

COMENTARIOS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL TEMA LABORAL DENTRO DEL AFTA- FUTURO TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA (PERÚ Y ECUADOR) Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL NORTE

*Alma Clara García Flechas**

RESUMEN

El capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América del Norte, Colombia, Ecuador y Perú —futuro AFTA—, sigue la línea de los tratados de libre comercio ya firmados con Jordania, Singapur, Chile y es básicamente exacto al proyecto con Centroamérica —CAFTA—, en vía de ratificación por parte del Congreso de Estados Unidos de América.

Este modelo presenta eso sí, claras diferencias con el suscrito hace más de una década con México y Canadá —NAFTA—, sobre todo porque reduce ostensiblemente los estándares laborales protegidos como salvaguarda del comercio.

La génesis de este artículo se encuentra enmarcada en la pregunta de ¿hasta qué punto nuestra cultura laboral constituye una herramienta sólida para enfrentar el reto de un tratado que contiene los medios para ponerla en tela de juicio, cada vez que nuestra contraparte considere que afecta el comercio?

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2005

* Abogada especializada en derecho laboral. Profesora investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Asesora y consultora. Miembro de García & García Abogados.

Parte de la respuesta es tranquilizante, poseemos una trayectoria jurídica de más de 200 años capaz de enfrentar cualquier embate y estaríamos en condiciones de igualdad dentro del tratado para defenderla, pero aquí como siempre, ¿qué papel jugará nuestra endémica situación de país pobre?

El artículo hace un seguimiento a los informes presentados a la sociedad civil por los negociadores o coordinadores de la mesa laboral del tratado desde el 11 de agosto de 2004 hasta el 11 de mayo de 2005, es decir, desde la primera a la segunda rondas de Lima y a partir de ellos, plantean una serie de inquietudes que invitan a la reflexión y a la actuación.

Palabras clave: negociación, legislación laboral, *dumping* social, cooperación, intervención e integración.

ABSTRACT

The labor agreements contained in the Free Trade Agreement between the United States of America and Colombia, Ecuador and Perú (pre AFTA) are similar to those already signed with Jordan, Singapore and Chile and near replicas of those in the Central America Free Trade Agreement (CAFTA) currently pending ratification by the U.S. Congress.

This FTA model, however, differs clearly from the treaty signed more than a decade ago with Mexico and Canada (NAFTA), particularly in its notable reduction of the protective labor regulations that safeguard commerce.

This article grew out of questions concerning the strength of our own labor legislation and practices in the face of a treaty which allows FTA counterparts to question them whenever they feel commerce is affected.

The answer to this question is, in part, comforting —the Colombian legal system has withstood attacks throughout its 200-year old history and the equal footing ensured all treaty participants will allow us to defend this system— but we cannot ignore the risks

inherent in a country where decisions are most often made under the duress of poverty.

This article highlights questions that emerged following the presentation of information to Colombian society by Colombian labor negotiators between August of 2004 and May of 2005.

Key words: *negotiation, labor legislation, social dumping, cooperation, intervention and integration.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. BREVE MIRADA A LA SITUACIÓN DE COLOMBIA FRENTE A ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO DECLARADOS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN 1998
 1. Libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva
 2. Eliminación del trabajo infantil
 3. Eliminación de la discriminación en el trabajo

- II. AUSCULTANDO A NUESTRA CONTRAPARTE
 1. El Estatuto de Relaciones Laborales del National Labor Relations Act - NLRA

- III. DESARROLLO DE LAS CONVERSACIONES
 1. Ronda de Lima
 2. Ronda de Puerto Rico
 3. Ronda de Guayaquil
 4. Ronda de Tucson
 5. Algunos puntos en negociación
 6. Ronda de Cartagena
 7. Segunda ronda de Lima

- IV. INQUIETUDES ACERCA DEL COMPROMISO LABORAL ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA A PARTIR DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
 1. Primera inquietud

2. Segunda inquietud
3. Tercera inquietud
4. Cuarta inquietud
5. Quinta inquietud

INTRODUCCIÓN

En la medida en que la firma de un tratado de libre comercio —TLC—, con los Estados Unidos de América del Norte —EE.UU.—, sea más realidad que ficción, será cada vez más importante la vocería de la sociedad civil no sólo durante el período de negociación del tratado sino también durante su ejecución, pues la percepción directa que la sociedad civil tiene de los asuntos cuya disposición ha delegado en el gobierno, constituye una fuente de ayuda para el entendimiento de temas y efectos del TLC para el país¹.

Empero la participación de la sociedad civil sólo será relevante si el tratado es realmente negociable y no un texto proforma cuyos términos deban ser adheridos incondicionalmente por Colombia a exigencia de EE.UU. En ese sentido es importante considerar el texto de tratados precedentes y hasta qué punto las facultades *pro tempore* otorgadas al ejecutivo por el Congreso estadounidense para negociar los actuales tratados de libre comercio (*Trade Promotion Authority- TPA*)² son indicadoras de objetivos u obran como una camisa de fuerza que hace inamovible la posición de EE.UU., en ciertos y determinados temas.

1 ANDARIOS, SAYCO, ASOMEDIOS, UCEP, Coalición Colombiana por la Diversidad Cultural, Industria Audiovisual y Musical, palmicultores, cerealeros y cultivadores de soya, el Consejo Gremial, ANALDEX, SAC, FEDESARROLLO, ASINFAR, ACOLFA han expuesto sus puntos de vista sobre el TLC a partir de los efectos sobre su sector específico. Recientemente FEDEPALMA amenazó romper con el gobierno por cuanto “(...) (el gobierno) ofreció quitar la salvaguardia a cambio de que se abra el mercado a tabacos, cigarrillos y etanol colombianos (...)” El gobierno “(...)”. Tras las amenazas del gremio, (revisará) la oferta que sobre trigo, soya y aceite que entregó Colombia a EE.UU. (...), periódico *El Tiempo*, 13 y 14 de mayo de 2005, págs. 1-11 y 1-16, respectivamente.

2 “El Congreso podrá (...) regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes estados, y con las tribus indias (...)” artículo 1, § 8, de la Constitución de los Estados Unidos. El Congreso de la Unión a su vez ha delegado en el ejecutivo, la facultad para suscribir acuerdos comerciales con otros países y para el caso de los tratados de libre comercio dentro del último período, ha otorgado facultades *pro tempore* para negociar *Fast Track Authority. El Bipartisan Trade Promotion Authority* —TPA—. Esta ley firmada por el presidente GEORGE BUSH el 6 de agosto de 2002 ha permitido firmar TLC con Jordania, Chile, Singapur y el CAFTA que se encuentra pendiente de ratificación por parte del Congreso estadounidense.

