio de la ONU*, Granada, Comares, 2022.

Wright, C.A., Miller, A. y Kane, M.K.: *Federal Practice and Procedure*, 3ª ed., St. Paul-Minnesota, West Publishing Co., 2001.

Yeazell, S.C.: *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven-Connecticut, Yale University Press, 1987.