IASP-AIPS

DP-15/2025

Cláusulas sociales en los Acuerdos de Libre Comercio y de Protección de Inversiones

Wolfgang Däubler[1] y Herta Däubler-Gmelin[2]

Índice

§ 1. CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS ACUERDOS COMERCIALES Y DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES I. Resumen de la evolución histórica. II. La práctica de la UE. 1. El período comprendido entre 1992 y 2003. 2. El período a partir de 2003. a) CARIFORUM. b) Acuerdos con Colombia y Perú. c) El acuerdo con Corea del Sur. 3. Evaluación. III. La práctica de los EE. UU.: coincidencias y divergencias 1. Acuerdo modelo. 2. La práctica de los acuerdos bilaterales de los EE. UU. 3. El Acuerdo paralelo al TLCAN. 4. El Acuerdo con Camboya. IV. Evaluación provisional. 1. ¿Normas de la OIT o legislación nacional? 2. ¿Sanciones?

§ 2. SISTEMA GENERALIZADO DE PREFERENCIAS (SPG): VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LOS TIPOS ARANCELARIOS. I. El principio básico. II. La práctica de la Comisión Europea. III. La práctica de los Estados Unidos.

§ 3. CLÁUSULAS DE DERECHOS HUMANOS. I. La base jurídica. II. Ejemplos de cláusulas sobre derechos humanos. 1. Acuerdo de Cotonú. 2. Acuerdo con Corea del Sur. 3. Acuerdo con Georgia. III. Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. 1. ¿Derecho de recurso de los afectados? 2. Adopción de medidas adecuadas.

[1] Catedrático de la Universidad de Bremen y profesor invitado de la Universidad de Pekín.

[2] ExMinistra de Justicia de la República Federal Alemana y profesora de la Universidad Libre de Berlín.

§ 4. ¿CORRECCIONES SOCIALES A NIVEL INTERNACIONAL O NACIONAL? I. Cláusulas sociales, SPG y garantías de DDHH: ¿adornos inútiles? II. ¿Cambia cuando se aplica a los países desarrollados? III. Correcciones sociales a nivel supranacional: ¿la UE como modelo? 1. Normas de procedimiento. 2. Principios de igualdad. 3. Garantías materiales como excepción. 4. Consideración de intereses de trabajadores en otras partes del Derecho UE. 5. La división de tareas en política social entre la Unión y Estados miembros. IV. ¿Los acuerdos de protección del comercio e inversión, nueva supranacionalidad?
§ 5. EL EJEMPLO DEL CETA. I. El marco jurídico. II. ¿Limitación de riesgos mediante el capítulo 23 sobre «Comercio y trabajo»? III. Disposiciones sobre subvenciones. IV. Protección de los inversores contra el trato injusto e inequitativo. V. Protección de los inversores contra la expropiación indirecta. VI. Servicios transfronterizos. VII. Derecho de la competencia. VIII. Contratación pública. IX. Legislación por parte del Comité Mixto del CETA. X. Evaluación general
§ 6. EL EJEMPLO DEL TTIP. I. La situación inicial. II. Las disposiciones propuestas. III. Evaluación. 1. El valor innovador. 2. ¿Relación con los riesgos del TTIP? 3. Ausencia de ventajas competitivas debido a condiciones laborales ilegales. 4. Prohibición del retroceso social.
§ 7. RESUMEN.

§ 1: CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS ACUERDOS COMERCIALES Y DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

I. Panorama general de la evolución histórica

Ya durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos, Gran Bretaña y otros Estados aliados acordaron la denominada Carta Atlántica de 1941, que abogaba por la expansión del libre comercio internacional y la eliminación de las medidas proteccionistas que se habían aplicado en el período de entreguerras[3]. Esta carta fue la base de la Conferencia de Bretton Woods de 1944, en la que se firmó el acuerdo para la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI). En la Conferencia de La Habana de 1947 se creó un marco jurídico amplio para la creación de un orden económico mundial, que, sin embargo, excluía a los países socialistas. Esta denominada Carta de La Habana[4] contenía, además de numerosas disposiciones destinadas a promover el libre comercio mundial mediante la eliminación de obstáculos, una serie de disposiciones sobre el trabajo dependiente, cuya protección debía convertirse en parte integrante del orden previsto. Así, por ejemplo, el artículo 2, apartado 1, de la Carta establecía que la prevención del desempleo y el subempleo no era una tarea exclusiva de los Estados nacionales, sino que era una condición para una economía mundial próspera que incluyera la expansión del comercio mundial. El artículo 7 abogaba por unas normas laborales justas, lo que implicaba el pleno respeto de los acuerdos y declaraciones internacionales sobre los derechos de los trabajadores. Cabe destacar la afirmación de que las condiciones de trabajo injustas, especialmente en la producción orientada a la exportación, perjudican al comercio internacional; por lo tanto, cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para no permitir o eliminar tales condiciones en su territorio. Esto puede interpretarse como una prohibición del dumping social. El texto dice textualmente: «Los Miembros reconocen que las medidas relativas al empleo deben tener plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores en virtud de las declaraciones, convenios y acuerdos intergubernamentales. Reconocen que todos los países tienen un interés común en el logro y el mantenimiento de normas laborales justas relacionadas con la productividad y, por lo tanto, en la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo en la medida en que lo permita la productividad. Los Miembros reconocen que las condiciones laborales injustas, en particular en la producción para la

[3] Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 10.ª ed. 2014, § 4, núm. 3; Tietje, en: ídem. (ed.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 1 Rn. 47.
[4] https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (21.9.2016).

exportación, crean dificultades en el comercio internacional y, en consecuencia, cada Miembro adoptará las medidas que sean apropiadas y viables para eliminar tales condiciones en su territorio». La Carta de La Habana nunca entró en vigor porque el Congreso de los Estados Unidos tenía que aprobar las disposiciones y porque amplios sectores de la economía estadounidense tenían reservas sobre compromisos tan amplios[5]. En su lugar, se acordó una solución a pequeña escala, que consistía en poner en vigor provisionalmente, con efecto a partir del 1 de enero de 1948, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), firmado el 31 de octubre de 1947, que en principio debía formar parte de la Carta de La Habana. Dado su carácter provisional, el presidente de los Estados Unidos podía actuar sin el consentimiento del Congreso. El GATT establecía normas para la eliminación de los aranceles y otros obstáculos al comercio, cuya aplicación concreta se llevó a cabo en ocho «rondas» a intervalos de varios años[6]. La posición del trabajo dependiente pasó a un segundo plano en los años siguientes. Se realizaron reflexiones al respecto, en particular en el marco de las Naciones Unidas; los actos jurídicamente vinculantes más importantes fueron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966[7], y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966[8]. Además, dentro de la ONU, principalmente el «Grupo de los 77» desarrolló el concepto de un nuevo orden económico internacional que, entre otras cosas, tenía por objeto tener en cuenta los intereses de los países en desarrollo. En cuanto al contenido, se trataba en particular de facilitar las posibilidades de expropiación de los inversores extranjeros, mejorar las posibilidades de exportación de materias primas y productos agrícolas, transferir tecnología a los países en desarrollo y condonar la deuda. Un documento importante fue la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada el 12 de diciembre de 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas por 120 votos a favor, 6 en contra y 10 abstenciones[9]. Los votos en contra procedían de los Estados Unidos, Gran Bretaña, la República Federal de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca, mientras que Austria, Canadá, Francia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, los Países Bajos, Noruega y España se abstuvieron. Las resoluciones de la Asamblea General no son jurídicamente vinculantes, pero pueden ser expresión de una actitud generalizada de la gran mayoría de los Estados, lo que puede tener importancia a la hora de interpretar normas jurídicamente vinculantes.

Las normas jurídicas pueden adquirir importancia. En casos especiales, las decisiones de la Asamblea General pueden convertirse en derecho internacional consuetudinario, lo que se acepta en particular en algunas partes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La evolución a nivel de las Naciones Unidas no excluía en modo alguno que la República Federal de Alemania, al igual que otros Estados de Europa occidental y los Estados Unidos, concluyeran con países en desarrollo acuerdos de comercio y protección de las inversiones que, por ejemplo, en materia de protección contra la expropiación, preveían lo contrario de lo que era la opinión mayoritaria en el ámbito de las Naciones Unidas. Se considera el primer acuerdo pertinente el Tratado «para la promoción y protección de las inversiones entre la República Federal de Alemania y Pakistán», de 25 de noviembre de 1959[10],76 que, como era de esperar, no contenía ninguna disposición de política social. Sin embargo, los tribunales arbitrales solo estaban previstos para resolver controversias entre los Estados contratantes. Posteriormente se celebraron numerosos acuerdos de este tipo[11]. La cuestión de si el trabajo

[5] Herdegen, op. cit., § 10, núm. 1; el Pacto de Viena aún no ha sido ratificado por los Estados Unidos.
[6] Herdegen, op. cit., § 10, núm. 2 y 5.
[7] *BGBl* 1973 II, p. 1534.
[8] *BGBl* 1973 II, p. 1570. Ambos se recogen también en Däubler/Kittner/Lörcher, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Dokumente*, 2.ª ed., Colonia 1994, n.º 120 y 130.
[9] Para más detalles al respecto, véase Tomuschat, *ZaöRV* 1976, 444 y ss.
[10] BGBl 1961 II p. 793.
[11] Véase, por ejemplo, el acuerdo con Indonesia, supra nota 47.

dependiente puede gozar de protección según las reglas de un mercado mundial, y en qué medida, volvió a ser objeto de debate a nivel mundial con la creación de la OMC en 1994[12]. Sin embargo, debido a la oposición de los países en desarrollo, no se pudo incluir una «cláusula social» en el Acuerdo de la OMC. En la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada del 9 al 13 de diciembre de 1996 en Singapur se adoptó, en cierto modo como «sustituto», una decisión que, en el apartado 4, bajo el título «normas fundamentales del trabajo», establecía lo siguiente:

> «Reiteramos nuestro compromiso con el respeto de las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer y tratar estas normas, y reafirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Creemos que el crecimiento económico y el desarrollo fomentados por el aumento del comercio y una mayor liberalización comercial contribuyen a la promoción de estas normas. Rechazamos el uso de las normas laborales con fines proteccionistas y convenimos en que no debe ponerse en tela de juicio en modo alguno la ventaja comparativa de los países, en particular los países en desarrollo con bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su colaboración actual».

El reconocimiento de la competencia de la OIT parece convincente, pero tiene el inconveniente de que la OIT no dispone de los medios para hacer cumplir las normas acordadas en su marco, ni siquiera en el ámbito de su competencia si ello redujera las posibilidades de las empresas de obtener beneficios en el mercado o restringiera su libertad de acción. A ello se añade que se planteó con razón la cuestión de si las normas sociales establecidas por la OIT son compatibles con el GATT (reformado en 1994) o si constituyen una injerencia inadmisible en el libre comercio cuando su incumplimiento da lugar a sanciones comerciales[13]. Este obstáculo potencial no se habría planteado si la OMC, al incluir una disposición al respecto en su estatuto, hubiera establecido por sí misma una excepción expresa o tácita a las normas del GATT de 1994. Por último, la resolución se refiere a la cooperación entre la OMC y la OIT como un hecho reconocido, lo que, según la opinión general, no se corresponde con la realidad. El «no» a una cláusula social a nivel de la OMC se basó esencialmente en las reservas de la India y otros países en desarrollo[14]. Las normas sociales vinculantes podrían ser utilizadas por los países industrializados (ricos) con fines proteccionistas, lo que afectaría de manera duradera a la exportación de los productos fabricados en los países en desarrollo[15]. Se alegó que esto no daría lugar en modo alguno a un cambio de las estructuras internas en tal situación. Más bien, las pérdidas de bienestar resultantes de las nuevas barreras comerciales recaerían precisamente sobre los más pobres. La situación en la OMC ha dado lugar, tras un tiempo, a una especie de estrategia evasiva. Las cláusulas sociales se incluyeron cada vez con mayor frecuencia en los acuerdos bilaterales de comercio y protección de las inversiones[16]. Esto ocurrió tanto en los acuerdos celebrados por la UE como en los celebrados por los EE. UU.; también se encuentran acuerdos similares con otros socios. Habrá que investigar por qué se ha producido (y sigue produciéndose) este «renacimiento»[17].

II. La práctica de la UE

[12] Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), de 15 de abril de 1994, *BGBl* 1994 II p. 1625. A ello se sumaron el GATT reformado y numerosos acuerdos adicionales; véase un resumen en http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Handelspolitik/wto,did=615546.html (21.9.2016).

[13] Véase Hofmann/Hänlein, en: Scherrer/Hänlein (eds.), *Sozialkapitel in Handelsabkommen*, op. cit., p. 103 y ss.

[14] Adriaensen/González-Garibay, *Journal of Contemporary European Research*, 9 (2013), p. 544.

[15] Crítico al respecto Perulli, Social Rights, p. 7.

[16] A favor de esto, Kolben, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13 (2006), p. 225 y ss.

[17] Véase, por ejemplo, más abajo, § 6. Véase también Perulli, *Social Rights*, p. 7: La autorregulación de los mercados y las posibilidades de regulación de los Estados nacionales ya no son suficientes para hacer frente a los problemas.

La competencia para celebrar tratados comerciales recaía en la CEE y la CE en los órganos comunitarios, pero los acuerdos de protección de las inversiones seguían siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Solo con el Tratado de Lisboa y la transformación de la Comunidad Europea en Unión Europea se amplió la competencia de la Unión a los tratados internacionales.

Se amplía la regulación de las «inversiones directas» (véase el artículo 206 y siguientes del TFUE). Las cláusulas sociales que nos interesan aquí se encuentran principalmente en los tratados celebrados por la Comunidad o la Unión, en los que, por regla general, los Estados miembros figuraban como partes contratantes adicionales, ya que no estaba (y sigue sin estar) claro dónde terminaban los límites de las «inversiones directas» u otras competencias de la Unión. En cuanto al contenido de las cláusulas sociales, la doctrina distingue dos fases[18]. La primera abarca desde los acuerdos con los países ribereños del sur del Mediterráneo a principios de la década de 1990 hasta el acuerdo con Chile de 2003. La segunda comienza con el denominado Acuerdo CARIFORUM de 1994 y se prolonga hasta la actualidad. Se caracteriza por una ampliación y profundización de los compromisos en materia de política social, que anteriormente tenían un carácter (todavía) más general.

1. El período comprendido entre 1992 y 2003

Los denominados Acuerdos Euromediterráneos entre la CE y Túnez (1995)[19], Marruecos (1996), Israel (1995) y Jordania (1997) presentan, por un lado, la particularidad de ser acuerdos de asociación. Por lo tanto, en principio, otorgan plena igualdad con los trabajadores nacionales a todos aquellos trabajadores que residen legalmente en el otro Estado[20]. Esto constituye un derecho «consustancial», en principio exigible ante los tribunales, que, por su naturaleza, se diferencia fundamentalmente de las formas habituales de «cláusulas sociales». No obstante, los acuerdos contienen otras disposiciones de política social, como por ejemplo los artículos 63 a 66 del Acuerdo de Asociación con Israel[21] y los artículos 64 a 73 del Acuerdo de Asociación con Túnez[22]. De manera bastante tradicional, no van más allá de las obligaciones de cooperación relacionadas con numerosas cuestiones de política social. El acuerdo entre la UE y México se limita desde el principio a este ámbito[23], donde, por ejemplo, el artículo 36 establece lo siguiente: «Cooperación en materia social y pobreza 1. Las Partes mantendrán un diálogo sobre todos los aspectos de la agenda social que sean de interés para una u otra Parte. Dicho diálogo deberá incluir temas relacionados con los grupos y regiones vulnerables, tales como: la población indígena, la población rural pobre, las mujeres con bajos ingresos y otros grupos de población que viven en la pobreza. 2. Las Partes reconocen la importancia de armonizar el desarrollo económico y social, teniendo en cuenta la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los grupos mencionados en el párrafo anterior. La nueva base para el crecimiento deberá crear empleo y garantizar un mejor nivel de vida para los sectores menos favorecidos de la población. 3. Las Partes celebrarán consultas periódicas sobre las actividades de cooperación en las que participe la sociedad civil y destinadas a ofrecer oportunidades para la creación de empleo, la formación profesional y el aumento de los ingresos». En caso de que el diálogo no dé resultados, no se prevén consecuencias de

[18] Van den Putte/Orbie, "EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions", *The Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* vol. 31 (2015) p. 263, 265, también sobre lo siguiente.

[19] Véase al respecto Kuschel, Hans-Dieter: "Tunesien, das Europa-Mittelmeerabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft (EG) und Tunesien". *Bundesstelle für Außenhandelsinformation* (=BfAI), 1995.

[20] En este sentido, la exposición de Van den Putte/Orbie, op. cit., pp. 263 y 266, es algo confusa.

[21] Disponible en trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146089.pdf (22.9.2016).

[22] DO de 30.3.1998 – L 097/ 2 – 183.

[23] DO de 28.10.2000, L 276/45.

ningún tipo. El Acuerdo de Asociación entre la CE y Chile tiene un carácter similar[24]. A diferencia de los Acuerdos Euromediterráneos, no prevé la igualdad de trato directamente aplicable a los nacionales de una de las partes que residen legalmente en el territorio de la otra parte. Más bien, esto se considera únicamente un objetivo del diálogo. Así, por ejemplo, el título V contiene una serie de disposiciones sobre la «cooperación en el ámbito social» y establece en su artículo 43, bajo el título «Diálogo social»: «Las Partes reconocen a) que, en lo que se refiere a las condiciones de vida y a la integración en la sociedad, debe fomentarse la participación de los interlocutores sociales; b) que debe tenerse especialmente en cuenta la necesidad de evitar la discriminación en el trato de los nacionales de una de las Partes Contratante con residencia legal en el territorio de la otra Parte Contratante». Por lo tanto, no se prohíbe el trato discriminatorio, sino que debe tenerse en cuenta su prevención, lo que equivale a una «obligación de esfuerzo». El artículo 44, titulado «Cooperación en el ámbito social», tiene un carácter similar:

> «1. Las Partes Contratantes reconocen la importancia del desarrollo social, que debe ir acompañado del desarrollo económico. Otorgan prioridad a la creación de empleo y al respeto de los derechos sociales fundamentales y, con este fin, promueven los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo en materia de libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y prohibición de la discriminación, abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, así como la igualdad de trato entre hombres y mujeres. (2) La cooperación podrá abarcar todos los ámbitos que sean de interés para las Partes.
> 3. Las medidas podrán coordinarse con las de los Estados miembros y las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de que se trate.
> 4. Las Partes concederán prioridad a las medidas destinadas a: a) promover el desarrollo humano, la reducción de la pobreza y la lucha contra la exclusión social mediante el desarrollo de proyectos innovadores y reproducibles en los que participen grupos desfavorecidos y marginados de la población. Se prestará especial atención a las familias con bajos ingresos y a las personas con discapacidad; b) promoción del papel de la mujer en el desarrollo económico y social y fomento de programas especiales para los jóvenes; c) desarrollo y modernización de las relaciones entre los interlocutores sociales, las condiciones de trabajo, la protección social y la seguridad del empleo; d) mejorar la formulación y la gestión de las políticas sociales, incluida la política de vivienda, y facilitar el acceso a los beneficiarios; e) desarrollar un sistema sanitario eficaz y equilibrado, basado en principios de solidaridad; f) fomentar la formación profesional y el desarrollo de los recursos humanos; g) Fomento de proyectos y programas que ofrezcan posibilidades de creación de empleo en microempresas y en pequeñas y medianas empresas; h) Fomento de programas de ordenación del territorio, prestando especial atención a las zonas social y ecológicamente más vulnerables; i) Fomento de medidas que contribuyan al diálogo social y a la consecución de un consenso; j) Fomento del respeto de los derechos humanos, la democracia y la participación ciudadana».