Los Estados Unidos de América del Norte —EE.UU.—, tienden a equiparar subdesarrollo económico y social con falta de protección de los derechos laborales, maximizando así el riesgo de *dumping social*³ que los países del tercer mundo representamos para el comercio internacional. Esa es una de las razones por las cuales, EE.UU., defiende la aplicación de sanciones económicas en los TLC, para casos de incumplimiento de normas laborales que asumen como nuestra constante en las relaciones empleador-trabajador y que temen, nos otorgaría ventajas comparativas en su contra⁴.

Sin embargo resulta curioso que frente a los estándares laborales internacionales por ejemplo, Colombia haya ratificado 58 convenios de la OIT dentro de ellos la totalidad de los *Principios y derechos fundamentales del trabajo* declarados en 1998 y que por su parte EE.UU., sólo haya ratificado 14 convenios y entre ellos sólo dos fundamentales —el convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso y el 182 sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil—. Los demás ratificados por EE.UU., se refieren a asuntos marítimos, dos de los cuales ya no están vigentes y a asuntos de carácter exclusivamente técnico.

Nuestro sistema de derecho continental (*civil law*) comprende una amplia normatividad protectora de los derechos de los trabajadores que se observa en la práctica, con la tendencia actual de la Corte Constitucional que vía jurisprudencia, ha reducido cada vez más la facultad patronal de terminar unilateralmente los contratos de trabajo, sin el cumplimiento previo de ciertos requisitos —no existentes en la ley—⁵, mientras en EE.UU., se conserva vigente, la presunción del *employment*

3 Se define en general, como la reticencia en la aplicación o inaplicación de normas laborales con la intención de favorecer el comercio.

4 “...our analysis shows that trade sanctions are not the *deus ex machina* in the enforcement of labor standards. Trade sanctions succeed in some situations and not in others. They are more likely to be effective when they directly target imports of particular goods produced under identifiably abusive conditions and where it is relatively easy to define the remediation measures...” *Can labor Standards improve under globalization? P. 80 Institute for International Economics.* KIMBERLY ANN ELLIOT and RICHARD B. FREEMAN. Washington D.C., 2003.

5 “(...) La terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del período de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política (...)”. Corte Constitucional, sentencia T-978, octubre 8/2004, MP JAIME CÓRDOVA TRIVINO, “(...) La parte que desea poner fin a la relación debe expresar los hechos precisos e individuales que la provocaron, así la otra persona (...) puede hacer uso del derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo (...)”. Corte Constitucional, sentencia C-299, junio 17/98, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Contrato a término fijo. Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. A pesar de existir un contrato de trabajo a término fijo entre las partes (...) no encuentra esta Sala (...) que la terminación del contrato haya obedecido a una causal relevante y objetiva que la justifique, Corte Constitucional, sentencia T-625, agosto 25/99 MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

at will que permite la terminación del vínculo laboral en cualquier momento, sin consideración al tiempo de servicios y sin el pago de indemnización alguna⁶.

Ahora bien, guardadas las diferencias institucionales, Colombia cuenta en su haber al igual que EE.UU., con la seriedad doctrinaria e institucional de sus cortes cuyas decisiones jurisprudenciales en materia laboral, siguen la corriente de las cortes del primer mundo, otorgando cada día más importancia a temas como los derechos fundamentales; la seguridad social; igualdad de remuneración entre hombres y mujeres; condiciones de trabajo; protección a la maternidad y a la negociación colectiva y/o aplicación de tratados internacionales y de convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque sin duda lo anterior deja entrever una sólida estructura laboral de parte nuestra, el poderío político y expansión económica de EE.UU., en el contexto mundial es de tal magnitud, que Colombia que representa menos del 1% del comercio internacional estadounidense, en mi concepto, no tiene opción distinta que la de protegerse en la mesa de discusión laboral mediante una posición cautelosa pero al mismo tiempo implacable, en la defensa de los principios e instituciones que han guiado el sistema jurídico colombiano por más de 200 años.

Este documento surge del interés personal de la autora por tratar de comprender desde el ámbito de las relaciones laborales, lo que está en juego para Colombia con la firma de un TLC con un país cuya economía supera 110 veces la nuestra⁷.

El trabajo se ha desarrollado a partir de la información pública y como tal, no sujeta a restricciones en su reproducción, que ha sido suministrada a la sociedad civil después de cada una de las rondas de negociación⁸, hasta la última ronda de

6 “...If there is no definitive or ascertainable term of employment, then the employment is *at-will*, and is presumptively terminable at any time, with or without cause, by either party. *Wior v. Anchor Industries Inc.*, 669 N.E. 2d at 175. El contrato a término indefinido del art 47 del CST subr. por el art. 5° decreto ley 2351/65 establece que el contrato tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Nuestra normatividad contempla el pago de indemnización por terminación injustificada del contrato, cuyo monto es proporcional al tiempo de servicio y establece plena prueba de la justa causa para inhibir el pago de la indemnización en caso de terminación justificada.

7 El PIB de Estados Unidos de América del Norte es de 12 billones de dólares, “Impacto del TLC con EE.UU. no se verá en corto plazo”, periódico *Portafolio*, marzo 30 de 2005, pág. 9.

8 Aunque muchos de los documentos utilizados o parte de la negociación están a disposición de la sociedad civil en el denominado cuarto de lectura adaptado para tal fin en el Ministerio de Desarrollo Industria y Comercio- bajo el compromiso juramentado de no reproducción, el texto laboral presentado por EE.UU. parece tener a petición de ese país, carácter estrictamente reservado, al igual que otros textos a discreción del gobierno de acuerdo con el decreto 2314 de 24 de julio de 2004 (...) por el cual se reglamentan algunos aspectos procedimentales de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. *Diario Oficial* 45.617.

Lima llevada a cabo entre el 18 y el 22 de abril de 2005. Este seguimiento permanente de lo acaecido en las rondas, ha sido una herramienta invaluable para entender las posiciones de las partes que en este punto y hora, ya definido más de un 70% del capítulo laboral, le impone a Colombia la responsabilidad de mantener su posición firme en el 30% restante.

Así las cosas, el país debe apoyar sin *restricción alguna* y sobre todo sin restricciones impuestas, la aplicación de *todos los Principios y derechos fundamentales del trabajo* declarados en 1998 por la OIT, so pena de entrar en una dinámica laboral que definitivamente no es la nuestra y que le resta importancia en el tratado, a derechos tan fundamentales como la no-discriminación y la igualdad de salarial entre hombres y mujeres.

La panacea de la *cooperación* debe representar para Colombia, la posibilidad de obtener información directa acerca del funcionamiento de las instituciones estadounidenses; de adentrarse en el entendimiento del sistema legal federal de los EE.UU., y entre otros aspectos, en el ámbito de autonomía residual de los estados federados frente a los tratados comerciales con otros países.

No se debe perder de vista que nuestro sistema jurídico un poco siguiendo la tradición católica, ha protegido al trabajador como la parte débil de la relación con el fin de evitar su explotación, mientras que en la cultura legislativa y jurisprudencial estadounidense de mayoría protestante, se ha privilegiado la idea de la simetría entre flujo comercial y derechos laborales y se ha hecho del balance entre los derechos e intereses de los trabajadores y de los empleadores, uno de los objetivos del derecho laboral⁹.

