

LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTÍNEZ  
PABLO JESÚS MARTÍN RODRÍGUEZ  
(Editores)

INTERNATIONAL MARKETS  
REGULATION AND THE EROSION  
OF THE EUROPEAN POLITICAL  
AND SOCIAL MODEL

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL  
DE LOS MERCADOS Y LA EROSIÓN  
DEL MODELO POLÍTICO  
Y SOCIAL EUROPEO

Autores

LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTÍNEZ	José RAFAEL MARÍN AÍs
JUSTO CORTI VARELA	CLAIRE METHVEN O'BRIEN
JORGE URBANEJA CILLÁN	OLGA MARTÍN-ORTEGA
ANTONIO SEGURA SERRANO	CARMELA PÉREZ BERNÁRDEZ
OZANA OLARIU	PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ
RAFAEL LEAL-ARCAS	José A. SOLER ARREBOLA
AUGUSTO J. PIQUERAS GARCÍA	MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks

Incluye versión en digital

La obra va patrocinada por el proyecto de investigación DER2014-57213-R del Ministerio de industria, Economía y Competitividad



GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Luis Miguel Hinojosa Martínez y Pablo Jesús Martín Rodríguez]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-9197-600-4  
DL NA 1796-2019

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 – Pamplona

## Índice General

Página

PREFACE .....	15
---------------	----

### PARTE I

## THE REGULATION OF FINANCIAL MARKETS AND THE SOCIAL MODEL

### CAPÍTULO 1

THE REGULATION OF FINANCIAL MARKETS AND THE EUROPEAN SOCIAL MODEL .....	25
-------------------------------------------------------------------------	----

LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTÍNEZ

I. Introduction .....	25
II. Regulating Financial Markets .....	27
1. <i>The technocratic isolation of financial rule-makers</i> .....	28
2. <i>The role of the public authorities: Regulation v. Deregulation</i> .....	31
3. <i>Efficiency and fairness in the reform of financial market regulation</i> .....	33
III. The governance of European Financial Markets .....	37
1. <i>The EU's normative framework</i> .....	37
2. <i>Lamfalussy, de Larosière and Agencification</i> .....	39
3. <i>The role of the European Central Bank</i> .....	46
IV. Case Studies of Financial Reform: Their Incidence on Distributional Policies .....	49
1. <i>The Recovery and Resolution of Banks</i> .....	49
2. <i>The Financial Transaction Tax (FTT)</i> .....	55
3. <i>The rules for the remuneration of financial executives</i> .....	58

	<u>Página</u>
V. Conclusions .....	63
 CAPÍTULO 2	
CONDICIONALIDAD EN LOS ESTABILIZADORES MACROECONÓMICOS. UNA VISIÓN JURÍDICA A UN PROBLEMA POLÍTICO .....	67
JUSTO CORTI VARELA	
I. Introducción .....	68
II. Qué es el «riesgo moral» y como evitarlo en los estabiliza- dores macroeconómicos .....	71
III. La condicionalidad política: el «four presidents’ report» .....	74
IV. La condicionalidad jurídica en los tratados .....	77
1. ¿Estabilizadores para toda la UE o sólo para la Eurozona? La cues- tión de la base jurídica .....	77
2. El art. 136 TFUE .....	79
3. El art. 125 TFUE (cláusula «no bail-out») .....	81
V. Epílogo: ¿siempre nos quedará Frankfurt...? .....	84
 CAPÍTULO 3	
TOWARDS A GENUINE ECONOMIC AND MONETARY UNION: THE PROPOSAL FOR A EUROPEAN MONETARY FUND .....	87
JORGE URBANEJA CILLÁN	
I. Preliminary issues .....	87
II. The last financial and economic crisis and limitations of the Economic and Monetary Union. The need for a crisis management mechanism .....	90
III. A complex process reform .....	93
1. The european stability mechanism .....	93
1.1. Reform of article 136 TFEU .....	93

	<u>Página</u>
1.2. Constitution, nature and purpose .....	94
1.3. Governance and procedure .....	96
1.4. Possibilities for action .....	98
1.5. Supervision of assistance programmes .....	99
2. The treaty on stability, coordination and governance (TSCG) .....	99
3. The Banking Union .....	103
IV. Preliminary analysis of the proposed European Monetary Fund .....	107
1. Legal basis .....	107
2. Objectives .....	108
3. Possibilities for action .....	109
V. Final reflections: towards shared risks in the Economic and Monetary Union .....	110

## PARTE II

THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE  
AND THE SOCIAL MODEL

 CAPÍTULO 4	
THE COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREE- MENT (CETA): TRADE AND REGULATORY ISSUES .....	115
ANTONIO SEGURA SERRANO	
I. Introduction .....	115
II. Trade content overview .....	118
III. Investment .....	125
IV. Provisions on national regulation .....	131
V. Social rights, environment and sustainable development .....	133
VI. Institutional Provisions .....	135
VII. Final Remarks .....	136

Página

## CAPÍTULO 5

**THE RIGHT TO REGULATE IN THE EU – CANADA COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT AND ITS IMPACT ON THE EUROPEAN SOCIAL MODEL** ..... 139

OZANA OLARIU

I.	Introduction	139
II.	Post Lisbon EU: investment and the European Social model	142
	1. <i>Investment in the EU legal framework</i>	142
	2. <i>CETA's pending shadows</i>	145
	3. <i>Social Europe or the journey to the core of the European Union</i>	147
III.	The Right to regulate in CETA	151
	1. <i>Follow the yellow brick road or the illusion of regulation</i>	152
	2. <i>Final version of the right to regulate provision</i>	158
IV.	Where does this leave the European Social Model?	159
V.	Conclusions	163

## CAPÍTULO 6

**A PARADIGM SHIFT IN THE GOVERNANCE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT: CITIZENS' EMPOWERMENT** ..... 165

RAFAEL LEAL-ARCAS

I.	Introduction	165
II.	A paradigm shift in the governance of sustainable development: Citizens' empowerment	167
	1. <i>From top-down to bottom-up governance</i>	167
	2. <i>New concept: Empowering citizens</i>	169
	2.1. <i>Energy transition: The role of citizens</i>	172
	2.2. <i>Climate action</i>	176
	2.3. <i>International trade</i>	176
III.	Conclusion	178

Página

## CAPÍTULO 7

**EL COMERCIO INTERNACIONAL DE LOS BIENES Y PRODUCTOS CULTURALES: LAS INDUSTRIAS CULTURALES** ..... 181

AUGUSTO J. PIQUERAS GARCÍA

I.	La noción de industria cultural	183
II.	Las industrias culturales en las relaciones comerciales entre Canadá y Estados Unidos	188
III.	Las competencias culturales de la Unión Europea	190
IV.	La cultura en el marco de la Organización Mundial del Comercio y en el marco de la UNESCO. La excepción cultural frente a la diversidad cultural	193
	1. <i>Liberalización del comercio y política cultural</i>	194
	2. <i>La Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005</i>	196
V.	Un ámbito privilegiado de observación: El Acuerdo Económico y Comercial Global CETA entre Canadá y la UE y sus Estados miembros	201
VI.	Conclusiones	204

## CAPÍTULO 8

**LA CONDICIONALIDAD SOCIAL EN LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN** ..... 207

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS

I.	Introducción	207
II.	El Sistema de Preferencias Generalizadas como instrumento de condicionalidad social	215
III.	La incidencia en los aspectos sociales de los acuerdos comerciales "de nueva generación" celebrados por la Unión y sus Estados miembros	225
IV.	La modernización de los instrumentos de defensa comercial	230

	<i>Página</i>		<i>Página</i>
V. La búsqueda de un marco jurídico idóneo para la responsabilidad de las empresas .....	232	1.1. The cases of Poland and Hungary .....	268
VI. Ideas finales .....	236	1.2. The two answers given by the European Commission to the Polish case .....	272
CAPÍTULO 9		2. <i>The European Parliament: good ideas but would they be implemented?</i> .....	274
PUBLIC PROCUREMENT AND THE EROSION OF THE EU SOCIAL MODEL: OUTLINE OF A POLANYIAN PERSPECTIVE AND THE EMERGING REGULATORY ROLE OF HUMAN RIGHTS .....		3. <i>The Council: a key or a useless specific dialogue?</i> .....	277
	239	4. <i>The European Court of Justice: great possibilities</i> .....	280
CLAIRE METHVEN O'BRIEN Y OLGA MARTÍN-ORTEGA		III. A new Rule of Law mechanism for the EU budget: appropriate measures for generalized deficiency? .....	285
I. Introduction .....	239	1. <i>A brave proposal for a difficult situation</i> .....	285
II. Public procurement law: prioritising economic performance over social protection .....	244	2. <i>Measures, procedure and criticism</i> .....	289
III. International market regulation: new norms based on human rights and sustainable development .....	246	IV. Final remarks .....	297
IV. Public procurement and Europe's social and political model: A Polynian perspective .....	254	CAPÍTULO 11	
V. Conclusion. Re-embedding EU procurement law through human rights .....	258	«DIALOGICAL RULE OF LAW» Y LA RESPUESTA EUROPEA A LA CRISIS .....	
			303
		PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ	
		I. Consideraciones preliminares .....	303
		II. El Estado de Derecho en el sistema jurídico de la Unión Europea .....	305
		III. La respuesta europea a la crisis: ¿caso crítico de erosión del Estado de Derecho? .....	309
		IV. La reacción jurisdiccional a la erosión del Estado de Derecho en la respuesta europea a la crisis .....	316
		V. Conclusiones .....	326
		CAPÍTULO 12	
		THE INTEGRATION OF TRANSNATIONAL COMPANIES' COLLECTIVE AGREEMENTS IN EUROPEAN REGULATION AND THEIR TRANSFER TO THE GLOBAL CONTEXT .....	
			329
		JOSÉ A. SOLER ARREBOLA	
		I. Introduction .....	329
CAPÍTULO 10			
A NEW RULE OF LAW MECHANISM FOR THE EU BUDGET: AN EFFECTIVE NEGATIVE CONDITIONALITY FOR RESPECT FOR THE EU'S FUNDAMENTAL VALUES? .....			
	263		
CARMELA PÉREZ BERNÁRDEZ			
I. Introduction .....	263		
II. EU responses to Rule of Law deficiencies .....	265		
1. <i>The European Commission: a failed «Rule of Law framework» or just the opposite, with the proposal of article 7 TEU prevention mechanism?</i> .....	267		

II.	The general framework of collective bargaining provided in the treaty of the functioning of the European Union (TFEU) and in the charter of fundamental rights of the European Union (CDFUE) .....	332
III.	The collective negotiation of a transnational european enterprise and the TFEU .....	334
IV.	Materialization of company agreements: structure and application of the european transnational collective agreements .....	336
	1. <i>Contents</i> .....	337
	2. <i>Signatories</i> .....	339
	3. <i>Application and conflict resolution</i> .....	341
V.	Proposals for a regulatory legal framework .....	345
VI.	Interconnection of the european transnational negotiation of companies and world framework agreements .....	350

## CAPÍTULO 13

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UME: ¿SON LAS CONSTITUCIONALES NACIONALES RELEVANTES? .....	357
-----------------------------------------------------------------------------------------	-----

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

I.	Introducción .....	357
II.	La protección de los derechos durante la crisis; la competencia del TJUE .....	359
III.	La Carta de Derechos Fundamentales de la UE durante la crisis; el silencio de los derechos sociales .....	362
IV.	Las Constituciones sociales en la UME; los Tribunales Constitucionales ante la crisis .....	366
V.	Reflexiones finales .....	372

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso**Preface*

At the beginning of the 1990s, some scholars accepted the theory on the end of history and the definitive triumph of capitalism and liberal democracy after the fall of communist regimes in Central and Eastern Europe<sup>1</sup>. In the post-Cold War world, the debate on the social model seemed to be confined to the battle between the European capitalist model (which tends to universalize education and health care with a higher level of tax burden) and the Anglo-Saxon capitalist model (with a lower regulatory presence of the state in the economy and comparatively low taxes, and the more important role of private initiative in the provision of services of general interest)<sup>2</sup>.