La notablemente larga lista de temas pone de manifiesto que las partes contratantes eran conscientes de los problemas sociales y se orientaban hacia objetivos loables. Sin embargo, no se especificó cómo debían alcanzarse. El hecho de que incluso los gobiernos totalmente «fieles al acuerdo» y que se esfuerzan sinceramente no puedan perseguir todos estos objetivos al mismo tiempo debido a la falta de presupuesto e infraestructura suficientes no se planteó como un posible problema. Esto ya excluye, en principio, la imposición de sanciones por el incumplimiento (previsible). Por supuesto, tampoco están previstas. Los observadores benévolos señalarán que, según el artículo 11 del acuerdo, las organizaciones de la sociedad civil también deben participar en el diálogo sobre la consecución de los objetivos del acuerdo y que el artículo 16 establece, en esencia, la igualdad entre el desarrollo social y económico y la protección del medio ambiente[25].

---

[24] DO de 30.12.2002, L 352/3 – disponible en http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f83a503c-fa20-4b3a-9535-f1074175eaf0.0004.02/DOC_2&format=PDF.

[25] Bajo el título «Objetivos generales», el artículo 16 establece lo siguiente: «(1) Las Partes Contratantes establecerán una estrecha cooperación con el fin, entre otras cosas, de: a) reforzar las capacidades institucionales para apoyar la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) promover el desarrollo social,

2. El período a partir de 2003

a) CARIFORUM

El 30 de octubre de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la UE el denominado Acuerdo CARIFORUM entre la UE y numerosos Estados del Caribe[26], que concede a las cuestiones sociales una importancia mucho mayor que hasta ahora. Esto ya se refleja en el artículo 3 del Acuerdo, titulado «Desarrollo sostenible», en el que se establece que la aplicación del Acuerdo deberá tener plenamente en cuenta los intereses sociales y sanitarios de la población afectada[27]. Las declaraciones de los artículos 191 a 196 del Acuerdo son más específicas. El artículo 191, apartado 1, contiene un claro compromiso con las normas fundamentales del trabajo de la OIT, al afirmar:

> «Las Partes reafirman su compromiso con las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, tal y como se definen en los convenios pertinentes de la OIT, y en particular la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso, la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la no discriminación en materia de empleo. Las Partes reafirman asimismo sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998)».

El apartado 2 contiene un compromiso con la Declaración del ECOSOC sobre el empleo pleno y el trabajo decente de 2006. El apartado 3 destaca el efecto positivo que las normas fundamentales del trabajo y el principio del trabajo decente pueden tener en la eficiencia económica, la innovación y la productividad, y subraya el valor de una mayor conexión entre la política social y la política comercial. Según el apartado 4, las normas laborales no deben utilizarse con fines proteccionistas. Las Partes también están de acuerdo en los efectos positivos que puede tener el «comercio justo». El artículo 192 del Acuerdo confirma expresamente el derecho de las Partes Contratantes, al igual que de los Estados individuales, a decidir por sí mismas sobre la adopción de disposiciones en materia de derecho laboral y social, siempre que estas tengan por objeto un alto nivel de protección y sean compatibles con los acuerdos internacionales. Ambas partes se comprometen además a no obtener ventajas comerciales mediante la reducción del nivel de protección de la legislación laboral o la no aplicación de esta (art. 193). Ambas partes desean examinar en qué medida se respetan los principios del art. 191. Para ello, pueden recurrir a la ayuda de la OIT, tal y como se establece expresamente en el art. 194, apartado 3. En caso de desacuerdo o conflicto, cada parte podrá consultar a la otra. Si el procedimiento de consulta no da lugar a un resultado satisfactorio en un plazo de tres meses, cada parte podrá solicitar la creación de un comité compuesto por tres expertos, que elaborará un informe en un plazo de tres meses. Dicho informe se remitirá al comité consultivo (paritariamente compuesto). El acuerdo prevé en su artículo 202 un procedimiento de solución de controversias que, según el artículo 203, apartado 1, abarca todas las cuestiones relativas a su interpretación y aplicación, incluyendo así también las normas de política laboral y social. Si la consulta y la mediación (voluntaria) no dan lugar a un acuerdo, se procederá a un procedimiento de arbitraje. Si una de las partes no cumple el laudo arbitral, la otra parte podrá adoptar cualquier medida que considere adecuada, de conformidad con el artículo 213. No obstante, dicha medida deberá afectar lo menos posible a los objetivos del acuerdo; queda excluida desde el principio la retirada temporal de las ventajas comerciales derivadas del acuerdo.

---

que debe ir acompañado del desarrollo económico, y la protección del medio ambiente. Las Partes Contratantes concederán especial prioridad al respeto de los derechos sociales fundamentales (...)».

[26] DOUE de 30.10.2008, L 289/3 y ss. Versión inglesa disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc_137971.pdf (23.9.2016).

[27] Para examinar las repercusiones del acuerdo en los derechos humanos en general, véase Schmieg, *SWP* 24, p. 3 y ss.

b) Acuerdos con Colombia y Perú

A diferencia del Acuerdo CARIFORUM, el Acuerdo Comercial entre la UE y Colombia y Perú[28] contiene un capítulo específico sobre «Comercio y desarrollo sostenible», que incluye normas laborales y medioambientales. También en este caso se recoge el compromiso con las normas fundamentales del trabajo de la OIT, que se enumeran detalladamente en el artículo 269, apartado 3, del acuerdo. Al mismo tiempo, en el apartado 1 de esta disposición se subraya la voluntad de desarrollar el comercio internacional de manera que conduzca al empleo productivo y al trabajo digno para todos. Además, hay algunos nuevos aspectos que no figuran en el Acuerdo CARIFORUM[29].

- Según el artículo 276, los trabajadores migrantes deben recibir el mismo trato en lo que respecta a sus condiciones de trabajo y no ser objeto de discriminación alguna. Sin embargo, esto se formula como un objetivo y, por lo tanto, a diferencia de los acuerdos de asociación de la UE, no como un derecho directamente aplicable[30]. El hecho de que se reconozca la importancia de promover la igualdad de trato no significa que esta deba practicarse directamente en virtud del acuerdo.
- De conformidad con el artículo 271, apartado 3, se promoverán ejemplos de buenas prácticas en materia de «responsabilidad social de las empresas».
- No se reducirán las normas de protección en materia de derecho laboral y medioambiental para satisfacer los intereses del comercio y los inversores (art. 277, apartado 1). Tampoco se podrá flexibilizar la aplicación de las normas existentes de manera que ello afecte al comercio y a las inversiones entre las Partes Contratantes. No obstante, se dejará a cada Estado la decisión sobre los recursos que destine a cada fin, siempre que ello no ponga en peligro los objetivos del acuerdo. Esto relativiza de manera decisiva lo dicho anteriormente[31].
- Las Partes Contratantes se informarán mutuamente, de conformidad con el artículo 269, apartado 4, sobre su situación y los progresos realizados en la ratificación de los convenios de la OIT.

En caso de divergencias sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo, no se aplicará el mecanismo general de solución de controversias previsto en el artículo 285, apartado 5. Este se regula en los artículos 298 y siguientes y da lugar a un procedimiento de arbitraje y a la retirada de las ventajas comerciales si no se respeta el laudo arbitral. El capítulo sobre sostenibilidad tiene sus propias normas al respecto[32], que dan lugar a consultas mutuas y a la creación de un grupo de expertos. No se prevé una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral u otra instancia, por lo que tampoco existe la posibilidad de imponer sanciones. De conformidad con el artículo 282, se celebrará una vez al año un diálogo con organizaciones de la sociedad civil sobre la aplicación del acuerdo.

c) El acuerdo con Corea del Sur

El 1 de julio de 2011 entró en vigor el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y la República de Corea[33]. Se asemeja en muchos aspectos al acuerdo con Colombia y Perú. Del mismo modo, contiene un capítulo sobre sostenibilidad que aborda los problemas del trabajo dependiente y la protección del medio ambiente. En términos ligeramente modificados, el artículo 13.4 también se compromete a respetar las normas fundamentales del trabajo de la OIT, pero, al igual que el Acuerdo CARIFORUM,

[28] DOUE de 21.12.2012, n.º L 354/3.

[29] Resumen en Zimmer, en: Scherrer/Hänlein (eds.), *Sozialkapitel in Handelsabkommen*, op. cit., p. 146 y ss.

[30] «Las Partes reconocen la importancia de promover la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo, con miras a eliminar cualquier discriminación en este ámbito hacia cualquier trabajador, incluidos los trabajadores migrantes legalmente empleados en sus territorios.»

[31] Zimmer, op. cit., p. 147.

[32] Resumen en Zimmer, op. cit., p. 147 y ss.

[33] DOUE de 14.5.2011, L 127/6 y ss. Resumen en una publicación oficial de la Comisión Europea con prólogo de De Gucht, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/october/tradoc_148307.pdf. En el folleto no se menciona el capítulo sobre sostenibilidad.

añade una referencia a la decisión del ECOSOC de 2006 sobre el pleno empleo y el trabajo decente. El artículo 13.2 destaca expresamente que las medidas en materia de derecho laboral y medioambiental no se utilizarán con fines proteccionistas y que no se pondrán en tela de juicio las «ventajas comparativas en materia de costes». Las partes tampoco tienen la intención de armonizar sus normas laborales y medioambientales. El artículo 13.9 destaca el principio de transparencia que debe respetarse en todas las medidas y la participación de los actores no estatales. Cada parte creará un grupo consultivo nacional y garantizará la participación de la sociedad civil (artículo 13.13). En caso de desacuerdo sobre la interpretación y aplicación del capítulo sobre sostenibilidad, se celebrarán consultas entre las Partes.

Si no se alcanza un acuerdo, una comisión de expertos examina el conflicto. Con ello se agotan las posibilidades de «solución de controversias». El artículo 13.16 excluye expresamente procedimientos más amplios, como la intervención de un tribunal de arbitraje y la imposición de sanciones. El Acuerdo Marco entre la UE y la República de Corea[34], que complementa el Acuerdo de Libre Comercio, tiene importancia principalmente para la protección de los derechos humanos y el Estado de Derecho[35], pero en su artículo 22 también se pronuncia sobre cuestiones relacionadas con el empleo. En cuanto al contenido, no va más allá del capítulo sobre sostenibilidad del acuerdo de libre comercio[36].

3. Valoración

La evolución descrita pone de manifiesto que la «cláusula social» ha evolucionado en muchos aspectos desde una mera obligación de consulta[37]: los convenios de la OIT, en particular las normas fundamentales del trabajo, adquieren una importancia destacada, y su cumplimiento no solo es objeto de examen por parte de expertos, sino que también puede ser abordado, en cierta medida, por organizaciones de la sociedad civil. Se cita como causa de esta evolución el hecho de que la corrección social del mercado mundial se ha convertido en una «norma indiscutible» que, en cierto modo, se encuentra en el punto álgido de su desarrollo, siguiendo el ciclo de vida de una norma jurídica: sin embargo, existe el peligro de que su dilución provoque su declive[38]. Esto explicaría también por qué la ampliación de las cláusulas sociales se ha producido en un momento diferente al de años anteriores, en la mayoría de los Estados miembros de la UE gobernaban partidos conservadores, que se mostraban más bien reservados ante las reivindicaciones sociopolíticas. Desde otro lado se señala con cautela que no se puede evaluar la importancia de las disposiciones del Acuerdo CARIFORUM y de los tratados con

[34] https://eeas.europa.eu/korea_south/docs/framework_agreement_final_en.pdf.

[35] Véase al respecto el apartado 5 I.

[36] El artículo 22 establece lo siguiente: «Empleo y asuntos sociales 1. Las Partes acuerdan reforzar la cooperación en el ámbito del empleo y los asuntos sociales, en particular en el contexto de la globalización y el cambio demográfico. Se realizarán esfuerzos para promover la cooperación y el intercambio de información y experiencias en materia de empleo y trabajo. Los ámbitos de cooperación podrán incluir la cohesión regional y social, la integración social, los sistemas de seguridad social, el desarrollo de competencias a lo largo de toda la vida, la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, la igualdad de género y el trabajo digno. 2. Las Partes reafirman la necesidad de apoyar un proceso de globalización beneficioso para todos y de promover el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento clave del desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza. 3. Las Partes reafirman su compromiso de respetar, promover y hacer efectivas las normas laborales y sociales internacionalmente reconocidas, en particular las establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 4. Las formas de cooperación podrán incluir, entre otras, programas y proyectos específicos, según se acuerde mutuamente, así como el diálogo, la cooperación y las iniciativas sobre temas de interés común a nivel bilateral o multilateral.

[37] Véase también Van den Putte/Orbie, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 41 (2015), 263, 268: «ampliar y profundizar».

[38] Van der Putte/Orbie, op. cit., p. 263, 278: «norma incuestionable». Sobre el auge y la caída de las normas jurídicas, véase allí.

Colombia/Perú y Corea del Sur, ya que aún no se ha presentado ninguna denuncia basada en las «cláusulas sociales»[39]. Algunas contribuciones al debate dan la impresión de que, en principio, las normas jurídicas y la realidad pueden equipararse sin problemas, lo que resulta aún más sorprendente si se tiene en cuenta que proceden de economistas y científicos sociales, mientras que los juristas especializados en Derecho Internacional Económico apenas prestan atención a la cláusula social[40], a pesar de que consideran que el comercio internacional está integrado en los derechos humanos universalmente reconocidos y así lo dejan claro en sus publicaciones[41].

Si se observa la realidad, hay que partir del principio de que las correcciones sociales suelen suponer una carga para las empresas, normalmente de forma directa, porque tienen que pagar un salario mínimo más alto o negociar convenios colectivos, y a veces indirectamente, cuando las prestaciones estatales deben financiarse con los ingresos fiscales. Sin embargo, las cargas provocan resistencia, especialmente cuando las empresas tienen que competir. Esto se ve claramente en el ejemplo de la resistencia de muchos países en desarrollo a una cláusula social en el marco de la OMC: no se ven capaces de obligar a sus empresas a cumplir ni siquiera las normas fundamentales del trabajo de la OIT, porque ello les privaría de la ventaja comparativa que les supone la explotación excesiva, que se manifiesta en el trabajo infantil y forzoso y en la prohibición de los sindicatos. Las correcciones sociales del comercio mundial no se llevan a cabo mediante un discurso racional, en el que hay procesos de aprendizaje lentos o menos lentos y en el que, en última instancia, prevalece el mejor argumento. Más bien se necesita «presión», que puede provenir de asociaciones de trabajadores, pero también de Estados u organizaciones internacionales que desean asegurarse así una mayor legitimidad ante su población o ante la comunidad internacional. Por lo tanto, la «presión» también puede provenir de normas jurídicas. Sin embargo, esto solo ocurre si su incumplimiento da lugar a sanciones. Las meras declaraciones programáticas, por muy bonitas que suenen, no cambian nada por sí solas. ¿Qué podría llevar a las empresas a hacer concesiones sustanciales a los trabajadores por cuenta ajena que podrían tener un impacto negativo en el próximo balance? Es posible que ellos también estén interesados en mantener una buena imagen pública, pero para ello utilizan otros medios, como un código de responsabilidad social[42].

Las partes implicadas deben examinar los problemas y cooperar; con ello se espera (aparentemente) lograr un progreso social. A ello se añade que las «normas fundamentales del trabajo» y otras disposiciones de la OIT tienen un alto grado de generalidad, por lo que las infracciones casi siempre pueden presentarse como «dudosas» y «controvertidas». Si bien es cierto que los órganos de supervisión de la OIT han elaborado numerosos requisitos concretos en materia de libertad de asociación, autonomía colectiva y derecho de huelga, entre otros, no se les atribuye carácter jurídicamente vinculante. Un acuerdo comercial y de inversión podría conferirles carácter vinculante al remitir a los convenios de la OIT, «incluidos los principios elaborados por los órganos de control», pero hasta ahora esto nunca se ha considerado siquiera. En estas circunstancias, no es de extrañar que hasta la fecha no se haya presentado ninguna denuncia por incumplimiento de las cláusulas sociales de los acuerdos más recientes de la UE. ¿Por qué una organización de la sociedad civil debería asumir el esfuerzo de un procedimiento si, en el mejor de los casos, el resultado es la opinión de un grupo de expertos de que está «preocupado» o, en casos graves, «profundamente preocupado» por una determinada evolución?

---

[39] García, p. 9/10.

[40] No se menciona, por ejemplo, en los libros de texto de Tietje, Herdegen y Krajewski.

[41] Herdegen, op. cit., § 7, núm. 14 y ss.; Tietje, en: Tietje (ed.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 1 Rn. 69 y ss.

[42] Crítico al respecto Däubler, "Corporate Social Responsibility: A Way to Make Deregulation More Acceptable?", en: Blanpain/Hendrickx (ed.), *Labour Law between Change and Tradition. Liber Amicorum Antoine Jacobs* (Boletín de Relaciones Laborales Comparadas, vol. 78), Kluwer Law International, 2011, p. 49 y ss.

A pesar de su falta de carácter vinculante, las cláusulas sociales hacen que el contenido de un acuerdo comercial y de inversión se vea bajo una luz más favorable. Su mera existencia tiene un efecto legitimador. Esto explica también por qué han aumentado bajo la égida conservadora en la UE: no es determinante la imagen especulativa del auge y la caída de las normas jurídicas, sino simplemente el hecho de que la globalización cada vez mayor de los mercados genera una mayor necesidad de legitimación[43]. ¿Por qué iban a bloquear esto los gobiernos conservadores, si ninguna dirección empresarial tiene realmente nada que temer de tales normas? Cabe preguntarse si esta valoración también es válida para las cláusulas sociales que Estados Unidos acuerda en sus acuerdos comerciales y de inversión con distintos países.

III. La práctica de los Estados Unidos: coincidencias y divergencias

1. Acuerdo modelo

El modelo de acuerdo bilateral de protección de inversiones entre los Estados Unidos y otros Estados[44], vigente desde 2012, no prevé disposiciones sustancialmente diferentes de las aplicadas en la UE. Su artículo 13 establece lo siguiente:

> «Inversión y trabajo
> 1. Las Partes reafirman sus respectivas obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo («OIT») y sus compromisos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.
> 2. Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión debilitando o reduciendo las protecciones previstas en la legislación laboral nacional. En consecuencia, cada Parte velará por no renunciar ni derogar de otro modo, ni ofrecer renunciar o derogar de otro modo, sus leyes laborales cuando la renuncia o derogación sea incompatible con los derechos laborales a que se refieren los apartados a) a e) del párrafo 3, ni por no aplicar efectivamente sus leyes laborales mediante una actuación u omisión continuada o recurrente, como incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.
> 3. A los efectos del presente artículo, por «leyes laborales» se entenderán las leyes o reglamentos de cada Parte, o disposiciones de los mismos, que estén directamente relacionados con lo siguiente:
> (a) la libertad de asociación;
> (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
> (c) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
> (d) la abolición efectiva del trabajo infantil y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil;
> (e) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
> (f) condiciones de trabajo aceptables en lo que respecta al salario mínimo, las horas de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo.
> 4. Una Parte podrá solicitar por escrito a la otra Parte la celebración de consultas sobre cualquier cuestión que se plantee en relación con el presente artículo. La otra Parte responderá a la solicitud de consultas en un plazo de treinta días a partir de la recepción de dicha solicitud. A continuación, las Partes se consultarán y se esforzarán por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.
> 5. Las Partes confirman que cada una de ellas podrá, según proceda, ofrecer oportunidades de participación pública en relación con cualquier cuestión que se plantee en virtud del presente artículo.