Lo ideal sería que siguiendo los parámetros de nuestro sistema, la ecuación funcionara al revés, es decir, a mayor expansión económica mayor protección a la fuerza laboral, pero el comercio mundial, la necesidad de competitividad de nuestras empresas, la inversión extranjera y los requerimientos de los organismos internacionales de crédito, han exigido para bien y para mal, la flexibilización del derecho laboral colombiano para darle cabida al flujo comercial y a la inversión extranjera¹⁰.

9 “(...) The term “affecting commerce” means in commerce, or burdening or obstructing commerce or the free flow of commerce, or having led or tending to lead to a labor dispute burdening or obstructing commerce or the free flow of commerce...” National Labor Relations Act Sec. 2 (7).

10 El acuerdo de crédito firmado por Colombia con el Fondo Monetario Internacional en 2002, condicionó los nuevos préstamos al país a la reducción de los costes de la mano de obra ampliando la jornada laboral diurna y reduciendo el precio de las horas extraordinarias y de las indemnizaciones por despido, lo que se cumplió con la Ley 797 de 2003.

El AFTA indiscutiblemente va a comercializar e internacionalizar nuestra visión del derecho laboral, pero el ideal es que ello *No* suceda ni a costa de nuestra propia identidad jurídica ni desconociendo los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

I. BREVE MIRADA A LA SITUACIÓN DE COLOMBIA FRENTE A ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO DECLARADOS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN 1998¹¹

1. Libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva

La libertad sindical, de asociación y la práctica de la negociación colectiva son considerados internacionalmente como una muestra democrática del equilibrio de poderes cuya contribución más importante es sin lugar a dudas, la posibilidad de resolver los conflictos por medios pacíficos. El verdadero debate sobre estos derechos como indica la OIT,

“...no puede ni debe versar sobre *si* se han de respetar esos principios y derechos, sino sobre *cuál* es la *mejor manera* de respetarlos y utilizarlos...”¹².

El nivel de desarrollo de la legislatura y judicatura colombianas que dicho sea de paso, concede a los convenios y tratados internacionales del trabajo la naturaleza de normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, con el objeto de que sirvan de herramientas que ayuden a desentrañar el sentido y

11 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

La *Conferencia Internacional del Trabajo*, (...) 2. declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tiene un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

12 “Informe del director general”, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, *Conferencia Internacional del Trabajo*, n° 92, reunión 2004, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

alcance de los conceptos constitucionales¹³, *no* permitiría so pena de inconstitucionalidad¹⁴, legislar en contra de dichos derechos ni de ninguno de los considerados fundamentales. Pero lo cierto es que en la práctica, el respeto por los derechos de carácter colectivo es relativo en Colombia, aunque en mi sentir, no más relativo de lo que puede ser en otros países con similar nivel de desarrollo o incluso en otros mucho más avanzados como en nuestra contraparte¹⁵.

Infortunadamente la fuerza de la guerra que se libra en Colombia desde hace algo más de 40 años, ha evidenciado la polarización del tejido social que venía de atrás, hasta el punto de confundir el irrespeto por el derecho a la vida con el irrespeto por el ejercicio del derecho de asociación.

La confusión se hace evidente en el exterior, tanto más cuando la OIT se refiere a nosotros como *el trágico y complejo caso de Colombia*, como un caso *grave y urgente*¹⁶ de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical de dicha organización entre noviembre de 2000 y noviembre de 2003 y cuando en el año 2001 la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT ubicó a Colombia junto a Etiopía y Myanmar, dentro de los 32 países que incumplían el convenio sobre libertad de asociación.

Como complemento nada halagüeño, el delegado de los trabajadores de Colombia en el marco de la 92 Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2004 en su intervención manifestó que

“(...) la tragedia del sindicalismo colombiano por efectos de la violencia sigue (...) presente; (y que) el hecho de que haya menos asesinatos de sindicalistas, no indica que

13 Art. 93 Constitución Política de Colombia.

14 Art. 39CN; arts. 2º, 3º y 10º, Ley 26/76; art. 1º Ley 584/2000 (art. 353 CST) art. 56CN; Ley 31/92; art. 429 CST.

15 “...*In fact., during the past five years acts of anti-union discrimination have represented the highest percentage of complaints by the Committee on Freedom of Association (...) by the way,(...) in 1999 alone ILO's (OIT) Committee on Freedom of Association asked that measures be taken to remedy infringements of trade union rights in nearly half the cases reviewed (...)*” *Technical Preparatory Meeting of the XIII Inter-American Conference of Ministers of Labor, July 23-24, 2003 Brasilia, D.F., Brazil- Organization of American States/ Inter- American Council for Integral Development (CIDI).*

16 “...aquellos que han implicado asesinatos o amenazas de muerte, agresiones físicas, despidos de sindicalistas, detenciones de dirigentes y miembros de sindicatos; obstrucción a reuniones y actividades sindicales, medidas disciplinarias a raíz de acciones laborales directas, adopción de leyes que restringen seriamente las actividades de los sindicatos (y de las organizaciones de empleadores), acoso y hostilidad de las autoridades hacia los sindicatos, y la prohibición de establecer sindicatos independientes. “Informe del director general”, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, *Conferencia Internacional del Trabajo n° 92, reunión 2004, punto 87, Problemas para dar efecto a los convenios ratificados o a los principios y derechos en que están basados.*

hayan cesado los crímenes, (pues) en los últimos doce meses fueron asesinados 108 (...) (que) la violación a los derechos humanos, presenta otras características, (como) aumento en los hostigamientos, desplazamientos forzados, amenazas, detenciones masivas y allanamientos (...) (que) contrastan con el estancamiento escandaloso de la impunidad del 98% (...) (en conclusión) (...) la actividad sindical en Colombia, es de alto riesgo y lo será mientras haya impunidad (...)”¹⁷.

El Estado colombiano por su parte, no ha dejado de responder a través de sus delegados gubernamentales los puntos sobre los cuales la OIT ha venido requiriendo al país, siempre sobre el entendido de que el respeto a los derechos de libre asociación y de negociación colectiva, no puede ejercitarse de acuerdo con la Organización, cuando los derechos humanos fundamentales y en especial, el derecho a la vida y a la seguridad personal no son respetados. A continuación resumiré el contenido de algunos de los requerimientos y de algunas de las respuestas de nuestro gobierno en los últimos años.

