

CLÁUSULAS LABORALES EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO DE NUEVA GENERACIÓN: UNA ESPECIAL REFERENCIA AL CONTENIDO LABORAL DEL TPP, CETA Y TTIP

Adoración Guamán Hernández

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

EXTRACTO

La negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre Estados Unidos y la Unión Europea está situando en el centro del debate la cuestión del contenido, alcance y repercusiones de los llamados «tratados de nueva generación»: el Tratado UE-Corea, el TTIP o el CETA (Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá). La evidente importancia de los actores implicados, el volumen económico/comercial de las zonas de libre comercio que se pretende crear y la adición de nuevos contenidos de carácter regulatorio y, en concreto, las consecuencias sociales de los mismos y la oportunidad o no de introducir en ellos las llamadas «cláusulas laborales» son cuestiones que ocupan ya lugar importante en la discusión *iuslaboral*. El análisis de estas cláusulas presentes en los capítulos sobre «desarrollo sostenible» (trabajo y comercio) del TTIP y en el capítulo 23 del CETA es el objetivo de este artículo. Ninguno de los tratados ha sido firmado todavía, por lo que es particularmente útil abordar su estudio mediante una comparación con los mismos capítulos de otros tratados ya firmados como el TPP (Tratado Transpacífico) o el EU-Corea. Como punto previo a este análisis va a realizarse un breve estudio comparado de los modelos, contenido y mecanismos de garantía de la aplicación de las cláusulas laborales existentes. En las conclusiones se abordará el debate existente en la actualidad acerca de la utilidad, oportunidad y compatibilidad con el sistema OIT de la introducción de estas cláusulas en los tratados de libre comercio.

Palabras claves: cláusulas laborales, normas OIT, TTIP, CETA y TPP.

Fecha de entrada: 28-03-2016 / Fecha de aceptación: 18-04-2016

LABOUR CLAUSES IN «NEW GENERATION» FREE-TRADE AGREEMENTS: LABOUR CONTENTS OF TPP, CETA AND TTIP

Adoración Guamán Hernández

ABSTRACT

The negotiation of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the United States and the European Union is revitalizing the debate on the contents, scope and impact of the so called «new generation Free-trade agreements»: EU-Corea, TTIP and CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement). The enormous significance of the actors involved, the economic and trade size of the free trade zones that would be created, the new contents in regulatory matters, and, specifically, the social consequences of their «labor clauses» begins to occupy an important place among the legal debate. The analysis of these clauses, placed within the chapters on «sustainable development» (labor and trade) of TTIP and chapter 23 of the CETA is the aim of this article. None of these treaties has been signed yet, so it is particularly useful to address their study by comparing their provisions with the same chapters of other treaties already signed as the TPP (Trans-Pacific Partnership) or the EU-Korea Agreement. As a preliminary point, the article starts with a brief comparative analyze of the models, contents and enforceability of existing social clauses. As conclusions, the existing debate about the utility, opportunity and compatibility of these clauses with ILO labour system will be briefly revisited.

Keywords: social clauses, ILO labour standards, TTIP, CETA and TPP.

Sumario

1. Introducción: La renovación del debate sobre las cláusulas laborales en los tratados de comercio
2. Comercio internacional y derechos laborales: Contenido de las cláusulas jurídicas para la articulación de intereses
 - 2.1. Del NAFTA al TPP: La evolución de las cláusulas laborales en los tratados de libre comercio firmados por Estados Unidos
 - 2.2. Las previsiones laborales en los acuerdos de la Unión Europea: Etapas, competencias y relación con la OIT
3. Cláusulas laborales en los tratados de nueva generación: TPP, EU-Corea, CETA y TTIP
 - 3.1. El capítulo laboral en el TPP y las obligaciones específicas para las partes
 - 3.2. El capítulo laboral en los tratados de nueva generación negociados por la Unión Europea: El acuerdo con Corea y el CETA
 - 3.3. La propuesta de la Comisión Europea sobre el contenido del capítulo laboral del TTIP
4. Conclusiones: ¿Es eficaz y oportuno incluir previsiones laborales dentro de los tratados de libre comercio? Una breve mirada al debate doctrinal

1. INTRODUCCIÓN: LA RENOVACIÓN DEL DEBATE SOBRE LAS CLÁUSULAS LABORALES EN LOS TRATADOS DE COMERCIO

La negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre Estados Unidos y la Unión Europea está situando en el centro del debate jurídico y político la cuestión del contenido, alcance y repercusiones de los tratados de libre comercio (TLC) bilaterales o regionales. Aunque este tipo de tratados llevan ya un largo tiempo ocupando un lugar importante no solo como instrumentos de regulación del comercio sino como elementos fundamentales de la política exterior de determinados países o bloques económicos, los nuevos tratados en vías de negociación, y en particular el TTIP y el CETA (Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá), tienen una serie de características fundamentales que los diferencian de los acuerdos anteriores. Así, la evidente importancia de los actores implicados, el volumen económico/comercial de las zonas de libre comercio que se pretende crear y la adición de nuevos contenidos de carácter regulatorio¹ son factores que han provocado la revitalización del debate acerca de las implicaciones que la ratificación de estos acuerdos puede conllevar para las partes firmantes. En concreto, las consecuencias sociales de los mismos y la oportunidad o no de introducir en ellos las llamadas «cláusulas laborales» comienzan a ocupar un lugar importante en la discusión *ius-laboral*, discutiéndose de nuevo su contenido y eficacia.

Tampoco es esta una cuestión novedosa². En realidad, y como es bien sabido, la necesidad de crear vínculos entre los derechos laborales y el comercio internacional ha estado presente en el debate desde el mismo nacimiento de las organizaciones económicas internacionales y en el mismo seno de la OIT³. De hecho, la fallida Carta de La Habana de 1948, que aspiraba a la creación de la Organización Internacional del Comercio, incluía un capítulo bajo la denominación «normas de trabajo equitativas» en el que se establecían algunos de los principios comunes a las cláusulas laborales que posteriormente han ido integrándose: en primer lugar, el reconocimiento de que las normas dedicadas al trabajo deben ser conformes a los convenios intergubernamentales vigentes y la admisión de un interés común de los países firmantes en el logro y manteni-

¹ MESSERLIN, P.: «The Transatlantic Trade and Investment Partnership: The Services Dimension», paper n.º 6 in the CEPS-CTR project «TTIP in the Balance» and CEPS Special Report n.º 106/may 2015.

² Para un recorrido por este debate y la literatura que le ha acompañado se remite a: AGUSTÍ, J.; EBERT, F. y LECLERCQ, D.: «Labour provisions in Free Trade Agreements: Fostering their consistence with the ILO Standars System», International Institute for Labour Studies, International Labour Office [en línea], 2014.

³ Es posible incluso rastrear la introducción de estas cláusulas desde finales del siglo XIX, con la introducción de límites a la importación de bienes fabricados en las prisiones. Sobre esta cuestión *vid.* ILO: «Social dimensions of free trade agreements», International Institute for Labour Studies, Geneva, 2013.

miento de normas de trabajo equitativas en relación con la productividad y, por consiguiente, en el mejoramiento de los salarios y de las condiciones de trabajo, siempre «en la medida en que lo pueda permitir la productividad». En segundo lugar, la asunción del vínculo entre comercio y condiciones de trabajo, afirmando con claridad que unas condiciones inequitativas, especialmente en la producción destinada a la exportación, crean dificultades en el comercio internacional y la adopción de un compromiso para hacer desaparecer tales condiciones a nivel nacional «con medidas apropiadas y factibles». En tercer lugar, una llamada a la cooperación en el ámbito de la OIT para conseguir acabar con esas situaciones inequitativas y, por último, el establecimiento de vías de colaboración entre la OIT y la *non nata* Organización Internacional del Comercio (OIC).

Ni el Acuerdo General de Aranceles (GATT), en su versión de 1947 o en la de 1994, ni el Acuerdo de Marrakech de 1994 por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994 recogieron una disposición similar⁴. La posterior Declaración ministerial de Singapur, de 1996, integró el compromiso de respetar las «normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas», aceptando y apoyando a la OIT como órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas. No obstante, en aquella declaración también se afirmaba una de las ideas que han estado presentes desde el inicio de la construcción de las Comunidades Europeas hasta la actualidad, que es la vinculación positiva entre el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial y la promoción de las normas laborales⁵. Por añadidura, la Declaración de Singapur incluye el rechazo de la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y el acuerdo de no cuestionar en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios.

Por otro lado, y como es bien sabido, la OIT ha promovido diversas estrategias para fijar unos estándares comunes, rellenando el concepto de «normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas». La [Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo](#), que fue adoptada en 1998, compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, independientemente de la ratificación o no de los convenios que las desarrollan: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discrimina-

⁴ El apartado XX del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) recoge una excepción general relativa a distintas materias (medio ambiente, derechos humanos, etc.) entre las que se incluye «la adopción de medidas comerciales restrictivas relativas a los artículos fabricados en las prisiones». Sobre la discusión de si esta expresión es o no suficiente para la protección de los derechos laborales *lato sensu*, vid. VILLANUEVA, F.: «El artículo XX(e) del GATT, ¿una cláusula social en el sistema jurídico de la Organización Mundial del Comercio?», *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 3, n.º 1, 2012.

⁵ Cabe recordar en este sentido el texto inicial del artículo 117 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, parcialmente recogido en el apartado 3 del artículo 151 del TFUE, donde se afirmaba la relación directa entre la consecución del mercado común y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, considerando que la armonización de los sistemas sociales derivaría de la integración del mercado.

ción en materia de empleo y ocupación. La introducción de una referencia a esta declaración ha sido, como veremos en los siguientes apartados, la cláusula laboral más utilizada en los diferentes acuerdos comerciales⁶. Posteriormente, la OIT ha venido promoviendo desde 1999 el concepto de «trabajo decente» como una manera de identificar las prioridades de la organización⁷. En este sentido, la [Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa](#), adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 10 de junio de 2008, institucionalizó el concepto de «trabajo decente» situándolo dentro de los objetivos constitucionales de la organización. Un año después, el Pacto Mundial para el Empleo, de 2009, volvió a recoger la expresión, que ya aparece en distintos convenios de la organización⁸.

Por su parte, Naciones Unidas ha acogido desde 2005 el «trabajo decente» como meta, en este sentido cabe recordar que la Asamblea General de las Naciones Unidas de septiembre de 2015 incluyó el trabajo decente y los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente como elementos centrales de la nueva [Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible](#). Este programa también ha tenido presencia, de menor importancia que las declaraciones anteriores, en los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales.

Como se señalaba al principio, el número de tratados comerciales que incluyen algún tipo de cláusula laboral se ha incrementado de manera significativa desde el cambio de siglo, coincidiendo el aumento con la inclusión de otras materias que sobrepasan las clásicas formas de liberalización del comercio y protección de la inversión extranjera. Más del 80% de los TLC que han entrado en vigor desde el año 2013 incluyen algún tipo de cláusula laboral. La proliferación de estas cláusulas ha suscitado un largo e interesante debate acerca de las obligaciones que se recogen, los mecanismos para garantizar su eficacia y aplicación y la relación entre este conjunto de normas e instrumentos con los establecidos por la OIT, cuestionándose seriamente su viabilidad, eficacia y oportunidad⁹.

