

La Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (el TTIP): una aproximación crítica a sus posibles efectos sobre los derechos laborales

Adoración Guamán¹



I. Introducción

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, más conocido como TTIP por sus siglas en inglés². 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 UE 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)³. Este amplio contenido ha justificado que el TTIP, al igual que al CETA (EU-Canadá *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) sea bautizado como un «Tratado de Nueva Generación».

Las posibles consecuencias de estos tratados sobre la economía y en particular sobre el empleo, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, están en el centro del debate. La Comisión Europea ha financiado diversos estudios sobre el TTIP, donde se resaltan las consecuencias positivas para el crecimiento económico y para el empleo⁴, que

1. Profesora titular de derecho del trabajo de la Universitat de València. Consejo Científico de ATTAC.

2. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf>

3. 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, Akal, Madrid, 2015.

4. Entre los estudios más utilizados por la Comisión, destaca por su optimismo el elaborado por el CEPR. Según este informe la liberalización del comercio y el impulso de la inversión extranjera van a suponer un crecimiento de la economía de la Unión Europea de aproximadamente 120 billones de euros (un 0.5% de su PIB). En términos laborales, el informe afirma que los salarios para los trabajadores, cualificados y no cualificados, tenderían a aumentar un 5% y que el número de puestos de trabajo dependiente del comercio podría aumentarse en la UE en «varios millones». Vid. CEPR, *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment*, Londres: Centre for Economic Policy Research. 2014.

han sido abundantemente criticados por la doctrina desde diversas universidades⁵ y que se basan fundamentalmente en la vertiente cuantitativa. La línea discursiva que mantiene la Comisión es clara, la política comercial es la principal fuerza estabilizadora en el momento de crisis («el comercio es uno de los pocos instrumentos disponibles para impulsar la economía sin imponer una carga a los presupuestos estatales») y para su potenciación la agenda de la Comisión incluye la realización de tratados bilaterales con países en todos los continentes de manera paralela a su participación en la OMC⁶. Para sostener esta idea, y a modo de hoja de ruta que va a marcar la política comercial de la UE, en octubre de 2015 la Comisión presentó una nueva estrategia de comercio e inversión para la Unión denominada «Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión», donde el TTIP ocupa un lugar privilegiado. Respecto de los efectos sobre el empleo, en el propio documento reconoce 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». En este sentido y avanzando una posible pérdida de puestos de trabajo, la Comisión afirma que «la UE y los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar que las políticas activas del mercado de trabajo permitan a quienes pierden su empleo encontrar otro rápidamente».

Por otro lado, la Comunicación se centra en los efectos beneficiosos de la dimensión cualitativa

del trabajo, afirmando que la estrategia comercial de la UE 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 «ambicioso e innovador» en todos los acuerdos de comercio e inversión.

Efectivamente, como veremos en las siguientes páginas, tanto el CETA como el TTIP, según los documentos de la Comisión, han incluido este capítulo. La pregunta que se deriva de su lectura es ¿son las previsiones de estas cláusulas laborales suficientes para proteger los derechos de las y los trabajadores en las dinámicas de creación de las macroestructuras de comercio y de inversión? Y, más allá de esto, ¿cuáles son los efectos negativos del resto del conjunto de disposiciones que contienen los tratados sobre los derechos asociados al trabajo?

Para dar respuesta a estas cuestiones en las siguientes páginas se aborda un análisis en dos fases: por un lado, se analizan las previsiones específicamente laborales que se han introducido, o se pretenden introducir, según la política comercial de la UE; por otro lado, se estudia la relación jurídica entre los principales instrumentos contenidos en los acuerdos mencionados, fundamentalmente en el TTIP y en

La propia Comisión corrigió las expectativas en una nota explicativa (Comisión Europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership. The Economic Analysis Explained* [en línea], http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151787.pdf, 2013). El estudio que más llama la atención por sus expectativas es el financiado por la Cámara de Comercio, la CEOE y el Instituto de Estudios Económicos (LATORRE, M.C., et al., *El impacto en la economía española de la firma de la asociación transatlántica sobre comercio e inversión (TTIP) con EE.UU.*, 2015). En el mismo se llega a afirmar que «El efecto acumulado durante los cinco primeros años tras la toma del acuerdo supondría un incremento total del PIB de 36.743,3 millones de euros y una creación de 334.836 nuevos empleos, como fruto exclusivo del acuerdo». No se mencionan las posibles consecuencias negativas de la desviación de comercio o la deslocalización de empresas sobre el empleo ni el impacto en el plano cuantitativo.