Requerimiento. Que el gobierno colombiano informe sobre la intensidad de los actos de violencia en contra de los sindicatos en cada sector industrial y en cada región y sobre las medidas que se han tomado al respecto. *Respuesta.* El Ministerio de la Protección Social ha presentado con sustento documental, los casos que se encuentran en investigación; las medidas adoptadas para la protección personal de los líderes sindicales y ha informado acerca de la creación de una oficina de derechos humanos dentro del ministerio, con el objeto de que recopile información y le haga seguimiento a los casos de sindicalistas víctimas de la violencia. *Requerimiento.* Que el gobierno colombiano tome los pasos necesarios para terminar con la situación de impunidad que se vive y logre resultados en el desmantelamiento de los grupos paramilitares y de los demás grupos violentos. *Respuesta.* El gobierno ha iniciado conversaciones con los grupos insurgentes y ha establecido programas de protección para testigos y personas bajo amenaza. Ha explicado que en Colombia no existe una política gubernamental (oficial) en contra de los trabajadores o de los miembros de sindicatos, pues la estructura del Estado colombiano, sus instituciones y mecanismos de control de las autoridades públicas hacen imposible una política de represión hacia la sociedad civil. Ha aclarado que si algunos agentes del Estado han incurrido en violación de derechos humanos, son casos excepcionales y totalmente ajenos a la política oficial. *Requerimiento.* Que el gobierno colombiano intervenga en los procesos (determinados) que se siguen por el despido de sindicalistas en (ciertos) casos de huelga declarada ilegal por parte del ministerio, por cuanto los procedimientos legales no han concluido luego de 4 años de iniciados, lo que constituye

17 Durante la discusión del Informe del presidente del Consejo de Administración y de la Memoria del director general, el 14 de junio de 2004, intervino como delegado de los trabajadores colombianos, APECIDES ALVIS FERNÁNDEZ, presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia quien además de su central también representaba a la CUT y a la CGTD.

denegación de justicia. *Respuesta.* La Constitución Política del país, establece la división tripartita de las ramas del poder público en legislativa, ejecutiva y judicial. Dicha división no permite que la rama ejecutiva intervenga en las funciones asignadas a la rama judicial, por tanto las decisiones que toman los jueces de la República, son de aplicación general e inmediata y en ese sentido son reconocidas y aceptadas incondicionalmente por las restantes ramas del poder.

De los *requerimientos* de la ort se infiere la confusión a la que nos referíamos anteriormente y queda sobre el tapete la imposibilidad que tiene una organización internacional como la ort a pesar de los expertos que la conforman, de conocer en detalle la estructura legislativa de un país y los intrínquilis de su situación político-social.

A nivel de legislación interna no hay duda de que Colombia posee todas las herramientas constitucionales y legales necesarias para desarrollar unas relaciones pacíficas. De hecho con la Constitución de 1991 se dio comienzo al fenómeno de la constitucionalización del derecho del trabajo, mediante la cual adquirieron categoría constitucional muchos principios protectores del derecho laboral clásico que la legislación ordinaria no había podido asir, como los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, a pesar de que los convenios 87 y 98 de la ort habían sido aprobados por la Ley 26 de 1976. Sin embargo el asesinato de innumerables sindicalistas impune judicialmente, junto con la ausencia de voluntad política para comprometer la responsabilidad social de los empleadores y los trabajadores, ha conducido a que hoy en día como siempre, prime la desconfianza entre estos dos primordiales interlocutores sociales cuyo efecto en el retraso estructural del país, aún no ha sido cuantificado.

2. Eliminación del trabajo infantil¹⁸

La Constitución colombiana le impone al Estado la obligación de proteger el derecho de los niños al desarrollo armónico e integral, haciendo prevalecer (art. 44 CN) sus derechos sobre los derechos de los demás. De acuerdo con la Corte Constitucional, el niño se convierte en:

18 Para 1995 había 250 millones de niños de 5 a 14 años económicamente activos, de los cuales al menos 120 millones trabajaban en condiciones de dedicación exclusiva.

ort-labordoc (www.ilo.org/public/english/support/lib/labordoc)

“(…) una nueva categoría de sujeto constitucional de protección especial, frente al cual, en aplicación de la regla *pro infans*, siempre debe ampararse de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral (...)”¹⁹.

La Convención de los derechos del niño de la ONU aprobada por Colombia (Ley 12/91) reconoce el derecho de los niños a ser protegidos contra el trabajo en labores riesgosas y contra la explotación laboral que obstaculice su educación y desarrollo.

Uno de los principales medios utilizados para la abolición del trabajo infantil de acuerdo con los Convenios 138 y 182 de la OIT ha sido la determinación de una edad mínima para ingresar a laborar (Ley 515/99) y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil unida a una acción inmediata para su eliminación²⁰ (Ley 704/2001).

El Convenio 138 establece que la edad mínima para trabajar no será inferior a la edad en que cesa la obligación escolar y en todo caso no puede ser menor de 15 años de edad, aunque el convenio permite la reducción de dicha edad a 14 años e incluso a 12 para labores ligeras, cuando el desarrollo de la educación en el país de que se trate no haya alcanzado cierto nivel, como sucede en Colombia. Por tal razón, el país se acogió a la posibilidad excepcional de permitir bajo ciertas condiciones el trabajo de menores de 15 años.

En cuanto a las peores formas de trabajo infantil, Colombia no sale bien librada, sobre todo cuando el 20% de las niñas entre 10 y 12 años, se dedican al servicio doméstico en las ciudades²¹ y en las explotaciones mineras de oro, arcilla, carbón y esmeraldas trabajan niños desde los 5 años de edad y el 60% de ellos no sólo no son remunerados, sino que se encuentran expuestos a altas temperaturas, olores penetrantes y mordeduras de insectos y animales. Las niñas además, tienen la carga adicional del trabajo doméstico²². Por otro lado, en Colombia también se vive el trauma de los niños sujetos a reclutamiento forzoso por las guerrillas y paramilitares para combatir en el conflicto.

19 Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2 de marzo de 2004. MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

20 Para efectos del Convenio 182, las peores formas de trabajo infantil abarcan entre otras, todas las formas de esclavitud como el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización de niños para prostitución o pornografía; para la realización de actividades ilícitas o cualquier trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

21 OIT: “lo intolerable en el punto de la mira: un nuevo convenio internacional para erradicar las peores formas de trabajo infantil”. Nota informativa sobre el servicio doméstico (Ginebra, OIT, 1999).

22 *The boys and girls who work in Colombia's small-scale mining: Sociocultural, economic and legislative diagnosis.* (OIT y MINERCOL, Lima, 2001).

A pesar de lo anterior, la OIT ha reconocido el esfuerzo efectuado por Colombia al integrar varios entes gubernamentales cuyas actividades se relacionan con la población infantil, con el objeto de responder a las necesidades de desarrollo de los infantes. La misma organización también ha puesto de presente la labor de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, cuyo trabajo ha dado resultado concretos en diversos sectores²³.