El apartado 3, letras a) a e), reproduce claramente el contenido esencial de las normas fundamentales del trabajo de la OIT, que, sin embargo, solo se mencionan de forma indirecta en el apartado 1. Aún

[43] En el mismo sentido, García, op. cit., p. 24: «La política comercial de la UE está impulsada en gran medida por las presiones para lograr la expansión del mercado, acompañadas de un discurso de legitimación». Sin embargo, Van den Putte/Orbie opinan lo contrario en *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 31, número 3 (2015), p. 263 y ss.

[44] Disponible en https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (25.9.2016).

más evidente es la ausencia de un compromiso de ratificación de los convenios fundamentales de la OIT en los que se basa, ya que la mayoría de ellos no han sido ratificados por los propios Estados Unidos[45]: 111 de los 189 convenios, en 2012 solo se habían ratificado 14; de los ocho convenios sobre normas fundamentales del trabajo, solo se han ratificado dos hasta la fecha, a saber, el Convenio n.º 105 sobre la abolición del trabajo forzoso y el Convenio n.º 182 sobre la eliminación de los peores formas de trabajo infantil. El apartado 3, letra f), del acuerdo modelo contiene una concreción del concepto de «trabajo digno». Sin embargo, el catálogo del apartado 3 solo se refiere a las materias a las que remite el apartado 2: No se puede renunciar en modo alguno a las normas nacionales existentes al respecto, a fin de incentivar la inversión. Se da por sentado que existen normas nacionales al respecto. Una diferencia fundamental con respecto a la práctica de la UE es que, al igual que en otras partes del tratado, el incumplimiento de estas disposiciones puede dar lugar a un procedimiento de arbitraje. Si posteriormente no se acata el laudo arbitral, se pueden imponer las sanciones financieras previstas al efecto. 2. Sobre la práctica de los acuerdos bilaterales de los EE. UU. En la práctica, solo se ha renunciado a una cláusula social en el acuerdo con Israel[46].

Por lo demás, se distingue entre «tres generaciones» de tratados que, al igual que en el ámbito de la UE, se caracterizan por un énfasis cada vez mayor en los aspectos sociales[47].

En el acuerdo con Jordania[48], en el artículo 6 se establece la obligación de hacer efectivas en la práctica las respectivas legislaciones nacionales en materia de normas fundamentales del trabajo y «trabajo decente», si bien se concede un amplio margen de apreciación a las autoridades competentes. Por lo demás, solo se habla de que ambas partes «se esforzarán» (to strive); si los esfuerzos no tienen éxito, no ocurre nada. A la segunda generación pertenece, por ejemplo, el acuerdo con Omán[49]. Contiene disposiciones específicas sobre el acceso a los tribunales y amplía el proceso de consulta previo a la decisión arbitral, al incluir otras instancias además de los gobiernos. Por otra parte, solo se inicia un procedimiento de arbitraje si se incumplen las obligaciones derivadas de las normas fundamentales del trabajo (tal y como se describen en el modelo de acuerdo) y de los principios sobre el «trabajo decente». El acuerdo de los Estados Unidos con Colombia se considera de tercera generación**[50]**. También en él figura la obligación de armonizar la legislación nacional con las normas fundamentales del trabajo (art. 17.2, apartado 1) y de no utilizar el deterioro de la legislación o de su aplicación como incentivo para la inversión (art. 17.2, apartado 2). Según el artículo 17.3, existe la obligación de hacer cumplir la propia legislación en la medida en que se refiera a las normas fundamentales del trabajo y tenga además repercusiones en el comercio y las inversiones. Para ello, los recursos disponibles deben utilizarse de manera razonable y de buena fe. El artículo 17.4 garantiza el acceso a los tribunales y a un procedimiento justo. El artículo 17.5 establece la creación de un «Consejo de Asuntos Laborales» paritario que se ocupará, entre otras cosas, de la aplicación del acuerdo. En cada reunión debe existir la posibilidad de mantener conversaciones con los ciudadanos interesados. Además, se creará un punto de contacto en los ministerios de Trabajo de ambas partes contratantes. El artículo 17.6 también prevé medidas de «creación de capacidad», es decir, la creación de instituciones que puedan lograr una mejor aplicación de la legislación laboral correspondiente. Las disposiciones generales del procedimiento de solución de controversias también se aplican a estas normas, pero, según el artículo 17.7, el primer paso siempre debe ser la consulta a la otra parte. El procedimiento en sí se regula en el artículo 21. Si no se cumple el laudo arbitral, se pagará una indemnización por daños y perjuicios. Si esto no se hace,

[45] Datos de Weissbrodt/Mason, *Minnesota Law Review* 98 (2014), p. 1842 y ss.

[46] Ebert, *Labour Standards*, nota 11.

[47] Para más detalles, véase Ebert, *Labour Standards*, p. 6 y ss.

[48] https://ustr.gov/sites/default/files/Jordan%20FTA.pdf (25.9.2016).

[49] https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/oman/asset_upload_file901_8812.pdf (25.9.2016).

[50] https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/colombia/asset_upload_file993_10146.pdf (25.9.2016).

se impondrán sanciones comerciales, es decir, se retirarán las ventajas (por ejemplo, en materia de derechos de aduana) vinculadas al acuerdo.

3. El acuerdo paralelo al TLCAN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre los Estados Unidos, Canadá y México solo pudo aprobarse en el Congreso de los Estados Unidos porque se firmó al mismo tiempo un acuerdo adicional que abordaba cuestiones sociales[51]. Se trataba del «Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte», abreviado NAALC[52], que entró en vigor el 1 de enero de 1994. Este es el resultado de dos compromisos: por un lado, el recién elegido presidente Bill Clinton tuvo que llegar a un acuerdo con sus partidarios de los sindicatos y del movimiento ecologista para poder imponer el «libre comercio» con los países vecinos. Por otra parte, México y Canadá no estaban interesados en sanciones económicas severas, ya que temían la supremacía estadounidense, por lo que el potencial de aplicación era menor de lo previsto inicialmente. Tanto en lo que respecta al contenido de las garantías como al procedimiento, el NAALC presenta algunas particularidades.

En cuanto al contenido, obliga a los tres Estados signatarios —EE. UU., Canadá y México— a garantizar unos altos estándares laborales y a esforzarse por mejorarlos. Además, deben garantizar el cumplimiento práctico de su legislación laboral nacional y dar a las personas la posibilidad de hacer valer sus intereses legalmente protegidos en un procedimiento justo y transparente. Sin embargo, esta obligación no abarca toda la legislación laboral, lo que en el caso de México daría lugar a resultados muy inesperados[53]. Más bien, el tratado contiene una lista de materias que abarca desde la libertad de asociación, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, pasando por la garantía del salario mínimo legal, la igualdad salarial entre hombres y mujeres, la prevención de accidentes y la protección de los trabajadores migrantes. Los once temas enumerados se dividen en tres grupos, cada uno con diferentes posibilidades de aplicación.

Al mismo tiempo, el acuerdo prevé la creación de diversas instituciones. En cada uno de los tres países existe una NAO, una Oficina Nacional de Administración, que se comunica con las NAO de los demás Estados, recibe quejas y actúa como «punto de contacto» con el Gobierno correspondiente y con la Conferencia de Ministros de Trabajo. Cada país puede dotarlo de un comité consultivo compuesto por 12 personas: cuatro en representación de la «comunidad laboral», cuatro de la «comunidad empresarial», dos del ámbito académico y dos del público en general. A nivel internacional existe la «Comisión de Cooperación Laboral», que cuenta con un consejo compuesto por los tres ministros de Trabajo y una secretaría permanente. Si alguien desea presentar una queja por el incumplimiento de las disposiciones legales en materia laboral registradas, puede dirigirse a la NAO de otro Estado miembro. Por lo tanto, las irregularidades en México solo pueden denunciarse ante la NAO de Estados Unidos o la NAO de Canadá. A la inversa, solo se puede «denunciar» a Estados Unidos en México o Canadá. La presentación de una denuncia da lugar a un largo procedimiento. La NAO examina detenidamente la denuncia y determina los hechos relevantes. En principio, se admite a trámite («review») cuando se plantean problemas relevantes en materia de derecho laboral y cuando el examen del contenido favorece los objetivos del acuerdo. Dado que entre estos se encuentra la cooperación integral entre los tres Estados, esto puede dar lugar, en principio, a la desestimación de

[51] Sobre la historia de su origen, véase Dombois, "Sozialklauseln in US-Freihandelsabkommen – ein wirksames Mittel internationaler Arbeitsregulierung?", *Industrielle Beziehungen* 13 (2006), p. 218, 242.

[52] Disponible en http://www.naalc.org/naalc/naalc-full-text.htm (25.9.2016); breve explicación del Departamento de Trabajo en https://www.dol.gov/ilab/trade/agreements/naalcgd.htm#NAALC (25.9.2016).

[53] Así lo establece, por ejemplo, el artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917, aún vigente (texto completo en Néstor de Buen, *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed. 2000, p. 348 y ss.) en sus apartados 12 y 13 que las empresas más grandes están obligadas a proporcionar alojamiento a sus empleados, así como infraestructuras, incluyendo escuelas, hospitales y parques recreativos. Esto no tiene nada que ver con la realidad actual.

una reclamación, incluso si esta fuera probablemente fundada en cuanto al fondo. Al decidir sobre la admisión o el rechazo, la NAO también puede tener en cuenta «otros factores» sin especificarlos. Si se admite la denuncia, se intenta llegar a una solución de mutuo acuerdo mediante la cooperación con la NAO del país en el que se han producido los hechos en cuestión. Si esto no es posible, se publica un informe sobre el asunto. A continuación, se celebran consultas a nivel ministerial. Si las consultas no dan lugar a un acuerdo, en determinados ámbitos, en particular en materia de seguridad y salud en el trabajo y de igualdad salarial entre hombres y mujeres (pero no en materia de derechos sindicales), se puede crear un «Comité de Evaluación de Expertos» (abreviado: ECE), que debe estar compuesto por personas independientes. Sin embargo, esta medida solo se adopta si el asunto tiene relación con el comercio interestatal. Además, ambos Estados implicados deben tener leyes sobre la materia controvertida; si solo uno de ellos tiene una ley que regule la cuestión, no es posible crear una comisión de evaluación. Estas condiciones restrictivas han contribuido a que hasta ahora no se haya hecho uso de la posibilidad de crear una comisión de este tipo. Si solo uno de ellos ha regulado la cuestión por ley, no es posible crear una comisión de evaluación. Estas condiciones restrictivas han contribuido a que hasta ahora no se haya hecho uso de la posibilidad de crear una comisión de este tipo. Si esto cambiara, la comisión debería elaborar un informe sobre el conflicto en cuestión y remitirlo al Consejo de Ministros. Esto daría lugar a nuevas consultas. Sin embargo, estas solo están previstas para un único grupo de ámbitos parciales del Derecho laboral, que abarca la protección de los niños y los jóvenes, el salario mínimo y las condiciones mínimas de trabajo, así como la prevención de accidentes. Las normas correspondientes deben infringirse no solo de forma puntual, sino de manera persistente («persistent pattern of failure»). Si la cuestión sigue siendo objeto de controversia, cualquiera de las partes puede solicitar una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros, que también puede recurrir a asesores y mediadores. Si tampoco se obtiene ningún resultado, dos de los tres ministros pueden recurrir a un tribunal arbitral compuesto por cinco personas seleccionadas de una lista de 45 expertos independientes. Este puede adoptar un plan de acción para remediar la situación. Si no se aplica, el tribunal arbitral se reúne de nuevo y adopta un plan de acción vinculante. Si no se cumple, se puede imponer una especie de multa coercitiva que puede ascender hasta el 0,007 % del valor de las mercancías comercializadas entre los dos Estados implicados[54]. El dinero se ingresa en un fondo y el Consejo de Ministros decide cómo se utiliza para mejorar la aplicación de la ley en el Estado en cuestión. Solo si no se paga esta multa coercitiva se pueden imponer sanciones comerciales. Sin embargo, esto no se aplica a Canadá, donde la suma en cuestión solo puede recuperarse mediante ejecución forzosa. Hasta principios de 2005, es decir, después de unos diez años, solo se habían recibido unas 30 denuncias. De ellas, 18 estaban dirigidas contra México, 10 contra los Estados Unidos y 2 contra Canadá[55]. Todos los casos se resolvieron de mutuo acuerdo, a más tardar en la (primera) consulta ministerial, porque los Gobiernos no estaban interesados en enturbiar sus relaciones[56]. Se estaba bastante lejos de la imposición de sanciones. Entretanto, la situación no ha cambiado; el número de reclamaciones ha disminuido considerablemente[57], aunque no hay motivos para suponer que las normas laborales se respeten más que antes en los tres países participantes. También es digno de mención que las reclamaciones más frecuentes sobre cuestiones relativas a la libre constitución y actividad de los sindicatos no pueden someterse a un procedimiento vinculante de resolución de conflictos, sino que solo dan lugar a consultas. En general, el procedimiento depende de tantas

[54] Ebert, Labour Standards, p. 6.
[55] Datos según Dombois, op. cit., *Industrielle Beziehungen* 13 (2006), p. 218, 244.
[56] Dombois, op. cit., *Relaciones industriales* 13 (2006), p. 218, 245 y ss.
[57] Lukas/Steinkellner, en: Scherrer/Hänlein (eds.), 41 *Capítulo social en los acuerdos comerciales*, pág. 157, 160 hablan de «síntomas de fatiga».

condiciones y es tan largo que no es de extrañar que nadie intente siquiera superar todos estos obstáculos.

4. El acuerdo con Camboya

Merece especial atención el acuerdo textil celebrado entre los Estados Unidos y Camboya, que entró en vigor el 1 de enero de 1999 y tuvo una vigencia total de seis años[58]. Éste vinculaba directamente las mejoras en el comercio interestatal (concretamente, el aumento de las cuotas de exportación de textiles a EE. UU.) con el cumplimiento de determinadas normas laborales en las empresas camboyanas[59]. De este modo, los propios empleadores del sector textil tenían un interés propio en el cumplimiento de las normas de protección[60]. El cumplimiento efectivo de estas normas era controlado directamente por la OIT[61], lo que también constituye una medida que se sale del marco habitual. La mejora de las condiciones de trabajo y las ventajas económicas estaban directamente relacionadas, lo que supuso un importante impulso al crecimiento[62]. Los documentos disponibles no aclaran por qué no se continuó con este modelo ni se extendió a otros países.

IV. Evaluación provisional

El examen de la práctica contractual de la UE y los EE. UU. ha puesto de manifiesto algunas diferencias jurídicas, dos de las cuales merecen especial atención. Mientras que la UE se centra en las normas fundamentales del trabajo de la OIT y su aplicación práctica, los acuerdos celebrados por los EE. UU., especialmente el NAALC, se centran en la aplicación de la legislación laboral nacional correspondiente. En segundo lugar, la UE se basa únicamente en consultas y en la formación de determinadas convicciones que, en algún momento, dan lugar a mejorar la situación, mientras que los EE. UU., aunque también están interesados en un acuerdo voluntario, casi siempre prevén, al final de un proceso de cooperación infructuoso, una decisión vinculante cuyo incumplimiento debe dar lugar a sanciones. Ambos puntos deben ser objeto de debate.

1. ¿Normas de la OIT o legislación nacional?

La referencia a las normas de la OIT tiene la ventaja de conducir a normas uniformes: no debe haber trabajo infantil ni trabajo forzoso en ningún lugar, en todas partes se pueden formar sindicatos que se esfuercen por celebrar convenios colectivos, en todas partes está prohibida la discriminación, por ejemplo, por motivos de género o por actividades sindicales. Estas «normas fundamentales del trabajo» pueden aplicarse independientemente del nivel de desarrollo socioeconómico de un país, pero también permiten que se mantengan los salarios bajos y la ventaja comparativa que ello conlleva. Lo mismo ocurre con el principio del trabajo digno: se trata de un salario mínimo acorde con las posibilidades y particularidades nacionales, así como de una limitación de la jornada laboral que tenga en cuenta la capacidad de rendimiento y la salud de las personas.

---

[58] Acuerdo Textil entre los Estados Unidos y Camboya. Además, existe hasta la fecha un acuerdo marco que no nos interesa aquí: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset_upload_file152_9651.pdf (26.9.2016)

[59] Véase al respecto Ebert, *Labour Standards*, p. 8.

[60] Kolben, Trade, "Monitoring and the ILO: Working to Improve Conditions in Cambodia´s Garment Factories", *Yale Human Rights & Development Law Journal* Vol. 7 (2004), pp. 79 y ss.

[61] Sobre los obstáculos que suelen impedir el cumplimiento de la legislación laboral (por ejemplo, pagos extraoficiales a los inspectores de trabajo), véase Kolben, op. cit. vol. 7 (2004), p. 85 y ss. 129

[62] Así lo afirma el Gobierno de los Estados Unidos en su declaración de 1 de julio de 2002: https://ustr.gov/archive/Document_Library/Press_Release/2002/.

Por otra parte, la aplicación de las normas de la OIT tiene la desventaja de que, en caso de litigio, pueden derivarse de ellas las consecuencias más dispares. No existe una instancia que, como un tribunal, realice una concretización vinculante. Es cierto que el cumplimiento de los convenios de la OIT es supervisado por el Comité de Expertos y, en lo que se refiere a la libertad de coalición, la autonomía colectiva y el derecho de huelga, por el Comité de Libertad Sindical; en este sentido, se lleva a cabo una interpretación y aplicación concreta de los distintos convenios. Sin embargo, según la opinión predominante, esta «jurisprudencia» de los comités no constituye una interpretación auténtica[63]. En la jurisprudencia alemana existe la opinión de que los resultados de los comités de la OIT deben tenerse en cuenta en la interpretación del Derecho nacional de tal manera que solo se pueda apartarse de ellos por razones fundadas[64], pero esto no puede considerarse generalmente reconocido. Más bien, en muchos casos, los convenios de la OIT no se invocan en absoluto o solo en la medida en que confirman un resultado obtenido con arreglo al Derecho nacional. Por su formulación, las cláusulas sociales tampoco intentan cambiar esta situación, como se desprende claramente de que en ningún lugar se defiende el punto de vista de que deban tenerse en cuenta los resultados interpretativos de los comités de supervisión. Si, por ejemplo, un Estado sostiene que no existe el derecho sindical de acceso a la empresa y este es denegado efectivamente por casi todas las empresas, resulta difícil suponer una violación de la libertad de coalición, es decir, del Convenio n.º 87 de la OIT, lo que podría incluso dar lugar a sanciones. Después de todo, no se puede descartar que el Convenio n.º 87 no conceda el derecho de acceso a la empresa porque no lo menciona expresamente en su texto. Todas estas dificultades se hacen aún más evidentes cuando no se hace referencia a los convenios de la OIT, sino a las «normas fundamentales del trabajo» como tales, que se sitúan, en cierto modo, en un nivel de abstracción superior. En este caso, es aún más difícil extraer consecuencias concretas. Por lo demás, los Estados suelen mostrarse muy generosos en sus relaciones mutuas. Esto puede deberse a que los responsables de la toma de decisiones no saben si en el futuro podrían necesitar el apoyo de la otra parte en contextos completamente diferentes. Esta actitud básica impide adoptar una interpretación determinada en casos dudosos y, sobre esta base, iniciar un procedimiento de arbitraje. Si, como en el caso de la prohibición del trabajo forzoso o del trabajo infantil, las cuestiones de interpretación pasan a un segundo plano, se tropieza con otro obstáculo: ¿cómo se puede demostrar de manera efectiva que se trata de un caso de trabajo forzoso o infantil? Las personas afectadas son demasiado débiles para defenderse; en casos graves, tenderían a negar sus propias experiencias en una investigación porque temen represalias (no sin razón).