5. En este sentido, sobre las potenciales consecuencias negativas, incluyendo la destrucción neta de empleo, vid. CAPALDO, J., «TTIP: European Disintegration, Unemployment and Instability». GDAE Working Paper 14-03. Sobre la crítica a los modelos econométricos vid. DE VILLE, F. y G. SILES-BRÜGGE (2013): *The false promise of EU-US trade talks* [en línea], <http://blog.policy.manchester.ac.uk/featured/2013/12/the-false-promise-of-eu-us-trade-talks/> y VENHAUS, M. (2015): «An Unequal Treaty. TTIP and Inequality in Europe», BFGP Working Paper WP/2015/01.

6. La Comunicación recuerda que la política comercial de la UE 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.

el CETA, y qué pueden conllevar para los derechos de las y los trabajadores.

Antes de comenzar es interesante atender al estado de negociación de ambos textos. El 26 de septiembre de 2014 terminaban las negociaciones del CETA entre Canadá y la UE. Este tratado ha pasado por una larga fase de revisión jurídica en la que, por circunstancias políticas relativas fundamentalmente al rechazo que ha levantado el TTIP, se ha vuelto a re-negociar la parte de su articulado relativa al sistema de solución de controversias inversor-Estado⁷, (actualmente es posible consultar el texto completo de este acuerdo). La situación respecto del TTIP es distinta. Hasta el momento se han realizado 12 rondas de negociación en las que ambas partes han ido fijando posiciones y desarrollando el futuro contenido del acuerdo, pero no se ha hecho público el contenido concreto de lo negociado. La ausencia de información respecto de los frutos de la negociación es una de las características que ha marcado la historia del TTIP, aunque el grado de información ha ido al alza. El secretismo absoluto mantenido por los negociadores fue objeto de numerosas críticas, incluyendo la apertura de un procedimiento de oficio sobre la transparencia en la actuación de la Comisión Europea y del Consejo en las negociaciones del TTIP por la Defensora del Pueblo Europeo en julio del año 2014.⁸

Para intentar mitigar estas críticas, y a partir del momento en que se desclasificó el «Mandato de Negociación» del TTIP, el 9 de octubre de 2014, la Comisión Europea se ha esforzado por

modular la opacidad de la negociación. En este sentido, la Comisión adoptó la «Comunicación sobre la transparencia en las negociaciones del TTIP» en noviembre de 2014⁹, así como una serie de publicaciones posteriores relativas a publicación de las reuniones mantenidas sobre el tratado, con el compromiso de publicar determinados textos y revisar la desclasificación de otros, incluyendo la posibilidad de permitir a los miembros del Parlamento Europeo la consulta de los documentos que se mantuvieran como restringidos o limitados¹⁰. Debe señalarse no obstante, que esta documentación se limita a las ofertas con las que la Comisión acude a las rondas de negociación; no hay publicados hasta la fecha los textos resultantes de las distintas rondas ni, en ningún caso, las ofertas planteadas por Estados Unidos. Por estos motivos, el análisis del contenido del TTIP requiere una aproximación a través de varias fuentes, como el contenido del CETA, el Mandato de Negociación o los documentos que ha ido publicando la Comisión Europea respecto del TTIP, así como otros tratados de libre comercio aprobados o en curso de negociación (Acuerdo UE-Corea).

II. Los derechos laborales en los tratados de libre comercio firmados por la UE: los ejemplos del CETA y del TTIP

En las últimas dos décadas ha proliferado la utilización de cláusulas de contenido laboral en los TLC con contenido muy diverso¹¹. La oportu-

7. 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. Previamente, en octubre de 2015 se filtraron una serie de documentos que señalaban las distintas reformas de este mandato, en 2010 y 2011, donde se añadió el ISDS (mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado) como una parte indispensable del tratado. 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.

8. Meses después, en enero de 2015, la Defensora del Pueblo decidió archivar su propia investigación, señalando los esfuerzos que había realizado la Comisión en la materia <http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/decision.faces/en/58668/html.bookmark>.

9. http://ec.europa.eu/news/2014/docs/c_2014_9052_en.pdf

10. Es importante recordar que los miembros del Parlamento Europeo pueden acceder a los documentos a través de su lectura en la «Reading Room», sometidos a medidas de vigilancia y control para evitar la copia o difusión de la información.