3. Eliminación de la discriminación en el trabajo²⁴

Aunque todos los principios laborales fundamentales internacionalmente reconocidos están consagrados constitucional y legalmente en Colombia, el punto de la no-discriminación del artículo 13 de la Constitución Política y de los artículos 10 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, pareciera ser el más difícil de ser aprehendido con alcance general, en tanto en cuanto en Colombia se manifiesta en la generalidad de los casos, como un fenómeno de carácter individual que requiere ser analizado caso por caso.

La lucha antidiscriminatoria constituye una tarea titánica que tendría que empezar casi desde la cuna pues los factores de discriminación están tan arraigados culturalmente y de tal forma insertos en el *modus vivendi* social que a pesar de ser contrarios a los valores constitucionales de la dignidad humana y de la igualdad, tanto en Colombia como en otros países, hacen parte del lenguaje de las normas y de las prácticas institucionales²⁵.

En el aspecto laboral, el principio de no-discriminación por razones de raza, sexo, religión, ideas políticas u origen social se encuentra en la base de la pirámide de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos declarados por la OIT²⁶. Tal vertebral posición se basa en el hecho de que el respeto al derecho de igualdad, reduce el trabajo forzoso y el trabajo infantil como manifestaciones discriminatorias que son en sí mismas y evita la estigmatización de los trabajadores

23 Programa Internacional para la erradicación del trabajo infantil - IPEC: *Good practices in action against child labour: A synthesis report of seven Country Studies*.

24 “La hora de la igualdad en el trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del director general. *Conferencia Internacional del Trabajo*. Reunión 2003.

25 Corte Constitucional, sentencia T-098 de 1994.

26 Decreto reglamentario 1398/90 “La mujer tendrá igual tratamiento que el hombre en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el empleo y la seguridad social”.

asociados sindicalmente y la de quienes promueven la negociación colectiva en representación de otros, en relación con los que no lo están²⁷.

En Colombia se puede decir que la discriminación de género es a nivel nacional, no obstante la expedición de normatividad que exige la adecuada y efectiva participación de la mujer (al menos) en el poder público²⁸, mientras que la discriminación por raza o grupo étnico se presenta más en el orden regional. La discriminación por motivos religiosos es prácticamente inexistente. En contraste, la discriminación política es una constante en el país desde hace más de cuatro décadas, en las que el crecimiento de la intolerancia ha ido aparejado con la intensificación del conflicto²⁹.

En cuanto a la discriminación salarial femenina, contrario de lo que se piensa tradicionalmente, la principal razón no se debe al nivel de instrucción más bajo de las mujeres, que en Colombia es equiparable y aún mayor que en los hombres, sino que obedece a otros factores como la segregación profesional, las estructuras de salarios arbitrarias y los sistemas de clasificación de empleos. Por otro lado la violencia intrafamiliar³⁰ contra la mujer representa ingresos dejados de percibir del 4.4% del PIB³¹.

Además de lo anterior, la doble jornada femenina —trabajo y hogar—, no se trata a nivel educativo, luego no existe conciencia de la situación ni de sus efectos a nivel social y familiar, y ello redundando en la poca capacidad de las mujeres para negociar con sus compañeros el reparto de las tareas familiares no remuneradas.

27 El artículo 143 del CST establece el principio general de a trabajo igual, salario igual por lo que no pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

28 Proyecto de Ley estatutaria 62 de 1998 Senado y 158 de 1998 Cámara, denominada “Ley de cuotas” que exige que un mínimo del 30% de los cargos del máximo nivel decisorio en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, sean ocupados por mujeres. En Informe presentado por el Ministerio Público se indica que 33 órganos del Estado incumplen con el mínimo de participación femenina, dentro de ellos, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, periódico *El Tiempo* marzo 8 de 2005

29 Convenio 111, apartado a), párrafo 1, artículo 1. La definición no supone la intencionalidad como presupuesto, e incluye tanto la discriminación directa como la indirecta: el elemento determinante es el efecto de una privación o limitación de la igualdad de oportunidades y de trato derivadas de un tratamiento diferenciado. OIT: Igualdad en el empleo y la ocupación, Informe III (4B), 75ª y 83ª reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1988 y 1996) y documentos del Consejo de Administración: GB.277/3/1, GB.280/3/1 y GB.283/3/1.

30 En 2003 Medicina Legal reportó 62.431 personas lesionadas por violencia intrafamiliar; de ellas, el 75,85% fueron mujeres (...) en maltrato infantil, el 51,4% del maltrato recae en las niñas (...) sólo el 12% de las víctimas denuncia, periódico *El Tiempo* marzo 8 de 2005.

31 Resultados de una investigación efectuada por el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico de la Universidad de los Andes.

Aun cuando en el país se pueda equiparar la educación media y superior de hombres y mujeres, si ello no representa un medio real para superar posiciones de inferioridad en el mercado de trabajo, la consecuencia evidente es que en Colombia sigue primando la discriminación.

La discriminación en el trabajo se puede manifestar en el acceso al mismo, durante su desempeño o en ambos. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo o religión. Los discapacitados o los trabajadores de edad³² suelen afrontar muchas dificultades para conseguir trabajo o para reincorporarse al mercado laboral después de haberse alejado del mismo. Generalmente, las víctimas de discriminación en el acceso a un empleo suelen seguir siéndolo cuando ya están trabajando, en un círculo vicioso de desventajas acumuladas.

II. AUSCULTANDO A NUESTRA CONTRAPARTE

Considero importante una visión (*muy*) resumida de la forma como funciona el concepto de federalismo en el sistema legislativo laboral de los Estados Unidos de América del Norte cuya implementación corresponde al Congreso, pero cuya viabilidad normativa le corresponde juzgar a la Corte Suprema, dependiendo de su concordancia con los principios constitucionales del federalismo.

La directriz general consiste en que la potestad legislativa federal en cabeza del Congreso, está restringida a los aspectos específicamente determinados por la Constitución y los aspectos que no entren dentro del ámbito de la potestad legislativa federal están reservados a *contrario sensu* a los estados³³. Ahora bien, la denominada Ley Suprema de la Nación emana única y exclusivamente del Congreso y posee alcance prevalente sobre las legislaciones estatales.

Aunque las facultades de los estados para legislar en el orden laboral dependen de sus propias constituciones³⁴, la interpretación de la facultad que tiene el Congreso

32 El Congreso de Colombia aprobó el pasado 30 de diciembre la Ley 931 de 2004, mediante la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad. La norma indica que ninguna persona pública o privada, "...podrá exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral (...)" art. 2º Ley 931/04.