However, in the last two decades, the booming growth of Chinese (and other Southeast Asian countries) capitalism, complemented by the absence of political freedoms and democracy, as well as the lack of mechanisms to guarantee respect for many fundamental rights, questions the economic viability of the European social and political model and its ability to survive when compared to other models with lower social costs and quicker political decision-making formulas, which do not need the complex consensus-finding mechanisms that are common in Europe. The economic growth of the Persian Gulf countries and the recovery of Russia are other examples of efficient capitalism with authoritarian political models that suppress social conflicts through repression and control of information. In Europe, new radical political parties already obtain a significant percentage of votes with proposals that purport to sacrifice certain citizen's rights as the only formula that could safeguard essential elements of their alleged European social and political model.

We must clarify from the beginning that the notion of European social and political model is used here in a broad sense, which seeks to identify elements common to most European countries by comparison with other

1. See the emblematic work of F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (Free Press 1992).
2. Michel Albert, *Capitalisme contre capitalisme* (Éditions du Seuil 1991).

## La condicionalidad social en la política comercial común

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍLS

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada. Correo electrónico: marinais@ugr.es*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE PREFERENCIAS GENERALIZADAS COMO INSTRUMENTO DE CONDICIONALIDAD SOCIAL. III. LA INCIDENCIA EN LOS ASPECTOS SOCIALES DE LOS ACUERDOS COMERCIALES "DE NUEVA GENERACIÓN" CELEBRADOS POR LA UNIÓN Y SUS ESTADOS MIEMBROS. IV. LA MODERNIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL. V. LA BÚSQUEDA DE UN MARCO JURÍDICO IDÓNEO PARA LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS. VI. IDEAS FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una suerte de dilema global del prisionero: la tradicional pugna entre Países en Vías de Desarrollo (PVD) para no imponer estándares sociales y medioambientales exigentes hasta el punto de desalentar la Inversión Extranjera Directa (IED) alcanza ya a los países industrializados del Norte, del Primer Mundo. La emergencia de China como actor de inesperada pujanza, y como singular primer adalid del libre comercio ha roto muchos de los esquemas y moldes preexistentes<sup>1</sup>. Los tratados

1. Nótese que China no es parte en sesenta y cuatro de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, y en concreto, no se ha convertido en parte en cuatro de los llamados *fundamentales* (n.º 29, n.º 87, n.º 98 y n.º 105): acuerdos internacionales que afectan a aspectos laborales elementales como la abolición del trabajo forzoso,

bilaterales de protección de inversiones y su régimen global son percibidos bajo sospecha de haber empeorado la situación de ciertos derechos humanos, al reducir el coste relativo de su violación, debido a la limitación del poder regulatorio de los Gobiernos frente a los inversores, que cuentan con escasos deberes<sup>2</sup>. Sean o no fundados los temores que conducen a esta sospecha y cualquiera que sea la causa última de la supuesta *carrera a la baja*<sup>3</sup> global en las condiciones del trabajo y la protección sociales resulta indiscutible que esta percepción se encuentra cada vez más extendida entre diferentes segmentos de población del Primer Mundo. Con acierto a mi juicio se ha señalado que el paradigma neoliberal de globalización dominante es en el mejor de los casos hostil a la protección de los derechos humanos<sup>4</sup>. De modo que la cuestión se plantea en términos de eventual enfrentamiento entre un enfoque de derechos adquiridos que se ven amenazados en el Primer Mundo frente a la ventaja comparativa ¿hasta qué punto legítima? de la mano de obra en ciertos países en desarrollo.

Algunas cuestiones previas resultan inevitables al abordar este fenómeno: ¿puede exportarse aun de forma parcial el modelo social europeo a terceros países?, en primer lugar; y en segundo, ¿es un requisito sine qua non su trasvase a terceros países para su propia pervivencia en Europa? ¿Existe un modelo social europeo, varios o ninguno? Cualesquiera que sean las respuestas, ciertamente, la sostenibilidad del modelo social europeo con sus diferentes variantes está amenazada<sup>5</sup>.

la libertad sindical y la negociación colectiva. Véase: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210\\_COUNTRY\\_ID:103404](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:103404)

2. "Knowing that damages awarded by arbitral tribunals can amount to millions, just the prospect of such a challenge could deter host states from implementing ambitious human rights policies, at least when they are under applicable international investment disciplines. This is especially true of economic, social and cultural rights, which require progressive realisation through effective measures by the state in order to be fulfilled", J. WOUTERS y N. HACHEZ, "When Rules and Values Collide: How Can a Balanced Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 3, n.º 2, 2009, pp. 301-344, en p. 310. Puede verse asimismo O. OLARIU, "Human Rights and International investment: a BIT Friends or foes? Lessons to learn from Europe", en A. M. SALINAS DE FRÍAS y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (Dirs.) y A. SÁNCHEZ FRÍAS y F. DE ASÍS PEÑA DÍAZ (Coords.), *La Unión Europea y la Protección de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 507-517; finalmente, E. DE BRABENDERE, "Human Rights and International Investment Law", *Grotius Centre Working Paper Series*, N.º 2018/075-HRL, 26 de marzo de 2018.
3. Vid. A. SINGH y A. ZAMMIT, "Labour Standards and the 'Race to the Bottom': Rethinking Globalization and Workers' Rights from Developmental and Solidaristic Perspectives", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 20, n.º 1, 2004, pp. 85-104.
4. P. O'CONNELL, "On Reconciling Irreconcilables: Neo-liberal Globalisation and Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, n.º 3, 2007, pp. 483-509.
5. Según una serie de estudios recopilados por la Comisión Europea la automatización en el empleo afectará en el futuro cercano a un elevado y dramático porcentaje de

A pesar de las extendidas proclamaciones del declive y decadencia del poder normativo de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa entraña el marco jurídico más ambicioso hasta la fecha orientando todas las vertientes de la acción exterior de la organización internacional a promover la protección de los derechos humanos en sus relaciones con el resto del mundo. La Unión profesa en el marco de esta "diplomacia de valores" un teórico compromiso con la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, persiguiendo con arreglo a su Derecho originario la erradicación de la pobreza bajo la estricta observancia del Derecho Internacional (artículos 3.5 y 21.1 del Tratado de la Unión Europea –en adelante TUE–)<sup>6</sup>. La Unión Europea ha sido igualmente partidaria de considerar la interdependencia entre derechos humanos, democracia, y desarrollo en su discurso enfocado hacia la afirmación y promoción de sus valores<sup>7</sup>. Una de las claves para la integración europea en el S.XXI será la tendente a determinar hasta qué punto podrá llevarse a cabo una "diplomacia económica" orientada a garantizar acceso a materias primas y mejorar las oportunidades de exportación e inversión en terceros países respetando al mismo tiempo las exigencias normativas y axiológicas expuestas. De ellas se infiere que el Derecho originario preconiza un paralelismo entre los valores *ad intra* y *ad extra*.

La Unión Europea definida como "economía social de mercado altamente competitiva"<sup>8</sup> tiene entre sus objetivos la búsqueda de la justicia social con arreglo al Derecho originario. Igualmente, desde la creencia en un comercio libre y justo se establece como objetivo el desarrollo sostenible en los planos social y ambiental de los PVD, con la finalidad fundamental

los trabajos existentes actualmente en los Estados miembros, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* n.º 12062, 14 de julio de 2018, p. 28

6. Véase S. DOUGLAS-SCOTT, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n.º 4, 2011, pp. 645-682; asimismo, E. NEFRAMI, "Customary International Law and the European Union from the perspective of Article 3(5) TEU", en P. EECKHOUT y M. LÓPEZ ESCUDERO (Eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016, pp. 205-222.
7. D. J. LINÁN NOGUERAS y L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Human Rights Conditionality in the external trade of the European Union: legal and legitimacy problems", *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 7, n.º 1, 2001, p. 334. Las circunstancias que rodearon la adopción de la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea en 2016 permiten presagiar en lo sucesivo una política exterior menos orientada a la promoción de los valores europeos, en este sentido, D. J. LINÁN NOGUERAS, "Un nuevo discurso estratégico para la política exterior de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, pp. 11-24; E. BARBÉ IZUEL, "La Estrategia Global de la Unión Europea: el camino del medio", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 1-10.
8. Artículo 3.3 TUE.

de erradicar la pobreza. Este enfoque normativo, lógicamente es limitado, puesto que la Unión Europea no es un actor global completo ni principalmente orientado hacia los derechos humanos.

Antes de analizar algunos de los instrumentos que la Unión Europea emplea para promover los derechos humanos, y en particular, los derechos laborales más básicos fuera de sus fronteras pueden señalarse algunos elementos que generan inquietud acerca de las capacidades y conveniencia desde un punto de vista pragmático para la Unión Europea a la hora de perseguir estos objetivos:

– La mayor paradoja de una agenda internacional que pretenda expandir cuantitativamente los flujos comerciales de mercancías como un fin sagrado en sí mismo reside en el hecho señalado por De Schutter: los consumidores de los países industrializados tienen acceso irrestricto a productos manufacturados baratos importados de PVD –baratos tanto por ser relativamente intensivos en mano de obra como por ser producidos en países donde hay bajos salarios– al mismo tiempo que las externalidades negativas como las debidas al uso de tecnologías contaminantes no tienen efecto sobre sus precios de venta al público<sup>9</sup>.

– Como señala Rosas la Unión Europea no puede ser caracterizada *stricto sensu* como organización internacional de derechos humanos en la medida en que la promoción exterior de los derechos humanos no constituye su objetivo principal ni preeminente<sup>10</sup>.

9. “[C]onsumers in industrialized countries continue to have access to cheap manufactured products imported from developing countries –and they are cheap both because they are relatively labour-intensive and produced in low-wage countries, and because the negative externalities that result from polluting technologies are not taken into account in their retail prices”, en O. DE SCHUTTER, *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking trade to labour rights and environmental standards*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, pp. 15-16. La situación de la industria textil y de la confección es paradigmática de la ausencia de incidencia en las pautas de consumo de las externalidades negativas, puede verse al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección (2016/2140(INI)).

10. “[T]he Union furthers not only its values but also its economic, political and security interests in its dealings with third States. Internally, the emphasis is on fundamental rights, as a concept of the EU constitutional order. The strengthening of EU human rights and fundamental rights policies and doctrines should take this reality fully into account. This does not mean that the human rights and fundamental rights component of EU policies could not or should not be strengthened. I believe, in fact, that they should be so strengthened. But if such efforts are based on the wrong assumption that the only, or at least dominant, goal of the EU is the promotion and protection of human rights and humanitarian law, then disappointment and frustration will be the only possible outcome”, A. ROSAS, “Is the EU a human rights organisation?”, *Cleer Working Papers*, n.º 1, 2011, p. 16. Asimismo, puede verse: G. DE

– La Unión Europea no siempre tiene capacidad de ejercer influencia real a pesar de su gran talla como bloque comercial integrado cuando su contraparte es un actor global poderoso en términos económicos o geopolíticos<sup>11</sup>. Puede pensarse en el denominado *Consenso de Pekín* como alternativa emergente tanto para el *Consenso de Washington* como para el modelo social europeo, cualquiera que sea su versión en el caso de este último<sup>12</sup>. Finalmente, se ha cuestionado que los acuerdos de libre comercio puedan constituir una herramienta adecuada para exportar y expandir el modelo social europeo, del mismo modo que la propia Unión es caracterizada en cierta literatura, dadas sus peculiaridades competenciales e institucionales, como un formidable poder comercial, pero un poder en conflicto (*conflicted trade power*)<sup>13</sup>.