11. Dentro del concepto «cláusula laboral» 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 su cumplimiento; c) cualquier marco de cooperación y monitorización del cumplimiento de las previsiones anteriores. Vid. EBERT, F., 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).

nidad o no de esta inclusión 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 laborales.¹²

Según los datos de la OMC, a fecha de 1 de febrero de 2016 existían 625 tratados de libre comercio regionales (TLC) ratificados, de los cuales 406 están actualmente en vigor (13 más que en la misma fecha de 2015) y muchos siguen en fase de negociación¹³. Además de estos tratados, y según los datos de la UNCTAD, en la actualidad están vigentes 2278 tratados bilaterales de inversión (TBI)¹⁴. Como señala el informe de la OIT de 2013¹⁵, en 1995 únicamente 4 tratados de libre comercio incluían cláusulas relativas a los derechos laborales, esta cifra aumentó hasta los 21 tratados en el año 2005, alcanzando los 58 en 2013. Desde entonces ha seguido au-

mentando, ya no sólo en los acuerdos norte-sur sino también en los norte-norte y sur-sur, lo que demuestra un claro cambio de tendencia cuyos exponentes principales son sin duda el TTIP, el CETA y el TPP (Tratado Transpacífico de Cooperación Económica¹⁶). 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 sólo una mínima parte, como veremos, incluyen 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.

La introducción de una referencia a esta Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 ha sido la cláusula laboral más utilizada en los diferentes acuerdos comerciales¹⁷. Según se detalla en el informe de la Comisión Europea de 2008, las cláusulas laborales pueden dividirse 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

12. 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* [en línea], International Labour Office, 2014.

13. Entre los TLC en vigor, la propia OMC destaca los siguientes: la Unión Americana de Libre Comercio (NAFTA); el Mercado Común del Sur (Mercosur); la asociación de Naciones Asiáticas del Sudeste (ASEAN); el Área de Libre Comercio Europea (EFTA) o la Unión Europea (UE). 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).

14. 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 tratados bilaterales de inversión se remite, con carácter general, a VICENTE, D. F.J., *La libertad del dinero*, Alemania, Valencia, 2003. Pueden consultarse los datos sobre estos tratados en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

15. 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>.

16. Se trata de un acuerdo que ha sido negociado durante 5 años entre EEUU, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunei, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú y Chile. El 4 de febrero de 2016 el acuerdo fue firmado en Nueva Zelanda y se encuentra en fase de ratificación en cada uno de los Estados.

17. La Declaración 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 discriminación en materia de empleo y ocupación.

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; e) cláusulas que contienen que incluyen 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.

Desde el año 2001, la Unión Europea se encuentra formalmente comprometida con la introducción de cláusulas laborales en los TLC¹⁸, coincidiendo con el cambio de estrategia de la UE, 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)¹⁹ y estratégicos, y con nuevos contenidos. En este sentido, la UE ha pasado de apostar por el multilateralismo a aceptar y promover dinámicas bilaterales o regionales, siguiendo la senda marcada por Estados Unidos. Además, es necesario recordar que con el Tratado de Lisboa se procedió a la reforma del conjunto de normas que enmarcan la política comercial común (arts. 207 y ss. del TFUE) ampliándola considerablemente. Por un lado, el Tratado de Lisboa aumentó el poder del Parlamento Europeo en la adopción de los Tratados

de Libre Comercio; por otro, dotó a esta política comercial de objetivos más extensos, convirtiéndola en uno de los pilares de la Acción exterior de la UE, además, y de fundamental importancia, se acometieron varias reformas que afectan a las vías de aprobación de estos tratados.

Con este marco normativo, 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. Así, tanto el acuerdo con Corea²⁰, como el CETA y la propuesta del TTIP, en lo que nos centraremos, incluyen un capítulo denominado genéricamente «comercio y desarrollo sostenible» o incluso «estándares laborales». Debe advertirse que el análisis de la propuesta laboral del TTIP se limita 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 EEUU.

Estos capítulos comienzan con una declaración genérica de reconocimiento de la existencia de unos estándares internacionales como la referencia al trabajo decente y la mención expresa de la Declaración de 1998 de la OIT²¹, conteniendo la obligación de respetar, promover y aplicar los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Reconociendo el derecho a regular de cada una de las Partes, ambas se obligan a establecer altos niveles de protec-

18. European Commission, *Promoting core Labour Standards and Improving Social governance in the context of globalisation*, COM (2001) 416.

19. En concreto podemos señalar los siguientes acuerdos: EU-Corea, en vigor desde julio de 2011; Eu-Singapur, firmado en 2013; los que se están negociando con 5 países asiáticos desde 2001 (India, Malasia, Vietnam, Japón, Tailandia).