Como consecuencia de todas estas circunstancias, solo se denuncian los casos graves y evidentes, mientras que los «casos normales» de violación de los derechos quedan impunes. Si, en cambio, se toma como referencia el modelo estadounidense, basado en el derecho nacional, el punto de partida es diferente. Es posible que los países más pobres tengan una legislación laboral más modesta, lo que mantendría la «brecha jurídica».

Sin embargo, esto no siempre es así. Si se compara, por ejemplo, el nivel de protección que ofrecen la legislación laboral mexicana y la uruguaya con el de los Estados Unidos, se observa que en los dos países más pobres existe un nivel más alto. El derecho nacional tiene la ventaja sobre los convenios internacionales de que se concreta a través de los tribunales y otras instancias, de modo que existe una «solución» para muchas situaciones. Aunque en la práctica de determinados países rara vez se toman en serio, esto no cambia su existencia: una obligación contractual internacional de aplicar

[63] A este respecto y sobre enfoques alternativos, véase Heuschmid, SR 2014, 1, 2.

[64] ArbG Oldenburg de 21.8.1987 – 2 Ca 284/87 – BB 1988, 565. 132 Para más detalles, véase Däubler, "Die Implementation von ILO-Übereinkommen – Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland" (La aplicación de los convenios de la OIT: experiencias y reflexiones en Alemania), en: *Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein*, *Festschrift zum 25-jähriges Bestehen*, Bonn 2006, p. 1183 y ss.

efectivamente la propia legislación laboral y respetarla en la práctica no fracasa en ningún caso por la vaguedad y ambigüedad de las 44 normas a las que se hace referencia.
Sin embargo, esto no significa que desaparezcan los demás obstáculos mencionados: incluso en esta situación, a un Estado le resulta difícil actuar contra otro; también en este caso se plantean problemas de prueba, ya que las actividades ilegales no suelen tener lugar en público y son aún menos tangibles para otro Estado que para aquel en cuyo territorio se cometen.

2. ¿Sanciones?

Las violaciones de las obligaciones derivadas de una cláusula social (en sentido amplio) pueden determinarse, según el modelo estadounidense, en un procedimiento que conduce a una decisión vinculante. Si no se tiene en cuenta, pueden imponerse sanciones que consisten en una multa o en la retirada de ventajas comerciales.
Es lógico suponer que este segundo nivel de presión ejerce una influencia en el sentido de llegar a un acuerdo en el procedimiento de consulta previo. Sin embargo, esto presupone que una de las partes considere seriamente la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador de este tipo y, en principio, llevarlo a cabo hasta el final. Sin embargo, esto no puede darse por sentado en el marco del NAALC, ya que, de lo contrario, en más de 20 años se habría llegado a uno u otro procedimiento. Además, según la experiencia, la «presión» habría llevado a que las consultas hubieran eliminado alguna que otra injusticia social. Sin embargo, no hay indicios de ello.
Las posibles sanciones quedan tan en segundo plano que la resolución de conflictos según el modelo de la UE y el de EE. UU. se acercan entre sí: en ambos casos se habla con un éxito modesto, pero no se logra ningún cambio. Las causas profundas de esta práctica se analizan más adelante, en el apartado 6. En primer lugar, se examinarán los medios disponibles y utilizados, además de la cláusula social: la concesión de ventajas arancelarias en virtud del Sistema Generalizado de Preferencias (SPG) y el compromiso con determinados derechos humanos.

§ 2. SISTEMA GENERALIZADO DE PREFERENCIAS (SPG) - VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LOS TIPOS DE DERECHOS DE ADUANA

I. El principio básico

Los países en desarrollo reciben de los países industrializados ventajas arancelarias para sus productos de exportación. Se habla en este sentido de un «sistema generalizado de preferencias», abreviado SGP, un sistema general de preferencias arancelarias[65]. Este sistema existe especialmente en la UE y en los EE. UU., pero también hay regulaciones similares en otros países desarrollados, como Japón. La base jurídica de este trato preferencial es el artículo XXV:2 del GATT de 1994, que permite excepciones al trato de la nación más favorecida[66].
Desde una decisión adoptada en 1979[67], este trato preferencial se ha concedido a un total de 176 Estados; con efecto a partir del 1 de enero de 2014, su número se ha reducido a 90[68]. Desde 1995, la concesión de las ventajas arancelarias también está supeditada al cumplimiento de determinadas normas mínimas en materia de derecho laboral. Mientras que en un principio la UE solo prohibía el trabajo forzoso, desde la última reforma del SPG en 2012 (en vigor desde el 1 de enero de 2014) se exige que los Estados beneficiarios no cometan violaciones «graves y sistemáticas» de las normas

[65] Resumen en Ölz, ZIAS 2002, 319 y ss., que sigue siendo esclarecedor a pesar de los cambios que se han producido entretanto en la situación jurídica.
[66] Herdegen, op. cit., § 10, núm. 37 y ss.
[67] Reproducido en Herdegen, § 10, núm. 38.
[68] García, p. 8.

fundamentales del trabajo de la OIT[69]. Si es así, se les pueden retirar las ventajas concedidas y volverán a estar sujetos al régimen arancelario general. La Comisión Europea decide sobre la retirada. Además del sistema general del SPG, existen en la UE otras ventajas más amplias, para las que se ha acuñado el término SPG+. El requisito es que el Estado en cuestión haya ratificado las ocho normas fundamentales del trabajo de la OIT, se comprometa a aplicarlas de manera efectiva y se someta, entre otras cosas, a una revisión periódica[70]. Con ello se pretende incentivar la ratificación y el cumplimiento de las normas fundamentales de la OIT. Las ventajas económicas concedidas deben permitir al país impulsar su desarrollo económico y crear así mejores condiciones para la protección de los trabajadores por cuenta ajena en el futuro.

II. La práctica de la Comisión de la UE

Según la opinión generalizada, en muchos, si no en la mayoría, de los países beneficiarios de la UE se producen violaciones frecuentes y graves de las normas fundamentales del trabajo de la OIT[71]. Sin embargo, esto no da lugar en modo alguno a procedimientos regulares de retirada de las preferencias; sino que se hace un uso selectivo de los derechos concedidos[72]. Solo en casos extremos se han activado las posibilidades jurídicas existentes; únicamente se impusieron sanciones a Myanmar a partir de 1997 y a Bielorrusia a partir de 2007, aunque las medidas contra Myanmar se levantaron en 2013. En el primer caso, el motivo fue la práctica generalizada del trabajo forzoso, mientras que en el segundo se trataba del incumplimiento de la libertad de coalición[73]. A Sri Lanka se le retiró temporalmente el estatuto SPG+ por las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en los enfrentamientos con los Tigres Tamiles. Los tres casos de aplicación sugieren que a las violaciones de las normas fundamentales del trabajo debe añadirse otro elemento no escrito: debe tratarse de Estados que no son especialmente importantes desde el punto de vista económico, que están relativamente aislados a nivel internacional y que, al mismo tiempo, no se abren plenamente a los flujos internacionales de capital. Jeffrey Vogt ha expuesto en detalle que, en muchos otros casos en los que las violaciones eran evidentes, no se impuso ninguna sanción. Esto se aplica incluso a la concesión y el mantenimiento del SPG+[74]. Así, por ejemplo, el comisario europeo responsable, Karel de Gucht, rechazó cualquier medida contra Uzbekistán y «confió» en que se celebraran nuevas conversaciones, a pesar de que nadie dudaba de que en Uzbekistán se practicaba el trabajo infantil forzoso a gran escala. Además, Georgia conservó su estatuto SPG+ a pesar de que se había suprimido toda la inspección del trabajo y los representantes sindicales elegidos habían perdido toda protección jurídica. Tampoco se impusieron sanciones a Guatemala y Colombia, a pesar de que la represión de las actividades sindicales es muy intensa en esos países y de que numerosos sindicalistas han sido asesinados[75]. Y mucho menos se plantea la cuestión de si la legislación estadounidense es compatible con las normas fundamentales del trabajo de la OIT. En las negociaciones sobre acuerdos comerciales, siempre se trata únicamente del problema de si la otra parte contratante cumple los requisitos de la OIT[76], y ello a pesar de que autores estadounidenses han señalado numerosas contradicciones entre los principios de la OIT y la legislación estadounidense[77]. En el presente contexto, cabe señalar que la política real de la Comisión

[69] Vogt, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31, número 3 (2015), p. 285 y ss.
[70] Vogt, op. cit., p. 285, 289.
[71] Por todos, Vogt, op. cit., p. 285, 296.
[72] Ebert, *Labour Standards*, p. 29; Orbie/Tortell, *European Foreign Affairs Review* 14 (2009), p. 663 y ss.
[73] García, p. 7.
[74] Vogt, op. cit., p. 285,0216 296 y ss.
[75] Sobre Colombia, véase en particular Zimmer, en: Scherrer/Hänlein (eds.), *Sozialkapitel in Handelsabkommen*, p. 141. Otros ejemplos en García, p. 7.
[76] Ebert, *Labour Standards*, p. 36.
[77] Véase, en particular, Weissbrodt/Mason, *Minnesota Law Review*, vol. 98 (2014), pp. 1842-1878.

Europea no depende, al parecer, de si dispone de sanciones, como en el ámbito del SPG, o si estas no existen, como en el caso de las cláusulas sociales de los acuerdos comerciales. En ambos casos, se limita a un intercambio de opiniones; dado que el «infractor» no corre ningún riesgo, las normas carecen en gran medida de efecto. Incluso cuando se aplican excepcionalmente, como en el caso de Myanmar, su efecto real es mínimo, lo que se demuestra, entre otras cosas, por el hecho de que Myanmar, a pesar de la retirada de las ventajas arancelarias en el período hasta 2013, ha multiplicado su comercio con la UE[78].

III. La práctica de los Estados Unidos

El sistema estadounidense coincide en gran medida con el europeo; pero carece de un sistema de incentivos especiales similar al del SPG+. La normativa estadounidense se estableció mediante la Ley de Comercio de 1974 y actualmente abarca 122 países en desarrollo, que pueden importar a los EE. UU. unos 3500 productos diferentes libres de aranceles. Los países menos desarrollados pueden hacerlo con otros 1500 productos. En total, el comercio beneficiado de esta manera alcanzó un volumen de casi 17 700 millones de dólares estadounidenses en 2015[79].

Quienes deseen acogerse al programa SGP deben cumplir una serie de requisitos que, en ocasiones, pueden resultar un tanto sorprendentes[80]. Así, el país en cuestión no debe estar dominado por el «comunismo internacional» ni pertenecer a un grupo de Estados que privan al comercio internacional de productos esenciales (lo que probablemente se refiere a los productores de petróleo). El país tampoco puede haberse negado a acatar un laudo arbitral dictado a favor de un ciudadano o una sociedad estadounidense; la protección de los inversores recibe aquí un apoyo nada desdeñable. En el presente contexto, es directamente pertinente una disposición que tiene el siguiente tenor:

> «Los beneficiarios del SPG deben haber adoptado o estar adoptando medidas para garantizar los derechos de los trabajadores reconocidos internacionalmente, entre ellos: 1) el derecho de asociación, 2) el derecho a organizarse y a negociar colectivamente, 3) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, 4) una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, y 5) condiciones de trabajo aceptables en lo que respecta al salario mínimo, las horas de trabajo y la seguridad y la salud en el trabajo».

Con ello se hace referencia, sin citarlas expresamente, a las normas fundamentales del trabajo de la OIT y al concepto de «trabajo decente» de la OIT. No obstante, basta con que el país en cuestión adopte medidas para garantizar estos derechos fundamentales, sin que se especifique en qué medida deben ser eficaces y de amplio alcance. En este sentido, existe un amplio margen de apreciación, según el cual pueden bastar esfuerzos más bien simbólicos para conceder o mantener las ventajas del SPG a un país. Las partes interesadas, incluidos los sindicatos, pueden dirigirse al Ministerio de Comercio y exponer su opinión de que un país determinado ya no cumple los requisitos para participar en el SPG. A continuación, se celebra una audiencia pública para aclarar si las acusaciones son fundadas. La última vez que esto ocurrió fue en enero de 2016 en relación con Tailandia, Uzbekistán, Níger, Fiyi, Georgia e Irak[81]. La posibilidad de retirar las ventajas arancelarias se utiliza más en los Estados Unidos que en Europa. Así, por ejemplo, Bangladesh fue excluido de las ventajas en 2013 y Suazilandia en 2014,

---

[78] Zhou/Cuyvers, *Journal of World Trade* vol. 45, n.º 1 (2011), p. 63 y ss.; García, p. 7.

[79] Datos según https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/september/united-states-reinstates-trade (2.10.2016).

[80] Sobre este tema y lo siguiente, véase https://ustr.gov/sites/default/files/GSP-Guidebook-September-16- 2016.pdf (2.10.2016).

[81] https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/november/ustr-uses-tradepreference (2.10.2016).

mientras que, en opinión de las autoridades, una revisión relativa a Filipinas no reveló la necesidad de introducir cambios[82]. Birmania/Myanmar fue excluida del programa en 1989 por violaciones de los derechos de los trabajadores y solicitó su reincorporación en 2013; solo se accedió a ello, con efecto a partir del 13 de noviembre de 2016, tras una investigación exhaustiva[83]. Los Estados Unidos dudaron mucho más que la UE a este respecto[84]. No obstante, el comercio evolucionó de manera inusualmente positiva durante este período: pasó de un mínimo de 38 000 dólares estadounidenses en 2012 a 142 millones en 2015[85].

La práctica estadounidense también indica que la sanción de la retirada de las ventajas arancelarias solo se impone en casos evidentes y que, además, solo afecta a Estados políticamente aislados o que son menos importantes para los Estados Unidos desde el punto de vista económico. No se ha demostrado que la situación de los trabajadores por cuenta ajena en los países en cuestión haya mejorado notablemente gracias al sistema SPG.

§ 3. CLÁUSULAS DE DERECHOS HUMANOS

I. La base jurídica

El artículo 21 del TUE contiene principios notables para las relaciones exteriores de la UE que, por lo que se puede apreciar, aún no han calado en la conciencia pública[86]. El apartado 1 de esta disposición establece lo siguiente: «En su actuación internacional, la Unión se regirá por los principios que han inspirado su propia existencia, su evolución y su ampliación, y a cuya promoción en el mundo entero se ha comprometido: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad, así como el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional». La Comisión Europea ha tenido en cuenta este aspecto en una resolución que ha sido aprobada por el Parlamento Europeo[87]. En el apartado 2 de su resolución, el Parlamento Europeo destaca la importancia de "velar por el respeto de los derechos humanos en el puesto de trabajo"[88]. Lo cual se hizo inicialmente en los propios acuerdos comerciales, de cooperación y de asociación, pero desde 2009 también puede hacerse en un acuerdo independiente que no se refiere directamente a cuestiones de libre comercio y protección de los inversores[89]. Sin embargo, estas cláusulas no se han incluido en todos los tratados, en particular en los que se refieren únicamente a determinados productos o sectores[90]. En ocasiones también se produce una entrada en vigor

[82] Información según https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/november/ustr-uses-trade-preference (2.10.2016).

[83] https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/september/united-statesreinstates-trade (2.10.2016).

[84] Véase al respecto el apartado II.

[85] Datos según https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/september/united-states-reinstates-trade (2.10.2016).

[86] Declaraciones similares a un nivel más general en el artículo 3, apartado 5, del TUE: «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión protege y promueve sus valores e intereses y contribuye a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible a escala mundial, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, en particular los derechos del niño, así como al estricto respeto y desarrollo del Derecho internacional, en particular los principios de la Carta de las Naciones Unidas».

[87] COM(1995)0216 – C4-0197/95, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/DE/TXT/?uri=CELEX%3A51996IP0212 (3.10.2016). 50 «acceder al mercado laboral».

[88] DOCE de 28.10.1996 – C 320/261.

[89] Bartels, p. 10.

[90] Hachez, p. 12 y ss.

provisional que no se refiere a la cláusula de derechos humanos[91]. Hoy en día ya no cabe duda de que los derechos humanos relacionados con el trabajo dependiente están incluidos.

II. Ejemplos de cláusulas de derechos humanos

El texto de las cláusulas no es uniforme. Se hace referencia a diferentes codificaciones, como el CEDH o la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por lo que es posible que algunos derechos no se tengan en cuenta[92]. En ocasiones también se encuentra un compromiso explícito con la economía social de mercado, lo que plantea la cuestión de la compatibilidad con la garantía de la libre determinación de los pueblos en el artículo 1, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual los pueblos tienen derecho a determinar libremente su desarrollo económico, social y cultural[93].

1. Acuerdo de Cotonú

La protección de los derechos humanos ha sido objeto de una regulación especialmente detallada en el texto del Acuerdo de Asociación con los Estados ACP[94], cuyo artículo 9 establece lo siguiente:

> «Elementos esenciales y elemento fundamental
> (1) El objetivo de la cooperación es el desarrollo sostenible, con el ser humano como principal agente y beneficiario, lo que presupone el respeto y la promoción de todos los derechos humanos.
> El respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluidos los derechos sociales fundamentales, la democracia basada en el Estado de Derecho y la gobernanza transparente y responsable son parte integrante del desarrollo sostenible.
> (2) Las Partes Contratantes se remiten a sus compromisos internacionales en materia de respeto de los derechos humanos. Reafirman su compromiso con la dignidad humana y los derechos humanos, cuyo respeto es un derecho legítimo de las personas y los pueblos. Los derechos humanos tienen carácter universal, son indivisibles y están estrechamente relacionados entre sí. Las Partes se comprometen a promover y proteger todas las libertades fundamentales y los derechos humanos, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos. En este contexto, las Partes reafirman la igualdad entre hombres y mujeres.
> Las Partes reafirman que la democratización, el desarrollo y la protección de las libertades fundamentales y los derechos humanos están estrechamente relacionados y se refuerzan mutuamente. Los principios democráticos son principios universalmente reconocidos en los que se basa la organización del Estado para garantizar la legitimidad del poder estatal, la legalidad de la acción estatal, que se refleja en su sistema constitucional, jurídico y administrativo, y la existencia de mecanismos de participación. Sobre la base de los principios universalmente reconocidos, cada país desarrolla su propia cultura democrática.
> La estructura del Estado y las competencias de los distintos poderes se basan en el principio del Estado de Derecho, que exige, en particular, un sistema de protección jurídica eficaz y accesible a todos, tribunales independientes que garanticen la igualdad ante la ley y un poder ejecutivo plenamente sometido a la ley.
> El respeto de los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de Derecho, en los que se basa la asociación ACP-UE y por los que se rigen las partes contratantes en sus políticas internas y externas, son elementos esenciales del presente Acuerdo.
> (3) En un entorno político e institucional que respeta los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de Derecho, la buena gobernanza consiste en la gestión transparente y responsable de los recursos humanos, naturales, económicos y financieros, y su utilización en pro de un desarrollo

[91] Hachez, p. 14.
[92] Hachez, p. 14 y ss.
[93] Hachez, p. 15.
[94] Título oficial: Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 – DOUE de 15.12.2000 – n.º L 317/ 3 - 353. Denominación habitual: Acuerdo de Cotonú.

> equilibrado y sostenible. Implica procedimientos claros de toma de decisiones por parte de las autoridades, instituciones transparentes y responsables, la primacía de la ley en la gestión y distribución de los recursos y la cualificación para elaborar y aplicar medidas, en particular para prevenir y combatir la corrupción.
> La buena gobernanza, en la que se basa la asociación ACP-UE y por la que se rigen las partes en sus políticas internas y externas, es un elemento fundamental del presente Acuerdo. Las Partes contratantes convienen en que solo en casos graves de corrupción, incluidos los actos de soborno que den lugar a casos graves de corrupción, se considerará que se ha infringido este elemento en el sentido del artículo 97".