La Unión Europea, bajo los condicionantes de la pertenencia a la Organización Mundial de Comercio (OMC), busca la vinculación entre el comercio y los derechos laborales y la protección medioambiental a través de la noción de desarrollo sostenible: una noción ambigua y elástica, maleable y susceptible de apropiación tanto por el pensamiento económico ortodoxo y hegemónico como por todo tipo de discursos<sup>14</sup>. Del mismo modo persisten profundas dudas y controversias acerca de la relación entre libre comercio y derechos humanos, ¿es el libre comercio el lugar y foro más apropiado para mejorar su protección y promoción?, ¿no se produce de este modo una subordinación epistémica y teleológica de los derechos humanos hacia los objetivos de política económica que lejos de ser neutrales reflejan y suponen una elección no siempre armónica con los primeros<sup>15</sup>? No existe una jerarquía normativa formalizada en Derecho Internacional que solucione estos problemas (con la salvedad

BÚRCA, “The road not taken: the European Union as a global human rights actor”, *The American Journal of International Law*, Vol. 105, N.º 4, 2011, pp. 649-693.

11. “[T]he EU cannot always exert real influence externally when the trading partner is a powerful global economic or geopolitical player”, véase S. VELLUTI, “The promotion of social rights and labour standards in the EU’s external trade relations”, *CLEER Papers*, n.º 5, 2016, p. 85.
12. E. FANJUL, “El Consenso de Pekín: ¿un nuevo modelo para los países en desarrollo?”, *Real Instituto Elcano*, ARI n.º 122/2009.
13. S. MEUNIER y K. NICOLAÏDIS, “The European Union as a conflicted trade power”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, n.º 6, 2006, pp. 906-925.
14. A. PIGRAU I SOLÉ, “España, la Unión Europea, el derecho internacional y el desarrollo insostenible”, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ y E. W. PETIT DE GABRIEL (Eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1253-1288.
15. P. ALSTON, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, n.º 4, 2002, pp. 815-844.

del *ius cogens* y con la salvedad nada clara en términos prácticos de que pudiera defenderse que la protección de los derechos humanos constituye una emanación directa de la primacía del artículo 103 de la Carta de San Francisco).

La *cuestión social* no ha sido abordada de forma expresa por la OMC y la doctrina ha venido negando la posibilidad de que el llamado *dumping social* con carácter general pueda justificar y motivar la adopción de derechos antidumping fundados en el artículo VI del GATT<sup>16</sup>. En la Declaración ministerial de Singapur de diciembre de 1996 los Estados miembros de la OMC manifestaron su compromiso con las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas defiriendo su protección a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en la creencia de que el *incremento del comercio y la mayor liberalización comercial* contribuirían a su promoción<sup>17</sup>. Ambas organizaciones internacionales pese a colaborar y mantener un cierto intercambio informal y de carácter técnico presentan enfoques, fines y atribuciones bien distintos, en ausencia de una cooperación más formalizada e institucionalizada entre ellas como la que sería del agrado de la Unión Europea: la OIT, que a diferencia de la OMC, es un organismo especializado del sistema de Naciones Unidas sigue sujeta a la filosofía que recoge el Preámbulo de su Constitución que indica “*que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países*”. Desde el punto de vista competencial, la Unión Europea posee mayores atribuciones en el ámbito de la Política Comercial Común que en el ámbito laboral, puesto que en este último caso la competencia externa es compartida con los Estados miembros.

Estos ambiciosos objetivos exteriores de la Unión coinciden con retrocesos dispares en el modelo social europeo a nivel interno que han sido

16. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio Justo y Derechos Sociales*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 80-87. Asimismo, puede verse E. Díez Peralta, *El comercio de productos agrícolas entre la Unión Europea y Marruecos*, Dykinson, 2005, pp. 318-323. En relación con la problemática justificación de restricciones comerciales dentro del derecho de la OMC como respuesta a violaciones de los derechos sociales puede verse X. FERNÁNDEZ PONS, “Los Derechos económicos, sociales y culturales y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio”, en J. BONET PÉREZ y R. A. ALIJA FERNÁNDEZ (Eds.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional*, Marcial Pons, 2016, pp. 263-314.
17. Igualmente, dicha declaración prevenía a los Estados miembros a la hora de incrementar los estándares de protección social como un modo de proteger las industrias domésticas. Puede verse el texto de la Declaración en el siguiente enlace: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min96\\_s/twodec\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/twodec_s.htm)

muy acusados en el marco de la consolidación fiscal y los programas económicos de ajuste en la Unión Económica y Monetaria alcanzando su paroxismo en el caso de Grecia<sup>18</sup>. Al mismo tiempo la amenaza terrorista ha supuesto que Francia mantenga durante cerca de dos años activa la derogación al Convenio Europeo de Derechos Humanos prevista en su artículo 15 al declarar el Estado de emergencia. Por no mencionar los lacerantes casos de amenaza al Estado de Derecho en Hungría y Polonia...

Las Conclusiones del Consejo de la Unión relativas al Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019)<sup>19</sup> establecen como objetivo en su punto 17 el establecimiento de una Agenda en materia de derechos económicos y sociales, destacando como ámbitos: la educación, el acceso a los alimentos y al agua, saneamiento, salud, la política social y el nivel de vida; aumentar la cobertura de los niveles mínimos de protección social nacional y aplicar gradualmente unas normas más elevadas de garantías sociales. Se invita a todos los agentes y a los Estados miembros a tomar como referencia los Convenios fundamentales de la OIT<sup>20</sup> y a estos últimos a considerar la ratificación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>21</sup>. Además, se pone énfasis en la creación de capacidades y en la protección de los defensores de los derechos humanos, en especial los relacionados con derechos laborales, propiedad de la tierra y pueblos indígenas<sup>22</sup>.

18. P. DERMINE y O. DE SCHUTTER, “The two constitutions of Europe: Integrating social rights in the new economic architecture of the Union”, *Journal européen des droits de l’homme / European journal of human rights*, n.º 2, 2017, pp. 108-156.
19. Conclusiones del Consejo sobre el Plan de Acción para los derechos humanos y la democracia (2015-2019) aprobadas por el Consejo de Asuntos Exteriores el 20 de julio de 2015, p. 16.
20. Convenios fundamentales: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo 1973 (núm. 138); Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (núm. 100); y Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111).
21. Solo ocho Estados miembros de la Unión Europea son parte en el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales a la fecha de cierre de este trabajo: Bélgica, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo y Portugal.
22. Puede pensarse como paradigmático de la necesidad de proteger a los defensores de derechos humanos en el asesinato acaecido en 2016 en Honduras de la líder indígena

Puede pensarse en la Unión Europea como un potencial jugador influyente en el campo de la condicionalidad social y ambiental en el comercio internacional dada su talla como bloque de integración económica regional. Ello a pesar de que su poder normativo parece estar de capa caída, más aún con las repercusiones que la pérdida de la influencia y capacidades de Reino Unido tras el *Brexit* puede acarrear... La Unión Europea practica una condicionalidad *selectiva*, también calificada de *suave* (*soft conditionalism*)<sup>23</sup>. Recurre con más frecuencia a la condicionalidad positiva que a la condicionalidad negativa, y desde luego la primera tiene un encaje más satisfactorio tanto en el Derecho Internacional general como en el Derecho del comercio internacional, especialmente a través de la Cláusula de Habilitación del GATT introducida en 1979 para permitir un trato más favorable a los PVD sin infringir la cláusula de nación más favorecida<sup>24</sup>.

Cuatro son los instrumentos donde está presente la condicionalidad social de la Unión Europea en sus relaciones comerciales exteriores que serán tratados en el presente trabajo<sup>25</sup>:

1. Las preferencias comerciales generalizadas para PVD y en particular el régimen de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG +).
2. La incidencia en los aspectos sociales de los acuerdos comerciales "de nueva generación" celebrados por la Unión. La única medida de naturaleza *convencional*, frente a los restantes instrumentos aquí citados que son de carácter *unilateral*.
3. La modernización de los instrumentos de defensa comercial.
4. La búsqueda de un marco jurídico idóneo para la responsabilidad de las empresas.

lenca y activista medioambiental Berta Cáceres debido a su oposición a un proyecto hidroeléctrico.

23. S. VELLUTI, "The promotion of social rights and labour standards in the EU's external trade relations", *loc. cit.*, pp. 83-113.
24. C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, "El tratamiento de los países en vías de desarrollo en la Organización Mundial del Comercio y las iniciativas unilaterales de la Comunidad Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 3, 2001, pp. 1-38.
25. Un mayor espectro de actuaciones e instrumentos puede verse en M. JULIÀ BARCELÓ, "Los Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones exteriores de la Unión Europea" en J. BONET PÉREZ y R. A. ALIJA FERNÁNDEZ (Eds.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional*, Marcial Pons, 2016, pp. 401-422.

## II. EL SISTEMA DE PREFERENCIAS GENERALIZADAS COMO INSTRUMENTO DE CONDICIONALIDAD SOCIAL

Las Comunidades Europeas se dotaron de un Sistema de Preferencias Generalizadas (en adelante SPG) por vez primera en 1971<sup>26</sup>. La disminución de la importancia cuantitativa de los derechos de aduana como consecuencia de las sucesivas rondas negociadoras multilaterales, así como el aumento de los acuerdos bilaterales o regionales de libre comercio son factores que han limitado el impacto de esta oferta comercial preferencial autónoma hacia los PVD (por ejemplo, en enero de 2019 debido a la aplicación de acuerdos comerciales preferenciales dejarán de ser elegibles en el SPG, Costa de Marfil, Suazilandia y Ghana<sup>27</sup>).

En 1998 fue modificado el SPG para introducir preferencias adicionales en el marco de "régimen especiales de estímulo" aplicables a los PVD que se comprometieran a cumplir ciertos estándares laborales o medioambientales. Su compleja articulación y su escaso atractivo hicieron que solo Moldavia y Sri Lanka fueran beneficiarios<sup>28</sup>. India recurrió al sistema de solución de controversias de la OMC debido a la inclusión de Pakistán como beneficiario del "régimen droga" mientras ella quedaba excluida. El Órgano de Apelación entendió que este régimen era discriminatorio al conceder franquicia arancelaria a PVD a partir de un listado elaborado con total discrecionalidad por la Comisión Europea sin criterios objetivos (par que el sistema respetase la Cláusula de Habilitación debería otorgar la posibilidad de un tratamiento arancelario idéntico a todos los beneficiarios del SPG que se encuentren en situación similar)<sup>29</sup>.

Para atender estas exigencias y establecer criterios no discriminatorios, en 2005 fue adoptado un nuevo Reglamento en el que se incorporó el

26. C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, "El nuevo sistema de preferencias arancelarias generalizadas: comentario al Reglamento (CE) n.º 980/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 9, 2006, p. 2.
27. Reglamento Delegado (UE) 2018/148 de la Comisión de 27 de septiembre de 2017 que modifica los anexos II, III y IV del Reglamento (UE) n.º 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, DOUE L 26/8, de 31 de enero de 2018.
28. C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, "El nuevo sistema de preferencias arancelarias generalizadas comunitario a la luz de los Informes de la Organización Mundial del Comercio", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 21, 2005, pp. 457-460.
29. *Ibid.*, pp. 463-471. Una propuesta de SPG + mejor adaptado a las exigencias del pronunciamiento del Órgano de Apelación de la OMC puede encontrarse en L. BARTELS, "The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement", *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, n.º 4, 2007, pp. 869-886.

Régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG +), diseñado para la incorporación de "países vulnerables" (de renta baja/media, con escasa diversificación y fuerte dependencia económica de sus exportaciones de un determinado producto)<sup>30</sup>. El SPG + desde su introducción exige a sus potenciales beneficiarios la ratificación en bloque de veintisiete tratados internacionales y su aplicación efectiva, con la novedad en 2005 de añadir a los Convenios fundamentales de la OIT<sup>31</sup> algunos de los principales tratados sobre derechos humanos del ámbito universal<sup>32</sup>. Este modo de proceder obedece a la convicción de que dichas normas tienen una vocación universal y reflejan en su contenido Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria. Igualmente se recogen entre los veintisiete tratados de su Anexo III once convenios relativos a la protección del medioambiente, la seguridad de la biotecnología, la lucha contra los estupefacientes y la corrupción.