⁶ Como la doctrina ha señalado, esta declaración fue en gran medida una respuesta al fracaso del movimiento a favor de una cláusula laboral en el Tratado de la OMC de Singapur. DAUGAREILH, I.: «Avant-propos. L'impact de la mondialisation sur les droits fondamentaux de l'homme au travail», en Daugareilh, I. (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruselas: Bruylant, 2005.

⁷ Los cuatro elementos de este concepto son: la promoción del empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; la adopción y ampliación de la protección social; la promoción del diálogo social y el respeto y promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, todo ello con el eje transversal de la igualdad de género y la no discriminación. Como señalaba SERVAIS, el concepto presente en los textos de la OIT «busca agrupar bajo un paraguas todos los elementos de un desarrollo económico y social armónico, del cual las reglas laborales protectoras son un componente esencial». Sobre esta cuestión *vid.* AUVERGNON, F.: «De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización», *Relaciones Laborales*, n.º 15-18, 2012; SERVAIS, J. M.: «El trabajo decente: La visión de la OIT y su puesta en práctica», *Relaciones Laborales*, n.º 15-18, 2012.

⁸ Sobre esta cuestión *vid.* GIL Y GIL, J. L.: «Concepto de trabajo decente», *Relaciones Laborales*, n.º 15-18, 2012.

⁹ Para un recorrido por este debate y la literatura que le ha acompañado se remite a: AGUSTÍ, J.; EBERT, F. y LECLERCQ, D.: «Labour provisions in Free Trade Agreements: Fostering their consistence...», *op. cit.*; GRAVEL, E.: «Is the appropriation of international labour standards by new actors replacing or complementing the ILO's standards –related

Recogiendo este debate, a lo largo de las siguientes páginas se va a proceder a un análisis del contenido de las cláusulas laborales contenidas en la propuesta de capítulo sobre «desarrollo sostenible» (trabajo y comercio) del TTIP y en el capítulo 23 del CETA. Ambos tratados se encuentran en proceso de negociación y revisión del texto, respectivamente, por lo que es particularmente útil abordar su estudio mediante una comparación con los mismos capítulos de otros tratados ya firmados como el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP) o el EU-Corea. Como punto previo a este análisis va a realizarse un breve estudio comparado de los modelos, contenido y mecanismos de garantía de la aplicación de las cláusulas laborales existentes. En las conclusiones se abordará el debate acerca de la utilidad, adecuación y oportunidad respecto de la oportunidad o no de la introducción de estas cláusulas en los TLC.

2. COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHOS LABORALES: CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS JURÍDICAS PARA LA ARTICULACIÓN DE INTERESES

Según los datos de la OMC, a fecha de 1 de febrero de 2016 existían 625 TLC regionales ratificados, de los cuales 406 están actualmente en vigor (13 más que en la misma fecha de 2015) y muchos siguen en fase de negociación¹⁰. Además de estos tratados, y según los datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés, UNCTAD), en la actualidad están vigentes 2.278 tratados bilaterales de inversión (TBI)¹¹. Como señala el informe de la OIT de 2013¹², en 1995 únicamente cuatro TLC incluían cláusulas relativas a los

work?», *Governance, international law and corporate social responsibility, Research Series*, n.º 116, Geneva: ILO/International Institute for Labour Studies), 2008; DE WET, E.: «Labor Standards in the Globalized Economy: The Inclusion of a Social Clause in the General Agreement on Tariff and Trade / World Trade Organization», in *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n.º 3, 1995, págs. 443-462.

¹⁰ Entre los TLC en vigor, la propia OMC destaca los siguientes: la Unión Americana de Libre Comercio (NAFTA); el Mercado Común del Sur (Mecosur); la Asociación de Naciones Asiáticas del Sudeste (ASEAN); el Área de Libre Comercio Europea (EFTA) o la Unión Europea. A esta lista se sumarán, sin duda en posición predominante cuando sean aprobados, el Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá (CETA), el Acuerdo Trans-Pacífico (TPP) y el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP).

¹¹ Un TBI puede definirse como un acuerdo entre dos Estados para instituir un marco estable que promueva y encuadre normativamente los flujos de inversión que se desarrollan entre ellos. Se trata, por tanto, de un convenio entre dos Estados cuyo objetivo es ofrecer al inversionista plenas garantías respecto a su inversión y al desarrollo de la actividad que la motivó, así como asegurarle su beneficio y la protección frente a una posible actuación del Estado receptor contraria a los principios establecidos en el acuerdo. Respecto a los TBI se remite, con carácter general, a VICENTE BLANCO, D. J.: *La libertad del dinero*, Valencia: Germania, 2003. Pueden consultarse los datos sobre estos tratados en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹² ILO: «Social dimensions of free trade agreements», *op. cit.*; la información pormenorizada también puede encontrarse en: <http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/free-trade-agreements-and-labour-rights/lang--en/index.htm>

derechos laborales; esta cifra aumentó hasta los 21 tratados en el año 2005, alcanzando los 58 en 2013. Del conjunto de los acuerdos, un 40% incluyen las cuestiones sociales acompañadas por una cláusula de condicionalidad que incluye sanciones económicas por el incumplimiento, aunque solo una mínima parte, como veremos, incluye mecanismos de solución de conflictos en esta materia. El 60% restante únicamente incluye cláusulas laborales con contenido promocional, con diferente grado de detalle, desde la cooperación hasta la monitorización.

Para realizar una primera aproximación, de carácter breve y necesariamente descriptivo, al contenido y mecanismos previstos en las cláusulas laborales existentes va a partirse de los estudios comparados publicados tanto por la OIT como por la Comisión Europea y diversos autores¹³, diferenciando entre el NAFTA y otros tratados liderados por Estados Unidos y los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea¹⁴.

Antes de comenzar es importante desde el punto de vista metodológico definir el concepto de «cláusula laboral», acogiendo la definición incluida en los estudios de la OIT sobre el tema¹⁵. Dentro del concepto deben incluirse tres tipos de previsiones: a) cualquier estándar laboral que establezca condiciones mínimas de trabajo, empleo o derechos laborales; b) cualquier norma de protección de los trabajadores derivada del derecho estatal y los mecanismos de garantía de

¹³ Entre los estudios publicados por diversas instituciones *vid.*: EBERT, F. y POSTHUMA, A.: «[Rebalancing globalization. The role of labour provisions in existing international trade arrangements and development finance policies](#)», en ILO, *World of Work Report*, 2009; ILO: «Social dimensions of free trade agreements», Geneva: International Institute for Labour Studies, 2013; SIRÖEN, J. M. (supervisor): «[The use, scope and effectiveness of labour and social provisions and sustainable development aspects in bilateral and regional free trade agreements](#)», Final Report, European Commission, 2008; BOURGEOIS, J. *et al.*: «[A comparative analysis of selected provisions in free trade agreements](#)», Commissioned by DG Trade, october 2007. Entre las contribuciones doctrinales con carácter general *vid.*: BOLLE, M. J.: «[Overview of labour enforcement issues in free trade agreements](#)», Congressional Research Service, 2016; BELLACE, J.: «Bringing labour clauses in free trade agreements within the orbit of the global governance system», paper presented at 4th Conference on the Regulating Decent Work Network, July 9th 2015; POLASKI, S.: «[Protecting labour rights through trade agreements: An analytical guide](#)», *Journal of International Law and Policy*, n.º 14, 2004; Desde el punto de vista de los acuerdos firmados por la Unión Europea, destaca el valor analítico de VAN DEN PUTTE, L. *et al.*: «[Social norms in EU bilateral trade agreements, a comparative overview](#)», Cleer working papers, 2013/4.

¹⁴ Cabe señalar que existen otros tipos de acuerdos que pueden integrar diversas cláusulas laborales, en concreto los sistemas de preferencias generalizadas (SPG) y los ya mencionados acuerdos bilaterales de inversión. Los SPG son acuerdos que otorgan determinadas preferencias comerciales a terceros Estados en vías de desarrollo sin reciprocidad. Suponen una excepción de la cláusula de nación más favorecida del artículo XXIV del GATT y han sido utilizados tanto por Estados Unidos como por la Unión Europea con habitualidad. La introducción de cuestiones laborales se realiza en el régimen especial SPG+ de estímulo de los derechos humanos y laborales fundamentales, el desarrollo sostenible y la gobernanza, regulado actualmente en el [Reglamento \(UE\) n.º 978/2012](#). La propia Comisión ha reconocido que las previsiones en los acuerdos SPG son más amplias y vinculantes y tienden a ser unilaterales. Esto suscita una crítica evidente respecto del abuso de la utilización de estas cláusulas con determinados países y la permisividad en el comercio con otros.

¹⁵ EBERT, F. y POSTHUMA, A.: «Rebalancing globalization...», *op. cit.*

su cumplimiento, y, c) cualquier marco de cooperación y monitorización del cumplimiento de las previsiones anteriores.

Según se detalla en el informe de la Comisión Europea de 2008, las cláusulas laborales utilizadas han oscilado desde una simple mención en el preámbulo a un capítulo específico o a un acuerdo paralelo. Para el análisis de las mismas, el estudio de la Comisión las dividió atendiendo a su contenido en las siguientes categorías: a) cláusulas que contienen una explícita referencia a los cuatro estándares laborales fundamentales pero sin mencionar las normas OIT; b) cláusulas que contienen una referencia específica a la Declaración de 1998 y a su aplicación; c) cláusulas que contienen una extensión a otros ámbitos dentro del concepto de trabajo decente; d) cláusulas que contienen procedimientos de solución de controversias y de control y sanción, y, e) cláusulas que contienen procedimientos de cooperación. Según los resultados de la investigación que recoge el documento citado, estos cinco tipos de previsiones son habituales en los acuerdos de Estados Unidos y Canadá con otros Estados (salvo la referencia a la OIT en el NAFTA y con restricciones respecto de los procedimientos de solución de controversias) pero están ausentes en los tratados entre países latinoamericanos y asiáticos.

Otra de las tendencias que es interesante señalar en términos generales es el incremento rápido de las referencias a la OIT en estas cláusulas. Como se verá a continuación, los tratados «de nueva generación» incluyen de manera invariable la mención de las normas de la organización de manera más o menos detallada, en concreto, los tratados firmados por la Unión Europea incluyen una referencia más amplia, incluyendo también los convenios. Siguiendo lo señalado por AGUSTÍ *et al.*, es importante marcar una distinción entre los acuerdos que no prevén un mecanismo de control del cumplimiento de las obligaciones en materia laboral y en referencia a la OIT y los acuerdos que incluyen estos procedimientos de solución de disputas que permiten el control (con menor o mayor grado de sanción) del cumplimiento de los compromisos. Como veremos con detalle, los acuerdos más recientes firmados o en proceso de negociación de la Unión Europea integran estos mecanismos¹⁶, refiriéndose incluso a la posibilidad de utilizar los documentos, guías, resoluciones o informes de la OIT para la resolución de las controversias sobre cuestiones laborales. Aun cuando esta cuestión va a tratarse en las conclusiones, es pertinente dejar planteada la cuestión que sobrevuela sobre estas cláusulas: ¿hasta qué punto es adecuado derivar a mecanismos creados en el marco de tratados de libre comercio el control del cumplimiento de las normas laborales?, ¿van a suplantar en alguna medida a los órganos de control de la OIT?, ¿pueden articularse? Estas preguntas, junto con la permanente duda acerca de la capacidad de la Unión Europea de adoptar determinados compromisos en el marco de la política comercial, constituyen dos de los principales interrogantes surgidos al calor de la proliferación de los tratados de «nueva generación».