33 Enmienda X Constitución de los Estados Unidos de América del Norte.

34 En la formación de los EE.UU. "(...)the states retained almost plenary governmental power exercised primarily by the legislatures. This power was limited only to the extent that the states granted powers to the federal government, agreed to restrictions on the state power in the Federal Constitution, or

para legislar sobre todo lo relacionado con el comercio interestatal³⁵, ha sido motivo de debate a lo largo de la historia legislativa estadounidense.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia fueron en el pasado restrictivos tanto para el gobierno federal como para los estados, es así como en el caso de *Adair vs. U.S.*³⁶ la Corte sostuvo el criterio de la falta de conexión lógico-jurídica entre la membresía de trabajadores a organizaciones sindicales y el desarrollo del comercio interestatal... limitando así la competencia legislativa del Congreso en el orden laboral. Posteriormente, en *Coppage vs. Kansas*³⁷ se discutió la constitucionalidad de una ley promulgada por Kansas que *prohibía* a los empleadores exigir a sus trabajadores, abstenerse de ingresar a un sindicato como condición para continuar en el empleo. La Corte consideró que dicha norma constituía una limitación ilegal a la libertad contractual que únicamente podría ser admisible, no siendo este el caso, en ejercicio del poder de policía del estado. Kansas justificó la expedición de la norma, arguyendo que propendía por el equilibrio de poder dentro del contrato de trabajo. La Corte desestimó ese argumento al considerar que no era posible defender la libertad contractual y el derecho a la propiedad privada, sin reconocer al mismo tiempo como legítimas las desigualdades de fortuna que son necesarias para el ejercicio de los derechos.

Esta posición restrictiva de la Corte aplicable tanto al gobierno federal como al estatal, empezó a cambiar hacia los años 30 con el reconocimiento que hizo la Corte, del derecho como ciencia progresiva adaptable a las condiciones sociales. Así en *West Coast Hotel Co. Parrish*³⁸ frente a una ley del estado de Washington que establecía la fijación de salario mínimo para las mujeres, la Corte en contra de la doctrina *Coppage* dijo que la legislatura estatal estaba facultada para tomar en consideración la desigualdad existente entre las mujeres trabajadoras y sus empleadores y que la rectificación de dicha desigualdad en los contratos de trabajo caía dentro del ámbito del poder de policía del estado para legislar en bien de la comunidad en general.

A partir de la promulgación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales (National Labour Relations Act-NLRA)³⁹ si el empleador desarrolla actividades comerciales

imposed limitations on themselves in their own constitutions (...)" ROBERT F. WILLIAMS, *State Constitutional Law Processes*, 24 *Wm. & Mary L.Rev.*169,178 (1983).

35 *U.S.Const.art.1, § 8, cl.3.*

36 208 *U.S.* 161 (1908).

37 236 *U.S.* 1 (1915).

38 300 *U.S.*379 (1937).

39 En uso de la facultad constitucional para legislar sobre el comercio interestatal.

interestatales, la relación laboral con sus trabajadores trátase de relación individual o colectiva, cae bajo la esfera de la legislación federal, de conformidad con la doctrina de la primacía de las normas federales sobre las estatales cuando regulan el mismo tema. Así las cosas, los estados no pueden legislar en áreas que ya están protegidas o prohibidas por el NLRA.

La ley de seguridad ocupacional y salud (Occupational Safety and Health Act of 1970-OSHA) establece los estándares de seguridad y salud en el lugar de trabajo para el sector privado. Dicha norma es aplicable a las empresas que tengan alguna relación aunque sea mínima, con el comercio interestatal y aunque los estados *per se* tienen la obligación de asegurar ese tipo de bienestar en el lugar de trabajo, siempre deben hacerlo bajo el marco regulativo del OSHA.

Existen otras normas federales en donde las denominadas *savings clauses* mantienen la validez de las regulaciones estatales que no entren en conflicto con los requerimientos de una norma federal, como en el caso de las relaciones entre los sindicatos y sus miembros que son reguladas tanto por normas federales como por normas estatales.

En síntesis, existen cuatro formas de promulgación de legislación laboral en EE.UU., la legislación federal sobre un tema en particular que prima sobre la legislación estatal; la legislación federal que deja espacio para que los estados legislen sobre un asunto especial pero dentro del marco federal; la legislación federal que permite que la legislación estatal desarrolle (duplique) asuntos legislados federalmente y la inexistencia de regulación de un tema a nivel federal que otorga primacía a la regulación estatal.

1. El Estatuto de Relaciones Laborales del National Labor Relations Act NLRA⁴⁰

Este estatuto propende en parte hacia la eliminación de las causas de ciertas obstrucciones al libre flujo del *comercio* (paro laboral) mediante la protección del ejercicio de los derechos de asociación y de negociación colectiva de los trabajadores. El NLRA, indica cómo la experiencia ha demostrado que la protección legal de los derechos colectivos de los trabajadores salvaguarda el *comercio*, al promover prácticas para solucionar amigablemente disputas sobre las condiciones de trabajo y al restaurar la equidad del poder negociador entre empleadores y trabajadores⁴¹.

40 *National Labor Relations Act (NLRA)* 49 Stat.449 (1935), as amended; 29 U.S.C. §§ 151-69 (1982).

41 NLRA *Findings and Policies* Sec.1.

Desde la promulgación del NLRA en 1935, se le dio vida a una figura considerada estrictamente antisindical y dicho sea de paso, expresamente prohibida en la legislación colombiana, que consiste en la utilización de remplazos de trabajadores o *esquiroles* en caso de huelga de carácter económico, como mecanismo de manejo de las relaciones laborales, en aras de la protección del *comercio*.

Aparece claro cómo la búsqueda del equilibrio de fuerzas entre trabajo y comercio, ubica en un lado de la balanza el derecho de huelga como el medio más eficaz que tienen los trabajadores para manifestar su inconformidad y del otro lado, el derecho de los empresarios para proteger *la continuidad del comercio*, manteniendo su operación con *esquiroles*, a pesar de la huelga. En la queja contra el gobierno de EE.UU., presentada por The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations —AFL-CIO—⁴², se dice que la facultad legal que tienen los empleadores de *remplazar* los huelguistas en las huelgas de carácter económico reduce la posibilidad de ejercer los derechos de asociación y de negociación colectiva en todas sus etapas, pues constituye una amenaza dentro del procedimiento de autocomposición del sindicato; le resta protección a los trabajadores dentro de la primera negociación colectiva⁴³: provee a los empleadores un incentivo para destruir largas y estables relaciones industriales y finalmente, resulta en pérdida de empleo y representación de los trabajadores. Para el gobierno la doctrina del *reemplazo* de trabajadores es un componente antiguo del derecho laboral de los Estados Unidos que busca balancear los derechos e intereses de trabajadores y empleadores⁴⁴.

Los derechos de asociación y de negociación colectiva junto con la protección al *comercio* forman parte de la columna vertebral del NLRA que en su desarrollo, otorga capacidad de comportamiento colectivo a ciertas actividades y estructura sobre esa base, la definición de *employee*. Así son *employees* quienes prestan servicios personales en general y curiosamente los huelguistas *reemplazados* debido a que la contratación de *esquiroles* de acuerdo con el NLRA, no implica la terminación del contrato de los huelguistas, quienes conservan la expectativa de reinstalarse en

42 Reporte 278, caso 1543 julio 27 de 1990 del Comité de Libertad de Asociación de la OIT.

43 “...If an employer fails in the anti-union campaign and the workers win union representation, the battleground then often switches to bargaining for the first contract. In almost half of the newly organised facilities, the workers never succeed in negotiating a first contract (Appendix R). The treta to replace workers permanently or the exercise of that possibility is particularly important at this crucial, delicate and difficult time in the emergence of a new trade union organization...” ibídem.