Durante el periodo 2005-2006 se alentó la ratificación de Convenios Fundamentales de la OIT en Bolivia, Colombia, Venezuela, Mongolia y El Salvador, debido a que sin la ratificación habrían perdido su estatus de beneficiarios. En el caso de El Salvador el trabajo y presión conjunta de la Comisión Europea y de la OIT lograron que este país no dejase de aplicar los Convenios n.º 87 y 98 de la OIT, siendo necesaria la reforma constitucional, puesto que la Constitución salvadoreña limitaba tanto la libertad sindical como el derecho a la negociación colectiva al sector privado<sup>33</sup>.

El ramillete de tratados internacionales que se establece como parámetro de la condicionalidad en materia social constituye tan solo una muestra exigua del acervo normativo de la OIT en lo que respecta a las normas laborales que incluye cerca de 200 convenios y otras tantas

30. Reglamento (CE) n.º 980/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005 relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, DOUE L/1, de 30 de junio de 2005.

31. Los veintisiete tratados internacionales aparecen en el Anexo III del Reglamento n.º 980/2005. Entre ellos los Convenios *fundamentales* de la OIT son los mismos que aparecen en la nota 16, *supra*.

32. Igualmente, recogidos en el Anexo III del Reglamento: 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. 4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 5. Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. 6. Convención sobre los derechos del niño. 7. Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio. 16. Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.

33. O. DE SCHUTTER, *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking trade to labour rights and environmental standards*, op. cit., p. 119.

recomendaciones: determinar qué parte de ellos son derechos humanos básicos, con vocación de universalidad y oponibles *erga omnes* sigue siendo una tarea ímproba<sup>34</sup>. La Declaración de 1998 de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aun a riesgo de banalizar por reduccionismo la actividad normativa de la organización, señala en palabras de Bonet Pérez que el contenido necesario e indispensable de los Convenios fundamentales de la OIT es exigible a los Estados miembros de la OIT por el hecho de serlo independientemente de que sean o no parte en ellos, constituyendo un paso muy relevante en la consolidación de dicho contenido como Derecho Internacional General<sup>35</sup>. En lo que respecta a los derechos humanos, no se exige (tampoco en el Reglamento actual) haber reconocido plenitud de atribuciones a los respectivos órganos convencionales de control mediante la celebración de los respectivos protocolos facultativos o la emisión de las oportunas declaraciones facultativas (sí las obligaciones de información periódica) y tampoco está presente en dicho listado a día de hoy curiosamente el único tratado internacional en que la UE sí que es parte (la Convención de Naciones Unidas relativa a los derechos de las Personas con Discapacidad)<sup>36</sup>.

Desde la óptica de los PVD la principal crítica que puede hacerse al SPG + radica en lo costoso que es para ellos ratificar e implementar la lista de convenios al tiempo que la condicionalidad puede verse como un proteccionismo enmascarado orientado a anular su ventaja comparativa en costes laborales; mientras que dado el escaso número de países a que se aplica este régimen puede considerarse escasa su capacidad para lograr los elevados objetivos que persigue<sup>37</sup>.

Sin comportar modificación para el conjunto de veintisiete tratados internacionales referidos y teniendo siempre su base jurídica en la Política

34. Véase a título de ejemplo la última de ellas: Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205).

35. J. BONET PÉREZ, *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 345.

36. Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la conclusión de la Convención de Naciones Unidas relativa a los derechos de las Personas con Discapacidad, DOUE L 23/35, de 27 de enero de 2010.

37. C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, "La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los países en vías de desarrollo: modalidades e interacciones", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 39, 2011, pp. 461-464. Asimismo, M. GONZÁLEZ GARIBAY, "The Trade-Labour Linkage from the Eyes of the Developing Countries: A Euphemism for Protectionist Practices?", Vol. 14, n.º 5, *European Foreign Affairs Review*, 2009, pp. 763-784.

Comercial Común (actual artículo 207 TFUE)<sup>38</sup> el Reglamento ha sido reformado en dos ocasiones: en 2008 para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011<sup>39</sup>, y el actualmente vigente es el Reglamento n.º 978/2012<sup>40</sup> que cubre el periodo comprendido entre 2014-2024 (para los países menos desarrollados la aplicación es en principio de extensión indefinida) y que ha supuesto una reducción muy considerable del número de potenciales beneficiarios: en él perviven los tres regímenes, el régimen general de preferencias generalizadas, y los dos regímenes especiales, el SPG + y “todo menos las armas” (TMA) para los “países menos desarrollados” (PMA). En los tres casos es posible la retirada temporal de las preferencias arancelarias ante una violación grave y sistemática de los principios contenidos en los principales convenios de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre derechos humanos y laborales o ante la exportación de mercancías fabricadas en prisiones<sup>41</sup>. La Comisión Europea tiene atribuidas competencias de ejecución y delegadas para iniciar una investigación y adoptar la retirada temporal de preferencias cuando crea que hay motivos suficientes, tras haber recabado toda la información necesaria, y haber dado la oportunidad al

Estado investigado de colaborar, responder y defenderse. Myanmar en 1997 y Bielorrusia en 2006-2007 constituyen los dos primeros precedentes de sanción por violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos y laborales: así fueron retiradas las preferencias a Myanmar (Birmania), por violación del Convenio n.º 29 de la OIT que prohíbe el trabajo forzoso, y a Bielorrusia, por vulneración de las obligaciones de la OIT relativas a la libertad de asociación y del derecho de negociación colectiva protegidos por los Convenios n.º 87 y n.º 98 de la OIT. En ambos casos la Unión respondió con la mayor sanción al retirar a ambos países del régimen general del SPG, como reacción al establecimiento en los dos casos de comisiones de investigación en consonancia con el artículo 26 de la Constitución de la OIT<sup>42</sup>. Al tener estos dos países dos poderosos aliados como China y Rusia, respectivamente, se ha señalado la escasa eficacia de las medidas negativas ya que ambos países han podido redirigir sus exportaciones y atraer la inversión extranjera. Del mismo modo si tales medidas no se ven acompañadas de un respaldo activo por parte del sector privado su incentivo para inducir cambios en el respeto hacia los estándares laborales no es muy poderoso<sup>43</sup>. En 2010, como consecuencia de la falta de incorporación y aplicación efectiva no de Convenios de la OIT sino del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y de la Convención sobre los derechos del niño, particularmente, tras una investigación iniciada en 2008 se produjo la primera suspensión y retirada temporal de preferencias por no aplicar los tratados de derechos humanos dentro del SPG + a Sri Lanka, como beneficiario<sup>44</sup>. Venezuela fue suspendida en 2009 por no haber ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>45</sup>.

38. Son innegables los vínculos teleológicos del SPG con la política de cooperación al desarrollo, véase M. A. CEPILLO GALVÍN, Política comercial europea y preferencias arancelarias, Dykinson, Madrid, 2008. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “si las medidas de que se trate están destinadas específicamente a regular el comercio internacional y, por tanto, a regular los intercambios exteriores de la Comunidad, dichas medidas están incluidas en el ámbito de la política comercial común, aun cuando persigan objetivos múltiples, y la Comunidad es la única competente para adoptarlas, sin que resulte necesario determinar el objetivo que prevalece o el ‘centro de gravedad’ de tales medidas”, Dictamen 2/00 del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2001, ECLI:EU:C:2001:664; asimismo el Tribunal de Justicia ya había señalado con anterioridad: “Al ser el sistema comunitario de preferencias arancelarias generalizadas la expresión de una nueva concepción de las relaciones comerciales internacionales que deja un amplio margen para objetivos de desarrollo, los actos de aplicación de dicho sistema corresponden al ámbito de la política comercial común”, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo*, asunto 45/86, ECLI:EU:C:1987:163.
39. Reglamento (CE) n.º 732/2008 del Consejo de 22 de julio de 2008 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 552/97 y n.º 1933/2006 del Consejo y los Reglamentos (CE) n.º 1100/2006 y n.º 964/2007 de la Comisión, DOUE L 211/1, de 6 de agosto de 2008. Este régimen fue extendido hasta el 31 de diciembre de 2013, en virtud del Reglamento (UE) n.º 512/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, DOUE L 145/28, de 31 de mayo de 2011.
40. Reglamento (UE) n.º 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) no 732/2008 del Consejo, DOUE Serie L 303/1, de 31 de octubre de 2012.
41. Véase el artículo 19 del Reglamento n.º 978/2012.

42. O. DE SCHÜTTER, *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking trade to labour rights and environmental standards*, op. cit., pp. 115-119.
43. L. BEKE y N. HACHEZ, “The EU GSP: a preference for human rights and good governance? The Case of Myanmar”, *Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 155*, marzo, 2015, pp. 23-24. El proyecto de explotación de gas natural en el campo de Yadana puso en el punto de mira a la empresa francesa Total S.A. que en consorcio con otras sociedades estadounidenses se habrían beneficiado del uso de trabajo forzoso y también recurrido a las fuerzas armadas birmanas para asegurar las instalaciones teniendo complicidad cuando menos en importantes violaciones de derechos humanos.
44. J. D. JANER TORRENS, “Sistema de Preferencias Generalizadas y promoción de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea” en C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 648.
45. C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, “La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los países en vías de desarrollo: modalidades e interacciones”, loc. cit., p. 468. Se ha dicho que la actuación de la Unión Europea a la hora de retirar

El Reglamento n.º 978/2012 permite acogerse al SPG + a los países comprendidos en el régimen general que sean vulnerables con el objeto de favorecer su inserción en el comercio internacional siempre que hayan ratificado y se comprometan a garantizar la aplicación efectiva, sin reservas contrarias a su objeto y fin, de los veintisiete tratados internacionales (estando comprendidos los relativos a derechos humanos y laborales en la parte A del Anexo VIII del mismo)<sup>46</sup>. Cada beneficiario acepta de forma íntegra los requisitos de información impuestos por cada convenio y asume el compromiso vinculante de aceptar el seguimiento y la revisión regulares de su historial de aplicación... así como el deber de participar y colaborar con la Comisión Europea que en el marco del SPG + de acuerdo con el artículo 13 *“revisará la situación de ratificación de los convenios pertinentes y hará un seguimiento de su aplicación efectiva, así como de la cooperación con los organismos de seguimiento correspondientes, examinando las conclusiones y recomendaciones de dichos organismos de seguimiento”*. El Reglamento (artículo 14) obliga a la Comisión a más tardar a partir de 1 de enero de 2016 y de ahí cada dos años a remitir un informe Parlamento Europeo y al Consejo sobre el cumplimiento por parte de los países beneficiarios del SPG+ de las obligaciones de información que les imponen dichos convenios y sobre la situación en cuanto a la aplicación efectiva de los mismos... A partir de dicha información si la Comisión alberga dudas razonables

preferencias comerciales en el marco del SPG + anterior al actualmente vigente no ha sido del todo consistente con los informes emitidos por la OIT: *“First, the application of sanctions by the EU in its GSP scheme is consistent with ILO specialist assessments of countries’ observance of ILO Conventions. In sanctioning developing countries the Union has drawn a clear line between levels 4 and 5 on the pyramid of condemnation. It seems that the EU would only take such drastic steps as the withdrawal of trade preferences for breach of labour standards in cases in which the ILO bodies (and other institutions) have unambiguously held that such breach has not only occurred but has been persistent and serious. Thus, the EU has lived up to its intention to use incentive-based rather than punitive social clauses. Second, the EU’s granting of GSP+ incentives is less clearly consistent with a reading of the ILO committees’ reports. The system has been successful in ensuring the full ratification of the eight fundamental labour standards among the beneficiary countries, as exemplified by the case of El Salvador. However, several countries have received GSP+ trade preferences despite being seriously criticized by the authoritative ILO committees for their implementation of the relevant conventions. Looking more closely at the position of the GSP+ beneficiaries on the pyramid, it can be concluded (1) that there is a large variety between these countries in terms of implementation, ranging from relatively serious condemnations (for example, in the case of Colombia, Guatemala, Venezuela) to rather positive remarks (for example, for Bolivia, Ecuador, Honduras); and (2) that these observations are relatively static over time with no real noticeable changes between 2005 and 2008”*, véase J. ORBIE y L. TORTELL, *“The New GSP+ Beneficiaries: Ticking the Box or Truly Consistent with ILO Findings?”*, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 14, n.º 5, 2009, p. 679.