¹⁶ En concreto, en el estudio de los autores se señala que estos mecanismos están presentes en los acuerdos de la Unión Europea con Perú, Corea, Colombia, Panamá, el Cariforum y en los de Canadá con Perú, Colombia y Panamá. *Vid.* AGUSTÍ, J.; EBERT, F. y LECLERCQ, D.: «Labour provisions in Free Trade Agreements: Fostering their consistence...», *op. cit.*

2.1. DEL NAFTA AL TPP: LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS LABORALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO FIRMADOS POR ESTADOS UNIDOS

Desde 1993 hasta la actualidad la Administración norteamericana ha negociado y el Congreso ha aprobado 13 TLC con previsiones laborales con 19 países, estando en fase de ratificación el TPP, a cuyo contenido se dedica el apartado siguiente. Por orden cronológico los acuerdos señalados son los siguientes: NAFTA (Canadá, México y Estados Unidos); acuerdos bilaterales con Jordania, Chile, Singapur, Australia, Marruecos, Bahréin y Omán; acuerdos regionales con la República Dominicana y cinco países de América Central, y cuatro últimos acuerdos bilaterales de Estados Unidos con Perú, Colombia, Panamá y Corea del Sur, además del TPP en fase de ratificación.

En realidad, las cuestiones laborales han estado presentes en la política comercial de Estados Unidos de manera diversa desde antes de 1993 con países en vías de desarrollo¹⁷. Los primeros tratados bilaterales de comercio con países no considerados en vías de desarrollo, como Israel en 1985 o Canadá en 1988, no incluyeron una mención a los derechos laborales.

El cambio de tendencia se produjo, por la gran presión político-sindical existente, con la aprobación del NAFTA. El 17 de diciembre de 1992 se firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), que entró en vigor el 1 de enero de 1994. Con la creación de una zona de libre comercio entre sus tres socios, Canadá, Estados Unidos y México, quedaba conformado en aquel momento el mercado más grande del mundo, un mercado de 360 millones de personas que representaba el 30% del PIB mundial. Junto con el NAFTA se adoptaron los llamados «tratados paralelos» en materia laboral y ambiental para responder a la preocupación por los posibles efectos negativos sobre el empleo en Estados Unidos. El Acuerdo Norteamericano en Cooperación Laboral (*North American Agreement on Labor Cooperation*, NAALC) fue una segunda mejor opción adoptada ante la imposibilidad de conseguir la introducción de las cuestiones laborales en el cuerpo del tratado¹⁸. Este texto paralelo incluye tres grandes pilares: un acuerdo con once principios en materia laboral que deben servir de guía para los

¹⁷ Estados Unidos ha incluido unilateralmente cláusulas de «desarrollo de los derechos de los trabajadores» en diversos programas comerciales con países en vías de desarrollo desde 1975 (como el Sistema de Preferencias Generalizadas, la iniciativa respecto del Caribe, la zona Andina, África o Haití), a modo de requisito exigido para obtener los beneficios comerciales.

¹⁸ Sobre el NAALC y las consecuencias de la adopción del NAFTA en materia laboral se remite a: PIQUER, A.: «NAALC: An Effective Compromise?», *Global Law Working Paper* 01/05, Symposium Transnational Corporations and Human Rights, 2005; SCOTT, R. E.: «Heading South, U.S.-Mexico trade and job displacement after NAFTA», Economic Policy Institute, Briefing Paper #308, 2011; WEISBROT, W. *et. al.*: «Did NAFTA Help Mexico? An Assessment After 20 Years», Centre for Economic and Policy Research, 2014; BOLLE, M. J.: «NAFTA. Labor Side Agreement: Lessons for the Worker Rights and Fast-Track Debate», CRS Report for Congress, 2001; COMPA, L. y BROOKS, T.: «The North American Free Trade agreement (NAFTA) and the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)», en Blanpain, R. (ed.): *Labour law and industrial relations*, Kluwer, 2008.

Estados parte, el reconocimiento de que cada Estado retiene su derecho a dictar normas laborales «asegurando que mantendrá estándares altos» y la obligación de las partes de hacer efectivo el cumplimiento de su normativa laboral. Para el seguimiento de estas obligaciones se estableció una estructura administrativa y un procedimiento de resolución de controversias¹⁹.

El verdadero problema, tanto del NAFTA como de los subsiguientes acuerdos, ha sido precisamente la cuestión de los mecanismos de garantía y sanción. En el NAFTA la posibilidad de sancionar por incumplimiento es muy limitada y distinta al procedimiento de control previsto para las cuestiones de comercio. En el posterior acuerdo con Jordania se prevén idénticos procedimientos, pero mediante acuerdo entre las partes se aceptó el compromiso de no utilizar sanciones comerciales frente a los incumplimientos laborales.

Posteriormente la *Trade Act* de 2002 exigió la introducción de cláusulas laborales en todos los tratados de libre comercio, bilaterales y regionales, que firme Estados Unidos, así como en tratados específicos por sectores, y ya en 2007 se aprobó el «Bipartisan Trade Deal» donde se desarrollaron los compromisos laborales²⁰. Se trata de un acuerdo entre el Congreso y la Administración respecto de la introducción de cuestiones laborales en los TLC, incluyendo fundamentalmente dos aspectos: por un lado, la obligación de que los países involucrados en los acuerdos adoptarán, mantendrán y garantizarán con su normativa y práctica los aspectos básicos de los cinco estándares laborales establecidos en la Declaración de 1998; por otro lado, la utilización de modalidades semejantes para garantizar las previsiones laborales, fundamentadas en un procedimiento de solución de controversias entre Gobiernos, con base bilateral, semejante al utilizado para cuestiones comerciales (y muy distinto al habitual respecto del arbitraje en inversiones). Entre las modalidades de control establecidas en los acuerdos se encuentran los compromisos de adoptar y respetar en la normativa interna la Declaración de 1998 de la OIT (pero no su desarrollo) y no reducir los estándares laborales internos. Además, en los acuerdos se establecen nuevas limitaciones respecto de las excepciones a los compromisos señalados y mecanismos similares de garantías y sanciones para las cuestiones laborales y comerciales. Las sanciones pueden comprender tanto una multa como la suspensión de beneficios. Cabe señalar que el Bipartisan Trade Deal indica claramente que las partes se obligan al cumplimiento de la Declaración de la OIT, pero no a su desarrollo, y que el incumplimiento de los compromisos es sancionable en tanto en cuanto el mismo afecte el comercio o la inversión entre las partes.

¹⁹ Sobre las consecuencias laborales del NAFTA, desde una perspectiva crítica, se remite a: COMPA, L.: «From Chile to Vietnam: International Labour Law and Workers' Rights in International Trade», en De Búrca, G.; Kilpatrick, C. y Scott, J. (eds.), *Critical Legal Perspectives on Global Governance : Liber amicorum David M Trubek*, Oxford: Hart Publishing, 2014; COMPA, L.: «Labor Rights and Labor Standards in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: An American Perspective», en Scherrer, C. (ed.), *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Implications for Labor*, Múnich: Rainer Hampp Verlag.

²⁰ A modo de resumen del documento, vid. https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf

La importancia de estas excepciones es evidentemente enorme²¹. Así, como indican diversos análisis, la diferencia entre el control del cumplimiento de los compromisos laborales y comerciales es enorme aun después de la entrada en vigor del acuerdo señalado. Mientras los segundos pueden acabar siendo dirimidos en los paneles de la OMC, los primeros ni pueden utilizar esta vía ni pueden ser solucionados ante las instituciones de la OIT. Volveremos sobre esta cuestión en las conclusiones.

La crítica a la eficacia de las previsiones laborales en general y en particular a las previsiones del Bipartisan Trade Deal de 2007 ha sido realizada desde numerosos foros, tanto sindicales como políticos y ciudadanos. Llama la atención en particular el documento del Congreso de los Estados Unidos sobre la cuestión redactado por la senadora Warren²², donde se da cuenta de las persistencia de las violaciones de derechos laborales protegidos dentro de las cinco prioridades de la Declaración de la OIT de 1998 por países que tienen firmado un acuerdo con Estados Unidos, incluyendo los firmados tras el año 2007. En concreto, el informe de la senadora se refiere al documento presentado por la United States Government Accountability Office²³ donde se recogen una serie de casos de violaciones de la prohibición de conductas antisindicales o de la utilización del trabajo infantil²⁴. A pesar de la constatación de estas situaciones, el informe señala que el Departamento de Trabajo únicamente había recibido cinco quejas formales sobre violaciones de derechos laborales y había resuelto únicamente una, relativa a Perú.

2.2. LAS PREVISIONES LABORALES EN LOS ACUERDOS DE LA UNIÓN EUROPEA: ETAPAS, COMPETENCIAS Y RELACIÓN CON LA OIT

Desde el año 2001, la Unión Europea se encuentra formalmente comprometida con la introducción de cláusulas laborales en los TLC²⁵, aunque diversos tratados anteriores, desde el de Túnez de 1995, ya habían incluido cláusulas laborales, de mayor o menor alcance. En el análisis del contenido laboral de estos acuerdos, la doctrina ha marcado una línea divisoria entre una fase temprana y los que se denominan ya habitualmente «tratados de nueva generación»²⁶.

²¹ BOLLE, M. J.: «Overview of labour enforcement issues in free trade agreements», *op. cit.*

²² WARREN, E.: «Broken Promises: Decades of Failure to Enforce Labor Standards in Free Trade Agreements».

²³ GAO: «Free Trade Agreements. U.S. Partners Are Addressing Labor Commitments, but More Monitoring and Enforcement Are Needed», Report to Congressional Requesters, 2014.

²⁴ A modo de ejemplo el documento cita los casos de Guatemala, calificado como el país más peligroso del mundo para los sindicalistas; Colombia, donde se han contabilizado 105 asesinatos de sindicalistas, y otros países de América Latina. Lo que no señala el documento son los obstáculos a la libertad sindical presentes en distintos Estados de Estados Unidos ni abunda en la falta de ratificación por este país de los Convenios 87 y 98 OIT. *Vid.*

²⁵ EUROPEAN COMMISSION: *Promoting core Labour Standards and Improving Social governance in the context of globalisation*, COM (2001) 416.