Cabe destacar el último párrafo del apartado 2, según el cual los principios mencionados son «elementos esenciales del presente Acuerdo». El apartado 4 prevé además enfoques para una política de aplicación, al establecer que

> «la asociación apoyará activamente la promoción de los derechos humanos, la democratización, la consolidación del Estado de Derecho y la buena gobernanza. Estos ámbitos son temas importantes del diálogo político. En el marco de este diálogo, las Partes contratantes concederán especial importancia a los cambios actuales y a la continuidad de los progresos realizados. En esta evaluación periódica se tendrá en cuenta el contexto económico, social, cultural e histórico de cada país.
> También se prestará especial atención a estos ámbitos en el apoyo a las estrategias de desarrollo. En el marco de las estrategias acordadas entre el Estado en cuestión y la Comunidad, esta última prestará apoyo a las reformas políticas, institucionales y jurídicas, así como a la cualificación de los agentes públicos y privados y de la sociedad civil».

En el anexo VII se concreta aún más esta disposición. Si se hace abstracción del lenguaje diplomático, se desprende un «núcleo duro» en el sentido de que se promoverán especialmente los proyectos que contribuyan al respeto de los derechos humanos, la democratización y el Estado de Derecho.

2. Acuerdo con Corea del Sur

En el acuerdo marco con la República de Corea[95], ya se encuentra en el preámbulo un compromiso con los principios democráticos y los derechos humanos («strong attachment»). Bajo el título «Base para la cooperación», esto se repite y se especifica en el artículo 1, apartado 1: «Las Partes confirman su apego a los principios democráticos, los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como al Estado de Derecho. El respeto de los principios democráticos y los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal y como se establecen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, que reflejan el principio del Estado de Derecho, sustenta las políticas internas e internacionales de ambas Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo». Sin embargo, es difícil extraer consecuencias concretas, por ejemplo, para el derecho de huelga, especialmente controvertido en Corea, ya que ello requeriría, como mínimo, que esta disposición fuera vinculante a nivel nacional.

3. Acuerdo con Georgia

Las disposiciones del Acuerdo con Georgia[96] son más breves y menos concretas, y mencionan como primera prioridad el Diálogo político y reforma:

> «2.1. El diálogo político y la cooperación para la realización de reformas en el marco de la presente Agenda de Asociación tienen por objeto reforzar el respeto de los principios democráticos, el Estado de Derecho y la buena gobernanza, los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los derechos de las

[95] https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/framework_agreement_final_en.pdf.
[96] Firmado en 2014 y entrado en vigor en 2016. http://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/associationagenda_2014_en.pdf.

> personas pertenecientes a minorías, consagrados en los convenios fundamentales de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa y en los protocolos conexos, y contribuir a la consolidación de las reformas políticas internas, en particular mediante la aproximación al acervo comunitario de la UE».

Por lo tanto, se busca reforzar el respeto de los principios democráticos, los derechos humanos y las libertades fundamentales; no se puede pasar por alto la proximidad a los «buenos deseos», pero tal vez en las circunstancias concretas no haya sido posible ir más allá.

III. Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento

En los acuerdos celebrados (y no solo en los previstos, como en el caso de Georgia), el respeto de los derechos humanos es una condición fundamental para la cooperación y la concesión de ventajas. Si no se tiene en cuenta, la UE puede adoptar «medidas adecuadas» para restablecer una situación conforme con los derechos humanos.

1. ¿Derecho de recurso de los afectados?

¿Esta disposición otorga a una persona afectada por una violación de los derechos humanos el derecho a exigir la adopción de medidas y a hacerlas cumplir ante los tribunales? El Tribunal de la Unión Europea (TUE) desestimó por inadmisible una demanda presentada por un ciudadano libanés que invocaba la cláusula correspondiente del Acuerdo de Asociación UE-Líbano[97]. El TJUE lo confirmó expresamente[98]. Ambas resoluciones se publicaron sin motivación, por lo que no se desprende qué violación de los derechos humanos se alegaba. Por lo tanto, también queda abierta la cuestión de si la obligación de la UE de actuar se deriva directamente del TUE, ya que el demandante solo se basó en el acuerdo de asociación[99]. En lo que respecta a los hechos que tienen lugar fuera del territorio de la UE, los tribunales tienen dificultades para pronunciarse sobre las demandas de las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de si los ciudadanos serbios afectados por los bombardeos de las fuerzas de la OTAN durante la guerra de 1999 podían invocar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH. La cuestión fue denegada con el argumento de que el artículo 1 del Convenio exige que la persona afectada esté sujeta a su jurisdicción (es decir, a la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa), lo que no era el caso[100]. Por el contrario, la conciencia cotidiana se inclinaría mucho más por la idea de que es difícil imaginar una forma más grave de «estar sometido» que ser bombardeado.

2. Adopción de medidas adecuadas

Numerosos acuerdos contienen la disposición de que, en caso de violaciones graves de los derechos humanos, se pueden adoptar «medidas adecuadas», una disposición más flexible que la «cláusula báltica» utilizada anteriormente, que preveía la suspensión inmediata[101]. Incluso sin una disposición de este tipo, sería posible una reacción adecuada. La UE puede criticar las violaciones de los derechos humanos e instar a su socio a que las corrija. Si lo considera oportuno, también puede suspender determinadas obligaciones contractuales, por ejemplo, retirar temporalmente las ventajas comerciales, es decir, hasta que se restablezca una situación conforme a los derechos humanos. Se trataría de una suspensión parcial con arreglo al artículo 60, apartado 1, de la Convención de Viena

[97] TPI, 6.9.2011, T 292/09, juris (caso Mugraby).
[98] TJUE, 12.7.2012, C-581/11, juris (caso Mugraby).
[99] Bartels, p. 18.
[100] TEDH, 12.12.2001 – 52207/99 – NJW 2003, 413 (caso Bankovic y otros)
[101] Para más detalles, véase Hachez, p. 10.

sobre el Derecho de los Tratados[102]. Una suspensión total y la rescisión del tratado tendrían como consecuencia que también quedaría sin efecto la protección especial de las inversiones procedentes de la UE, lo que ha suscitado cierta preocupación en la literatura jurídica[103]. Sin embargo, en caso de emergencia, esto puede evitarse limitando el efecto de la suspensión. La práctica se caracteriza por el hecho de que las cláusulas de derechos humanos solo se aplican en casos extremos, como golpes de Estado y violaciones graves de los derechos humanos. Se consideran un instrumento político, no una garantía real de los derechos humanos[104]. También es muy importante si el violador de los derechos humanos es un Estado económicamente importante o más bien marginal; hasta ahora solo se ha hecho uso de la cláusula de derechos humanos contra Estados ACP como Guinea-Bissau, Mauritania, Liberia y Zimbabue[105]. A menudo, incluso en esos casos, solo se celebraron consultas, sin que se impusieran sanciones. En la medida en que se impusieron, no afectaron a las ventajas comerciales, sino que se limitaron a la cancelación de reuniones y a la suspensión de la cooperación técnica[106]. Incluso estas modestas consecuencias solo se aplicaron en casos de golpes de Estado, elecciones fraudulentas y graves violaciones de los derechos humanos. Las violaciones cotidianas y rutinarias de los derechos humanos se aceptan sin oposición[107]. Ningún acuerdo prevé la creación de un órgano especial que pueda investigar las violaciones de los derechos humanos. Lo único posible es que los gobiernos participantes entablen consultas. Las organizaciones de la sociedad civil se ven limitadas a dirigirse a un ministerio con el objetivo correspondiente, a ser posible con el apoyo de la presión pública. Las posibilidades son mucho más limitadas que en el marco del NAALC[108]. En esencia, se trata de diplomacia declarativa[109].

§ 4. ¿CORRECCIONES SOCIALES A NIVEL INTERNACIONAL O NACIONAL?

I. Cláusulas sociales, SPG y garantías de derechos humanos: ¿adornos inútiles?

El resultado de los estudios realizados hasta la fecha es desalentador: ni la cláusula social generalizada, ni la posibilidad de retirar las ventajas arancelarias mediante el sistema SPG, ni las cláusulas de derechos humanos pueden garantizar una protección social eficaz. Contrariamente a la opinión generalizada, no importa si el tratado en cuestión prevé sanciones o no. Mientras que las cláusulas sociales acordadas por la UE no prevén sanciones de ningún tipo, sino que se basan únicamente en la mejora del conocimiento a través de consultas y la cooperación técnica, la UE dispone, en forma del sistema SPG, de un instrumento con el que podría ejercer presión económica en caso de violaciones graves de las normas fundamentales del trabajo. Esto también sería posible en el caso de las cláusulas sobre derechos humanos. Sin embargo, salvo en unos pocos casos extremos, se renuncia a estas posibilidades. Incluso cuando sería posible actuar de otra manera, se opta por no hacerlo.

---

[102] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (BGBl 1985 II, p. 927), también reproducida en Däubler/Kittner/Lörcher, *Internationales Arbeits- und Sozialrecht*, n.º 030.

[103] Así, en particular, Berner, M*enschenrechtsklauseln in Freihandels- und Investitionsschutzabkommen* (Cláusulas de derechos humanos en los acuerdos de libre comercio y de protección de las inversiones), EuZW 2016, 533.

[104] Bartels, p. 11.

[105] Hachez, p. 17 y ss.

[106] Hachez, p. 19.

[107] Hachez, p. 19: «Por lo tanto, la condicionalidad no se activa normalmente cuando se producen violaciones sistemáticas de los derechos humanos en un país, a menos que la situación se deteriore grave y repentinamente». Lo mismo opina Bartels, p. 11.

[108] Véase al respecto el § 3 III 3 supra.

[109] Hachez, p. 21, con referencia a Horn/Mavridis/Sapir.

Cabe dudar de que esto se deba en última instancia a que los Estados miembros de la UE adoptan posiciones diferentes y, por lo tanto, no pueden llegar a un compromiso[110]. El Derecho estadounidense se diferencia de su homólogo europeo en que también prevé sanciones en el caso de las cláusulas sociales. Sin embargo, el acuerdo paralelo al TLCAN[111] no es un ejemplo muy convincente, ya que, aunque se prevé su aplicación a una pequeña parte de las normas de protección del Derecho laboral, el procedimiento es tal que, según el criterio humano, nunca se da una situación de este tipo. Sin embargo, la situación es diferente en los acuerdos bilaterales de comercio e inversión, así como en el sistema SGP existente también en los Estados Unidos[112]. No obstante, la experiencia demuestra que tampoco allí se toman en serio las disposiciones en cuestión. En estas circunstancias, cabe preguntarse por qué los acuerdos comerciales y de protección de las inversiones no prescinden por completo de este tipo de disposiciones. Si, por ejemplo, se produce un golpe de Estado en otro país y parte de la población es privada de su libertad o asesinada, ya se podría suspender cualquier ayuda en virtud de los principios generales del Derecho internacional y invocar la desaparición del fundamento del acuerdo (cláusula *rebus sic stantibus*). ¿Por qué, entonces, una disposición expresa que, en circunstancias normales, no se pretende aplicar en caso de violaciones de las normas fundamentales del trabajo y de los derechos humanos? ¿Por qué se han generalizado aún más estas disposiciones en los últimos años? La gran mayoría de los acuerdos se celebran entre países industrializados y países en desarrollo. Por lo general, no se refieren a las condiciones en los países industrializados (que también podrían ser objeto de críticas), sino exclusivamente a la situación en los países en desarrollo. Estos se comprometen a respetar determinadas normas mínimas o, según la redacción del acuerdo, a mejorarlas o, al menos, a esforzarse por mejorarlas. En circunstancias normales, ninguna instancia política se preocupa de si estas obligaciones se cumplen efectivamente. Sin embargo, el país desarrollado tiene en todo momento la posibilidad de modificar su comportamiento y exigir el cumplimiento efectivo. Esto podría ocurrir si el país en desarrollo en cuestión se comportara de forma «inadecuada», por ejemplo, cooperando con Corea del Norte o mostrando simpatía por Al Qaeda. Tan pronto como esto se hiciera visible, la parte contratante podría señalar el incumplimiento de las normas fundamentales del trabajo y proponer la imposición de sanciones en. En su caso, incluso una «desviación» mucho más inofensiva de un consenso compartido por la UE y los Estados Unidos pondría en marcha un mecanismo de este tipo. Por lo tanto, la cláusula social y los otros dos instrumentos tienen, según la tesis aquí defendida, una función de poder; son medios de control del comportamiento que se utilizan en muy raras ocasiones. A esto se añade otro aspecto. El respeto de las normas laborales fundamentales o de normas comparables, así como de los derechos humanos, es una preocupación compartida por prácticamente toda la población, tanto en Europa como en los Estados Unidos. Consagrar estos valores positivos y basar (aparentemente) en ellos la propia política genera, como se ha mencionado anteriormente en el apartado 3.II.3, un alto grado de aceptación. Por lo tanto, la población ve con buenos ojos la política exterior de la UE y de los Estados miembros, y los responsables políticos gozan de apoyo. El hecho de que la realidad en los «países socios» esté muy lejos de las normas establecidas en los tratados es incomprensible para el ciudadano de a pie, ya que hay poca bibliografía o informes en Internet sobre la situación de los trabajadores en los países en desarrollo y porque, por regla general, la propia experiencia se ve frustrada por la distancia geográfica. Además, los turistas que visitan estos países suelen visitar monumentos, paisajes y tradiciones culturales, pero por lo general no se dan cuenta de la situación laboral actual. Por lo tanto, la cláusula social y los otros dos instrumentos tienen una función «ideológica»: remiten a un mundo relativamente idílico que en

[110] Véase Van den Putte/Orbie, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, n.º 3 (2015), p. 263, 273 y ss. para las cláusulas sociales.
[111] Véase al respecto el apartado 3 III 3 supra.
[112] Véanse al respecto los apartados 3 III 2 y 4 III supra.

realidad no existe. Renunciar a ellas provocaría irritación. La ineficacia práctica de las cláusulas sociales y de los otros dos instrumentos queda subrayada por el hecho de que no aparecen en los libros que tratan del derecho mercantil exterior[113]. ¿Por qué iban a preocuparse los autores por disposiciones que no tienen importancia práctica para las empresas, que son sus destinatarios más importantes?

II. ¿Cambia la situación cuando se aplica la cláusula social a los países desarrollados?

Las experiencias hasta la fecha se refieren a la situación en la que los países en desarrollo están obligados a respetar las normas fundamentales del trabajo, normas comparables y los derechos humanos. Sin embargo, en los debates actuales sobre el CETA y el TTIP, se trata principalmente de que los trabajadores de los países desarrollados, ante el fortalecimiento del principio de mercado (que se extiende cada vez más a los bienes públicos) y la protección de los inversores, reclaman una protección social. ¿Puede un «capítulo sobre sostenibilidad», cuya parte relativa al trabajo dependiente se basa en las cláusulas sociales aquí esbozadas, tener tal efecto? La respuesta es probablemente negativa. Por un lado, ya existe un tratado, el NAALC, que se refiere a dos países desarrollados, Canadá y Estados Unidos. A pesar de una base jurídica atractiva, que incluía no solo las «normas fundamentales del trabajo», sino también gran parte del Derecho laboral, sus efectos prácticos han sido muy modestos[114]. Ni en Canadá ni en los Estados Unidos se ha demostrado que el NAALC pueda impedir el deterioro de las normas de protección o lograr una mejora. Y ello a pesar de que una parte considerable de las denuncias se dirigían contra los Estados Unidos, lo que podría haber dado lugar a cambios. Por otra parte, los acuerdos de libre comercio y protección de las inversiones celebrados hasta la fecha se inscriben en una relación de poder asimétrica: el país industrializado es normalmente la parte más fuerte y, por lo tanto, podría, si quisiera, utilizar su poder para hacer realidad las disposiciones sociales establecidas en los acuerdos. Sin embargo, en la práctica esto solo ocurre en casos extremos. En las relaciones entre países industrializados, por regla general, no existiría tal relación de poder. Dada la relativa igualdad entre las partes, el respeto por la independencia del Estado socio y el mantenimiento de buenas relaciones serían aún más importantes que en los acuerdos anteriores. Sería aún menos probable que se ejerciera «presión» a favor de una aplicación práctica. Por último, hay que tener en cuenta que la cláusula social y los otros dos instrumentos se basan, en última instancia, en que un país concede al otro ventajas comerciales, preferencias arancelarias u otras ventajas que pueden denegarse o retirarse en caso de incumplimiento de las normas sociales. Este «vínculo entre comercio y trabajo» no encaja en una situación en la que no se trata de conceder ventajas, sino de que determinadas consecuencias de la estructura del mercado y de la protección de los inversores sean objeto de correcciones sociales. En otras palabras, la garantía de las normas fundamentales del trabajo y la ratificación de los convenios de la OIT sirven de poco si un inversor puede alegar ante un tribunal comercial (CETA) o un tribunal de arbitraje que sus expectativas legítimas se han visto frustradas por un aumento enorme del salario mínimo legal. Solo sería diferente en el caso teórico de que alegara que había contado con el mantenimiento de la prohibición de los sindicatos libres: esta confianza no sería digna de protección a la luz de los principios de la OIT, pero no cabe pensar en un caso así dentro de la UE. Como conclusión provisional, cabe señalar que no hay indicios de que las cláusulas sociales y los instrumentos conexos, como el SGP y las garantías de derechos humanos, puedan limitar los riesgos que se derivan para los trabajadores de la UE de los acuerdos de libre comercio y de protección de las inversiones, tanto los vigentes como los previstos[115]. Por lo tanto, cabe preguntarse si existen otras posibilidades a nivel internacional y nacional que puedan ayudar a evitar el deterioro social y el bloqueo de las mejoras.

[113] Véanse las referencias en el apartado anterior § 3 III

[114] Cfr. supra § 3 III 3.

[115] Sobre los riesgos, véase más arriba § 1 II.

III. Correcciones sociales a nivel supranacional: ¿la UE como modelo?

Aparte de las cláusulas sociales y fenómenos similares, el Derecho internacional ofrece poca experiencia sobre cómo regular las repercusiones sociales de la apertura de los mercados y la protección de los inversores. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el espacio de integración de la UE, que ha desarrollado sus propias correcciones supranacionales. Cabe remitirse a la bibliografía al respecto[116]. Según la opinión aquí defendida, el Derecho laboral de la UE está limitado en este sentido, ya que contiene principalmente normas que pueden aplicarse y ejecutarse sin tener en cuenta el nivel de desarrollo socioeconómico de cada Estado miembro.

1. Normas de procedimiento

El Derecho laboral de la UE contiene numerosas normas de procedimiento y consulta, incluso en ámbitos en los que el Derecho nacional establece normas sustantivas. Esto se aplica, por ejemplo, a la -Directiva sobre despidos colectivos[117], que solo regula el procedimiento en caso de despidos colectivos, pero no se pronuncia sobre los motivos de despido;

- Directiva sobre la documentación[118], que solo obliga al empresario a informar sobre las condiciones de trabajo esenciales, pero no se pronuncia sobre la admisibilidad de cláusulas concretas;
- Directiva marco sobre la protección de la seguridad y la salud en el trabajo[119], que, a diferencia de la protección tradicional alemana en materia de seguridad y salud en el trabajo, no establece requisitos de contenido, como por ejemplo valores límite, sino normas de procedimiento[120];
- Directiva sobre el comité de empresa europeo[121], que regula la creación de un comité de empresa europeo, así como sus derechos de información y consulta, pero no contiene ninguna disposición sobre los derechos de participación o cogestión;
- Directiva sobre la información y la consulta de los trabajadores[122], que, más allá de su título, concede derechos de información y consulta a los representantes de los intereses de los trabajadores en la empresa.