46. La Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid desaparece en el Reglamento vigente de este listado con respecto al Reglamento de 2008.

de que un país concreto beneficiario del SPG+ respete los compromisos vinculantes, tiene atribuidas competencias para iniciar una investigación recabando toda la información posible y puede finalizar retirando con carácter temporal las preferencias mediante actos delegados, tras haber publicado el inicio de la investigación en el Diario Oficial de la Unión, haber informado al país beneficiario, y haberle dado la posibilidad de cooperar (recayendo sobre el beneficiario la carga de la prueba)<sup>47</sup>.

Los tres escalafones del SPG siguen dominados en cuanto a la posibilidad de retirada temporal por una gran discrecionalidad de la Comisión Europea pues no ha sido establecida ninguna gradación ni criterio objetivo que fije el umbral mínimo de gravedad en las violaciones de derechos humanos que pueden acarrear medidas negativas. Claro está que sería insensato no dejar un margen de flexibilidad a los criterios políticos, pero desde luego, la credibilidad y coherencia del sistema de preferencias generalizadas se resiente ante dobles estándares generando dudas acerca del verdadero propósito del sistema<sup>48</sup>. En todo caso el procedimiento existente en la UE ha sido calificado de transparente y justo en comparación con el de Estados Unidos<sup>49</sup>.

El informe presentado en enero de 2018 por la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión en relación con el periodo 2016-17 del SPG ofrece datos de obligado análisis<sup>50</sup>:

A) En el régimen general hay un dominio de India con un 53% de las importaciones preferenciales que se producen al amparo del mismo en la UE.

B) En el SPG+ encontramos que el 74% de las importaciones preferenciales corresponden a Pakistán<sup>51</sup> y el 22% a Filipinas (ambos con

47. Véanse los artículos 19.10 y 36 del Reglamento n.º 978/2012, esta atribución para adoptar actos delegados de retirada temporal de las preferencias la posee la Comisión Europea en el caso de los tres regímenes preferenciales del SPG actual.

48. D. J. LIÑÁN NOGUERAS y L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *loc. cit.*, p. 321.

49. L. BEKE y N. HACHEZ, *loc. cit.*, p. 17.

50. Comisión Europea, *Report on the Generalised Scheme of Preferences covering the period 2016-2017*, Bruselas, 19 de enero de 2018, COM(2018) 36 final. Puede adelantarse que: El 51 % de las importaciones preferenciales de la UE se realizan al amparo del régimen general, el 12 % del SPG +, y el 38% del TMA. Además, resulta significativo que India (27%), Vietnam (25%), Bangladesh (11%), y Pakistán (9%) aglutinan el 72% de las importaciones preferenciales.

51. Su mantenimiento como beneficiario del SPG +, comprensible en términos geopolíticos, es muy controvertido desde el punto de vista de los derechos humanos: *“Les faits montrent que la situation des droits de l’homme au Pakistan ne cesse de se détériorer depuis que le ‘SPG+’ lui a été accordé en 2014. La recrudescence des exécutions militaires de civils, le musellement des libertés de la presse, la discrimination systématique à l’égard des femmes, le terrorisme parrainé par l’État, les graves violations des droits des travailleurs (incluant le*

un comportamiento muy cuestionable en cuanto al respeto hacia los principios más esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Dentro de los 10 beneficiarios que ha habido en el periodo 2016-2017 se hallan: Armenia, Bolivia (que fue investigada en 2012 por la Comisión Europea por haber denunciado la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes, aunque Bolivia volvió a ser parte en la misma y la investigación se cerró en 2013), Cabo Verde, Filipinas, Georgia, Kirguistán, Mongolia, Pakistán, Paraguay, y Sri Lanka (reinsertado en mayo de 2017 –un país que sin embargo aparece en la lista negra por blanqueo de capitales<sup>52</sup>–). Georgia abandonó el régimen SPG + debido al acceso preferencial obtenido en virtud del acuerdo de asociación firmado en 2014<sup>53</sup>. Paraguay abandonará el SPG + en 2019 al ser considerado por el Banco Mundial como un país de renta media/alta<sup>54</sup>, no obstante, la práctica del “criadazgo” no ha sido un óbice para su tratamiento arancelario privilegiado: esta práctica afecta sobre todo a las niñas provenientes de pueblos indígenas y comunidades campesinas y constituye una de las peores formas de trabajo forzoso e infantil que implica también la exposición de adolescentes a agresiones físicas y sexuales<sup>55</sup>. Otro país con registros pésimos en cuanto a los derechos fundamentales del trabajo como Guatemala abandonó el SPG + desde

*travail des enfants et le travail forcé) et les milliers de disparitions sans enquête ne sont que quelques exemples de la non prise en compte des conventions fondamentales par les autorités pakistanaises”, en palabras del grupo de reflexión Women’s Economic and Social Think Tank, Bulletin Quotidien Agence Europe n.º 11.955, de 7 de febrero de 2018, pp. 5-6.*

52. Reglamento Delegado (UE) 2018/212 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la adición de Sri Lanka, Trinidad y Tobago y Túnez en el cuadro que figura en el punto I del anexo, DOUE L 41/4, de 14 de febrero de 2018.
53. Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, DOUE L 261/4 de 30 de agosto de 2014. En él: “Las Partes reconocen que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no pueden hacerse valer o utilizarse de otro modo como ventaja comparativa legítima y que las normas laborales no deben emplearse con fines de proteccionismo comercial”. Véase su artículo 229.
54. Reglamento Delegado UE 2018/148 de la Comisión de 27 de septiembre de 2017 que modifica los anexos II, III y IV del Reglamento (UE) n.º 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, DOUE L 26/8, de 31 de enero de 2018.
55. Diversos organismos internacionales, entre ellos el Comité de Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, UNICEF...han expresado su preocupación por la persistencia de esta práctica, e incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó medidas cautelares en el asunto de una adolescente de 15 años (Resolución 7/2017, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medida Cautelar n.º 68-17, Asunto Panambi c. Paraguay, 2 de marzo de 2017).

enero de 2016 al obtener acceso preferencial a través del acuerdo asociación entre la UE y América Central de 2012<sup>56</sup>. Puede concluirse con respecto al SPG + que su estímulo positivo sigue siendo insuficiente para lograr una mejora generalizada en la implementación de estándares laborales por parte de sus beneficiarios, más allá de la ratificación de los Convenios Fundamentales. Al mismo tiempo que su otorgamiento no es consistente con las serias críticas que la interpretación autorizada de los comités de la OIT ha formulado con respecto a su implementación en los países beneficiarios<sup>57</sup>.

C) En el sistema “Todo menos las Armas (TMA)” hallamos a Bangladesh que acapara el 66% de las importaciones preferenciales procedentes de este régimen especial en la UE. Myanmar fue rehabilitado en este eslabón de tratamiento arancelario más favorable desde 2013<sup>58</sup>. Guinea Ecuatorial ha dejado de ser considerado por Naciones Unidas como país menos desarrollado y dejará esta categoría tras un periodo transitorio que finaliza en 2021<sup>59</sup>. La Unión Europea junto a Estados Unidos, Japón, Dinamarca y la OIT forma parte de una iniciativa para mejorar los derechos y estándares laborales en Myanmar desde 2014. La UE y Myanmar se encuentran actualmente en una negociación encaminada a un posible tratado bilateral de protección de inversiones. En el momento presente la grave crisis humanitaria que padece la minoría musulmana Rohingya en el Estado de Rakhine debería ser motivo de

56. S. VELLUTI, “The Promotion and Integration of Human Rights in EU External Trade Relations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 32, n.º 83, 2016, p. 51. Véase el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, DOUE L 346/3 de 15 de diciembre de 2012. Véase su artículo 286 en relación con los estándares y acuerdos multilaterales en materia laboral.
57. O. DE SCHUTTER, *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking trade to labour rights and environmental standards*, op. cit., p. 123.
58. Myanmar fue una dictadura militar hasta 2011, con notorias violaciones de los derechos humanos como tortura o trabajo forzoso. Durante el periodo de retirada de las preferencias su economía y exportaciones crecieron de forma notable debido a su buena relación con actores no occidentales. La Nobel de la Paz Aung San Suu Kyi regresó al Parlamento en 2012. Durante la década anterior Europa fue la líder en inversión extranjera en este país, destacando Reino Unido y Francia. Junto a la mejora de la situación política descrita, la decisión de devolver las preferencias a Myanmar estuvo motivada porque los inversores chinos comenzaron a tomar la delantera y los europeos podrían verse desplazados de no reaccionar con rapidez. El Congreso Estadounidense constató en junio de 2013 que Myanmar pese a modificar su legislación laboral no había abordado con suficiente determinación la erradicación del trabajo forzoso, las peores formas de trabajo infantil o la consolidación de la libertad sindical y la negociación colectiva. Véase L. BEKE y N. HACHEZ, loc. cit., pp. 21-23.
59. Reglamento Delegado UE 2018/148, cit. supra.

especial preocupación para la UE que como última ratio podría decidir suspender nuevamente las preferencias. En el caso de Bangladesh, tras el emblemático y trágico colapso en 2013 del edificio Rana Plaza cuyo resultado fue de más de 1.100 fallecidos y más de 2.000 heridos, se desveló el verdadero precio de la industria de la confección la que, además, de ser una de las más contaminantes del planeta, emplea mayoritariamente a mujeres con ínfimos salarios. La difusión mundial de la catástrofe propició la celebración de un Pacto de Sostenibilidad para la mejora de los derechos sociales y la seguridad en las factorías en el sector de la confección y diseño textil en Bangladesh, que fue adoptado en Ginebra el 8 de julio de 2013 por los representantes de Bangladesh, la Unión Europea y la OIT<sup>60</sup>. A este pacto se han sumado Canadá y Estados Unidos junto a los actores más relevantes de la industria. Uno de sus logros ha sido facilitar sendos acuerdos que pretenden mejorar la seguridad de las factorías y edificios de la industria, a esta iniciativa se han sumado muchas marcas y sus proveedores, y las inspecciones y auditorías se han extendido a algunas instalaciones<sup>61</sup>: pese a que este tipo de acuerdos y de iniciativas voluntarias constituyen un esfuerzo enorme que choca con numerosas resistencias endógenas<sup>62</sup> y puedan ser esgrimidos como nuevo paradigma, la situación de los trabajadores en Bangladesh sigue siendo lamentable y aquellas empresas transnacionales beneficiarias de las cadenas de suministro no han asumido ninguna responsabilidad<sup>63</sup>. Se ha señalado la industria del azúcar en Camboya como ilustrativa de los problemas y contradicciones de este esquema para los (PMA): este país beneficiario de acceso preferencial

60. *Joint Statement. Staying engaged: A Sustainability Compact for continuous improvements in labour rights and factory safety in the Ready-Made Garment and Knitwear Industry in Bangladesh*, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1119>

61. Comisión Europea, *Implementation of the Bangladesh Compact, Technical Status Report*, octubre 2017.

62. En unas conclusiones conjuntas presentadas por los socios en mayo de 2017 se reconocen algunas tímidas mejoras como el registro de sindicatos en la división administrativa de Daca, véase *Joint Conclusions. Third Follow-Up Meeting on Bangladesh Sustainability Compact*, Daca, 18 de mayo de 2017.