²⁶ Se sigue en este análisis el estudio de VAN DEN PUTTE, L. *et al.*: «Social norms in EU bilateral trade agreements...», *op. cit.*

Dentro de los tratados firmados por la Unión Europea entre 1995 y 2008 (Jordania, Argelia, México, Sudáfrica, Chile, así como el acuerdo de Cotonou), las previsiones sociales no ocuparon un lugar con contenido y desarrollo propio, aunque en todos ellos aparece la mención a la mejora de los sistemas de protección social y el diálogo social²⁷. Desde el comienzo del nuevo milenio se advirtió un cambio de estrategia de la Unión Europea, que comenzó a virar su enfoque y a promover la negociación de acuerdos bilaterales comerciales de «nueva generación» con distintos objetivos geográficos (como Corea del Sur, Canadá o Singapur) y estratégicos²⁸, y con nuevos contenidos. El cambio vino acompañado de una modificación del derecho originario con el Tratado de Lisboa, que procedió a la reforma del conjunto de normas que enmarcan la política comercial común (arts. 207 y ss. TFUE)²⁹.

En marzo de 2012 el Consejo adoptó las conclusiones relativas a la comunicación de la Comisión «Comercio, crecimiento y desarrollo. Una política de comercio e inversión a medida para los países más necesitados», de 27 de enero del mismo año, remarcando que uno de los objetivos básicos de la política comercial de la Unión Europea era asegurar que el crecimiento económico y el desarrollo iban de la mano con la «buena gobernanza, el desarrollo sostenible, los derechos humanos, los derechos laborales y la justicia social». Además, la comunicación afirmó que los acuerdos de libre comercio debían contener disposiciones estrictas para promover el respeto de los derechos laborales en todo el mundo, marcando como objetivo prioritario que los países socios apliquen las disposiciones relativas a normas laborales fundamentales. Posteriormente, en octubre de 2015, la Comisión presentó una nueva estrategia de comercio e inversión para la Unión Europea denominada «Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión», donde el TTIP ocupa un lugar privilegiado. En el documento se parte de la consideración de la política comercial como la fuerza estabilizadora en el momento de crisis, y para su potenciación la agen-

²⁷ Los cuatro estándares laborales fundamentales se mencionaron tanto en el de Sudáfrica como en el Chile, con referencia a la OIT. Por su parte, el acuerdo de Cotonou aun sin mencionar a la organización, sí señala los estándares laborales fundamentales, incluyéndolos entre los derechos humanos y las libertades. Es precisamente este acuerdo el único que incluye un procedimiento de control y sanción mediante consultas entre las partes.

²⁸ La Unión Europea pasaba de apostar por el multilateralismo a aceptar y promover dinámicas bilaterales o regionales, siguiendo la senda marcada por Estados Unidos. Este giro se apreciaba perfectamente en la Comunicación aprobada por la Comisión Europea en 2006 titulada «Una Europa global: Competir en el mundo», texto que apuesta claramente por la bilateralidad y el abandono total del proteccionismo, plantea objetivos más amplios que los marcados en el seno de la Organización Mundial del Comercio e identifica a Estados Unidos y al comercio trasatlántico como «el núcleo central de las relaciones bilaterales de la Unión Europea». Posteriormente, la estrategia «Comercio, crecimiento y asuntos mundiales», promovida por la Comisión en 2010, reconocía la necesidad de que la Unión Europea firme acuerdos preferenciales con socios clave.

²⁹ Por un lado, el Tratado de Lisboa aumentó el poder del Parlamento Europeo en la adopción de los TLC; por otro, dotó a esta política comercial de objetivos más extensos, convirtiéndola en uno de los pilares de la acción exterior de la Unión Europea, además, y de fundamental importancia, se acometieron varias reformas que afectan a las vías de aprobación de estos tratados.

da de la Comisión incluye la realización de tratados bilaterales con países en todos los continentes de manera paralela a su participación en la OMC³⁰.

Respecto del trabajo la comunicación hace dos tipos de consideraciones. En primer lugar la Comisión remarca los potenciales efectos beneficiosos del comercio, muy cuestionados por diversos análisis³¹, respecto de la creación de empleo para, a continuación, admitir que los cambios en los flujos comerciales pueden «acarrear consecuencias negativas para algunas regiones y algunos trabajadores si la nueva competencia resulta ser demasiado intensa para algunas empresas». Por otro lado, la comunicación se centra en la dimensión cualitativa del trabajo, afirmando que la estrategia comercial de la Unión Europea dará prioridad a la labor de aplicar de manera eficaz las normas fundamentales del trabajo (abolición del trabajo infantil y del trabajo forzoso, no discriminación en el lugar de trabajo, libertad de asociación y negociación colectiva), así como a la salud y la seguridad en el trabajo en la aplicación de los TLC y del Sistema de Preferencias Generalizada. Para ello, incluye la obligación de insertar un capítulo de desarrollo sostenible «amigable e innovador» en todos los acuerdos de comercio e inversión.

Con este marco político/normativo, los acuerdos negociados o en vías de negociación desde 2008 (CARIFORUM, Ucrania, Corea, Perú, Colombia, América Central, Singapur, Canadá o Estados Unidos) han ido incluyendo un contenido laboral más desarrollado³². De hecho, y aun cuando a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos no existe un modelo común, a partir del acuerdo con Corea puede detectarse un patrón consistente en incorporar un capítulo específico bajo el amplio paraguas de la denominación «comercio y desarrollo sostenible», incluyendo en el mismo tanto las previsiones medioambientales como las laborales.

La introducción de este tipo de cláusulas laborales en tratados negociados y firmados en exclusiva por la Unión Europea, sin la participación de sus Estados miembros, y la expresa mención de las normas y la colaboración con la OIT, abre necesariamente dos ámbitos de debate: por un lado, la cuestión respecto de la distribución competencial en materia social y sus relaciones con la competencia comercial y, por otro, las implicaciones de estas cláusulas laborales en la relación Unión Europea-OIT.

Es bien sabido que, bajo el principio de atribución (art. 5 TUE), la Unión Europea solo puede actuar en las áreas y materias donde tenga atribuida la competencia por sus Estados miembros,

³⁰ La comunicación recuerda que la política comercial de la Unión Europea ya ha ido más allá de las negociaciones arancelarias tradicionales, adoptando un enfoque holístico. Acepta, por tanto, una ampliación del concepto de política comercial, definida por ella misma, que integra ahora medidas como la contratación pública, la competencia, incluidas las subvenciones, o las barreras sanitarias y fitosanitarias, las cuestiones reglamentarias, la circulación temporal de profesionales, convertida en un elemento fundamental de los acuerdos comerciales, etc.

³¹ En este sentido *vid.* CAPALDO, J.: «TTIP: European Disintegration, Unemployment and Instability», GDAE Working Paper, 14-03.

³² En este sentido *vid.* VAN DEN PUTTE, L. *et al.*: «Social norms in EU bilateral trade agreements...», *op. cit.*

según se indica en los tratados y con los objetivos establecidos en los mismos. De esta manera, antes de actuar, la Unión Europea debe justificar que la medida que se pretende adoptar encaja, según sus objetivos y contenido, en una competencia que jurídicamente tiene atribuida con una base jurídica determinada. Como recuerda BARNARD, esto supone que las medidas que la Unión Europea puede adoptar en cuanto a la política social están determinadas y limitadas por la atribución competencial que se realiza en los tratados, quedando claro que la Unión Europea no puede extender sus propias competencias y que no tiene capacidad legislativa general³³.

La distribución de competencias en materia social entre la Unión Europea y los Estados miembros nunca ha sido una cuestión pacífica³⁴. En el momento actual, como es bien sabido, el artículo 4.2 b) del TFUE incluye la política social, en los límites del propio Tratado, dentro de las competencias compartidas de la Unión, dedicando a su regulación los artículos 151 y siguientes. Para la consecución de los objetivos sociales que se establecen en el artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los ámbitos enumerados en su artículo 153.1. Los límites, establecidos en el mismo artículo son de dos tipos. Por un lado, lo dispuesto no puede afectar a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de este y tampoco puede impedir a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los tratados; por otro, ninguna de las disposiciones del artículo 153 del TFUE se aplicará a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.

La capacidad de la Unión Europea para obligarse respecto de cuestiones sociales queda por tanto delimitada en primer lugar *ratione materiae*, por lo que no parece posible que la Unión Europea se obligue, aun cuando sea en un tratado comercial, a compromisos respecto de materias que quedan fuera de su competencia. Es cierto que, según el artículo 9 del TFUE, la Unión Europea debe tener en cuenta en la definición y ejecución de sus políticas y acciones las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana, pero esta «cláusula social horizontal» no abarca todas

³³ BARNARD, C. y DE BAERE, G.: «Towards a European Social Union: Achievements and Possibilities under the Current EU Constitutional Framework», Euroforum, 2014.

³⁴ Vid. MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Pamplona: Aranzadi, 2009 y del mismo autor *vid.*, ya comentando los cambios efectuados por el Tratado de Lisboa: «Las competencias de la Unión Europea en materia social: Panorama y perspectivas de futuro», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 92, 2011. Cabe recordar que desde el inicio de la construcción del mercado interior y de la posterior Unión Económica y Monetaria se evidenció que el primer reparto (lo social en los Estados y lo económico en el plano supranacional) nunca fue sostenible, y que en la evolución ha existido una intensa labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sobre esta cuestión *vid.* GOERLICH PESET, J. M.ª y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: CES, 2011.

las materias comprendidas en el ámbito de actuación de los convenios OIT. Por añadidura, en segundo lugar, es imprescindible recordar que la Unión Europea no solo debe respetar el principio de atribución, sino que debe actuar bajo el mandato del principio de subsidiariedad, desarrollado en el artículo 5.3 del TUE. Como recordaba MIRANDA, la redacción actual impone una limitación clara puesto que la Unión Europea debe intervenir en una materia compartida «solo en el caso de que» los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados³⁵.

Sobre estas previsiones es posible entrar en la relación y colaboración con la OIT, para valorar la posibilidad o incluso necesidad de que la Unión Europea promueva o autorice la firma de los convenios OIT o su efectivo cumplimiento por sus Estados miembros. La Unión Europea tiene capacidad para firmar tratados internacionales (art. 216 y ss. TFUE) cuando así lo prevean los tratados o cuando la celebración de un acuerdo sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los tratados. Sin embargo, la Unión Europea no tiene la posibilidad de ratificar los convenios de la OIT pues la propia Constitución de la OIT lo impide [art. 15.5 d)], aun cuando numerosas materias incluidas en los convenios de la organización recaen hoy en día en el ámbito competencial de la Unión Europea.