20. El acuerdo con Corea del Sur fue el primero de la nueva generación de TLC lanzados por la UE, 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 finalizaron 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 UE y adoptado finalmente por la UE, mediante el doble proceso de aprobación por el PE (que se pronunció a favor de la celebración del Acuerdo el 17 de febrero de 2011) y la aprobación del 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. Debe recordarse que Corea no ha ratificado ni los Convenios relativos a la libertad sindical 87 y 98, ni los relativos al trabajo forzoso 29 y 105.

21. En el TTIP 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.

ción 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.²²

A pesar de la aparente amplitud de estas cláusulas, la utilización de los estándares de la OIT suscita numerosas dudas dado el desigual número de ratificaciones entre las Partes firmante y la falta de competencia de la UE para proceder a estas ratificaciones. En primer lugar, debe recordarse que, por un lado, Canadá no ha ratificado dos de los ocho 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 dos 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. Por su parte, EEUU 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 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 4 convenios prioritarios solo ha ratificado el 144 sobre consultas tripartitas y de los 117 técnicos ha ratificado 11.

Tampoco la Unión Europea es un espacio homogéneo en cuanto a la ratificación de los Convenios OIT. Los 28 Estados miembros de la UE

han ratificado los 8 convenios fundamentales, pero más allá de ellos existe una gran disparidad en cuanto el 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). Pero la cuestión se complica más cuando se analizan el fragmento del CETA donde la UE se compromete a impulsar la ratificación de los Convenios OIT (no solo los fundamentales sino también los prioritarios y los actualizados). Es bien sabido que, bajo el principio de atribución (art. 5 TUE), la UE solo puede actuar en las áreas y materias donde tenga atribuida la competencia por sus Estados miembros, según se indica en los Tratados y con los objetivos establecidos en los mismos. En el momento actual, el artículo 4.2.b) del TFUE incluye la política social, en los límites del propio Tratado, dentro de las competencias compartidas entre la Unión y sus Estados, dedicando a su regulación los arts. 151 y ss. La capacidad de la UE para obligarse respecto de cuestiones sociales queda por tanto delimitada a sus competencias, que no abarcan todas las materias comprendidas en el ámbito de actuación de los Convenios OIT²³. Pero, más allá de esto, es evidente que, aunque la UE tiene capacidad como para firmar tratados internacionales (art. 216 y ss del TFUE) la UE no tiene, en cambio, la posibilidad de ratificar los convenios de la OIT pues la propia Constitución de la OIT lo impide (art. 15.5(d)).

De este modo, si Canadá y EEUU ni han ratificado, ni han hecho movimientos hacia la ratificación de parte de los Convenios fundamentales y si la UE no puede obligar a sus Estados miembros a la ratificación de los Convenios

22. En concreto, en el CETA, las Partes se comprometen 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: la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, incluyendo la previsión de una indemnización por accidente o enfermedad; el establecimiento de estándares mínimos laborales, incluyendo a aquellos trabajadores no cubiertos por un convenio colectivo; la no discriminación en las condiciones de trabajo, incluyendo a los trabajadores migrantes. En el TTIP se 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.

23. A modo de ejemplo, en el capítulo del TTIP se incluye la obligación de las Partes de «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». La UE no tiene, por exclusión expresa del art. 153.5 del TFUE, competencias en la fijación de los salarios.

OIT ni ratificarlos por sí misma ¿cuál es el valor de estas cláusulas?²⁴

Lo cierto es que, más allá de la inclusión de las grandes declaraciones, la parte fundamental de los capítulos en materia laboral se encuentra en los otros dos tipos de cláusulas que integran: a) mantener consultas y a cooperar, cuando proceda, sobre cuestiones en materia laboral y de empleo de interés mutuo, cuestión que entronca con las medidas establecidas en el capítulo general de cooperación regulatoria que se abordará en el siguiente apartado, y b) 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 primer lugar, y en pos del objetivo de «cooperar» en materia laboral, se prevé la creación del «Comité sobre comercio y desarrollo sostenible», que es un comité especializado en las materias de medio ambiente y trabajo, conformado por funcionarios designados por las Partes. Se prevé la creación comités de expertos donde se mencionan expresamente los sindicatos. En segundo lugar, en el CETA (esta parte todavía no está desarrollada en el TTIP) se prevé un mecanismo de resolución de conflictos y control del cumplimiento de las obligaciones que es exclusivo y distintos a los previstos para el resto de las materias del tratado (las comerciales o de inversión). Las vías establecidas para la resolución de controversias son las consultas entre las partes y la constitución de un panel de expertos. Si la resolución concluye confirmando la existencia de un incumplimiento de los compromisos por una de las Partes, ésta 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 ase-

sor 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 sub-entidades de las Partes con una organización internacional?