63. A. OJEDA AVILÉS, "La aplicación de los acuerdos laborales internacionales: El paradigma del acuerdo de Bangladesh 2013", *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 4, 2015, pp. 128-157. La dimensión interna y exterior están interconectadas como demuestra el asunto sustanciado ante el TEDH recientemente: Sentencia del TEDH de 30 de marzo de 2017, *Chowdury y otros c. Grecia*, Recurso n.º 21884/15, que concierne a 42 demandantes bangladesíes reclutados para recoger fresas sin permiso de trabajo y en condiciones físicas extremas, bajo vigilancia armada, y sin recibir salario... asunto en el que Grecia fue condenada por incumplir sus obligaciones de prevenir, proteger a las víctimas, investigar y sancionar a los responsables de trata de seres humanos teniendo en cuenta que las autoridades eran conocedoras de las condiciones vigentes en los campos de fresas.

con total ausencia de garantía efectiva de estándares de derechos humanos ofrece grandes ventajas a inversores privados propiciando acaparamiento de tierras y desplazamientos de población...<sup>64</sup>.

### III. LA INCIDENCIA EN LOS ASPECTOS SOCIALES DE LOS ACUERDOS COMERCIALES "DE NUEVA GENERACIÓN"<sup>65</sup> CELEBRADOS POR LA UNIÓN Y SUS ESTADOS MIEMBROS

La UE cuenta con más de 80 acuerdos que incluyen una cláusula democrática y de derechos humanos como elemento esencial que en caso de violación grave permite instar la suspensión o terminación (43 de ellos con cláusula expresa de no ejecución)<sup>66</sup>. Aunque teóricamente, las cláusulas de derechos humanos, debido a la indivisibilidad de los mismos incluyen los principales estándares de protección laboral, la adopción de medidas de condicionalidad negativa por violación de la "cláusula democrática y de derechos humanos" tradicionalmente ha venido motivada por violaciones graves de los principios democráticos, golpes de Estado: especialmente en el marco de los acuerdos con los países ACP... donde también han quedado sin reacción casos que habrían precisado mayor atención.

64. S. VELLUTI, "The Promotion and Integration of Human Rights in EU External Trade Relations", *loc. cit.*, p. 52. Un 40 % de las exportaciones de Camboya son absorbidas por la Unión Europea y estas han aumentado un 227% entre 2011 y 2016, representando el textil el 75% de sus exportaciones a la Unión. Como consecuencia de una misión de evaluación sobre la situación de los derechos humanos y laborales conducida sobre el terreno junto al Servicio Europeo de Acción Exterior, la Comisión Europea advirtió en julio de 2018 que no descartaba la retirada de preferencias a la economía cambojana ante preocupantes acontecimientos recientes como un grave declive de los derechos políticos y electorales, véase el *Bulletin Quotidien Agence Europe* n.º 12061, de 13 de julio de 2018, p. 19. Tras la confirmación de esta alarmante situación la Comisión Europea ha iniciado en octubre de 2018 un procedimiento que podría conducir a la suspensión de estas preferencias, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* n.º 12111, de 6 de octubre de 2018, pp. 4-5. Similares perspectivas se barajan en relación con Birmania.

65. Por acuerdos comerciales de "nueva generación" emplearemos a los efectos de este trabajo la siguiente definición: "Se trata de acuerdos comerciales que incluyen elementos adicionales a la clásica reducción de obstáculos arancelarios y no arancelarios en el comercio de mercancías y servicios, como es el caso de normas sobre protección de propiedad intelectual, inversiones, contratación pública, competencia, desarrollo sostenible y regulación administrativa", D. J. LIÑÁN NOGUERAS, "Capítulo 24. La acción exterior de la Unión: las relaciones exteriores (II)", en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 580.

66. <http://ec.europa.eu/world/agreements/viewClauseCollection.do>

Debe señalarse la gran dificultad de conocer *ex ante* los efectos sociales, así como los riesgos para la protección social que puedan tener los denominados acuerdos de "nueva generación"<sup>67</sup>. La Comisión Europea encarga a distintos consultores externos teóricamente independientes "evaluaciones del impacto en la sostenibilidad"<sup>68</sup> de los acuerdos que son publicadas y elaboradas con arreglo a la metodología fijada por la Comisión Europea<sup>69</sup>. A la luz de dichos informes la Comisión Europea fija su posición con respecto a los mismos. Una de las mayores críticas que ha recibido la Unión Europea en este sentido se debe a que tanto la metodología y sensibilidad hacia los derechos humanos, como el estándar de diligencia debida, aplicados en estas evaluaciones difieren y son menos consistentes que los *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos* presentados ante la Asamblea General de Naciones Unidas por el entonces Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, De Schutter en 2011<sup>70</sup>. En particular se recomienda que se prioricen las ganancias en términos de mejora de la protección de los derechos humanos en el largo plazo, sobre las ganancias a corto/plazo (puede pensarse en la aporía que supone estimar *ex ante* el impacto de estos acuerdos en las finanzas públicas, esenciales para la realización progresiva de numerosos derechos económicos y sociales)<sup>71</sup>. Los

67. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sintetizó algunas de las principales preocupaciones que entrañan los acuerdos de "nueva generación" en la escueta Resolución 2152 (2017) adoptada el 27 de enero de 2017, "New generation" trade agreements and their implications for social rights, public health and sustainable development.

68. Pueden consultarse los informes completados ya que el curso en la siguiente dirección: [http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/index_en.htm)

Con carácter general, puede verse, L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, 2005.

69. Puede verse a título de ejemplo la evaluación de impacto de sostenibilidad elaborada por la empresa Ecorys en relación con el proyectado Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP): Comisión Europea, *SIA in support of the negotiations on a Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Final Report, marzo de 2017, disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/april/tradoc\\_155464.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/april/tradoc_155464.pdf)

70. Véase, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier De Schutter, *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos*, presentado en el 19.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 19 de diciembre de 2011, A/HRC/19/59/Add.5. E. BÜRGI BONANOMI, "EU Trade Agreements and their Impacts on Human Rights", *CDE Working Paper*, Centre for Development and Environment, Universidad de Berna, 2014.

71. En mayor detalle véase, O. DE SCHUTTER, J. WOUTERS, P. DE MAN, N. HACHEZ y M. SANT'ANA, "Foreign Direct Investment, Human Development and Human

acuerdos suelen incluir también una obligación de seguimiento *ex post* de su efecto en la sostenibilidad<sup>72</sup>.

Una constatación de que la Unión Europea no contempla en los acuerdos de nueva generación un enfoque "punitivo" que le permita la adopción de sanciones en caso de violación de los estándares laborales lo hallamos en los capítulos de "comercio y desarrollo sostenible" incluidos en los mismos. La Unión se ha opuesto a contemplar en ellos la adopción de sanciones por temor a que sus estándares laborales más elevados o sus medidas más restrictivas puedan dar pie justamente a su invocación por los socios comerciales. Puede decirse con carácter general que la Unión opta en cambio por una variedad de mecanismos, incluyendo el diálogo con sectores de la sociedad civil, que en última instancia buscan en caso de controversia una "solución mutuamente aceptable por las partes" remitiéndose llegado el caso a mecanismos diplomáticos en última instancia.

El primer acuerdo en incluir un capítulo separado sobre comercio y desarrollo sostenible es el acuerdo entre Unión Europea y sus Estados miembros de un lado y la República de Corea, de otro, celebrado en 2011<sup>73</sup>. En este acuerdo se incluye una obligación de conducta, que obliga a las partes a implementar de forma efectiva las obligaciones convencionales asumidas en el seno de la OIT y a considerar la ratificación de los restantes Convenios Fundamentales en los que no son parte, así como un compromiso de no degradar las normas sociales o medioambientales como un medio para fomentar el comercio o la inversión. Del mismo modo que se instauran cautelas contra su utilización con fines proteccionistas.

Continuando con este precedente el Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá (CETA en adelante) contiene en los capítulos 22 a 24

Rights: Framing the Issues", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 3, n.º 2, 2009, pp. 137-176.

72. Un ejemplo se encuentra en artículo 13.10 del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, DOUE L 127/6, de 14 de mayo de 2011. Parece estarse consagrando una tendencia que permitiría la evaluación, control y limitación en su caso de la inversión extranjera *ex ante* tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo en aquellos sectores estratégicos que comportan afectación a la seguridad nacional, categoría que deja una gran discrecionalidad en manos de los Estados destinatarios de la inversión, véase C. ESPLUGUES MOTA, *Foreign Investment, Strategic Assets and National Security*, Intersentia, 2018.

73. *Cit. supra*. El acuerdo de asociación económica con los Estados de Cariforum de 2008, incorpora el desarrollo sostenible como principio y también un Capítulo 5 sobre aspectos sociales (artículos 191-196) cuya aplicación puede dar lugar a consultas entre las partes. Véase el Acuerdo de asociación económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, DOUE L 289/1/3, de 30 de octubre de 2008.

los capítulos<sup>74</sup> sobre comercio y desarrollo sostenible<sup>75</sup>. En este acuerdo se consolida la tendencia a sustraer los capítulos de desarrollo sostenible del mecanismo general de solución de diferencias entre las partes<sup>76</sup>, y una de las opciones que contempla es el establecimiento de un panel de expertos independientes orientado a facilitar una solución común en caso de que dictamine que una de las partes ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicho capítulo (23.10)<sup>77</sup>. El capítulo 23 “Comercio y trabajo”, reafirma las obligaciones internacionales de las partes en materia de estándares laborales (23.3), incluyendo una obligación de comportamiento de ratificar y aplicar efectivamente todos los Convenios Fundamentales de la OIT (incluyendo aquellos que no hubieran ratificado)<sup>78</sup> y la Declaración sobre los Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998 así como la Agenda de la OIT sobre trabajo

74. Capítulo 23 (Comercio y trabajo), Capítulo 24 (Comercio y medioambiente). Puede consultarse el texto consolidado del CETA en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)
75. El Pleno del Tribunal de Justicia ha confirmado la compatibilidad con el Derecho originario de la Unión de la Sección F del capítulo ocho del CETA relativa a la solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados en su Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019, ECLI:EU:C:2019:341.
76. Las controversias que surjan en aplicación del Capítulo 23 del acuerdo se dirimen con arreglo a los mecanismos previstos únicamente en dicho capítulo (23.11): entre otros, consultas (23.9), creación de un panel de expertos cuyo informe final debe ser discutido por las partes con vistas a alcanzar una solución mutuamente aceptable (23.10), el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible (23.8). Puede profundizarse en: L. PUCCIO y K. BINDER, *Briefing: Trade and sustainable development chapters in CETA*, Parlamento Europeo (European Parliamentary Research Service), enero, 2017.
77. En cuanto a la solución de controversias en el contexto de los capítulos de desarrollo sostenible parecen de aplicación las palabras del Prof. Bartels: “None of the sustainable development chapters gives the parties the right of unilateral enforcement of the sustainable development obligations, nor (except in the EU-Cariforum agreement, on which see below) is it permissible to resort to the normal dispute settlement procedures established under the agreements. Rather, disputes on these matters are to be resolved in a self-contained system of dispute settlement involving consultations followed by referral to a panel of experts. This panel has the power to examine whether there has been a failure to comply with the relevant obligations and to draw up a report and to make non-binding recommendations for the solution of the matter. The next steps differ according to the agreement at issue. In the EU-Korea agreement, the report goes to the parties, who ‘shall make their best efforts to accommodate advice or recommendations... on the implementation of [the sustainable development] chapter’, and to the Domestic Advisory Group”, en L. BARTELS, “Chapter 7. The EU’s approach to social standards and the TTIP”, en S. KHORANA, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Negotiations between the EU and the USA. Caught between Myth and Reality?*, CIDOB, Barcelona, 2015, p. 89.
78. En este proceso Canadá depositó el 14 de junio de 2017 el instrumento de ratificación del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), en el que no era parte.

decente y la Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Igualmente existe en el Capítulo 23 (23.4) la obligación de mantener los estándares de protección vigentes y de no usar su degradación para alentar el comercio o la expansión, retención o atracción de la inversión (obligación de no regresión). En este acuerdo se contemplan mecanismos que pretenden involucrar a la sociedad civil<sup>79</sup> de las partes (23.8.4). El derecho de regular de las partes debe conjugarse con la obligación de mantener niveles elevados de protección social (23.2).