Consciente de esta complejidad, y de la necesidad de tener en cuenta el ya mencionado principio de subsidiariedad en su [Resolución de 26 de noviembre de 2009, sobre los convenios clasificados como actualizados por la OIT](#), el Parlamento Europeo elevó diversas peticiones a los Estados miembros (sobre la ratificación de los convenios), a la Comisión y al Consejo. A la Comisión le solicitó que indicara de forma precisa al Parlamento y a los Estados miembros qué convenios inciden en el ámbito de las competencias de la Unión Europea y cuáles se rigen por el principio de subsidiariedad, y que considerara la adopción de una recomendación a los Estados miembros animándolos a ratificar los convenios que la OIT ha clasificado como actualizados; al Consejo una actuación más ambiciosa en el mismo sentido. En respuesta a esta solicitud, la Comisión publicó un estudio según el cual cabe dividir los Convenios OIT en cuatro categorías, en función de su relación con el *aquis* de la Unión Europea. En primer lugar, cabe la posibilidad de que un convenio desarrolle una competencia externa exclusiva (implícita o explícita) de la Unión Europea, en este caso para su ratificación los Estados miembros deberán requerir al Consejo una autorización; en segundo lugar, el convenio puede abordar una competencia compartida, lo que permite a los Estados miembros ratificarlo de manera autónoma, siempre teniendo en cuenta el deber de cooperación leal entre los Estados y la Unión Europea establecido en los artículos 4 y 13

³⁵ MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Unión Europea en materia social...*, op. cit. Además, siguiendo de nuevo lo señalado por el mencionado autor respecto de las competencias, el TFUE incluye numerosas previsiones (aun cuando no sistemáticas) para prevenir la expansión competencial y los intentos de armonización por vías «alternativas». Destaca en este sentido el artículo 114.2 en el que se prohíbe la utilización del procedimiento legislativo ordinario para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior cuando se afecte a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas o a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. No existe una disposición semejante en el ámbito de la competencia exclusiva en materia comercial.

del TUE³⁶; en tercer lugar, la materia del convenio puede recaer sobre una competencia «especial» de coordinación entre la Unión Europea y los Estados (por ejemplo, el empleo), con las mismas consecuencias respecto de los convenios que en el caso anterior. En cuarto lugar, es posible que la competencia recaiga en exclusiva en los Estados, lo que evidentemente deja a su completa decisión la ratificación, aunque también aquí juega el principio de cooperación leal.

Como es obvio, esta situación marca una considerable diferencia con los acuerdos que se han celebrado entre, por ejemplo, Estados Unidos o Canadá con otros países, donde todos los actores pueden, cosa distinta es que quieran, obligarse autónomamente en materia social.

3. CLÁUSULAS LABORALES EN LOS TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN: TPP, EU-COREA, CETA Y TTIP

No cabe duda de que el revulsivo que ha provocado la creciente atención en el ámbito político y doctrinal europeo respecto los TLC ha sido el TTIP, cuyo contenido se encuentra en fase de negociación. No existe, hasta el momento, información acerca del contenido de este acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos en materia laboral, más allá de los documentos publicados por la Comisión Europea que contienen su oferta unilateral, la cual, como veremos, dista mucho de ser similar de la sostenida por Estados Unidos en otros tratados. Por ello, a efectos de conseguir una correcta aproximación a las posturas de las partes, va a analizarse en el presente apartado el contenido de los textos ya cerrados, tomando como referencia los siguientes acuerdos: por parte de Estados Unidos el TPP; por parte de la Unión Europea, el CETA y el acuerdo con Corea. Tras la revisión del capítulo dedicado estrictamente a las cuestiones laborales en cada uno de ellos se procederá a la revisión de la propuesta presentada por la Comisión para el TTIP.

3.1. EL CAPÍTULO LABORAL EN EL TPP Y LAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS PARA LAS PARTES

El TPP (Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico) es un tratado entre 12 países (Estados Unidos, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunéi, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú

³⁶ Dentro de la primera categoría, el estudio ha clasificado un total de 19 convenios, entre los que destaca el 102 sobre seguridad social, el 118 sobre igualdad en el empleo, el 181 sobre agencias de empleo o el 143 sobre trabajadores migrantes; en la segunda categoría, el estudio ha incluido 35 convenios, entre los que cabe señalar los de la inspección de trabajo y el importante convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo. En la tercera categoría están los Convenios 122, 140, 142, 159. En la cuarta categoría se han clasificado los convenios relativos al salario mínimo (93 y 131) y a la administración laboral (150). Además, el estudio identifica una serie de Convenios que considera incompatibles con el *acquis* como son el 89, 94, 97, 110. EUROPEAN COMMISSION: *Analysis –in the light of the European Union acquis– of the ILO Conventions that have been classified by the International Labour Organisation as up to date*, publicado en 2014.

y Chile) que abarca una zona con 798,5 millones de personas y un PIB total de 27,75 mil billones de dólares; se trata así de un acuerdo que pretende crear una zona de libre comercio, y establecer estrategias de cooperación reglamentaria, que comprende el 37,5% de *output* económico mundial. La negociación del TPP ha sido una de las prioridades de la administración Obama, que impulsó su finalización y firma el 4 de febrero de 2016. Como es evidente, entre los países comprendidos existen grandes diferencias en cuanto a su grado de desarrollo económico y a sus sistemas políticos y estructuras jurídicas. Esto se plasma claramente en el texto del acuerdo, que incluye múltiples anexos y previsiones específicas por países, también en materia laboral.

El capítulo 19 del TPP, bajo el título «labor», recoge el modelo marcado por el Bipartisan Trade Deal de 2007 y añade una amplia sección dedicada a la cooperación regulatoria en temas laborales. Como veremos en el apartado siguiente, las técnicas de cooperación regulatoria son la característica esencial de los llamados tratados de nueva generación pero no han sido introducidas de manera específica en el ámbito laboral en otros tratados como el CETA o el TTIP³⁷.

El capítulo 19 está compuesto por 15 apartados comunes más tres anexos con previsiones particulares para Brunéi, Malasia y Vietnam. La principal característica que marca el contenido común es la ausencia de mención a los convenios colectivos en la definición de «normas laborales», que incluye leyes o regulaciones (de ámbito federal) que se dediquen directamente al desarrollo de los «derechos laborales internacionalmente reconocidos», citando los cinco pilares siguientes: libertad sindical y negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y el desarrollo de «condiciones *aceptables* de trabajo con respeto a los salarios mínimos, jornada y salud y sanidad en el trabajo». Sobre esta definición amplia, y sin concreción de qué debe entenderse por «condición aceptable», las partes reconocen sus obligaciones como miembros de la OIT y su vinculación con la Declaración de 1998. Es importante destacar que, en una nota al pie, se indica que la referencia a la Declaración es estricta y no atañe a los Convenios de la OIT sino únicamente al texto de 1998, por lo que no hay ninguna obligación particular respecto de la firma de Convenios como el 87 o el 98 que no han sido adoptados ni por Estados Unidos ni por ninguno de los cuatro países de la APEC que participan del TPP.

A continuación, y a modo de principio general, el acuerdo incluye la típica cláusula mediante la que se establece la prohibición de utilizar estándares laborales como medidas de proteccionismo. En desarrollo de esta previsión, las partes se comprometen a mantener en su normativa interna los cuatro derechos contenidos en la declaración, así como su normativa orientada al respeto del quinto pilar señalado. En este sentido las partes establecen entre ellas una obligación de «no derogación» en el apartado 4, donde cada parte reconoce que no es apropiado realizar una rebaja de estándares laborales con fines comerciales, y se comprometen al mantenimiento de las condiciones de trabajo y salarios mínimos, que pueda afectar al comercio o la inversión

³⁷ Para un mayor detalle respecto del contenido del TTIP se remite a la bibliografía citada en GUAMÁN, A.: *TTIP, el asalto de las multinacionales a la democracia*, Madrid: Akal, 2015.

entre las partes. En el mismo sentido se establece la obligación de cumplimiento de las normas indicadas, con una razonable discreción respecto de las vías de desarrollo de las mismas. No es, por tanto, una prohibición total de regresión sino una condición parcial vinculada al objetivo del propio acuerdo. He aquí una diferencia sustancial entre estas previsiones y el conjunto de compromisos sobre comercio e inversión incluidos en el tratado cuyo cumplimiento no está sujeto a ninguna condición. Por añadidura, en los apartados 6 y 7 se establece una previsión específica respecto de la adopción de medidas para *desincentivar*, que no prohibir, la importación de objetos fabricados mediante trabajo forzoso o infantil y respecto de la implementación de la «responsabilidad social corporativa».

Más allá de reconocimiento de derechos, el capítulo incluye diversos compromisos orientados a la transparencia, promoción del conocimiento de la normativa y garantías procesales, incluyendo el derecho a tribunales imparciales y a procedimientos transparentes, justos, equitativos y con derecho al recurso. Además, se reconoce el derecho a las personas de presentar consultas a través de sus Estados respecto de cuestiones relativas con los derechos incluidos en el capítulo.

Como se ha comentado, el capítulo incluye una importante presencia de las cuestiones orientadas a la cooperación regulatoria como vía para avanzar en compromisos comunes y en el desarrollo de los estándares internacionales. Las actividades de cooperación, que deben incluir las opiniones y, en su caso, la participación de las partes interesadas, pueden tomar la forma de intercambios de conocimientos o experiencias, pero el acuerdo establece además tres importantes vías «institucionales» para cooperar en materia regulatoria. En primer lugar, el desarrollo del «diálogo laboral cooperativo», en el cual cualquier parte podrá exigir a otra la apertura de un diálogo mediante la presentación de una solicitud escrita sobre materias laborales incluidas en el capítulo, detallándose el procedimiento y los plazos para el desarrollo de estas consultas; en segundo lugar, y de mayor importancia, el acuerdo establece el llamado «Consejo Laboral». Se trata de una institución compuesta por un representante «senior» del gobierno de cada una de las partes, designado por ellas, que debe reunirse al menos una vez cada dos años para establecer la política de cooperación en materia laboral, establecer un programa común de trabajo y revisar los informes de los «contact points» establecidos por país, entre otras funciones. Este Consejo, que debe funcionar por consenso, debe, en la medida en que se considere apropiado, vincularse con «instituciones relevantes» como la OIT o la APEC en las materias relacionadas con el capítulo. Además, cada parte debe establecer una institución similar en el ámbito nacional, donde se incluyan los actores sociales.

Finalmente, y a modo de sistema de resolución de controversias, el capítulo incluye un procedimiento de consultas entre las partes para resolver cualquier disputa surgida respecto de su contenido. Solo en el caso de que no sea posible la solución de las disputas mediante el procedimiento de consultas se permite a las partes acudir al procedimiento general de resolución de controversias establecido en el capítulo 28 del TPP para el conjunto del acuerdo, con la excepción de las cuestiones relativas a la inversión para las que el capítulo 9 prevé un mecanismo particular de arbitraje para la solución de controversias entre inversor y Estado (el polémico ISDS que ha significado el elemento de mayor rechazo en la negociación del TTIP). Los sindicatos

norteamericanos han criticado duramente este procedimiento de solución de controversias. En su opinión, el mecanismo previsto permite una total discrecionalidad a los Estados y acaba, en el caso de que se llegue al final, en un intercambio de sanciones económicas entre Estados que no son efectivas a la hora de eliminar determinados comportamientos contrarios a los derechos laborales incluidos en el acuerdo y que en numerosas ocasiones derivan de agentes privados frente a los cuales no hay vía alguna de sanción. Los sindicatos consideran que una suspensión de los beneficios del acuerdo podría ser más efectiva que la compensación económica, de difícil cálculo en determinados conflictos³⁸.