44 Para mayor información, leer *The Government's reply* de 2 de mayo de 1991, en el reporte 278, caso 1543 ante la OIT sobre la queja instaurada contra el gobierno de EE.UU. por violación de derechos sindicales, el 27 de julio de 1990.

su empleo (cuando termine la relación laboral con los *esquiroles*) a pesar de no estar prestando servicios al empleador y aún después de terminado el conflicto⁴⁵. El NLRA excluye expresamente de la definición de *employee* a quienes se dedican a la agricultura; a quienes laboran como empleados domésticos y a quienes sean empleados por su cónyuge o padres⁴⁶.

No existe norma federal que proteja el derecho de asociación para trabajadores agrícolas, luego si un empleador quiere despedirlos por el hecho de formar un sindicato, no estaría violando una norma federal y el despido sería legal. Sin embargo, algunos estados como California, Michigan y Arizona han aprobado normas protectoras del derecho de asociación para quienes laboran en agricultura. Lo que sorprende positivamente e indica sin lugar a dudas un cambio en el sistema, es que por primera vez en la historia de EE.UU., el pasado 16 de septiembre de 2004 después de casi seis años de boicot a la Mt. Olive Pickle Company, el conflicto terminó con la sindicalización de 8.000 trabajadores agrícolas en Carolina del Norte (casi todos inmigrantes latinoamericanos)⁴⁷.

Otra importante característica del manejo laboral en EE.UU., radica en que no ha ratificado los convenios No. 87 sobre Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicalización de 1948; ni el No. 98 sobre Derecho de Sindicalización y de Negociación Colectiva de 1949⁴⁸; tampoco el No. 11 sobre Derechos de Asociación y de Coalición de los Trabajadores Agrícolas y además como veíamos, su legislación laboral permite la contratación de *esquiroles* y la descolectivización de quienes trabajan en labores agrícolas, nos preguntamos, hasta qué punto tiene EE.UU., verdadera voluntad de implementar la declaración relativa a los *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1998⁴⁹, en la que se reconocen

45 "...When the strike is over the striker is entitled to a place on a recall list, and if the employer needs to hire new workers it has to go to the recall list before it can hire "off the street" (...) Informal concept, BARBARA FICK, Associate Professor in Labor Law, Dispute Resolution and International Labor, School of Law, University of Notre Dame.

46 NLRA Sec. 2. (3).

47 September 16, 2004, Raleigh, N.C. This agreement among the Farm Labor Organizing Committee (FLOC), Mt. Olive Pickle Company and the North Carolina Growers Association will allow the farmworkers to join FLOC and receive the benefits of union membership. Para mayor información, véase Kwesthues@churchworldservice.org.

48 Organizarse en pos de la justicia social. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*. "Informe del director general". Conferencia Internacional del Trabajo. Reunión 2004.

49 Declaración adoptada por la OIT en Ginebra, el 18 de junio de 1998, reconoce como fundamentales el derecho de asociación sindical; el derecho de negociación colectiva; la prohibición al trabajo forzoso; la Eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación y la abolición del trabajo infantil.

precisamente como fundamentales, tanto el Derecho de Asociación Sindical como el Derecho de Negociación Colectiva ¿No constituye esto una especie de *dumping social* del primer mundo que se debe considerar en las negociaciones del TLC?

III. DESARROLLO DE LAS CONVERSACIONES

En un principio, la posición colombiana frente al tema laboral en la negociación del TLC, fue de clara expectativa y casi que de pasiva espera de los planteamientos de EE.UU., dejando la triste impresión de que lo único que nuestro país tenía entre manos en relación con el trabajo humano, era una esperanza recóndita de que el texto de la propuesta estadounidense no fuere más gravoso que los capítulos laborales ya suscritos con México, Chile o negociados con Costa Rica y con los demás países centroamericanos.

Sólo hasta después de la ronda de Tucson, es decir siete meses después de iniciadas las negociaciones, Colombia empezó a manifestar una actitud proactiva sobre el tema, a pesar de que la inclusión de estándares laborales en los TLC es de ordinaria ocurrencia a nivel internacional y a nivel global es cada día más apabullante, la importancia de la Declaración de *Principios y derechos fundamentales del trabajo* de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— de 1998. Y no sólo eso, también son *actos* notorios, los códigos de conducta implantados por gran número de multinacionales; los instrumentos sociolaborales de los acuerdos de integración; los capítulos laborales integrados o anexos a los TLC suscritos por EE.UU., a lo largo de más de una década; los estándares laborales de la Organización Internacional de Comercio —OMC— y hasta la facultad de suspensión unilateral del Sistema General de Preferencias por parte de EE.UU., a sus beneficiarios en razón de incumplimiento de regulaciones laborales⁵⁰.

1. Ronda de Lima

Después de esta ronda⁵¹, los negociadores informaron a la sociedad civil que la delegación colombiana había expuesto a EE.UU., los lineamientos generales del sistema

50 *Labor and social rights are clearly stated in the region's four basic instruments, namely: the American Declaration on the Rights and Duties of Man; the American Convention on Human Rights; the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights, known as the Protocol of San Salvador and the Inter-American Democratic Charter. An Analysis of the Labour Aspects of Regional Integration Agreements in the Americas. Organization of American States. Technical Preparatory Meeting of the XIII Inter-American Conference of Ministers of Labor. July 23-24, 2003, Brasilia, D.F., Brazil*

51 Bogotá D.C., 11 de agosto de 2004, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

laboral colombiano y que se esperaba que la delegación de aquél país, presentara en el marco de la ronda siguiente en Puerto Rico, un *texto* laboral similar al incluido en el TLC con Chile.

En aquella reunión, los negociadores entregaron a los asistentes un texto-resumen denominado *Intereses andinos en la mesa laboral*, algo así como una guía general de puntos a considerar en un TLC:

- i) Capacidad legislativa, es decir, pleno respeto al ordenamiento jurídico de cada una de las partes;
- ii) Cumplimiento de la legislación laboral interna y/o efectiva aplicación de la legislación propia e inclusión de los *Principios y derechos fundamentales del trabajo* declarados por la OIT, con apoyo de la *cooperación*;
- iii) Mecanismos para consultas laborales;
- iv) Mecanismos basados en la *cooperación* para la solución de controversias; (v) instancias institucionales y administrativas y,
- v) Cooperación laboral y desarrollo de capacidades.