Se ha constatado en las negociaciones y en la aplicación de los acuerdos comerciales que los capítulos de comercio y desarrollo sostenible no constituyen una absoluta prioridad política ni jurídica para la Unión Europea, del mismo modo en que su operativa varía significativamente en función del socio comercial lo cual plantea problemas a la hora de hallar una formulación común (algunos aceptan a regañadientes, otros suavizan y buscan una visión minimalista del acervo laboral a incluir...). Desde luego estos condicionantes limitan muy seriamente las posibilidades efectivas de que estos capítulos de los acuerdos de libre comercio puedan inducir a largo plazo mejoras en los derechos de los trabajadores<sup>80</sup>. El ejemplo del acuerdo de libre comercio con Singapur ilustra que, con los países del

79. Una visión crítica relativa a estos mecanismos para la participación de la sociedad civil en los acuerdos comerciales expone cómo su inserción puede contribuir a legitimar la orientación neoliberal de los acuerdos mediante una *cooptación* de los actores críticos, actores que desde una situación asimétrica en cuanto a poder intentan promover el desarrollo sostenible o al menos evitar y minimizar los efectos más nocivos que para él comportan los acuerdos comerciales. El siguiente estudio señala que sería necesario indagar en las motivaciones de aquellos actores de la sociedad civil que voluntariamente deciden permanecer ajenos a estos mecanismos, véase J. ORBIE, D. MARTENS, M. OEHRI y L. VAN DEN PUTTE, “Promoting sustainable development or legitimising free trade? Civil society mechanisms in EU trade agreements”, *Third World Thematics: A TWQ Journal*, Vol. 1, n.º 4, 2016, pp. 526-546. Puede verse además, Y. ALTINTZIS, “Civil society engagement and linkages in EU trade policy”, en T. TAKÁCS, A. OTT y A. DIMOPOULOS (Eds.), *Linking trade and non-commercial interests: the EU as a global role model?*, *CLEER Working Papers*, n.º 4, 2013, pp. 27-34.
80. “Overall, we found no evidence that the existence of TSD chapters has led to improvements in labour standards governance in any of our case studies, nor did we find any evidence that the institutionalization of opportunities for learning and socialization between the parties was creating a significant prospect of longer-term change. These findings thus offer the most robust refutation to date of the hypothesis that labour provisions in EU FTAs are actively advancing workers’ rights. And in contrast to more optimistic assessments, they also suggest that future normative influence is unlikely to be realized via TSD chapters in their current form”, J. HARRISON, M. BARBU, L. CAMPLING, B. RICHARDSON y A. SMITH, “Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of European Union’s Trade and Sustainable Development Chapters”, *Journal of Common Market Studies*, 2018, p. 14. DOI: 10.1111/jcms.12715

Sudeste Asiático, ante la delantera que llevan Estados Unidos y China, la Unión Europea ha preferido ejercer una condicionalidad débil o silente en materia de derechos humanos ante prácticas como la pena de muerte o el castigo corporal vigentes en Singapur<sup>81</sup> al tiempo de firmar el acuerdo. El acuerdo de libre comercio con Singapur incluye un capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible (Capítulo 12) con obligaciones similares a los ejemplos de los acuerdos con Corea y Canadá: eso sí, con un compromiso claro, de mayor exigibilidad entre las partes, de lograr la aplicación efectiva de aquellos de los Convenios Fundamentales de la OIT que Singapur y los Estados miembros ya han ratificado; frente a una obligación de conducta de ratificar y aplicar de forma efectiva los restantes. Un enfoque similar puede servir de guía para nuevos acuerdos con los países miembros de ASEAN<sup>82</sup>, como el acuerdo con Vietnam cuyas negociaciones finalizaron en 2016 (véase su capítulo 15).

En agosto de 2018 la Comisión Europea ha expresado su preocupación por la falta de respeto de Perú a las normas sociales y medioambientales en el marco del acuerdo comercial multiparte entre la Unión, de un lado, y Perú y Colombia de otro, solicitando un plan de acción específico y un calendario al país andino y anunciando el envío de una misión de expertos al efecto<sup>83</sup>.

#### IV. LA MODERNIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL

En diciembre de 2017 en su derecho derivado la Unión se ha dotado de una nueva metodología antidumping. Como gran novedad a la hora de evaluar en las investigaciones si la importación de un producto en su precio presenta distorsiones significativas permite que la Comisión tenga en cuenta la eventual existencia de costes salariales distorsionados<sup>84</sup>. La nueva reforma y modernización parecen realizadas con la

81. L. MCKENZIE y K. MEISSNER, "Human Rights Conditionality in European Union Trade Negotiations: the Case of the EU-Singapore FTA", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 55, n.º 4, pp. 832-849, en p. 844.
82. L. CUYVERS, "The Sustainable Development Clauses in Free Trade Agreements of the EU with Asian Countries: Perspectives for ASEAN?", *Journal of Contemporary European Studies*, Vol. 22, n.º 4, 2014, pp. 427-449.
83. *Bulletin Quotidien Agence Europe* n.º 12078, de 22 de agosto de 2018, pp. 17-18. Véase la Decisión del Consejo, de 31 de mayo de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, DOUE L 354/1, de 21 de diciembre de 2012.
84. Esta es una gran novedad con respecto al diseño primigenio del instrumento de defensa comercial comunitario en cuyo marco no llegó a iniciarse ninguna

mirada puesta en China y su controvertida condición de economía de mercado<sup>85</sup>. En orden a determinar su existencia la Comisión indagará si el país de procedencia de los productos respeta los Convenios Fundamentales de la OIT y si tiene un nivel adecuado de protección social y ambiental adecuado: para ello deberá elegir como patrón de comparación un país representativo con unos niveles de protección social y ambiental adecuados<sup>86</sup>. Igualmente, en diciembre pasado Parlamento Europeo y Consejo se pusieron de acuerdo en torno a una propuesta de la Comisión Europea para modernizar los restantes instrumentos de defensa comercial de la Unión Europea: se trata de integrar plenamente en ellos los aspectos sociales y medioambientales, de modo que la normativa más exigente que la industria europea cumple no se traduzca en una desventaja. La nueva reforma que se encuentra en vigor desde el pasado 8 de junio de 2018 pretende ampliar la participación en las investigaciones de organizaciones sindicales: "Las denuncias también podrán ser presentadas conjuntamente por la industria de la Unión, o por cualquier persona física o jurídica o cualquier asociación sin personalidad jurídica que actúe en su nombre, y los sindicatos, o contar con el respaldo de estos. Tal circunstancia no afecta a la posibilidad de que la industria de la Unión retire la denuncia<sup>87</sup>". En este caso el listado de Convenios Fundamentales de la OIT que se toma como referencia coincide con el listado empleado en el contexto del SPG +<sup>88</sup>.

investigación relativa a cuestiones de "dumping social", véase al respecto L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio Justo y Derechos Sociales*, op. cit., pp. 124-126.

85. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Instrumentos de defensa comercial y nueva metodología antidumping en la Unión Europea", *La Ley Unión Europea*, n.º 52, 2017, p. 15. Véase asimismo acerca de la incidencia de la incidencia en las investigaciones antidumping de la condición de China como economía no sujeta a las leyes del mercado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, *Comisión c. Xinyi PV Products (Anhui) Holdings Ltd.*, asunto C-301/16 P, ECLI:EU:C:2018:132.
86. Reglamento (UE) 2017/2321 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea, y el Reglamento (UE) 2016/1037, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea, DOUE L 338/1, de 19 de diciembre de 2017.
87. Reglamento (UE) 2018/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por el que se modifican el Reglamento (UE) 2016/1036 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2016/1037 sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea, DOUE L 143/1, de 7 de junio de 2018.
88. Véase el Anexo I Bis del Reglamento 2018/825.

## V. LA BÚSQUEDA DE UN MARCO JURÍDICO IDÓNEO PARA LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Resulta evidente que las empresas transnacionales y otro tipo de actores privados, debido a que su poder supera en muchos casos al de los actores estatales<sup>89</sup>, tienen a día de hoy cada vez una responsabilidad mayor en la garantía y también en la violación de todo tipo de derechos humanos: las cadenas globales de valor pueden en muchas ocasiones camuflar graves violaciones de derechos humanos a través de la subcontratación o la externalización del proceso productivo en un contexto de segmentación del trabajo: trabajos forzados, trabajo infantil en sus peores formas, deforestación, soborno de poderes públicos... Violaciones que no se ven reflejadas en el precio final que pagan los consumidores ni tampoco como penalización para las empresas causantes y a las que la ciencia económica alude con el término más indulgente de externalidades negativas. Levantar el velo y atribuir correctamente la responsabilidad en estos casos constituye un grave desafío jurídico puesto que la complicidad en dichas violaciones puede ser de múltiples actores<sup>90</sup>. Además existen importantes dificultades a la hora de que las víctimas tengan acceso a la justicia: los países de acogida, suelen carecer de conocimiento técnico o capacidades para remediar las violaciones; a ello se unen frecuentes operaciones de ingeniería societaria que dificultan la correcta atribución de responsabilidad; mientras que los países de origen exigen estándares muy elevados para admitir la competencia judicial<sup>91</sup> por daños ocasionados en actividades realizadas con carácter extraterritorial por empresas radicadas en ellos<sup>92</sup>...

89. No se trata de actores "inherentemente malos" sino que sus actividades pueden afectar al disfrute de los derechos humanos de forma negativa en múltiples formas: participando directamente en una violación de derechos humanos, siendo cómplice, eligiendo a un proveedor, o colaborando con gobiernos que mantienen prácticas omisivas y beneficiándose de ellas.

90. S. JOSEPH, "Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights", *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, n.º 2, 1999, pp. 171-203.

91. I. VIVAS-TESON, "La responsabilidad civil en los reglamentos de la Unión Europea en relación con la actividad de las empresas", en M. C. MÁRQUEZ CARRASCO y I. VIVAS-TESON (Coords.), *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 125-143.

92. Véase F. J. ZAMORA CABOT, "Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto", en N. BOUZA VIDAL, C. GARCÍA SEGURA y A. J. RODRIGO HERNÁNDEZ (Dirs.) y P. PAREJA ALCARAZ (Coord.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013*, Tecnos, 2015, pp. 744-769. Como caso de estudio puede verse en relación con el desastre de Bhopal, J. E. ESTEVE MOLTO, "La estrecha interdependencia

Siguen existiendo profundos interrogantes acerca de cuál sería la fórmula jurídica óptima para lograr esta asunción de responsabilidad por parte de los actores privados: ¿tienen los Estados miembros de la Unión y la propia Unión con arreglo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la obligación conjunta de hacer respetar a las personas jurídicas bajo su jurisdicción los derechos humanos también con carácter extraterritorial por la actuación de sus filiales o empresas proveedoras con las que subcontratan parte de su producción?: es obvio que si esta responsabilidad se deja exclusivamente en manos de Estados de acogida que carecen de las estructuras propias del Estado de Derecho el resultado seguirá siendo la práctica total impunidad y la ausencia de reparación para las víctimas. Además, tras la Observación general número 24 emitida en 2017 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la respuesta parece con más razón afirmativa: en ella se afirma sin ambages la responsabilidad extraterritorial de proteger de los Estados parte que incluye el deber de prevenir y corregir aquellas violaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ocurran fuera de sus territorios debido a actividades empresariales conducidas por empresas sujetas a su control (con arreglo a la Carta de Naciones Unidas y al Derecho Internacional). Una obligación especialmente indicada para supuestos en que los tribunales del Estado de acogida no ofrezcan a las víctimas remedios efectivos. Los Estados parte deben, además, exigir a las empresas sujetas a su control que respeten obligaciones de diligencia debida en relación con sus filiales o socios comerciales (proveedores, franquiciados o subcontratistas)<sup>93</sup>.