III. Las consecuencias del contenido del CETA y del TTIP sobre los derechos laborales: apuntes sobre las posibles repercusiones de cada uno de los tres pilares

Considerando la debilidad de las cláusulas de salvaguarda de los derechos laborales que la Comisión propone incluir en estos tratados, el presente apartado se orienta a identificar cuáles son los potenciales efectos negativos sobre la vertiente cualitativa (los derechos vinculados al trabajo y su regulación) del contenido del CETA y del TTIP. Para ello, y de manera esquemática, partiendo de la división de las previsiones de estos acuerdos en tres bloques (apertura de mercados, cooperación regulatoria y normas) vamos a centrarnos en presentar tres puntos de fricción²⁵: la repercusión de la liberalización de servicios sobre los derechos laborales, en concreto de las y los trabajadores desplazados; las posibles consecuencias de los mecanismos de cooperación regulatoria sobre los sistemas estatales de regulación de los derechos laborales y el

24. En este sentido cabe destacar que el capítulo del TTIP, sin olvidar que estamos analizando únicamente la oferta de la UE, incluye un artículo dedicado a la libertad sindical y la negociación colectiva. En éste se incluye la mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el PIDESC, 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 EEUU pero claramente sobrepasan en algunos aspectos las competencias normativas de la UE.

25. Para un detalle del contenido de estos tres bloques se remite a GUAMÁN, A., *TTIP, el asalto de las multinacionales*, op. cit. y a la bibliografía allí recogida.

impacto de los sistemas de resolución de controversias inversor-Estado sobre los derechos laborales y en concreto sobre su regulación heterónoma y autónoma (convenios colectivos).

III.1 El primer pilar: eliminación de barreras y libre circulación de servicios

Uno de los objetivos de estos tratados es facilitar el comercio de servicios entre las partes y equiparar los niveles de libertad que tienen las empresas para prestar los servicios en el territorio de las dos partes a los niveles máximos de liberalización que existen en otros acuerdos de libre comercio. En particular, la UE ha señalado como elementos clave de esta liberalización las telecomunicaciones, las operaciones de dragado o la movilidad de profesionales para prestar servicios. Como es bien sabido, los servicios pueden prestarse por distintas vías, en concreto, el Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS) distingue cuatro modos de suministrar servicios: el comercio transfronterizo, el consumo en el extranjero, la presencia comercial y la propia presencia de personas físicas (el llamado «Modo 4»). Esta última modalidad se refiere a la prestación de servicios mediante la presencia temporal de personas en un país extranjero con el fin de prestar servicios, distinguiéndose entre tres situaciones: las personas trasladadas dentro de una empresa; la personas en visita de negocios y los proveedores de servicios contractuales. La ambición de estos tratados es de someter todas estas modalidades al máximo grado posible de liberalización.

Una vez se acepta liberalizar un servicio prestado en «Modo 4», un Estado no puede utilizar su normativa interna sobre entrada o estancia temporal de trabajadores para menoscabar los compromisos asumidos en el acuerdo de libre comercio, como el acceso al mercado o el trato nacional. Además, basándose en el acuerdo de libre comercio, los Estados pueden adoptar compromisos específicos, siempre en sentido ventajoso a las empresas que trasladan los servicios, dentro de las previsiones del tratado. Como ha señalado Barbero, esta vía para la movilidad

laboral «abre una vía de canalización de los intereses de los Estados y de los agentes económicos porque permite a los Estados seguir manteniendo su propia legislación nacional en inmigración y extranjería, pero con una liberalización progresiva del comercio de mano de obra»²⁶. De hecho, como señala este autor, en la actualidad, la única vía jurídica multilateral con potencial de aplicabilidad global y con posibilidad de control y sanción para regular la movilidad internacional de la mano de obra no está en los Convenios OIT ni siquiera en la actuación de la Organización Internacional de las Migraciones, sino que radica en la utilización de la regulación del «Modo 4» en los tratados comerciales. En este sentido, la OIM ha subrayado que, pese a no ser un acuerdo sobre migraciones, el «Modo 4» acaba condicionando una parte de las mismas, con la consiguiente limitación del poder de los Estados en una materia fundamental. Por otro lado, desde ámbitos sindicales se ha subrayado con acierto que, tal y como se plantea el «Modo 4», supone un impacto negativo para los derechos de los trabajadores y las normas nacionales laborales y representa una grave injerencia de la OMC en materia laboral y migratoria, aspectos sobre los cuales no tiene ni mandato de sus miembros ni, desde luego, legitimidad para negociar. Es cierto que el «Modo 4» no cubre los desplazamientos de personas que tratan de encontrar un trabajo en otro Estado ni se refiere a las normas estatales relativas a los permisos de residencia o trabajo con carácter permanente, pero supone una vía paralela para la movilidad (reclutamiento) de trabajadores extranjeros que permite la eliminación de trabas como la prueba de necesidades económicas o de situación de empleo requisitos habituales para la admisión de trabajadores no nacionales en territorio estatal.²⁷