Por último, como ya se comentó, es interesante señalar que este capítulo se acompaña de tres anexos dirigidos a tres países (Brunéi, Malasia y Vietnam) donde se incluyen previsiones específicas respecto de las reformas normativas que estos Estados deben acometer. En concreto, en los tres acuerdos se incluye el desarrollo normativo y la modificación del derecho interno respecto de: los derechos de negociación colectiva y libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso e infantil, la prohibición de discriminación en el trabajo, así como una serie de reformas institucionales orientadas al cumplimiento y garantía de estos principios.

3.2. EL CAPÍTULO LABORAL EN LOS TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN NEGOCIADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: EL ACUERDO CON COREA Y EL CETA

El acuerdo con Corea del Sur fue el primero de la nueva generación de TLC lanzados por la Unión Europea, integrando tanto objetivos de liberalización más amplios como nuevas esferas de actuación, entre los que destacan las cuestiones de cooperación regulatoria. La negociación del acuerdo había sido formalmente autorizada el 23 de abril de 2007 por resolución del Consejo y finalizó el 15 de octubre de 2009. El 16 de septiembre de 2010 el Consejo adoptó la decisión relativa a la firma y a la aplicación provisional del acuerdo. El acuerdo fue considerado como un tratado mixto, al implicar competencias que pertenecen a los Estados miembros y en este sentido fue ratificado por cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea³⁹ y adoptado finalmente por la Unión Europea mediante el doble proceso de aprobación por el Parlamento Europeo (que se pronunció a favor de la celebración del Acuerdo el 17 de febrero de 2011) y por el Consejo, mediante decisión de 1 de octubre de 2015, una vez se habían pronunciado todos los parlamentos nacionales. El acuerdo comenzó su aplicación provisional el 1 de julio de 2011.

Según su preámbulo, este acuerdo se orienta al establecimiento de una zona de libre comercio y al cumplimiento de una serie de objetivos económico/comerciales entre los cuales, aunque

³⁸ ITUC, CSI, IBG: «[Trans Pacific Partnership Labour Chapter Scorecard. Fundamental issues remain unaddressed](#)».

³⁹ El Congreso de los Diputados y el Senado aprobaron la autorización del acuerdo en julio de 2012. *Vid.* BOCG. Senado, apartado III, núm. 86-694, de 23 de julio de 2012.

existe una mención a los derechos laborales, no hay un objetivo social expresado de manera autónoma a la promoción del comercio o la inversión, de mejora o desarrollo de los mismos. Aun así, el tratado dedica el capítulo 13 a la cuestión bajo la rúbrica «Comercio y Desarrollo Sostenible», en el que destaca la ausencia de mención directa a los sindicatos, los convenios colectivos, las condiciones laborales o el salario. En el análisis del contenido debe tenerse permanentemente presente que quien negocia es la Unión Europea, con las limitaciones *ratione materiae* que se han señalado en apartados anteriores y con la imposibilidad de obligarse, al menos en opinión de quien suscribe este artículo y en función de lo señalado en apartados anteriores, en la firma de los convenios OIT *lato sensu*.

El capítulo se abre con las habituales declaraciones genéricas, que ya son cláusula de estilo en estos acuerdos, sobre los compromisos de las partes para promover el desarrollo del comercio internacional «de tal manera que contribuya al objetivo del desarrollo sostenible». A pesar de reconocer que el desarrollo económico y social y la protección del medio ambiente son interdependientes, el acuerdo impone cuatro límites fundamentales a los compromisos que pueden adoptarse en estas materias: por un lado, las partes reconocen que su intención en el presente capítulo no es armonizar las normas laborales sino reforzar su cooperación y relaciones comerciales para promover el desarrollo sostenible en el contexto del comercio y la inversión; por otro, las partes limitan sus obligaciones en este sentido a su actuación en el contexto comercial señalado; en tercer lugar, ambas partes subrayan que las normas laborales no deben utilizarse con fines de proteccionismo comercial pero a continuación reafirman que su ventaja comparativa no debe cuestionarse en ningún caso y, por último, se deja absolutamente claro que el tratado no afecta al derecho de regulación y establecimiento de sus propios niveles de protección en materia laboral. A continuación, también se comprometen a *procurar garantizar* que la legislación laboral prevea y fomente «altos niveles de protección laboral y medioambiental, conforme a las normas internacionales reconocidas». Como cláusula de cierre ambas partes se obligan a no dejar que se reduzcan los niveles de protección de su «legislación laboral», de manera que se afecte el comercio, y a no reducir la misma para fomentar el comercio o la inversión. Queda claro que, si la reducción de estándares no es susceptible de afectar el comercio, esta previsión no sería aplicable.

Para la delimitación del contenido de los compromisos, el acuerdo acude en primer lugar a la Declaración de Naciones Unidas de 2006 sobre el Empleo Pleno y el Trabajo Decente. Además, las partes se comprometen a respetar, fomentar y consagrar, en su legislación y en sus prácticas, los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos de la Declaración de la OIT de 1998 (señalando sus cuatro pilares) y en los convenios de la OIT que hayan ratificado respectivamente, y se obligan a «esforzarse» en ratificar los convenios fundamentales de la OIT.

La lectura de estos compromisos suscita al menos tres cuestiones. En primer lugar, la evidente vaguedad de los compromisos, que se basan fundamentalmente en un reconocimiento político y en la vuelta a asumir la vinculación entre el comercio y el empleo. Los 28 Estados miembros de la Unión Europea han ratificado los 8 convenios fundamentales por lo que el interés de este esfuerzo solo puede dirigirse unilateralmente a Corea, que no ha ratificado ni los relativos a la

libertad sindical (87 y 98) ni los relativos al trabajo forzoso (29 y 105). A pesar de estas carencias no se prevé ninguna obligación estricta de ratificación respecto de estos convenios para este país. Por otro lado, llama la atención que el acuerdo se refiera a la Unión Europea como un espacio homogéneo en cuanto a la ratificación de los Convenios OIT cuando es evidente que en el seno de la Unión Europea existe una gran disparidad en cuanto al nivel de ratificación (desde los 61 ratificados por Finlandia hasta los 17 por Estonia, pasando por los 55 ratificados por España o los 29 por el Reino Unido).

Estas cuestiones enlazan con las dudas que levanta la falta de rigor en la delimitación del ámbito de aplicación de estos compromisos. El artículo 13.2 dispone que el capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por las partes que afecten a aspectos del trabajo que tengan relación con el comercio. Con una nota al pie se aclara que cuando se hace referencia al trabajo en este presente capítulo, se incluyen las cuestiones pertinentes de la Agenda del Trabajo Decente de la OIT y la Declaración Ministerial de Naciones Unidas de 2006, en lo que tenga relación con el comercio y la inversión. No hay mayor concreción respecto de las normas o ámbito de desarrollo de estos compromisos; debe entenderse por tanto que se está refiriendo al ámbito de la Unión Europea, y así a las directivas o reglamentos en materia social y en ningún caso a las normas de los Estados miembros.

Enmarcadas en estas previsiones, se plantean tres tipos de compromisos que se desarrollan en el texto del tratado: a) mantener consultas y cooperar, cuando proceda, sobre cuestiones en materia laboral y de empleo de interés mutuo; b) respetar las obligaciones internacionales, y c) aplicar, a modo de sistema de resolución de controversias, una serie de mecanismos basados en la cooperación entre las partes y los paneles de expertos.

En cuanto a la cooperación, ambas partes adoptan una serie de obligaciones y se comprometen a la creación de dos mecanismos institucionales. En primer lugar las partes se obligan a: asegurar la transparencia de las medidas adoptadas en materia laboral que afecten al comercio, realizando para ello «las consultas públicas pertinentes y procediendo a la adecuada y oportuna notificación y consulta a los agentes no estatales, incluido el sector privado»; realizar un análisis de impacto del acuerdo sobre el trabajo decente; y acometer un proceso de cooperación mutua respecto de una lista (indicativa) de materias que se detallan en el Anexo 13 al tratado. Entre los ámbitos de cooperación destaca la voluntad de colaborar en el seno de la OIT sobre cuestiones con incidencia en el comercio y el intercambio de información y cooperación en materia de responsabilidad social y rendición de cuentas de las empresas.

Para el desarrollo de los procesos de cooperación se prevé la creación de un mecanismo institucional permanente, llamado «Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible», conformado por altos funcionarios procedentes de las Administraciones de las partes (se entiende que los de la Unión Europea serían nombrados por la Comisión Europea). En este Comité deben conformarse grupos consultivos separados de cada una de las partes, donde tendrían cabida «organizaciones independientes representativas de la sociedad civil con una representación equilibrada de organizaciones laborales empresariales y medioambientales, así como otras partes interesadas

pertinentes». Como puede observarse, en materia laboral no se reserva ningún lugar específico a la participación de los sindicatos. Por añadidura, el capítulo obliga a cada parte a la creación de un «Foro de la Sociedad Civil» que reúna a los grupos consultivos una vez al año «para establecer un diálogo que abarque aspectos de las relaciones comerciales entre las Partes que afecten al desarrollo sostenible»⁴⁰. Por añadidura, según el texto, las partes se han comprometido a lanzar un proyecto para la implementación del [Convenio 111 de la OIT](#) (sobre cuyo objeto la competencia es compartida) y la colaboración con respecto al mismo entre Corea y los Estados miembros de la Unión Europea.

Para la supervisión y resolución de controversias relativas a los compromisos anteriores el artículo crea un mecanismo propio en dos fases, prohibiendo de manera clara la utilización del resto de los mecanismos de arbitraje del acuerdo para solventar las disputas en materia laboral. Así, los números 4 y 5 del artículo 13 establecen, en primer lugar, la fase de consulta entre las partes como vía de resolución de controversias. Si estas consultas intergubernamentales (sobre incumplimientos laborales que normalmente suelen ser cometidos por entidades privadas) fracasan, se prevé la posibilidad de elevar la cuestión ante un grupo de expertos que presentará un informe. El grado de obligatoriedad de ese informe es nulo, pues el apartado tercero del artículo 13.5 dispone que «las Partes harán todo lo posible para tener en cuenta el asesoramiento o las recomendaciones del Grupo de Expertos en la implementación del presente capítulo». Las diferencias en cuanto a los mecanismos de supervisión, control y sanción que existen en el resto del Acuerdo EU-Corea respecto de materias comerciales son abismales, quedando claro que la cláusula laboral contenida en el capítulo 13 del acuerdo tiene más carácter de compromiso político orientado a cumplir formalmente con la necesidad de incluir previsiones laborales que de una verdadera voluntad de obligar a la contraparte de manera efectiva en la protección o implementación de los estándares laborales internacionales.

El 26 de septiembre de 2014 finalizaron las negociaciones del CETA entre Canadá y la Unión Europea⁴¹. Este tratado ha pasado por una larga fase de revisión jurídica en la que, por circunstancias políticas vinculadas fundamentalmente al rechazo que ha levantado el TTIP, se ha vuelto a renegociar la parte de su articulado relativa al sistema de solución de controversias inversor-Estado⁴². El capítulo 23 del tratado se titula «comercio y trabajo» y se compone de 11 apartados con

⁴⁰ La cuarta reunión del comité tuvo lugar en septiembre de 2015. Según el informe de la misma, publicado por la Comisión Europea, ambas partes debatieron las vías para una mejor implementación de los Convenios de la OIT (sin mencionar la división competencial más arriba analizada) estableciendo como prioridad la ratificación e implementación efectiva de los convenios y de cualquier otra política laboral con implicación comercial. Por añadidura, según el texto, las partes se han comprometido a lanzar un proyecto para la implementación del Convenio 111 de la OIT (sobre el cual la competencia es compartida) y la colaboración con respecto al mismo entre Corea y los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴¹ El mandato de negociación del CETA data de abril de 2009 y no se desclasificó hasta la Decisión del Consejo de Asuntos Exteriores de 15 de diciembre de 2015.