La no atribución de personalidad jurídica internacional a las empresas como sujeto de derecho internacional, así como el carácter estatocéntrico de este, han impedido hasta la fecha presente la atribución directa como destinatarias a aquellas de obligaciones de Derecho Internacional<sup>94</sup>.

entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: Lecciones del caso Bhopal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 32, 2016,

93. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general número 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, apartados 30-33. Puede verse igualmente L. BARTELS, "The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects", *European Journal of International Law*, Vol. 25, n.º 4, 2014, pp. 1071-1091.

94. Una exposición de la regulación jurídica (*soft law* e iniciativas de carácter voluntario) existente en el ámbito de Naciones Unidas, OCDE y OIT para controlar la actividad de las empresas multinacionales puede verse en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Capítulo XVII. El Derecho Internacional de la Empresa", en L. M. HINOJOSA

La Unión Europea toma como referencia los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos aprobados en 2011 en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>95</sup>, así como el Pacto Mundial de Naciones Unidas (*Global Compact*)<sup>96</sup> puesto en marcha en julio de 2000, instrumentos ambos en cuya elaboración se ha rehuído claramente de la creación e imposición de obligaciones vinculantes<sup>97</sup>. Siguiendo este enfoque la Unión Europea se dotó de una *Estrategia renovada para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de la empresa presidida* por un enfoque en el que la integración por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales es una cuestión voluntaria<sup>98</sup>. En aplicación de esta última fue adoptada la Directiva 2014/95/UE que obliga a algunas grandes empresas a preparar un estado no financiero que contenga información relativa a las medidas adoptadas para garantizar el respeto a los derechos humanos y a los Convenios Fundamentales de la OIT<sup>99</sup>. España desde septiembre de 2017 cuenta por su parte con un plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos adoptado en aplicación de los Principios Rectores de 2011<sup>100</sup>.

MARTÍNEZ, J. ROLDÁN BARBERO (Coords.), *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 381-391.

95. El 16 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por consenso adoptó la Resolución 17/4 que reafirma los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos contenidos en el Informe que sometió al Consejo el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (A/HRC/17/31). La Unión Europea cuenta desde 2001 con una iniciativa de la Comisión Europea, véase el Libro Verde, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366, de 18 de agosto de 2001. Actualmente debe verse el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la aplicación de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos: Situación actual SWD (2015) 144 final de 14 de julio de 2015.
96. <https://www.unglobalcompact.org/>
97. J. E. ESTEVE MOLTÓ, "Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar': ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011, pp. 317-351.
98. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM/2011/0681 final.
99. Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE L 330/1, de 15 de noviembre de 2014.
100. Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, BOE n.º 222, de 14 de septiembre de 2017 Sección III, p. 90.384. Véase

A través de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptada el 26 de junio de 2014 se constituyó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas cuyo mandato sería elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los Estados miembros de la Unión Europea que se encontraban representados en ese momento en el Consejo de Derechos Humanos votaron en contra de la adopción de esta resolución<sup>101</sup>. La cuarta reunión del grupo intergubernamental tuvo lugar el pasado mes de octubre de 2018 y en ella la Unión Europea dejó constancia de su disenso con respecto a las conclusiones alcanzadas por el grupo de trabajo en su cuarto periodo de sesiones<sup>102</sup>.

La Unión Europea ha elaborado tres guías sectoriales para la aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: una relativa a las agencias del sector del empleo y reclutamiento, otra relativa a las compañías de petróleo y gas, y otra relativa a las compañías del sector de las tecnologías de la información y comunicación<sup>103</sup>.

En octubre de 2015 la Comisión Europea presentó una comunicación titulada *comercio para todos: hacia una política comercial y de inversión más responsable*<sup>104</sup>. Las competencias que la Unión Europea ostenta en el marco del mercado interior y de la Política Comercial Común le permitirían

M. C. MÁRQUEZ CARRASCO, "Los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos de los estados miembros de la Unión Europea: especialmente al plan español", en M. C. MÁRQUEZ CARRASCO y I. VIVAS-TESON (Coords.), *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 81-104.

101. Alemania, Austria, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, República Checa, Reino Unido y Rumanía.
102. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto periodo de sesiones, 2 de enero de 2019, A/HRC/40/48, p. 21.
103. Véase, Comisión Europea, *European Commission Sector Guides on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, disponible en: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/european-commission-sector-guides-implementing-un-guiding-principles-business-and-hum-0\\_en](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/european-commission-sector-guides-implementing-un-guiding-principles-business-and-hum-0_en)
104. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comercio para todos: *Hacia una política de comercio e inversión más responsable*, COM (2015) 497 final, 14 de octubre de 2015. En ella se ensalzan como logros hacia una gestión más responsable de las cadenas de suministro tanto el Pacto de Sostenibilidad con Bangladesh como la Iniciativa sobre los derechos laborales con Myanmar/Birmania.

probablemente adoptar un enfoque más exigente y vinculante para las empresas sobre las que los Estados miembros ejercen control o están sujetas a su ley personal<sup>105</sup>, aunque se ha constatado una total ausencia de voluntad política de llegar tan lejos: pese a que el Consejo de la Unión haya constatado en sus conclusiones de mayo de 2016 la importancia de establecer *cadena de valor globales responsables*<sup>106</sup>.

Con carácter sectorial, en 2021 estará plenamente en vigor un reglamento por el que se pretende establecer un sistema de la Unión para la autocertificación de la diligencia debida en la cadena de suministro de los importadores responsables de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto y de alto riesgo<sup>107</sup>.

## VI. IDEAS FINALES

A pesar de las múltiples deficiencias e incoherencias que puedan constatarse en este campo la Unión Europea continúa siendo comparativamente un actor ejemplar e incluso virtuoso para el resto: cualquier visión dogmática e inflexible de la condicionalidad social, haría por otra parte que la Unión Europea fuese irrelevante y no pudiera tener relaciones exteriores. En relación con los instrumentos analizados a modo de recapitulación pueden señalarse las siguientes ideas:

1. El SPG en sus tres escalafones y en concreto el SPG + como régimen especial para la gobernanza y el desarrollo sostenible siguen

105. Puede verse en este sentido la siguiente ley aprobada en Francia: *LOI n.º 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Diario Oficial de 28 de marzo de 2017. La misma se encuentra entre las legislaciones con fortalezas a imitar junto con las adoptadas en Noruega, Italia o Suiza, véase al respecto C. MONTESINOS PADILLA, "Los principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, n.º 2, 2018, pp. 183-208.

106. Conclusiones del Consejo de la Unión sobre la UE y las cadenas de valor mundiales responsables adoptadas el 12 de mayo de 2016.

107. Véase el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DOUE L 130/1, de 19 de mayo de 2017. Un reglamento anterior estableció también con carácter sectorial un régimen de diligencia debida en cuanto a la comercialización de madera, puede verse a título de ejemplo el Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DOUE 295/23, de 12 de noviembre de 2010.

presididos por una gran discrecionalidad para la Unión Europea a la hora de retirar temporalmente las preferencias a los beneficiarios ante violaciones graves de derechos humanos y laborales. En este sentido no hay una gradación objetiva que establezca un umbral mínimo de gravedad ante el que necesariamente deban ser retiradas las preferencias. Puede señalarse que no existe en todo caso una consistencia y coherencia suficientes con las conclusiones de los mecanismos convencionales encargados de los principales tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y de los Convenios Fundamentales de la OIT. Por último, el número de beneficiarios se ha reducido de forma considerable para el periodo 2014-2024 y puede decirse que el SPG + sigue, sin perjuicio de su aportación a objetivos de la Política Comercial Común o de la cooperación al desarrollo, sin constituir un incentivo suficiente para lograr una mejora generalizada del respeto a los estándares laborales en los países beneficiarios.

2. En cuanto a los capítulos de comercio y desarrollo sostenible incluidos en los acuerdos comerciales de "nueva generación" se constata por un lado que su contenido se configura como un *self-contained regime* en cuanto a solución de controversias y por otro lado que debe refutarse que la Unión Europea pueda en este marco de forma unilateral y "agresiva" efectuar cualquier tentativa de exportar sus estándares de protección social. Los capítulos de comercio y desarrollo sostenible reafirman el respeto de las partes a los Convenios Fundamentales de la OIT configurando un deber de mantener los estándares de protección social; sin embargo, su tenor es variable, adaptable dependiendo de la contraparte de la Unión Europea y del mismo modo se ha constatado que estos capítulos de efecto jurídico incierto no constituyen una verdadera prioridad política ni jurídica para la Unión Europea.
3. La Unión Europea se ha dotado recientemente de unos instrumentos de defensa comercial que por primera vez se aproximan de forma implícita a la controvertida noción del *dumping social*. Por primera vez las organizaciones sindicales podrán participar en las investigaciones sobre defensa comercial y la Unión Europea a la hora de calcular los derechos antidumping tendrá en cuenta el coste de respetar la legislación social y medioambiental para la Unión no aceptando los compromisos de precios de aquellos países que tengan malos registros en cuanto al cumplimiento de las normas fundamentales del trabajo de la OIT.
4. La responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en la realización y garantía de los derechos humanos, incluyendo

derechos sociales y laborales, es cada vez mayor en nuestro mundo; sin embargo, hasta la fecha la Unión Europea ha apostado por enfoques de *soft law*, voluntarios, iniciativas de autorregulación y de autocertificación de carácter sectorial, rehuyendo la elaboración de normas vinculantes que atribuyan directamente obligaciones internacionales a los actores privados (cuestión que dada la naturaleza estatocéntrica del Derecho Internacional no es fácil de resolver). Hasta la fecha se constata la ausencia de voluntad política de incrementar a nivel de la Unión las obligaciones extraterritoriales de diligencia debida de los Estados miembros como Estados bajo cuyo derecho están constituidas o domiciliadas numerosas empresas que subcontratan, tienen filiales o proveedores en terceros países en desarrollo que cuentan con sistemas legales incapaces de velar por la garantía de los estándares laborales y de derechos humanos más elementales.

5. Si la condicionalidad social forma parte de los objetivos y principios que deben guiar las relaciones exteriores de la Unión Europea de forma acorde con la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos resulta indispensable que la Unión Europea precise y determine cuáles de los derechos sociales y de los trabajadores son derechos humanos oponibles *erga omnes*.

## Capítulo 9

# Public procurement and the erosion of the EU social model: Outline of a Polanyian perspective and the emerging regulatory role of human rights<sup>1</sup>

CLAIRE METHVEN O'BRIEN

OLGA MARTÍN-ORTEGA

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. PUBLIC PROCUREMENT LAW: PRIORITISING ECONOMIC PERFORMANCE OVER SOCIAL PROTECTION. III. INTERNATIONAL MARKET REGULATION: NEW NORMS BASED ON HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. IV. PUBLIC PROCUREMENT AND EUROPE'S SOCIAL AND POLITICAL MODEL: A POLYNIAN PERSPECTIVE. V. CONCLUSION. RE-EMBEDDING EU PROCUREMENT LAW THROUGH HUMAN RIGHTS.

### I. INTRODUCTION

States have influence on markets other than via the establishment of the norms and frameworks of international commerce that govern trading relations between private entities. As economic actors, states themselves participate in markets by entering into contracts with private enterprises to purchase goods and services, that is, through public procurement. Specifically, public procurement refers to the purchase by the public sector of the goods and services it needs to carry out its

1. In Luis Hinojosa (editor), «International Market Regulation and the Erosion of the European Social and Political Model» (forthcoming 2019).