El CETA regula la aplicación del «Modo 4» en su Capítulo 10, titulado «Entrada y permanencia temporal de personas con fines empresariales». Entre las modalidades de prestación de servicios que prevé contempla dos que son realizadas por trabajadores asalariados: los que son desplazados temporalmente al territorio de la otra Parte por una empresa con el objetivo de prestar servicios

26. BARBERO, I., «El tratamiento jurídico de las migraciones internacionales a través de las regulaciones globalistas de gestión de mano de obra», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 3 (2011).

27. *Ibidem*.

y los desplazamientos de personal dentro de una misma empresa que tiene presencia en ambas Partes (siempre y cuando cumplan los requisitos de formación universitaria de tres años o la experiencia laboral previa). En este último caso las disposiciones del tratado solo son aplicables al personal directivo, especialistas o personal en prácticas con titulación universitaria. El periodo máximo de permanencia en el mercado de trabajo de la otra parte oscila entre un año y tres (para directivos y especialistas). Respecto de estos trabajadores las partes se comprometen a permitir su entrada, no establecer restricciones numéricas y no aplicarles medidas que puedan impedir o retrasar el comercio en bienes y servicios.

El problema en estos desplazamientos es, invariablemente, la determinación de la normativa aplicable a estos trabajadores desplazados, vinculada a esta obligación de no aplicar normas que puedan «impedir o retrasar el comercio de bienes». Según establece el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento (CE) n° 593/2008 de 17 de junio) en defecto de pacto entre las partes, el contrato individual de trabajo se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual, el trabajador realice su trabajo habitualmente (es decir, las normas del país de origen) entendiéndose que un desplazamiento temporal no cambia el lugar de realización habitual de trabajo. Esto implica que, en este tipo de situaciones, se mantendría la normativa laboral de Canadá o de Estados Unidos respecto de los trabajadores que fueran trasladados por empresas ubicadas en estos países. En el CETA y a modo de cláusula de salvaguarda se incluyen tres previsiones: por un lado, el tratado indica que «*sin perjuicio de las previsiones del presente capítulo*, las normativas de las partes sobre empleo y seguridad social se seguirán aplicando, incluyendo las reglamentaciones respecto de salarios mínimos y convenios colectivos respecto del salario». Por otro lado, se incluye una disposición específica respecto de los conflictos laborales que indica que «el capítulo no se aplicará en los casos en los que la voluntad o el efecto de la entrada temporal y la permanencia en el territorio es interferir o afectar el resultado de una negociación

o disputa laboral o el empleo de las y los trabajadores que están involucrados en tal disputa u organización». Es una cláusula aparentemente dirigida a la prohibición del esquirolaje y de la utilización de la movilidad transnacional de trabajadores para reducir o afectar los derechos de huelga y de libertad sindical. Por último, el tratado incluye la siguiente cláusula «las personas naturales no recibirán otra remuneración por la prestación de sus servicios más que la remuneración pagada por la empresa que ha contratado a la empresa proveedora de servicios durante la estancia en el territorio de la otra Parte».

Aun cuando la inclusión de estas cláusulas puede aparentar una suerte de voluntad de proteger la aplicación de los derechos laborales, la evidente disparidad que existe entre Canadá y EEUU con la UE en cuanto a los derechos vinculados al trabajo y la obligación de las partes de no obstaculizar la liberalización de servicios con barreras internas puede acrecentar las situaciones de *dumping social* y carrera a la baja en cuando a derechos laborales que ya son habituales en el ámbito de la UE.²⁸

III.2 El segundo pilar: la cooperación reguladora

El segundo gran pilar del tratado es la llamada «cooperación reguladora». Hay unanimidad entre los comentarios tanto académicos como políticos y activistas respecto del TTIP y del CETA al señalar que el principal elemento de distinción entre este acuerdo y otros tratados comerciales anteriores, incluidos los realizados en el ámbito de la OMC, es la inclusión con carácter obligatorio de una serie de mecanismos de Cooperación Reguladora. Se afirma, en este sentido, que un 80% de las ganancias que supuestamente implicará el acuerdo resultarán tanto de la liberalización del comercio de servicios y de la contratación pública como (fundamentalmente) de la reducción de los costes impuestos por la burocracia y las regulaciones. Estas regulaciones o normas, en opinión de los impulsores del tratado, actúan como Barreras No Arancelarias (BNA) y dificultan el comercio entre Estados Unidos o Canadá y la UE, por lo que su reducción o eliminación mediante mecanismos que