⁴² La presidencia luxemburguesa del Consejo hizo públicas sus prioridades políticas al asumir la presidencia en enero de 2016, en las que incluyó el propósito de aprobar el CETA en este año y de reabrir el mismo para incluir un mecanismo de resolución de controversias reformado en la línea propuesta por el Parlamento Europeo y desarrollada por

numerosas semejanzas con el contenido del acuerdo con Corea. Antes de comenzar el análisis es importante recordar que Canadá no ha ratificado 2 de los 8 convenios fundamentales, el 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo. Tampoco ha ratificado 2 de los prioritarios, los Convenios 81 y 129, sobre inspección de trabajo. En los últimos 12 meses, estando en marcha la revisión jurídica del CETA y ante la perspectiva de su próxima firma, Canadá no ha procedido a la ratificación de ningún convenio OIT.

Los objetivos del capítulo son similares. Las partes afirman el valor de la cooperación internacional en materia laboral como respuesta a los retos de la globalización y reconocen la contribución que el comercio internacional supone para el pleno empleo y el trabajo decente, comprometiéndose a colaborar en materia de trabajo y empleo. Además, se destaca el valor de una mayor coherencia en la política relativa al trabajo decente, los estándares internacionales y los altos niveles de protección social en la eficiencia económica y la importancia del diálogo social, comprometiéndose a promoverlo. Reconociendo el derecho a regular de cada una de las partes, se entiende que en aquello en lo que tenga competencia la Unión Europea, ambas se obligan a establecer altos niveles de protección laboral, incluyéndose las clásicas cláusulas respecto de lo inapropiado que es promover el comercio y la inversión mediante la reducción de estándares sociales, y se obligan a no dejar que se reduzcan los niveles de protección de su «legislación laboral», de manera que se afecte el comercio, y a no reducir la misma para fomentar el comercio o la inversión.

En esta ocasión las partes acuden a la Declaración de 1998 como marco, incluyendo también el desarrollo de sus cuatro pilares. Además, las partes se comprometen particularmente a asegurar en sus normas laborales los siguientes tres objetivos de la Agenda de Trabajo Decente de la OIT, interpretados de acuerdo con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008. De nuevo, la Unión Europea se compromete a impulsar la ratificación de los Convenios OIT (no solo los fundamentales sino también los prioritarios y los actualizados). Cabe remitir a los comentarios realizados en el apartado anterior respecto de esta extraña vía elegida por la Unión Europea para la promoción de las normas OIT.

Mayor sorpresa en relación con la división competencial entre la Unión Europea y sus Estados miembros causa el artículo 23.5, rubricado «procedimientos de aplicación, procesos administrativos y revisión de la actuación administrativa». Según el texto del artículo cada parte se obliga al cumplimiento y aplicación de sus normas laborales, a mantener un sistema de inspección laboral de acuerdo con sus compromisos internacionales y a asegurar que los procedimientos administrativos y judiciales están disponibles para personas con un interés legítimo reconocido para una efectiva defensa contra la violación de sus derechos laborales. Además, cada parte, según su normativa propia (sic), debe asegurar que sus normas procesales laborales son accesibles, comprensibles, eficientes, justas, equitativas y permiten la adopción de medidas cautelares, incluyendo:

la Comisión, cambiando el procedimiento de ISDS por el ICS (Investment Court System). Efectivamente, el 29 de febrero de 2016, las dos partes del acuerdo anunciaron la finalización de la revisión jurídica con la introducción de una modificación en el apartado de protección de la inversión extranjera y en concreto en el mecanismo establecido para ello. Vid. http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_es.htm

un preaviso con contenido y antelación razonable; un proceso con los medios de defensa adecuados; una resolución final por escrito y razonada; el acceso a medidas de apelación y recurso ante los tribunales competentes. A continuación, el artículo 23.6 obliga a cada parte a «incentivar el debate público con y entre actores no gubernamentales (sin mencionar a los sindicatos) con vistas al desarrollo de políticas que puedan dar lugar a la adopción de normas y estándares laborales por las autoridades públicas». En ninguno de estos dos preceptos aparece la vinculación de estas medidas, puramente laborales, con el ámbito del comercio o la inversión.

Aun cuando en términos de protección de los derechos de los, y las, trabajadores nada se pudiera criticar al contenido de este artículo, es necesario recordar que estamos analizando un tratado de comercio e inversión negociado por la Unión Europea con base en la competencia que le otorgan los artículos 206 y siguientes del **TFUE**. Parece claro que la promoción de la inspección de trabajo o el establecimiento de principios relativos al proceso laboral queda fuera de este ámbito competencial (política comercial) más aún cuando la utilización del artículo 153 para desarrollar el tema dista mucho de ser una cuestión pacífica⁴³. Además, es evidente que las cuestiones relacionadas con el proceso laboral y sus garantías no entran en la competencia exclusiva en materia de comercio e inversión atribuida a la Unión Europea, sino que, en todo caso, vinculándolas a la protección de los trabajadores respecto de sus condiciones de trabajo, o en el caso de rescisión, son una materia sobre la cual existe una competencia compartida. Tampoco puede olvidarse que, para adoptar medidas que afecten a la protección de los trabajadores en caso de rescisión contractual, el artículo 153. 2 *in fine* del **TFUE** exige la unanimidad del Consejo.

Todo lo anterior tiene un impacto claro en el proceso de adopción del CETA. Un acuerdo con semejantes previsiones en materia social no puede tener como base jurídica única los artículos 206 y 207 del **TFUE** (política comercial común) y adoptarse según el procedimiento del artículo 218 conjugado con los artículos anteriores. Como sucedió en el caso del acuerdo UE-Corea, el amplio contenido del CETA, en numerosos aspectos, pero también en materia laboral, debería obligar a la apertura de la ratificación por los 28 Estados miembros, y, probablemente, también requeriría la unanimidad del Consejo.

⁴³ Llama la atención la facilidad con la que se trata una cuestión que ha levantado un largo debate en el ámbito de la Unión Europea. Debe recordarse que en 2014 el Parlamento aprobó una resolución sobre el tema «Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa», acogiendo la propuesta de la Comisión de crear una plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado. Tras un largo debate y la introducción de no pocas modificaciones en el Consejo, la cuestión se concentró únicamente en el más concreto tema del control del trabajo no declarado, estrechando el objetivo del primer texto del Parlamento Europeo. Dos años después, el Parlamento Europeo aprobó en primera lectura el 2 de febrero de 2016 un texto con vistas a la adopción de un reglamento para la creación de esta plataforma. La base normativa es el 153.2 a) y es importante destacar que la Cámara de los Comunes del Reino Unido, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, elevó una opinión en la que se afirma que el proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad.

Como en el caso de Corea, el CETA también incluye una sección dedicada a la cooperación entre las partes⁴⁴, otra dirigida al establecimiento de mecanismos institucionales para la aplicación del capítulo⁴⁵ y una regulación de los métodos de solución de conflictos, que de nuevo son exclusivos y distintos a los previstos para el resto de las materias del tratado. El artículo 23.11 establece con claridad que los compromisos adoptados en el capítulo son obligatorios y ejecutables, pero únicamente mediante los procedimientos de consultas, el acceso al panel de expertos o, por mutuo acuerdo, el recurso a mecanismos de conciliación o de mediación.

Así, y al igual que en el tratado anterior, las vías establecidas para la resolución de controversias son las consultas entre las partes y la constitución de un panel de expertos⁴⁶. Si la resolución concluye confirmando la existencia de un incumplimiento de los compromisos por una de las partes, esta debe dialogar con la otra y presentar en menos de tres meses un plan con medidas apropiadas para remediar la situación, informando a la otra parte y a su comité asesor de las acciones o medidas implementadas. El comité de comercio y desarrollo sostenible tendrá como misión la monitorización del cumplimiento de las recomendaciones del panel. No hay ningún tipo de previsión de sanciones u otro tipo de responsabilidades por el incumplimiento. Surge aquí de nuevo el interrogante planteado en las páginas anteriores: ¿es un tratado de comercio e inversión el lugar óptimo, o posible, para incluir un mecanismo de supervisión del cumplimiento de compromisos en materia laboral adoptados por subentidades de las partes con una organización internacional?

Volveremos a estas últimas cuestiones en el apartado final, tras la revisión del capítulo laboral del TTIP.

⁴⁴ Se plantea el intercambio de información, la cooperación en los foros internacionales como la OMC o la OIT, la promoción de la agenda de trabajo decente, la consideración de las opiniones de la sociedad civil, con expresa mención a los representantes de los trabajadores, y la posibilidad de establecer acuerdos de cooperación entre las partes y la OIT.

⁴⁵ En este caso las partes también deben designar una oficina, a modo de punto de contacto, y se prevé la creación del «Comité sobre comercio y desarrollo sostenible», que es un comité especializado en las materias de medio ambiente y trabajo, con una conformación similar a la prevista en el acuerdo con Corea. No se prevé el Foro de la Sociedad Civil como tal, pero sí los comités de expertos donde se mencionan expresamente los sindicatos. Además, cada parte se obliga a recibir y considerar iniciativas de la sociedad e informar a esos comités.

⁴⁶ El procedimiento de consultas puede comenzarse por cualquier parte, mediante la presentación de una pregunta escrita a través de su punto de contacto. A partir de este momento ambas partes deben proveer la información completa y necesaria para el examen de la materia. En el caso de necesitarlo y con el consentimiento de ambas partes es posible, según el artículo 23.9.4, solicitar la opinión de otros organismos, incluyendo los de la OIT o la del propio Comité de desarrollo sostenible. Cualquier decisión adoptada en este procedimiento debe ser publicada. En el caso de que no se llegue a un acuerdo transcurridos 90 días del comienzo de las consultas, el artículo 23.10 prevé la creación de un panel de expertos. El panel está compuesto por tres personas expertas, nombradas por las partes de mutuo acuerdo, cuya tarea es elevar a las partes una recomendación para la resolución de la controversia. De no alcanzarse un acuerdo respecto de la composición del panel, se deriva a las previsiones establecidas para los paneles de arbitraje que se regulan en el capítulo 29 destinado a la resolución de controversias entre las partes. Para la adopción de la resolución, el panel puede utilizar las guías, resoluciones o decisiones de la OIT, avisando de ello a ambas partes, según se indica en las normas de procedimientos para los arbitrajes.