2. Principios de igualdad

Además, el Derecho laboral de la UE se caracteriza por numerosas normas que establecen la igualdad de trato, aunque queda claramente abierto qué nivel salarial u otro nivel de protección es la referencia para la igualdad de trato. Son especialmente importantes las - Directivas contra la discriminación, que

---

[116] Véase, por ejemplo, Franzen/Gallner/Oetker (eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, Múnich 2016; Preis/Sagan (eds.), *Europäisches Arbeitsrecht. Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht* (Derecho laboral europeo. Fundamentos, directivas y consecuencias para el Derecho alemán), Colonia, 2015; Schlachter/Heinig (eds.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht* (Derecho laboral y social europeo), Baden-Baden, 2016.

[117] Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los despidos colectivos (DO L 225/16).

[118] Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de los empresarios de informar a los trabajadores sobre las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral (DO L 288/32).

[119] Directiva Marco sobre la protección de la seguridad y la salud en el trabajo,

[120] Bücker/Feldhoff/Kohte, *Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt*. Retos europeos para el Derecho laboral alemán, Neuwied, entre otros, 1994.

[121] Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO L 122/28).

[122] Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, sobre el establecimiento de un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO L 80/29).

incluyen la Directiva contra la discriminación racial[123], la Directiva Marco sobre igualdad de trato[124] y la Directiva sobre igualdad de trato[125], así como la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, sobre la aplicación de medidas para mejorar la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183/1).

- Directivas que establecen la igualdad de trato entre los trabajadores atípicos por tiempo indefinido y jornada completa. Entre ellas figuran la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial[126], la Directiva sobre los trabajadores con contrato de duración determinada[127] y la Directiva sobre los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal[128], que, sin embargo, permite ciertas excepciones en los convenios colectivos. La Directiva sobre la transferencia de empresas[129] también puede incluirse aquí, ya que, en principio, el cambio de empleador no debe suponer ninguna pérdida de derechos; los trabajadores con un nuevo empleador reciben, en principio, el mismo trato que los trabajadores cuyo empleador sigue siendo el mismo. Además, la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores[130] pretende que los trabajadores desplazados dentro del país reciban, en principio, el mismo trato que los trabajadores nacionales, aunque este objetivo no se ha alcanzado ni se pretende alcanzar plenamente.

3. Garantías materiales como excepciones

Además, existen garantías de contenido, aunque en un ámbito más bien modesto. Entre ellas figura, por ejemplo, el permiso de vacaciones de cuatro semanas previsto en el artículo 7 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo[131], que, además, limita en su artículo 6 la duración máxima semanal del trabajo a 48 horas y establece en su artículo 3 un período de descanso de 11 horas dentro de un período de 24 horas. La Directiva sobre insolvencia[132] también puede clasificarse aquí debido a la concesión de la indemnización por insolvencia. La Directiva sobre contratos de trabajo de duración determinada[133] contiene una restricción «suave» de las posibilidades de celebrar contratos de duración determinada y la Directiva sobre los trabajadores cedidos en régimen de trabajo temporal[134] también contiene disposiciones de protección individuales en favor de los trabajadores cedidos en régimen de trabajo temporal.

---

[123] Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180/22).

[124] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303/16).

[125] Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato de hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación (DO L 204/23).

[126] Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, n.º L 14/9, corregido en el n.º L 128/71).

[127] Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco CEEP-UNICE-CEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175/43).

[128] Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre el trabajo temporal (DO L 327/9).

[129] Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (DO L 82/16).

[130] Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997, n.º L 18/1).

[131] Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo (DO L 299/9).

[132] Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario (DO L 283/36).

[133] Véase la nota 194 supra.

[134] Véase la nota 195 supra.

Sin embargo, en general, esto es insignificante en comparación con las disposiciones sobre procedimientos y igualdad de trato. Además, según el artículo 153, apartado 5, del TFUE, la remuneración del trabajo (en particular el salario mínimo), la libertad de coalición y la acción sindical quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones de política social del TFUE; en este sentido, los Estados miembros conservan plenamente su competencia.

4. Consideración de los intereses de los trabajadores en otras partes del Derecho de la Unión

El Derecho laboral de la UE también incluye normas destinadas a impedir que este mismo Derecho o el Derecho laboral nacional se vean cuestionados, total o parcialmente, por otras disposiciones de la UE. Cabe mencionar, en este sentido, la jurisprudencia del TJUE[135], que no extiende la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia prevista en el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 del TCE) a los convenios colectivos, ya que, de lo contrario, estos no podrían alcanzar sus objetivos de política social. Esto se aplica también cuando el convenio colectivo se ha celebrado para trabajadores autónomos, pero estos se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena[136]. El segundo caso de aplicación es el Derecho de contratación pública. El artículo 67, apartado 2, de la nueva Directiva sobre contratación pública[137] prevé que, al adjudicar un contrato, se tengan en cuenta también aspectos sociales y medioambientales. De este modo, se garantiza que los costes salariales más elevados derivados de las normas de protección no den lugar, de manera general, a la exclusión de la adjudicación de contratos públicos.

5. La división de tareas en materia de política social entre la Unión y los Estados miembros

En estas circunstancias, el Derecho laboral de la UE tiene un carácter fragmentario. Esto no se debe a una legislación desordenada, sino principalmente al hecho de que se excluyen las normas que supondrían una carga desigual para los Estados miembros. En principio, se trata de la mayoría de las normas de protección sustantivas: un salario mínimo de 8,84 euros por hora no podría aplicarse en toda la Unión, ya que sería inasequible para numerosas empresas, por ejemplo, en los Estados miembros de Europa del Este. Lo mismo ocurre con la protección material contra el despido, incluidos los plazos de preaviso y las indemnizaciones automáticas, que, por ejemplo, según el Derecho neerlandés o italiano, deben pagarse automáticamente en caso de cese en la empresa por despido.

Por lo tanto, incluso en un espacio de integración como la UE, los riesgos que surgen a nivel supranacional no pueden abordarse plenamente a ese mismo nivel. Por el contrario, las cuestiones fundamentales deben seguir decidiéndose a nivel nacional. Esto se aplica, en particular, al nivel de los salarios, a las formas de seguridad social y a la representación colectiva de intereses. La «división del trabajo» entre el nivel supranacional y el nacional se ha ido desarrollando a lo largo de décadas y, en principio, ha demostrado su eficacia. De este modo, cada Estado miembro podía responder de la manera que consideraba más adecuada a los retos económicos del mercado interior. En este sentido, no solo es importante el nivel de desarrollo económico, sino también la tradición nacional, que reviste especial importancia en el ámbito del Derecho laboral: mientras que en un país los conflictos sobre la cogestión se resuelven mediante la negociación, en otro se dan prioridad a las negociaciones entre sindicatos y empresarios, que pueden llegar a amenazar con la huelga. Esta «coexistencia pacífica» entre la política social supranacional y la nacional se vio gravemente perturbada hace unos años por la

[135] V. 21.9.1999 – C-67/96 – *AuR* 2000, 26 con nota de Blanke – Albany.

[136] TJUE de 4.12.2014 – C-413/13 – *NZA* 2015, 55 – FNV. Véase al respecto Heuschmid/Hlava, AuR 2015, 193 y ss.

[137] Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

jurisprudencia del TJUE[138]. En sus sentencias Viking[139] y Laval[140], el TJUE consideró que las libertades económicas fundamentales, en particular la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, no solo son directamente aplicables en los Estados miembros, sino que también se aplican en las relaciones entre sindicatos y empresarios. Por lo tanto, las huelgas con objetivos específicos solo son compatibles con el Derecho de la Unión si constituyen una restricción proporcionada de la libertad fundamental afectada para salvaguardar los intereses de los trabajadores. Esto se confirmó en el asunto Viking para la defensa directa de puestos de trabajo, pero no en el asunto Laval, en el que la actividad de una empresa letona en una obra en Suecia se vio obstaculizada por un boicot y una huelga en una empresa subcontratista que se negaba a celebrar un convenio colectivo conforme al Derecho sueco y a las condiciones suecas. Fue importante la afirmación de que una libertad fundamental como la libertad de establecimiento ya se vulnera cuando su ejercicio se hace «menos atractivo» mediante medidas a nivel nacional, como las huelgas[141]. Así, también sería concebible que, por ejemplo, las indemnizaciones elevadas que deben pagarse en caso de cierre de una empresa y su posterior traslado a otro Estado miembro se consideraran ilegales, ya que la «deslocalización» podría resultar efectivamente «poco atractiva» si se mantuviera tal condición.

No se discutirá aquí si esta jurisprudencia merece aprobación o si, en realidad, infringe el Derecho de la Unión. Más bien, cabe destacar únicamente que la «injerencia» del TJUE en el ámbito nacional y, con ello, el desplazamiento de la división del trabajo han suscitado, con razón, una gran resistencia: Si se toma como base su jurisprudencia y se aplica de manera coherente (lo que hasta ahora no ha sido el caso), en muchos casos los Estados miembros ya no pueden resolver los problemas de política social por su cuenta. Dada la falta de competencia de la Unión o de voluntad política para crear una normativa a escala de la Unión (por ejemplo, sobre indemnizaciones por despido), los trabajadores afectados pueden quedar sin protección. Esto debe tenerse en cuenta al examinar en qué medida los riesgos que plantean los acuerdos de libre comercio y de protección de las inversiones deben abordarse a nivel internacional o nacional.

IV. ¿Los acuerdos comerciales y de protección de las inversiones como nueva forma de supranacionalidad?

En el marco de la UE, la «supranacionalidad» se caracteriza por el hecho de que las instancias de la Unión pueden adoptar normas que surten efectos directos a favor y en contra de los ciudadanos individuales y que, además, prevalecen sobre la normativa nacional que regula la misma cuestión: esta última no deja de existir, pero no puede aplicarse mientras siga vigente la norma de Derecho de la Unión que entra en conflicto con ella. La primacía del Derecho de la Unión también se aplica en relación con el Derecho constitucional nacional. Según el Derecho constitucional alemán, un tratado internacional celebrado por la República Federal no tiene tal efecto. Si bien puede ser directamente aplicable, es decir, puede establecer derechos y obligaciones para los ciudadanos individuales (por ejemplo, el CEDH), en principio, incluso después de su ratificación, solo tiene rango de ley nacional. Si entra en conflicto con la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal puede declarar su inconstitucionalidad. Si el tratado internacional no es compatible con el Derecho nacional vigente, es una cuestión de interpretación si debe prevalecer como ley posterior. Si, tras la ratificación, se promulga una ley que lo contradice, esta tiene prioridad. En casos concretos, una interpretación de la

[138] Véase al respecto Däubler-Heuschmid, Arbeitskampfrecht, 3.ª ed. 2011, § 11, núm. 67 y ss.
[139] TJUE, de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, AuR 2008, 55; véase Kocher, AuR 2008, 13 y ss.
[140] TJUE, de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, AuR 2008, 59.
[141] TJUE, de 11 de diciembre de 2007, C-438/05 – AuR 2008, 55, apartado 72.

ley conforme al derecho internacional puede ayudar a eliminar la contradicción mediante la interpretación, pero esto no es así en caso de contradicciones abiertas[142].

Los tratados de libre comercio e inversión de la RFA son, en principio, tratados internacionales normales; a diferencia del Derecho de la Unión, no prevalecen sobre el Derecho nacional. No obstante, en la práctica puede producirse un efecto similar: si una ley vulnera el principio del «trato justo y equitativo» o la prohibición de la expropiación indirecta, pueden surgir elevadas reclamaciones por daños y perjuicios contra el Estado que haya promulgado la ley: si un inversor sigue sufriendo perjuicios económicos en el futuro, el Estado haría bien en derogar la ley en cuestión lo antes posible. En este contexto, cabe recordar la nueva normativa sanitaria en Eslovaquia[143]. Si el Tribunal Constitucional eslovaco no hubiera derogado la prohibición de reparto de beneficios a las empresas privadas de seguros médicos, la experiencia habría demostrado que el legislador eslovaco habría modificado la ley en consecuencia, ya que, por razones presupuestarias, se vería obligado a no exponer al Estado cada año a una reclamación por daños y perjuicios por valor de varios millones. Por lo tanto, en cuanto a sus efectos, las normas de protección de los inversores prevalecen sobre el Derecho nacional. También en otras disposiciones contractuales puede darse una primacía fáctica sobre el Derecho nacional y el europeo. Si, por ejemplo, los criterios de adjudicación de contratos públicos se establecen de manera exhaustiva en el acuerdo de libre comercio e inversión, tanto el Estado nacional como la UE, en el marco de sus respectivas competencias, tendrían la posibilidad jurídica de ignorarlos y declarar que sus propios criterios son determinantes. Sin embargo, esto daría lugar a las sanciones previstas en el tratado; dependiendo de la configuración concreta, en tal caso habría que pagar una suma considerable por incumplimiento de obligaciones, cuyo importe sería determinado por un tribunal arbitral. A ello se añadirían las posibles reclamaciones de un candidato que no hubiera sido seleccionado. Lo mismo se aplica si un tratado establece que determinadas tareas deben ser siempre objeto de licitación pública, de modo que queda excluida en principio la remunicipalización. Si, a pesar de ello, se decidiera, se debería pagar una suma de dinero, al menos en relación con el otro Estado. Si no se quieren aceptar estas consecuencias, es necesario incluir en el propio contrato disposiciones que no afecten al margen de maniobra del legislador nacional o que prevean la consideración de aspectos sociales, por ejemplo, en las decisiones de adjudicación. En lo que respecta a las consecuencias generales de un mercado ampliado, se podría tomar como ejemplo la experiencia de la UE: también en este caso no es recomendable dejar la gestión de las consecuencias sociales de un mercado aún más globalizado únicamente en manos de los «tratados internacionales» o del ámbito nacional o al ámbito europeo. Las razones que abogan en la UE por una división del trabajo entre la Unión y los Estados nacionales también son válidas en un nuevo «mercado interior» creado por un tratado internacional; también en este caso hay que tener en cuenta la diferente capacidad económica y las diferentes tradiciones nacionales. A continuación, estas consideraciones se examinarán en primer lugar tomando como ejemplo el acuerdo CETA y, en su caso, se plasmarán en propuestas de redacción (véase más adelante, § 7). A continuación, se hará lo mismo con el proyecto de «capítulo sobre sostenibilidad» presentado por la Comisión Europea en las negociaciones del TTIP con los Estados Unidos (véase más adelante, § 8).

§ 5: EL EJEMPLO DEL CETA

[142] Para más información sobre esta cuestión, véase Däubler, *AuR* 2008, 409 y ss.; Heuschmid, *Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?* (¿La cogestión de los trabajadores, un derecho fundamental europeo?), p. 204 y ss.; Kocher, *AuR* 2008, 13 y ss.; Rebhahn, "Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking", *ZESAR* 2008, 109 y ss., con referencias.

[143] Vid. *supra* § 1.I; lo mismo se aplica a las decisiones de otras instituciones estatales legítimas, por ejemplo, los tribunales.

I. El marco jurídico

El «Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra» se encuentra actualmente (6 de octubre de 2016) en fase de proyecto negociado, que también está disponible en alemán.212 Se completará con algunos protocolos aclaratorios. La denominación «CETA» es la abreviatura del título original en inglés «Comprehensive Economic and Trade Agreement». El texto del acuerdo propiamente dicho tiene unas 500 páginas. Junto con los anexos y las reservas, el volumen total asciende a 2286 páginas. Al igual que otros tratados celebrados por la UE, se aplicaría, con arreglo al artículo 55 del TUE, en las 24 lenguas oficiales de la Unión, que son equivalentes entre sí y deben tenerse en cuenta en su interpretación. Esto crea un grado considerable de inseguridad jurídica. El CETA es un tratado internacional. En la medida en que se refiera a competencias de la Unión, pasará a formar parte del Derecho de la Unión tras su entrada en vigor y, por lo tanto, prevalecerá sobre el Derecho secundario de la Unión y, en virtud de la primacía del Derecho de la Unión, también sobre todo el Derecho nacional[144].

Si la competencia normativa en determinados ámbitos recae en los Estados miembros, el CETA tiene, en este sentido, rango de simple ley nacional en Alemania. En el presente contexto, el CETA no puede ser objeto de críticas generales[145]. Más bien, las observaciones se centran en las correcciones necesarias para garantizar la protección de los intereses de los trabajadores. No se trata únicamente de mantener el statu quo, sino también de poder reaccionar adecuadamente a los retos futuros o de poder mejorar la situación actual en función de los cambios en las mayorías parlamentarias. En este sentido, se examinará en primer lugar el capítulo 23, titulado «Comercio y trabajo». A continuación, se analizarán los distintos conjuntos de normas del CETA que, según su contenido actual, podrían suponer un riesgo para los intereses de los trabajadores en el sentido de que provocan un retroceso social o bloquean futuros avances.

II. ¿Limitación de los riesgos mediante el capítulo 23 sobre «Comercio y trabajo»?

El capítulo 23 del TCA contiene, a modo de cláusula social en el sentido anteriormente expuesto[146], una serie de disposiciones muy loables. Así, por ejemplo, en el artículo 23.1, apartado 2, se recoge el compromiso con el trabajo digno y las normas fundamentales del trabajo de la OIT, entre las que se incluyen la libertad de asociación y la autonomía colectiva, la prohibición de la discriminación y la prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso. Según el artículo 23.3, «cada Parte contratante velará por que su legislación y su práctica en materia de trabajo incorporen y garanticen el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo que se enumeran a continuación». Entre ellos figuran, en primer lugar, las normas fundamentales del trabajo de la OIT.

Como correctivo sociopolítico de las libertades de mercado mundiales, tal y como se establecen en el acuerdo CETA, esto no es suficiente por dos razones en particular.

Por un lado, la «libertad de asociación» y la «autonomía colectiva» son garantías formuladas de manera muy general, que se concretan de manera muy diferente en cada país. Aunque los comités de supervisión de la OIT han realizado una importante labor de concretización en sus informes a lo largo de las décadas, estos no son jurídicamente vinculantes y tampoco se hace referencia a ellos en el

---

144 Disponible en https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-vorschlag-fuer-einen-beschluss-ueber-die-unterzeichnung-des-wirtschafts-und-handelsabkommens-zwischen-kanada-undder-eu,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf.

145 Véase, por ejemplo, Fischer-Lescano/Horst, *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement zwischen der EU und Kanada (CETA)* [Requisitos europeos y constitucionales para el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA)], Bremen 2014, disponible en https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/CETA-Rechtsgutachten.pdf (6.10.2016).

146 Véase más arriba el artículo 3.

acuerdo CETA. Esto significa que, en caso de conflicto, no es en absoluto seguro que el recurso a la huelga para conseguir un nuevo convenio colectivo forme parte de las garantías de la autonomía colectiva. Tampoco se puede saber cómo se distribuye la carga de la prueba, por ejemplo, en caso de discriminación (controvertida) por actividad sindical, lo que sería de vital importancia para las perspectivas de éxito en un litigio práctico. A diferencia del Derecho nacional, no existe una instancia que pueda extraer de las garantías formuladas de manera general consecuencias concretas que sean absolutamente necesarias para los litigios prácticos. Por consiguiente, la función correctora de dicha garantía es muy modesta.