28. Sobre esta cuestión vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad, Albacete, Bomarzo, 2015.

permitan una cooperación reguladora bilateral permanente es imprescindible para alcanzar los principales objetivos del tratado. De acuerdo con la definición de la UNCTAD, las BNA son aquellas «medidas políticas, distintas de los aranceles aduaneros, que potencialmente pueden tener un efecto económico en el comercio internacional de mercancías, alterando las cantidades comercializadas o los precios o ambas cosas».

La cuestión respecto de los derechos laborales es si, y hasta qué punto, los derechos laborales pueden ser considerados BNA y si es posible que los mecanismos de cooperación reguladora presentes en el CETA y en el TTIP²⁹ pudieran aplicarse a las normas laborales. Dadas las grandes diferencias que existen entre Estados Unidos y la UE en varios sectores de la legislación, los problemas que a buen seguro van a presentarse en la cooperación reguladora serán tres: el establecimiento de una base común, que ya hemos visto que no pueden ser los Convenios de la OIT por la falta de ratificación de Canadá y EEUU, la determinación del nivel de protección y la definición de nuevos estándares de cooperación reguladora. En cualquier caso, ya fuera mediante el mecanismo, improbable, de armonización, ya fuera mediante la más probable utilización del principio del mutuo reconocimiento de reglamentaciones, se provocaría probablemente una carrera a la baja de los estándares laborales.

A pesar de las enormes expectativas que se han depositado en este pilar, debe señalarse que, desde que comenzó a negociarse el tratado, numerosos estudios han puesto de manifiesto las enor-

mes diferencias existentes en las regulaciones de Estados Unidos y la UE. Estas diferencias no solo derivan de la existencia de distintos procedimientos legislativos, diversos marcos institucionales y diferentes tradiciones jurídicas, sino también, o especialmente, de sistemas de valores divergentes que se plasman en el programa político que aplican los gobernantes. Así se desprende de un informe encargado por el Parlamento Europeo (Alemanno, 2015) que señala que, entre las razones fundamentales que explican estas divergencias, se encuentran tanto las preferencias culturales y políticas como los marcos reguladores y normativos, aunque también subraya que ninguno de esos factores puede explicar por sí solo la evidente disparidad que existe entre los conjuntos normativos de los dos bloques. Es más, si se analiza lo que sucedió con el NAFTA, parece claro que uno de los peligros evidentes del TTIP, del que han alertado autores tan reconocidos como Compa (2014), es la aceleración de una ya existente «americanización» del Derecho del trabajo, la consiguiente rebaja de los estándares europeos y el aumento de la desigualdad social.

III.3 El tercer pilar: normas y protección de inversores (el controvertido ISDS)

El objetivo del tercer pilar del acuerdo es el establecimiento de reglas de obligado cumplimiento para ambas partes sobre materias concretas, entre las que destaca la protección de la inversión y los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado (ISDS)³⁰. Según

29. En mayo de 2015 la Comisión hizo pública su propuesta de texto de cooperación reguladora para el TTIP. Tras numerosas críticas el 21 de marzo de 2016 hizo pública una revisión del texto, cuya principal novedad es la eliminación del Consejo de Cooperación Reguladora, vid. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/tradoc_154377.pdf.

30. El ISDS es un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal. El inversor puede hacer uso de este sistema para proteger sus derechos de propiedad o los beneficios reales o previstos de su inversión frente a una amenaza a los mismos derivada bien de la aprobación de una norma estatal - relativa por ejemplo, a la salud, medio ambiente o derechos laborales-, bien de la ejecución de una política social que pueda aminorar los beneficios de la inversión extranjera. Las características fundamentales del mecanismo, en su configuración habitual, serían las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición *ad hoc* de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos. KRAJEWSKI, M. *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Friedrich Eber Stiftung [en línea], <http://ssrn.com/abstract=2519995>, 2014. Para un análisis de estos mecanismos se remite a GUA-MÁN, A., *TTIP: el asalto de las multinacionales...* op. cit. y a la bibliografía allí citada.

indica el estudio realizado por Eberhardt la utilización de los mecanismos de arbitraje de tipo ISDS presentes en los Tratados Bilaterales de Inversión está experimentando un crecimiento espectacular y está afectando a todo tipo de materias, incluyendo las normas laborales.