3.3. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL CONTENIDO DEL CAPÍTULO LABORAL DEL TTIP

Como ya es bien sabido, el 17 de julio de 2013 el Consejo de la Unión Europea aprobó las [Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América](#). Este documento, que no se desclasificó hasta el 9 de octubre de 2014, contiene los objetivos y contenidos fundamentales del futuro tratado, estableciendo como finalidad primordial el aumento del comercio y la inversión entre la Unión Europea y los Estados Unidos. Para ello, el documento enmarca los contenidos del tratado en tres grandes pilares: el acceso al mercado, las cuestiones reglamentarias y barreras no arancelarias (BNA) y la producción de normas comunes de obligado cumplimiento, incluyendo un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS)⁴⁷.

El análisis de la propuesta laboral del TTIP debe limitarse en este momento a la valoración de la propuesta de capítulo laboral publicada por la Comisión en noviembre de 2015, que en ningún caso puede entenderse como texto final puesto que no se conoce la reacción a la misma de Estados Unidos, leída en el marco del contenido del Mandato de Negociación del TTIP. La propuesta de cláusula laboral en el TTIP se integra en el capítulo rubricado, como en los casos anteriores, «comercio y desarrollo sostenible». El marco introductorio es una solución mixta, entre los dos tratados analizados en el apartado anterior. Las partes reafirman su compromiso con la búsqueda del desarrollo sostenible y la interdependencia entre el desarrollo social, económico y medioambiental. En esta ocasión, la normativa marco incluye la Declaración Ministerial de 2006 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el Empleo Pleno y el Trabajo Decente, la Declaración de la OIT de 1998, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y la Agenda de Trabajo Decente. Como objetivos generales se marcan los siguientes: fortalecer la contribución positiva del acuerdo al desarrollo sostenible; apoyo, cooperación y promoción del diálogo y de las consultas públicas en estas materias.

De nuevo se incluye el reconocimiento del derecho a regular de cada una de las partes, ejercido de manera coherente con las normas internacionales en materia laboral, obligándose las partes a alentar altos niveles de protección en el ámbito laboral. Están igualmente presentes las cláusulas habituales de prohibición de utilización de violaciones de derechos laborales para obtener ventajas comerciales y de utilizar estos derechos como medidas proteccionistas⁴⁸.

⁴⁷ Sobre la gestación y contenido del TTIP, según lo negociado hasta la décima ronda, se remite a GUAMÁN, A.: *TTIP, el asalto de las multinacionales a la democracia*, *op. cit.*

⁴⁸ En concreto los compromisos que se adoptan son los siguientes: promover el comercio y la inversión de manera acorde con los cuatro principios de la Agenda de Trabajo Decente (la promoción del empleo, la protección social, los principios fundamentales y derechos en el trabajo, la equidad de género y la no discriminación desde la transversalidad); asegurar en su normativa interna el cumplimiento de los cuatro pilares de la Declaración de 1998; impulsar la firma

Cabe destacar como novedad, sin olvidar que estamos analizando únicamente la oferta de la Unión Europea, la inclusión de desarrollo particular de cada uno de los cuatro pilares de la Declaración de 1998, incluyendo un artículo dedicado a la libertad sindical y la negociación colectiva. En este se incluye la mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dando una visión interesante sobre la pertinencia de utilizar este conjunto de normas para la protección de los derechos derivados de la libertad sindical, entre los que se enumera explícitamente la huelga, además de la negociación colectiva y el diálogo social. Para desarrollar estos derechos el artículo incluye una batería de medidas relativa a la protección contra la discriminación y las medidas antisindicales, el mantenimiento y refuerzo del derecho a negociar convenios colectivos y a utilizar medidas de conflicto, la promoción de mecanismos de información y consulta y la ratificación de instrumentos internacionales en la materia. Todas estas previsiones pueden ser especialmente interesantes dada la falta de ratificación de los convenios sobre libertad sindical por Estados Unidos, pero claramente sobrepasan en algunos aspectos las competencias normativas de la Unión Europea⁴⁹. Con respecto al cuarto pilar de la Declaración, la igualdad y no discriminación en el empleo, el texto cita las normas internacionales antes señaladas, añadiendo el Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer de 1979 y el Convenio de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Ninguno de los dos ha sido ratificado por Estados Unidos.

La propuesta de la Comisión, siguiendo la línea de los anteriores tratados, incluye la obligación de cooperación y de transparencia, hacia la otra parte y hacia la sociedad civil y agentes sociales, pero no detalla los mecanismos institucionales ni prevé ningún procedimiento para la solución de controversias. También como novedad hay un capítulo dedicado a la responsabilidad social corporativa, en el cual las partes se obligarían a promover los códigos empresariales de conducta y a apoyar la creación de las guías y principios en responsabilidad social corporativa.

La falta de un texto definitivo imposibilita el análisis de lo que sin duda será una parte fundamental del artículo, orientada a la resolución de controversias. Como cierre del apartado no puede dejar de señalarse que Estados Unidos se encuentra entre los países que menos convenios de la OIT ha ratificado. Solo ha ratificado dos de los ocho convenios que incluye la Declaración

de los convenios fundamentales e intercambiar información sobre la firma del conjunto de los convenios actualizados; proteger a la salud y seguridad en el trabajo y las condiciones de trabajo decentes para todos, incluyendo entre otras cuestiones los salarios y la jornada para asegurar un salario mínimo suficiente; implementar efectivamente los convenios ratificados (de nuevo una competencia estatal) y tener en cuenta para ello las recomendaciones adoptadas por la OIT (que aparecen por primera vez en uno de estos tratados). Además, vuelve a mencionarse la necesidad de un sistema adecuado de inspección de trabajo.

⁴⁹ También se desarrollan los otros tres pilares de la Declaración de 1998 y llama la atención el interés por detallar los compromisos sobre trabajo forzoso y trabajo infantil cuando no son prácticas que afecten de manera especial a las dos partes.

de 1998, los relativos al trabajo forzoso y al trabajo infantil, pero no lo ha hecho, entre otros, con los concernientes a la libertad sindical. De los cuatro convenios prioritarios solo ha ratificado el 144 sobre consultas tripartitas, y de los 117 técnicos ha ratificado 11. Estados Unidos tampoco ha ratificado los Convenios OIT sobre inspección de trabajo.

4. CONCLUSIONES: ¿ES EFICAZ Y OPORTUNO INCLUIR PREVISIONES LABORALES DENTRO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO? UNA BREVE MIRADA AL DEBATE DOCTRINAL

Como se ha demostrado en los apartados anteriores, los más recientes tratados negociados o en vías de negociación por la Unión Europea contienen una serie de cláusulas laborales con numerosas semejanzas a las implementadas en los tratados de Estados Unidos con terceros Estados. La presencia de los estándares internacionales (fundamentalmente la Declaración de 1998), el establecimiento de un mecanismo específico de resolución de controversias por cooperación entre las partes o remisión a paneles de expertos, la mención a la responsabilidad social corporativa y la llamada a la «sociedad civil», con o sin referencia expresa a los sindicatos, parecen ser ya una parte habitual del contenido de estos acuerdos.

Como venimos remarcando, la oportunidad o no de la inclusión de estas cláusulas laborales es un tema ampliamente discutido. Hay autores que están definitivamente a favor de esta inclusión y que sostienen que es una vía indirecta para asegurar el cumplimiento de los estándares laborales; otros afirman que estas inclusiones pueden conllevar una amenaza para la aplicación uniforme de estos estándares, fundamentalmente los que forman parte del conjunto de normas de la OIT, ya que acaban permitiendo que el alcance de los derechos laborales sea establecido o interpretado por normas y mecanismos dedicados al libre comercio, lo que puede provocar una continua disminución del alcance de los derechos laborales⁵⁰.

Lo que parece evidente, en primer lugar, es que la mayoría de tratados incluyen una llamada genérica a los estándares internacionales, incluyendo las declaraciones de carácter general (habitualmente la Declaración de 1998). El problema se plantea en relación con la interpretación y control de las obligaciones que, de la inclusión de estas amplias declaraciones, se deriva para las partes. Como hemos visto, los acuerdos analizados incluyen unos mecanismos de control específicos que llaman o bien a la colaboración y diálogo entre los Estados acerca de la existencia o no de un incumplimiento y de su posible solución, o bien a la participación de un panel o comité de expertos. Aun cuando hay tratados que mencionan la doctrina de los órganos de control de la OIT, ninguno establece tal interpretación como vinculante o especifica una obligación de establecer una consulta o diálogo a esta organización cuando se cuestione el incumplimiento de

⁵⁰ Sobre este debate *vid.* AGUSTI, J.; EBERT, F. y LECLERCQ, D.: «Labour provisions in Free Trade Agreements: fostering their consistence...», *op. cit.*

uno de los principios establecidos en sus declaraciones⁵¹. Esto provoca una situación paradójica, en la que el cumplimiento de los estándares internacionales establecidos por la OIT es controlado, detallado y sancionado por organismos ajenos a esta organización, cuya doctrina será sin duda relevante para casos posteriores. ¿Cabría una interpretación divergente de la sostenida por la CEACR en relación, por ejemplo, con el contenido de la libertad sindical y con su vinculación con el derecho de huelga?

En segundo lugar, y ya respecto a los tratados negociados o en negociación por la Unión Europea, la duda fundamental que suscita el texto de los tratados es la idoneidad de la sede escogida por la Unión para establecer compromisos en materia laboral entre sus Estados y terceros países. No cabe duda de que la competencia externa para negociar tratados internacionales corresponde a la Unión Europea, *ex* artículo 116 del TFUE, pero se trata de una competencia limitada y respecto de las materias laborales no existe ninguna previsión en el tratado que llame al Consejo a celebrar acuerdos internacionales, ni puede justificarse que la firma de un tratado con otro país sea necesaria para alcanzar uno de los objetivos establecidos en el capítulo de política social. En todo caso, y si se quisiera justificar su inclusión por la interdependencia de las cuestiones laborales y las comerciales, se debería, por un lado, perfilar los vínculos existentes entre las medidas y la política comercial, para encuadrarlas adecuadamente en el ámbito de aplicación del artículo 207 y, por otro, aceptar la condición de tratado mixto de los acuerdos, como se hizo en el caso del TLC con Corea, para involucrar en su firma a los Estados miembros sobre los cuales van a recaer las obligaciones de cumplimiento directo que se derivan de los compromisos en materia laboral.

⁵¹ Debe recordarse que la OIT ha desarrollado diversos mecanismos para supervisar la aplicación de las normas internacionales por los Estados miembros, desarrollados por sus organismos de control: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, el Comité de Libertad Sindical (CLS) y los comités tripartitos específicos. Según el artículo 37.1) de la COIT, los informes de la CEACR no pueden entenderse como una interpretación autorizada de los convenios y las recomendaciones ya que esto queda reservado a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, la propia oficina ha remarcado que tanto los informes de la CEACR como aquellos de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia, y del CLS (entre otros órganos), contienen interpretaciones de las normas emanadas de la OIT que son reconocidas por tribunales internacionales y nacionales por su contenido fruto de la experiencia y de la imparcialidad, aunque solo adquirirán valor jurídico vinculante en el caso de que estos tribunales las incluyan en sus pronunciamientos. Informe de la CEACR ante la Conferencia Internacional del Trabajo, 102.ª reunión, 2013. Informe III, parte IA, «Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo, 2013», pág. 11.