En segundo lugar, el capítulo «Comercio y trabajo», al igual que el capítulo sobre protección del medio ambiente (art. 24.16), queda excluido del mecanismo general de solución de controversias del capítulo 29, así como de la competencia de los tribunales de inversión. Si no se cumplen las obligaciones asumidas, solo se celebran consultas. Si estas no dan resultado, se crea una comisión de expertos que evalúa el conflicto. Si una de las partes, con los argumentos que sean, ignora el resultado, no se pueden imponer sanciones de ningún tipo. Por lo tanto, las objeciones formuladas anteriormente contra las cláusulas sociales habituales también se aplican en este caso[147]. Si, por ejemplo, un inversor alegara que el aumento del salario mínimo legal o la ampliación de la cogestión contradicen sus expectativas legítimas y que, por lo tanto, puede exigir una indemnización por daños y perjuicios, el compromiso con las normas fundamentales del trabajo de la OIT establecido en el capítulo 23 no sería de ninguna ayuda. Lo mismo ocurriría si en la legislación sobre contratación pública se tuviera en cuenta exclusivamente la oferta económicamente más ventajosa, sin mencionar aspectos de política social, como la contratación de desempleados en el marco del proyecto que se va a adjudicar[148]: ¿cómo se podrían hacer valer únicamente por el hecho de que en el capítulo 23 se recogen compromisos (que suenan muy bien) con objetivos de política social? Por lo tanto, es necesario analizar las disposiciones concretas del CETA, determinar los riesgos respectivos para los intereses de los trabajadores y, en su caso, proponer correcciones. Para mayor claridad, se seguirá el orden de las disposiciones del CETA.

III. Disposiciones sobre subvenciones

Las normas de amplia interpretación sobre subvenciones, denominadas «ayudas» en el Derecho de la Unión, podrían dar lugar a que se incluyeran pagos motivados por políticas de mercado laboral y de empleo. Esto sería concebible, por ejemplo, en el caso de las ayudas de integración o las subvenciones salariales concedidas a empresas de nueva creación.

Las subvenciones se regulan en los artículos 7.1 a 7.9 del Acuerdo CETA. El término «subvención» se define por referencia al Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC; el artículo 7.2 establece una transparencia total en lo que respecta a la existencia de subvenciones (pero no en lo que respecta al procedimiento para su concesión). Si una de las Partes considera que una subvención o ayuda pública concedida por la otra Parte afecta o podría afectar a sus intereses, podrá, de conformidad con el artículo 7.3, apartado 1, notificar sus preocupaciones a la otra Parte y solicitarle que se celebren consultas. Este sería el caso, por ejemplo, si un producto determinado estuviera tan subvencionado en Canadá que los productos de un Estado miembro de la UE no pudieran competir en absoluto con él en términos de precios. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre dentro de la UE, la consulta es la única reacción prevista, ya que el artículo 7.9 excluye expresamente el recurso al mecanismo general de solución de controversias (que conduce, en particular, a decisiones vinculantes de tribunales de arbitraje). No obstante, para evitar dudas y controversias desde el principio, sería conveniente aclarar el artículo 7.1. Esta aclaración podría ser, por ejemplo: «No se considera subvención cuando la ayuda

[147] Arriba, § 6 I.

[148] Véase el caso del TJUE de 26.9.2000, C-225/98, NJW 2000, 3629, Nord – Pas de Calais.

estatal tiene por objeto fomentar la contratación o el mantenimiento del empleo de trabajadores o garantizarles una remuneración y unas condiciones de trabajo dignas».

IV. Protección de los inversores contra el trato injusto e inequitativo

Según el artículo 8.10, apartado 1, la protección de los inversores regulada en el capítulo 8 incluye el derecho de los inversores a recibir un «trato justo y equitativo» («fair and equitable treatment»). Esto incluye, como se ha explicado[149], en particular el principio de que no se defrauden las «expectativas legítimas» de los inversores. En el artículo 8.10, apartado 2, se enumeran ejemplos negativos de comportamiento injusto, pero no tienen carácter exhaustivo. Se mencionan casos extremos como la «denegación de justicia», una «violación fundamental de los principios del Estado de Derecho», la «arbitrariedad manifiesta», «discriminación selectiva por motivos manifiestamente injustificados, como el sexo, la raza o las creencias religiosas» y «trato abusivo de los inversores, como la coacción, la coerción o el acoso», lo que, en este último caso, deja un amplio margen de interpretación. Además, el Comité Mixto del CETA 218 puede establecer, de conformidad con el apartado 3, otras normas de conducta cuyo contenido no está fijado en el Tratado. En estas circunstancias, sigue existiendo el riesgo de que los cambios en la legislación laboral, como los convenios colectivos innovadores, la ampliación de la cogestión del comité de empresa o un aumento significativo del salario mínimo, vulneren las «expectativas legítimas» de los inversores y, por lo tanto, obliguen a la República Federal de Alemania a pagar una indemnización por daños y perjuicios. De conformidad con el artículo 8.18, no son los tribunales de arbitraje los que deciden sobre la existencia y el alcance de la obligación de indemnizar, sino un tribunal comercial internacional designado por las partes contratantes. Si se quiere preservar la libertad de decisión del legislador nacional y de la UE en materia de trabajo por cuenta ajena, podría añadirse en el artículo 8.9 («Inversiones y medidas reglamentarias»), a continuación de las «aclaraciones» de los apartados 2 a 4, una aclaración adicional que podría decir lo siguiente: «Las disposiciones en materia de derecho laboral y social están cubiertas sin excepción por el apartado 1, incluso si tienen repercusiones en los mercados de bienes y servicios». El apartado 1 al que se hace referencia garantiza la competencia normativa de las instancias competentes de las partes contratantes al establecer lo siguiente: «A los efectos del presente capítulo, las Partes contratantes reafirman su derecho a adoptar medidas reglamentarias para alcanzar objetivos políticos legítimos, tales como la protección de la salud y la seguridad públicas, la protección del medio ambiente o la moral pública, la protección social y de los consumidores o la promoción y protección de la diversidad cultural en su territorio»[150]. El alcance de la «protección social» a la que se hace referencia puede ser dudoso en casos concretos, por lo que parece conveniente aclararlo. Sin embargo, la versión conocida hasta ahora de una «declaración aclaratoria» no es suficiente a tal efecto[151].

V. Protección de los inversores contra la expropiación indirecta

El artículo 8.12 garantiza la protección contra la expropiación. Como es habitual, se refiere tanto a la nacionalización o expropiación «directa» como a las medidas de efecto equivalente, denominadas expropiación «indirecta». Ambas solo serán admisibles si se realizan con fines públicos, en el marco de un procedimiento conforme al Estado de Derecho, sin discriminación y previo pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva. El concepto de expropiación se define con más detalle en el anexo 8-A del Tratado. En él se describe, en particular, la expropiación indirecta, que es la que nos

[149] Supra, apartado 1.III.

[150] Véase al respecto el apartado IX.

[151] Borrador final. Declaración interpretativa conjunta sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros. Fecha: 9.10.2016, 5.ª página; disponible a través del Ministerio Federal de Economía (BMWi).

interesa aquí. Así, en el apartado 1, letra b), del anexo 8-A se establece que una medida tiene el mismo efecto que una expropiación cuando «se priva al inversor de derechos fundamentales sobre su inversión, en particular el derecho a utilizarla, explotarla y disponer de ella, sin que se produzca una transferencia formal de la propiedad o una confiscación». ¿Se incluiría así el caso, anteriormente controvertido, en el que la cogestión empresarial priva a los propietarios del derecho a elegir a todos los miembros del consejo de administración según sus propias ideas?[152] El texto no permite responder con certeza a esta pregunta. El apartado 2 del anexo 8-A apenas aporta información adicional. En él se establece que la existencia de una expropiación indirecta debe decidirse caso por caso, tras evaluar los hechos. Para ello, se tienen en cuenta las repercusiones económicas de la medida y su duración (si bien no basta con una mera disminución del valor de la inversión); además, se tiene en cuenta en qué medida la medida es contraria a las «expectativas razonables» del inversor, así como su «objeto, contexto y objetivo». Esta autorización general se restringe de nuevo en el apartado 3: las medidas no discriminatorias que tengan por objeto «garantizar la protección de objetivos legítimos de interés general, como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente» no constituyen una expropiación indirecta, pero a continuación se establece una excepción a la excepción: Lo anterior no se aplica en los «casos excepcionales, en los que los efectos de una medida (...) son tan graves, teniendo en cuenta su finalidad, que parecen manifiestamente excesivos. «La legislación laboral y social no goza de privilegios; en todo caso, la protección del trabajo podría clasificarse como «salud pública». La última frase del artículo 8.12, apartado 1, aclara que debe interpretarse «en consonancia» con el anexo 8-A. Esto puede dar lugar a posibilidades de interpretación adicionales. Si se quiere evitar que, por ejemplo, una ampliación de la cogestión empresarial mediante convenio colectivo o ley y una ampliación de la cogestión empresarial se consideren una expropiación indirecta, habría que añadir en el apartado 1: «Las medidas de derecho laboral y social nunca constituyen una expropiación en el sentido del presente apartado. Su admisibilidad se determinará con arreglo al Derecho nacional». Esto no deja en absoluto desprotegidos a los inversores, sino que simplemente suprime la protección especial establecida por el CETA, que en casos concretos puede ir mucho más allá. Por lo demás, esta exclusión del régimen de propiedad también se encuentra en el artículo 345 del TFUE, que establece expresamente: «Los Tratados no afectarán al régimen de propiedad en los distintos Estados miembros». Sin embargo, la idea expresada en este artículo solo se recoge en relación con el Derecho laboral y social. La cuestión más amplia de si el artículo 345 del TFUE es incompatible con un tratado internacional de la UE que modifique el régimen de propiedad en los Estados miembros no puede analizarse aquí por razones de espacio.

VI. Servicios transfronterizos

En el caso de los servicios transfronterizos, existe el riesgo de que los prestadores de servicios autónomos, pero no sus empleados, se beneficien de las condiciones habituales en el país de acogida. Si bien el artículo 9, apartado 3, concede a los prestadores de servicios procedentes de la otra Parte Contratante el mismo trato que a los nacionales, esto no se aplica a sus empleados: Según el texto, estos no pueden exigir el mismo trato que los trabajadores nacionales. Por lo tanto, podría ser conveniente añadir lo siguiente: 74 «Los trabajadores desplazados al territorio de la otra Parte Contratante para prestar servicios no podrán tener condiciones de trabajo menos favorables que las de los trabajadores nacionales comparables». Dado que en el apartado 2 del artículo 9.3 ya figura una «aclaración», la formulación propuesta podría añadirse como apartado 3 con las palabras «A modo de aclaración:». Si bien la plena igualdad va más allá de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores[153], el CETA, en su calidad de tratado internacional, prevalece sobre la Directiva sobre el

[152] Sobre la controversia en torno a la Ley de cogestión de 1976, véase más arriba § 2 II 2.

[153] Véase al respecto la nota 197 supra.

desplazamiento de trabajadores, que forma parte del Derecho secundario de la Unión. En este ámbito, deberán tenerse especialmente en cuenta las disposiciones del TISA[154].

VII. Derecho de la competencia

Las normas sobre el Derecho de la competencia no se aplicarán a los convenios colectivos. Esto no se expresa en la mayoría de los casos en el texto de la fuente jurídica correspondiente (TFUE, GWB), pero sí en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, según la jurisprudencia del BAG, los horarios de cierre de los comercios y los horarios de uso de las instalaciones pueden regularse mediante convenio colectivo, aunque tengan repercusiones en el mercado de bienes y servicios[155]. El TJUE ha aprobado un convenio colectivo neerlandés que no solo regulaba un plan de pensiones complementario de la empresa, sino que además designaba a la compañía de seguros que debía asumir esta tarea[156]. Una «excepción sectorial» de este tipo para los convenios colectivos también sería adecuada en el capítulo sobre competencia del Acuerdo CETA (art. 17), donde no se mencionan los convenios colectivos. Por lo tanto, sería posible añadir una aclaración que podría redactarse de la siguiente manera: «La celebración de convenios colectivos entre sindicatos y empleadores no se verá afectada, incluso si tienen repercusiones en el mercado de bienes y servicios».

Esto no reviste gran importancia, ya que el CETA solo contiene disposiciones muy generales sobre la política de competencia, que, además, según el art. 17.4, no están sujetas a ningún procedimiento de solución de controversias. No obstante, de este modo se pueden evitar diferencias de opinión.

VIII. Contratación pública

En la regulación de la contratación pública del artículo 19 del CETA no se ha incluido la obligación de licitar (y, por tanto, privatizar) los servicios de interés general. Asimismo, las tareas que hasta ahora realizaban entidades privadas pueden volver a ser asumidas por las autoridades públicas, es decir, se pueden volver a municipalizar, sin infringir el CETA[157]. Sin embargo, las cuestiones relativas al Derecho laboral y social solo se abordan de forma marginal. El artículo 19.2, apartado 3, letra d), excluye los contratos de trabajo de la obligación de licitación (lo que, en principio, es evidente). El artículo 19.3, apartado 2, letra d), permite que se favorezcan las ofertas presentadas por personas con discapacidad (por ejemplo, de un taller para personas con discapacidad), por «organizaciones benéficas» o por reclusos. A diferencia de la nueva legislación de la UE, los criterios generales de selección mencionados en el artículo 19.9, apartado 9, no incluyen aspectos sociales, pero tampoco los excluyen, al no existir una normativa concluyente al respecto. No obstante, según el artículo 19.9, apartado 7, letra c), del Acuerdo CETA, el órgano de contratación debe publicar todos los criterios de evaluación y su importancia relativa o, en cualquier caso, indicarlos claramente en los documentos de licitación. Si se omiten aspectos sociales, estos no podrán tenerse en cuenta posteriormente. En vista de esta situación, sería conveniente aclarar que también pueden tenerse en cuenta los aspectos sociales. De este modo, se eliminaría el riesgo de que se trate de un criterio «ajeno a la adjudicación» (y, por lo tanto, inadmisible). Una formulación podría ser la siguiente: «Entre los criterios de evaluación pueden figurar medidas de política social, como el empleo de personas desempleadas y de grupos de trabajadores desfavorecidos. Además, debe garantizarse que el licitador ofrezca las remuneraciones y

[154] Vide resolución ETUC de 2 de octubre de 2016, en nota 54.

[155] Véase al respecto la Resolución de la CES de 2 de octubre de 2016, véase la nota 54.

[156] BAG de 27.6.1989 - 1 AZR 404/88 - AP n.º 113 al art. 9 GG sobre conflictos laborales, confirmado por BAG de 10.11.1993 - 4 AZR 316/93 - AP n.º 169 al § 1 TVG sobre convenios colectivos: construcción 224 TJUE de 21.9.1999 – C-67/96 – AP n.º 1 sobre el art. 85 del Tratado CE = AuR 2000, 26 con nota de Blanke – Albany; confirmado para personas asimiladas a trabajadores por el TJUE de 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 – FNV.

[157] Según la declaración del Ministerio Federal de Economía, http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/ceta,did=654766.html (6.10.2016).

condiciones de trabajo habituales en la localidad». La segunda frase es, en esencia, una consecuencia automática del principio de igualdad de trato concretado en el apartado VI.

IX. Legislación del Comité Mixto del CETA

De conformidad con el artículo 26.1, apartado 1, del Acuerdo CETA, se creará un Comité Mixto del CETA, compuesto por representantes de Canadá y de la UE. De conformidad con el artículo 26.1, apartado 3, este comité «será competente para todas las cuestiones relativas a las actividades comerciales y de inversión entre las Partes y a la aplicación y ejecución del presente Acuerdo». Sus decisiones se adoptan por consenso (art. 26.3, apartado 3). Son vinculantes para la UE y Canadá y deben ser aplicadas por ambas partes (art. 26.3, apartado 2). El art. 21 prevé una «cooperación en materia de reglamentación» que se refiere a una amplia gama de cuestiones. Su forma institucional se plasma en un «foro», que es al mismo tiempo un comité especial del Comité Mixto del CETA (art. 21.6, apartado 1). Las amplias competencias del Comité Mixto, que van más allá de la aplicación y el cumplimiento del acuerdo, han suscitado dudas constitucionales legítimas: las competencias se definen de manera muy amplia, como «comercio e inversión», más allá de lo que permitiría el principio de competencia exclusiva en el marco de la UE[158]. A ello se añade que las decisiones relativas a la aplicación y ejecución del Acuerdo ya no pueden ser «revocadas» por los parlamentos de ambas partes ni modificadas, ya que para ello sería necesaria una nueva decisión del Comité Mixto, que solo podría adoptarse por unanimidad[159]. En este sentido, los parlamentos se despojarían a sí mismos de sus competencias. La «autonomía» del Comité Mixto es un elemento supranacional importante que no se designa como tal y que difícilmente puede conciliarse con el principio democrático consagrado en el artículo 20, apartado 1, de la Ley Fundamental y en el artículo 10 del TUE. Habida cuenta de las amplias competencias del Comité Mixto, no se puede descartar que este adopte también normas que afecten directa o indirectamente al Derecho laboral y social. Esto debería evitarse mediante una aclaración que podría añadirse al artículo 26, apartado 3, párrafo tercero:

«No existe competencia en materia de normativa laboral y social».

Sin embargo, esto solo disiparía las dudas constitucionales sobre una pequeña parte de las competencias actuales del Comité Mixto.

X. Valoración global

El examen de las disposiciones del acuerdo CETA ha puesto de manifiesto que este tratado entraña riesgos considerables para los derechos de los trabajadores, que no pueden ser compensados en ningún caso por el capítulo sobre «Comercio y trabajo». Es necesario abordar los riesgos individuales y, o bien completar el acuerdo con aclaraciones (por ejemplo, en materia de contratación pública) o bien establecer una especie de excepción sectorial, como se propone aquí en el ámbito de la protección de los inversores y del Derecho de la competencia. La «excepción sectorial» conduce, al igual que en la UE, al mantenimiento de las competencias nacionales, mientras que otras cuestiones deben resolverse a nivel «supranacional», es decir, mediante la modificación del acuerdo. Para ello no es necesario introducir modificaciones expresas en el texto, sino que en prácticamente todos los casos basta con aclaraciones. Estas podrían resumirse en un anexo adicional al acuerdo.

§ 6: EL EJEMPLO DEL TTIP

[158] Artículo 5, apartado 1, frase 1, del TUE.

[159] Para más detalles, véase Fisahn/Ciftci, *KJ* 2015, 256 y ss. Para mejoras, véase Stoll/Holterhus/Gött, *Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP* (La cooperación reguladora prevista entre la UE y Canadá y los EE. UU. según los proyectos del CETA y el TTIP), Viena 2015, p. 21 y ss.; Däubler-Gmelin, *Politik & Kultur* 5/16, p. 21 y ss.

I. La situación de partida

La Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) se diferencia en aspectos fundamentales del CETA, cuyo contenido, sin embargo, se suele calificar de «modelo para el TTIP»: El socio estadounidense tiene más peso y la zona de libre comercio prevista tendría una dimensión mucho mayor. Al mismo tiempo, las negociaciones son más difíciles, por lo que numerosos observadores dan por hecho actualmente que fracasarán[160]. Aún no se ha presentado un proyecto de acuerdo consensuado. Las posiciones formuladas por ambas partes solo son parcialmente accesibles al público. A continuación se examina más detenidamente la posición negociadora de la UE, que incluye un capítulo sobre sostenibilidad bajo el título «Comercio y desarrollo sostenible», que contiene principios rectores en la sección I (artículos 1 a 3), «Aspectos laborales» (de especial interés en este contexto) en la sección II (artículos 4 a 9), en la sección III, «Aspectos ecológicos» (artículos 10 a 16), y en la sección IV (artículos 17 a 21), «Temas transversales». Cabe preguntarse también en este caso si cabe esperar que estas disposiciones impidan un retroceso social y mantengan abierta la puerta a mejoras sociales.