El caso más relevante para entender esta cuestión es el conocido asunto «Veolia vs. Egipto» sobre el salario mínimo. La empresa francesa Veolia utilizó el Tratado Bilateral de Inversión, que preveía un sistema de solución de controversias tipo ISDS, entre Francia y Egipto para demandar al país norteafricano por un valor de 82 millones de euros. El gobierno de Alejandría había firmado con la empresa Veolia un contrato para la gestión de los servicios de agua en el año 2001. En el año 2011 la concesión terminó, 4 años antes de lo previsto. En el 2012, la empresa demandó a Egipto, alegando que el Gobierno de Alejandría había terminado el contrato de manera injustificada y había incumplido sus obligaciones. La empresa alegó que Alejandría se había comprometido a compensar al inversor por las implicaciones financieras de cualquier cambio normativo que pudiera producirse. En el año 2011, el Gobierno egipcio aprobó una ley elevando el salario mínimo de manera considerable y la empresa consideró que Alejandría estaba obligada a compensarle por los costes que iba a suponer elevar el salario de sus trabajadores, algo a lo que la contraparte se negó y se finalizó el contrato. El caso en este momento está pendiente de resolución y su contenido está clasificado como confidencial, así, es imposible saber exactamente el contenido de la demanda de Veolia, aunque con los datos presentados es evidente que la intención es cuestionar una normativa laboral por la vía de la aplicación de un tratado bilateral de inversión.³¹

Este caso ha suscitado numerosas críticas desde sindicatos y movimientos sociales y políticos, así como comentarios académicos respecto de las posibles repercusiones del ISDS en las normas laborales de los Estados miembros de la UE. En particular, ha surgido la preocupación respecto del impacto que estos mecanismos pu-

dieran tener sobre los convenios colectivos cuando estos tienen reconocido el efecto *erga omnes* mediante una intervención estatal³². En este sentido, se presentó una pregunta ante el Parlamento Europeo interrogando acerca de la compatibilidad del ISDS con el art. 151 del TFUE y el art. 4.2 del TUE (respeto a la diversidad estatal en materia laboral y respeto a la identidad nacional) y preguntándole a la Comisión por las cláusulas de seguridad que existían para impedir que los convenios pudieran ser el objeto de una demanda mediante el ISDS. La respuesta de la Comisión fue tan lacónica y jurídicamente decepcionante, que según la misma, el ISDS no puede amenazar el «Modelo Social Europeo» (sea éste el que sea, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado). La articulación de la protección de la inversión planteada por la UE no puede, según la comisión, capacitar a un inversor a obtener una compensación por la adopción de una política pública, como un convenio colectivo *mientras el mismo no sea discriminatorio*. Además señala que para evitar estas cuestiones en los textos de la negociación se han limitado las nociones de «trato justo y equitativo» o «expropiación indirecta» y se ha incluido la referencia al «derecho a regular» en el preámbulo de los tratados. Ninguna de estas previsiones sería suficiente, de aprobarse el mecanismo, para asegurar que asuntos como el Veolia, teniendo incluso como objetivo un convenio colectivo, no pudieran repetirse, sería necesaria una excepción amplia que cubriera cualquier actuación de los poderes públicos basada en la protección del interés general o en la defensa de los derechos de las y los trabajadores, incluyendo los convenios colectivos expresamente, algo que sería probablemente inaceptable para los negociadores.

Más allá de esto, las protestas por las consecuencias que podría provocar un ISDS han conseguido un cambio de posición de la Comisión Europea que ha propuesto una modificación del mecanismo de resolución de controversias, un «nuevo y transparente sistema para resolver disputas entre inversores y Estados» que pasa

31. Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/15).

32. KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>

a llamarse ICS (Investment Court System). Las principales modificaciones son las siguientes: sustitución, al menos nominal, de los árbitros por *jueces* «totalmente cualificados»; introducción de mecanismos para asegurar la transparencia en las decisiones e inclusión de una doble instancia que permita la apelación de las resoluciones de manera que el mecanismo de resolución quedaría conformado por el «Tribunal de Primera Instancia» y el «Tribunal de Apelación».

A pesar de estos cambios en denominaciones y la introducción de una doble instancia, el ICS sigue orientándose al establecimiento de una vía paralela y privilegiada para que los inversores extranjeros protejan sus inversiones, eludiendo la normativa estatal y los tribunales nacionales. De esta manera, las consecuencias sobre los derechos laborales que se han venido denunciando respecto del ISDS podrían producirse en la misma medida respecto del ICS.