II. Las disposiciones propuestas

La sección I, bajo el título «Antecedentes», en el artículo 1, apartado 3, contiene una formulación según la cual ambas partes subrayan que la consideración de las cuestiones laborales y medioambientales relacionadas con el comercio y la inversión «es beneficiosa como parte de un enfoque global para el comercio y el desarrollo sostenible». El artículo 2 enumera los objetivos del capítulo sobre sostenibilidad, entre los que se incluye «el mantenimiento de los objetivos de protección del medio ambiente y del trabajo de las Partes en un entorno de relaciones comerciales y de inversión más liberalizadas, abiertas y transparentes». El artículo 3, apartado 1, confirma el derecho de cada parte a determinar por sí misma el nivel de protección del trabajo y del medio ambiente en el marco de los tratados internacionales vigentes. Según el artículo 3, apartado 2, cada parte garantizará que sus medidas internas «ofrezcan y promuevan un alto nivel de protección en materia laboral y medioambiental» y se esforzará por seguir mejorando el nivel de protección subyacente.

Los «aspectos laborales» regulados en la sección II concretan esto en cierta medida. Según el artículo 4, apartado 1, ambas partes reconocen que «debe mejorarse el apoyo mutuo entre la política comercial y la política laboral». Por lo tanto, acuerdan —según se indica a continuación— promover el desarrollo de sus relaciones comerciales y de inversión de manera que favorezca la aplicación del programa de trabajo decente. A este respecto, se hace referencia a la Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social y una globalización equitativa; a la que siguen cuatro objetivos estratégicos: fomento del empleo, protección social, diálogo social y principios y derechos fundamentales en el trabajo. El artículo 4, apartado 2, vuelve a la línea habitual al comprometerse a aplicar las normas fundamentales del trabajo de la OIT; ambas partes también se comprometen a «esforzarse de manera permanente» por ratificar los convenios fundamentales de la OIT.

Según el artículo 4, apartado 3, cada Parte contratante protegerá, de conformidad con la Agenda de Trabajo Decente de la OIT de 2008, «la salud y la seguridad en el trabajo», desempeñando un papel importante los enfoques preventivos. Las condiciones de trabajo, incluida la duración del trabajo, deben ser dignas y los salarios deben permitir cubrir los «gastos básicos». Ambas partes reconocen, en virtud del artículo 4, apartado 6, que «un sistema adecuado de inspección del trabajo es necesario para la aplicación efectiva de su legislación laboral». Menos evidente es el artículo 4, apartado 7: la violación

[160] Así lo afirmó, por ejemplo, el ministro federal de Economía, Gabriel, según el FAZ del 30 de agosto de 2016, disponible en http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/gabriel-amerikaner-haben-ttip-aktiv-beendet14412568.html (6.10.2016).

de los derechos fundamentales de los trabajadores no podrá invocarse como «ventaja competitiva legítima ni utilizarse de ningún otro modo».
Asimismo, las normas comerciales no deben utilizarse «para discriminar de manera arbitraria o injustificada» ni con fines proteccionistas. El artículo 5 se refiere a la libertad de coalición, denominada «libertad de asociación» según la terminología de la OIT. Al principio se afirma (sin mucho contenido) que los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT, así como otras garantías internacionales, son «importantes». Según el apartado 2, las partes contratantes «respetarán» los derechos garantizados en los convenios en cuestión y los aplicarán, lo que, además del derecho a constituir sindicatos, incluye el derecho a crear organizaciones de empleadores, el derecho a la huelga, el reconocimiento de la negociación colectiva y el diálogo social eficaz y las consultas tripartitas (probablemente con la participación de las autoridades públicas). Para garantizar su cumplimiento, el apartado 3 establece un total de ocho principios programáticos, entre los que se incluyen la garantía de «una protección adecuada contra actos discriminatorios contra los sindicatos en materia de empleo de trabajadores», así como la preservación del derecho «a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y a adoptar medidas colectivas, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales».
El artículo 6 se refiere a la prohibición del trabajo forzoso, el artículo 7 a la abolición efectiva del trabajo infantil. El artículo 8 trata de la igualdad de trato y la no discriminación en el empleo y la ocupación, cuya realización, a la luz de las directivas de la UE y la legislación antidiscriminatoria de los Estados Unidos, plantea menos dificultades.
El artículo 9 retoma la idea ya mencionada en el artículo 1, apartado 3, de desarrollar un enfoque global de la política laboral y comercial. A este respecto, el artículo 9 establece, a modo de introducción: «Las Partes contratantes reconocen la importancia de la cooperación en los aspectos relacionados con el comercio de las políticas de empleo para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo. En este contexto, se consultarán sobre los aspectos laborales relacionados con el comercio que sean de interés mutuo y cooperarán de manera adecuada a nivel bilateral, regional y mundial, prestando especial atención a los países en desarrollo y, en particular, a los países menos adelantados (PMA)». A continuación, se enumeran numerosos programas de intercambio de información y opiniones y de cooperación, entre los que se incluye la cooperación «en la promoción del trabajo decente en las cadenas de suministro mundiales».
En la sección IV, el artículo 17 prohíbe, en esencia, el dumping social y medioambiental, pero utiliza una redacción bastante cautelosa. Según el artículo 17, apartado 1, «se reconoce» que «el debilitamiento o la reducción del nivel de protección garantizado por la legislación nacional en materia de medio ambiente y trabajo» no es un medio «apropiado» para incentivar o influir de cualquier manera en el comercio o la inversión. El apartado 2 es algo más claro: ninguna Parte derogará su legislación en materia de medio ambiente y trabajo, ni renunciará a su aplicación, ni ofrecerá tal derogación o renuncia con el fin de incentivar o influir en modo alguno en el comercio o la inversión. Por último, el apartado 3 establece que ninguna Parte Contratante «socavará, mediante medidas continuas o recurrentes o mediante la inacción, su legislación en materia de medio ambiente o trabajo con el fin de incentivar o influir de cualquier manera en el comercio y la inversión». El artículo 18 se refiere a la transparencia y la participación pública, mientras que el artículo 19 trata la cuestión de cómo se deben evaluar los efectos sobre la sostenibilidad. El artículo 20 retoma la idea de la responsabilidad social de las empresas.

III. Evaluación

1. El valor innovador

El capítulo sobre sostenibilidad previsto para el TTIP va mucho más allá del contenido de las cláusulas sociales tradicionales[161]. Esto se refiere, en primer lugar, a los objetos mencionados, entre los que se incluyen, según el artículo 4, apartado 1, la promoción del empleo y los derechos fundamentales en el lugar de trabajo. Además, en las cláusulas sociales casi nunca se encuentra un compromiso explícito con el derecho de huelga. En segundo lugar, es nueva la vinculación directa entre la política comercial y la política laboral en el artículo 1, apartado 3, y en el artículo 4, apartado 1, que, sin embargo, requiere un examen más detallado. En tercer lugar, se establecen disposiciones concretas sobre cuestiones específicas; así, la violación de los derechos de los trabajadores no debe dar lugar a ventajas competitivas (artículo 3, apartado 7) y no se debe reducir el nivel de las normas, incluida su aplicación negligente, con el fin de obtener ventajas comerciales. En general, la posición de la UE se lee como una exposición general de buenos principios del Derecho laboral, que merece un claro apoyo por parte de los trabajadores. En Italia se podría hablar de un nuevo «Statuto del lavoro», y en España, de un nuevo «Estatuto de los trabajadores».

2. ¿Relación con los riesgos del TTIP?

Si se tienen en cuenta los riesgos que entraña para los trabajadores, por ejemplo, la protección de los inversores[162], o los criterios puramente orientados al mercado en la adjudicación de contratos públicos, no se encuentran referencias directas en el capítulo sobre sostenibilidad. Si un inversor reclamara una indemnización por daños y perjuicios porque la cogestión en la empresa o en la sociedad se ha mejorado considerablemente y él no podía contarlo, el capítulo sobre sostenibilidad sería de poca ayuda para la República Federal demandada. Las disposiciones fundamentales no son pertinentes; nadie querrá afirmar que, sin una ampliación de la cogestión, no se respetan los principios sobre el trabajo digno. El artículo 5, apartado 3, prevé la promoción del diálogo social entre el capital y el trabajo, así como medidas nacionales eficaces para informar a los trabajadores y consultarles, pero es comprensible que un inversor no deduzca de ello que también pueda introducirse la paridad total en el consejo de supervisión o que la cogestión del comité de empresa se extienda a todos los cambios en la empresa.

Tampoco el «concepto global» para el comercio y el trabajo, al que se hace referencia en el artículo 1, apartado 3, y en el artículo 4, apartado 1, podría ser de ayuda. Se trata de un proyecto conceptual cuyos contornos no pueden deducirse de la parte del proyecto de acuerdo que se ha presentado. Es muy improbable que un tribunal estatal o un tribunal arbitral deduzca de la declaración de compromiso con un «concepto global» que un inversor deba contar con cambios de gran alcance en materia de derecho laboral en favor de los trabajadores. Si se afirma que el desarrollo de las relaciones comerciales y de inversión debe ser «conveniente» para la aplicación de la agenda para el trabajo decente, en caso de duda se interpretaría que el inversor debe aceptar mejoras moderadas. Más que pequeños pasos, cualquier cosa más podría decepcionar sus «expectativas legítimas» y dar lugar a una reclamación por daños y perjuicios. En este sentido, el capítulo sobre sostenibilidad no cambia prácticamente nada en cuanto a los riesgos reales. Tampoco se aborda la cuestión de si una ley laboral o social puede constituir una expropiación indirecta y en qué condiciones[163]. Además, es probable que las disposiciones del capítulo sobre sostenibilidad no sean suficientes para aplicar criterios de política social en el derecho de contratación pública si estos no se tienen en cuenta en el texto del contrato. Quizás se podría justificar que, teniendo en cuenta el artículo 4, apartado 3, letra b), del proyecto, solo se tuvieran en cuenta los candidatos que garantizaran a sus trabajadores condiciones de trabajo dignas y un salario que les permitiera subsistir, pero esto no es en absoluto seguro si los criterios de adjudicación no

[161] Véase el § 3 supra.
[162] Véase el § 1 III y IV supra.
[163] Véase supra, apartado 7 V

contienen ninguna referencia a esta disposición. Además, esto solo sería un mínimo, muy alejado del principio de «igual salario por igual trabajo en el mismo lugar». El capítulo sobre sostenibilidad podría cobrar mayor importancia en el marco de la legislación del «Comité Mixto», que, suponiendo que sea jurídicamente admisible, también existiría en el marco del TTIP. A la hora de decidir sobre la aplicación y la transposición del acuerdo[164], también deberían tenerse en cuenta los principios establecidos en los artículos 4 a 9. Sin embargo, no deben crearse grandes expectativas al respecto, ya que las disposiciones suelen utilizar conceptos abstractos que pueden interpretarse y aplicarse de maneras muy diferentes. ¿Qué significa «fomento del empleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a)? ¿Abarca también la legislación que espera efectos positivos para el empleo derivados de la reducción de las normas de protección? ¿Cuándo es «adecuado» un sistema de inspección del trabajo en el sentido del artículo 4, apartado 6? ¿Hasta qué punto pueden los convenios colectivos tener repercusiones en el mercado de bienes y servicios?[165]. Esto no se desprende necesariamente del compromiso fundamental con la celebración de convenios colectivos recogido en el artículo 5, apartado 3, letra d). El resultado es claro: a pesar de muchas declaraciones positivas, el borrador del capítulo sobre sostenibilidad no es adecuado para contrarrestar los riesgos asociados al TTIP. Estos siguen existiendo prácticamente sin cambios.

3. Ausencia de ventajas competitivas debido a condiciones de trabajo ilegales

Una de las pocas disposiciones concretas es la prohibición de obtener una «ventaja competitiva legítima» de la violación de los derechos de los trabajadores (art. 4, apartado 7). Traducido al lenguaje del Derecho alemán, esto significa que una ventaja competitiva obtenida de esta manera es ilegal; su uso infringiría la Ley alemana contra la competencia desleal (UWG). Esto ya se ha considerado, al menos en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, en sentencias anteriores del Tribunal Federal Supremo alemán, que, sin embargo, no consideraron que se tratara de competencia desleal en un caso concreto en el que se importaba a Alemania amianto fabricado en Corea del Sur sin una protección laboral significativa a precios correspondientemente más bajos[166]. En la literatura, por el contrario, se ha defendido la posición de que el umbral de la competencia desleal se alcanza mucho antes[167], pero hasta ahora no todo comportamiento en el mercado basado en la explotación ilegal de la mano de obra da lugar a la presunción de competencia desleal. No es posible predecir con certeza si esto cambiaría en virtud del artículo 4, apartado 7, pero al menos es una alternativa posible.

4. Prohibición del retroceso social

El artículo 17, apartado 1, prohíbe a las Partes Contratantes reducir el nivel de protección previsto en la legislación laboral con el fin de incentivar el comercio y las inversiones. Las «zonas francas industriales» o «fábricas del mundo», tal y como se conocen en los países en desarrollo, no estarían permitidas en el ámbito de aplicación del TTIP. La derogación de normas jurídicas es renuncia a su aplicación expresamente equiparada. Tampoco es admisible eludir el Derecho laboral mediante la inacción con el fin de crear un incentivo para el comercio y la inversión (art. 17, apartado 3). Queda por determinar en qué medida se incluye también la reducción autónoma de los derechos establecidos en convenios colectivos o contratos de trabajo. Dado que las partes negociadoras no son partes

[164] Sobre la competencia en el ámbito del CETA, vid. supra, apartado 7.IX.

[165] Sobre la problemática, véase supra, § 7 VII.

[166] BGH de 9.5.1980 – I ZR 76/78 – NJW 1980, 2018 con comentario crítico de Knieper/Fromm

[167] Además de Knieper/Fromm, véase en particular Däubler, "Sozialstandards im internationalen Wirtschaftsrecht", en: v. Westphalen/Sandrock (eds.), *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart*, FS Trinkner, Heidelberg 1995, pág. 475, 486 y ss.; similar Kocher, "Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb. Die Transformation von soft law in hard law durch das Wettbewerbsrecht", *GRUR* 2005, 647 – 652.

contratantes, en tal caso solo se puede considerar como posible incumplimiento de una obligación la omisión por parte del Estado. No se puede predecir con certeza si, y en qué condiciones concretas, el Estado está obligado a intervenir en tal caso. A esto se añade que debe perseguirse el objetivo de crear un incentivo para el comercio y la inversión, lo que rara vez será demostrable.

§ 7. RESUMEN

1. El TTIP y el CETA han convertido los acuerdos de protección del comercio y las inversiones en objeto de debate público. Estos acuerdos entrañan riesgos, en particular para los intereses de los trabajadores y la protección del medio ambiente, a los que es necesario hacer frente.
2. Los riesgos se refieren, en particular, a la protección de los inversores. Ejemplos concretos muestran que el legislador ya no estaría en condiciones de adoptar las medidas que considera adecuadas. Más bien, corre el riesgo de provocar una elevada responsabilidad por daños y perjuicios del Estado frente a los inversores si se frustran sus «expectativas legítimas». Además, las leyes en materia de derecho laboral, como por ejemplo la ampliación de la cogestión, pueden calificarse de expropiación indirecta, lo que tendría como consecuencia que habría que indemnizar el valor total de la empresa.
3. También existen riesgos en la medida en que, en la contratación pública, ya no se pueden tener en cuenta criterios de política social en la decisión de adjudicación. Además, no se puede descartar el peligro de que los convenios colectivos queden sujetos, en cierta medida, al Derecho de la competencia o que las subvenciones motivadas por la política del mercado laboral se califiquen como subvenciones ilegales. Si se concede a un «comité conjunto» de las partes del acuerdo de protección del comercio y las inversiones la facultad de legislar de forma independiente, este también podrá adoptar normas vinculantes que afecten al trabajo dependiente.
4. Existen numerosas cláusulas sociales que pretenden contrarrestar los riesgos descritos, con diferentes formulaciones, en numerosos acuerdos de la UE y los Estados Unidos. El elemento central es el compromiso con las «normas fundamentales del trabajo» y el «trabajo digno», tal y como han sido desarrollados por la OIT. Mientras que la práctica europea se refiere directamente a los convenios de la OIT, los tratados celebrados por los EE. UU. se basan en la legislación laboral nacional, en la medida en que esta regula los ámbitos fundamentales mencionados. Otra diferencia es que la UE no ha previsto sanciones, mientras que los EE. UU. prevén consecuencias para el comercio o pagos en efectivo como último recurso en caso de incumplimiento de los acuerdos.
5. Además de las cláusulas sociales, existen preferencias arancelarias para los países en desarrollo que están vinculadas al respeto de principios fundamentales del derecho laboral, como las normas fundamentales del trabajo y el principio del trabajo digno. Si no se cumplen estas condiciones, es posible la retirada unilateral de las ventajas.
6. Un número cada vez mayor de acuerdos comerciales y de protección de las inversiones incluye un compromiso con los derechos humanos, que se considera un elemento esencial para la existencia y la aplicación del acuerdo. En caso de violaciones graves de los derechos humanos, este puede suspenderse total o parcialmente o rescindirse.
7. Las cláusulas sociales solo se utilizan en casos absolutamente excepcionales. Lo mismo se aplica a la retirada unilateral de preferencias arancelarias y a la suspensión por violaciones de los derechos humanos. Las disposiciones descritas solo sirven para que se acepte la política comercial exterior de los países desarrollados y pueden utilizarse como medio de presión si es necesario, cuando un país en desarrollo se aleja política o económicamente del consenso general.
8. No hay indicios de que las correcciones sociales aquí esbozadas sean más eficaces si se aplican no en relación con los países en desarrollo, sino en acuerdos con otros países industrializados.

9. A la hora de crear un nuevo gran mercado, se puede seguir en cierta medida la experiencia adquirida en la UE en materia de correcciones sociales. Se ha demostrado que, a nivel supranacional, solo son posibles aquellas normas que pueden aplicarse con independencia del nivel de desarrollo socioeconómico de cada país. Se trata, por ejemplo, de normas sobre el procedimiento que deben seguir los empleadores y los trabajadores, así como de principios de igualdad de trato que no determinan la «referencia». En lo que respecta a la contraprestación del empleador, en el estado actual de la integración solo pueden considerarse normas nacionales, ya que solo estas pueden tener en cuenta las diferentes condiciones económicas.

10. El CETA conlleva los mismos riesgos que otros acuerdos comerciales y de protección de las inversiones. El capítulo sobre «Comercio y trabajo» solo contiene disposiciones generales en materia de derecho laboral, pero no se refiere a los riesgos específicos que entrañan la protección de los inversores y otras disposiciones del acuerdo. Por lo tanto, se necesitan normas más específicas.

11. En el CETA debe quedar claro que las normas de derecho laboral y social que se ajusten al derecho constitucional nacional no pueden dar lugar a reclamaciones de indemnización por parte de los inversores por expectativas frustradas o por expropiación indirecta.

12. En el derecho de contratación pública también pueden tenerse en cuenta aspectos de política social (como la contratación de desempleados).

13. Las subvenciones motivadas por políticas del mercado laboral no constituyen ayudas. A raíz de la jurisprudencia del TJUE, los convenios colectivos tampoco están sujetos al Derecho de la competencia cuando tienen repercusiones en el mercado de bienes y servicios.

14. La legislación adoptada por el denominado Comité Mixto UE-Canadá no debe referirse a cuestiones de derecho laboral y social. A este respecto, al igual que en el caso de la protección de los inversores, debe existir una excepción sectorial.

15. El proyecto de capítulo sobre sostenibilidad de la UE para el TTIP tampoco se refiere a los riesgos reales, sino que se limita a establecimientos generales en materia de derecho laboral que no aportan nada nuevo.