Es suficientemente llamativo el hecho de que de los 6 intereses planteados en el texto-resumen, 3 de ellos hacen referencia al tema de la *cooperación*, de allí el interés de los negociadores en destacar la necesidad de establecer detalladamente aspectos en los cuales pudiese existir *cooperación* entre EE.UU., y Colombia o más exactamente, del primero hacia el segundo lo que en mi concepto y a primera vista desdibuja el concepto de *cooperación* para convertirlo en ayuda rasa⁵².

En dicha reunión y con base en las intervenciones de los participantes de la sociedad civil, salieron a la luz otros temas no incluidos en el texto-resumen como por ejemplo, qué violaciones al derecho laboral interno darían lugar a sanciones económicas para Colombia dentro del marco del TLC⁵³; qué tratamiento laboral

52 Del latín *Cooperari*. Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin. *Diccionario enciclopédico*, Plaza & Janés Editores, 1987.

53 Múltiples argumentos éticos, políticos, jurídicos y económicos han sido esgrimidos desde distintas posiciones para intentar relacionar o procurar desvincular las normas laborales y el comercio internacional. Se encuentran antecedentes iniciales de esta discusión hacia 1838 cuando se proponía la suscripción de tratados internacionales sobre protección de los trabajadores por los diversos países industrializados, en forma simultánea, para evitar la competencia desleal entre sí. Citado por PABLO

tendrían los trabajadores migrantes de un país a otro; cuál era la posición de Colombia en la negociación frente al tema de las Cooperativas de Trabajo Asociado⁵⁴ que había suscitado en aquel momento la suspicacia de EE.UU., como mecanismo de violación de normas laborales, es decir de *dumping social* y frente a las exigencias modificatorias del futuro normativo de nuestro sistema laboral.

Infortunadamente en aquella oportunidad, estos temas no fueron abordados a profundidad por nuestros negociadores y el ambiente parecía más enrarecido con la duda que despejado con el esclarecimiento de una posición colombiana cualquiera que fuere.

2. Ronda de Puerto Rico

Después de la ronda de Puerto Rico⁵⁵, los negociadores manejaron una información más amplia que les permitió responder las preguntas de los asistentes, utilizando un esquema preestablecido. Su exposición se centró de nuevo en el tema de la *cooperación* y en la lectura explicativa mas no conceptual ni estratégica, del acápite laboral del CAFTA⁵⁶ cuyo texto fue presentado a la sociedad civil como modelo de la propuesta laboral de EE.UU., a los países *andinos*.

Los negociadores entregaron esta vez, un texto denominado *cooperación mesa laboral 2004* en el que indicaban los intereses colombianos en el tema de la *cooperación*, así:

LAZO GRANDE en *Tratados de libre comercio y trabajo de Pla A. 1965*, los convenios internacionales del trabajo, Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Montevideo.

54 El trabajo asociado es una figura cooperativa que propende hacia una organización de trabajo autodirigida que integra el trabajo personal de los asociados y sus aportes económicos como una forma de apropiación de los medios de producción de bienes, de obras o de servicios. En esta figura el productor, ejecutor o prestador del servicio es un empresario en sí mismo y la autogestión que realiza no sólo inhibe la subordinación jurídica laboral, sino que como se expresó en un simposio sobre el tema es incompatible con la intermediación laboral que implica la triangulación, empresa de servicios temporales —trabajadores— beneficiario. Así las cosas, las cooperativas de trabajo asociado son autónomas e independientes y en ellas, sus asociados que gozan de la doble calidad de propietarios y trabajadores crean fuentes de trabajo propias y a través de contratos de tercería que obviamente carecen de costos laborales desarrollan sus capacidades. Simposio Nacional - Cooperativas de trabajo asociado: entre la realidad y la ficción - Cómo lograr redes de cooperación empresarial exitosas, Bogotá D.C., octubre 6 de 2004, apartes ponencia de CARLOS HERNÁN GODOY FAJARDO.

55 Bogotá D.C., 29 de septiembre de 2004, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

56 Estados Unidos de América, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Panamá —Central American Free Trade Agreement - CAFTA— que aún no ha sido ratificado por el Congreso de EE.UU.

- i) El fortalecimiento en la aplicación de los *Principios y derechos fundamentales del trabajo* en donde enhorabuena incluyeron un acápite de garantías laborales a los trabajadores migrantes.
- ii) El mejoramiento del sistema de vigilancia y control del trabajo.
- iii) El fortalecimiento institucional, incluyendo el tema de los mecanismos alternativos de solución de controversias y,
- iv) El fomento de mejores prácticas laborales y mecanismos de adecuación al cambio.

Los negociadores manifestaron haber realizado una reunión con la Agencia Gubernamental Estadounidense de Ayuda para el Desarrollo-USAID, que apoyaría proyectos de *cooperación* de orden laboral e hicieron un llamado a los asistentes para que presentasen proyectos en ese sentido.

3. Ronda de Guayaquil

Después de la ronda de Guayaquil⁵⁷ los negociadores mostraron a los asistentes un borrador de propuesta colombiana con base en el texto del CAFTA incluyendo los puntos ya acordados con Perú y Ecuador y los puntos por acordar con esos países. En esta ocasión, los negociadores demostraron conexión con el tema y explicaron la posición colombiana tomando como base algunos apartes del capítulo laboral del CAFTA, en especial, la resolución de conflictos. Dieron a conocer una propuesta conjunta *andina* acerca del *Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades* en la que incluyeron apartes de lo acordado sobre el tema en el CAFTA y en el TLC con Chile.

Las preguntas más importantes que surgieron entre los participantes a esta reunión se relacionaron con la naturaleza del tratado, es decir si sería bilateral con EE.UU., como era lo previsto al inicio de las conversaciones o multilateral con Perú y Ecuador, caso en el cual afectaría tanto la aplicación de los acuerdos comerciales como los

57 Bogotá D.C., 11 de noviembre de 2004, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

instrumentos sociolaborales de la Comunidad Andina de Naciones-CAN y las relaciones mismas entre Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Bolivia⁵⁸.

Los negociadores no tenían clara la respuesta aunque manifestaron que a EE.UU., no le convenía suscribir acuerdos bilaterales con cada país *andino*. Nos preguntamos, ¿será porque así surge la posibilidad para EE.UU., de controlar las preferencias comerciales y los acuerdos de integración entre los *andinos* o porque nuestras economías son tan pequeñas que sólo resultan atractivas si están en bloque? Tal vez la importancia sea sólo de carácter político-estratégico pues lo cierto es que mientras para nosotros un tratado comercial con EE.UU., plantea casi un giro total en aspectos vitales de nuestra economía, el efecto del TLC para EE.UU., es tan insignificante que ni siquiera merece su cuantificación

“... las exportaciones estadounidenses a los tres países andinos con los que se negocia el Tratado son cerca del uno por ciento del total de (sus) ventas al exterior...”⁵⁹.

Frente a la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada parte... *de manera que No afecte el comercio entre las mismas después de la entrada en vigor del TLC...*, continuaba la duda, al menos para algunos de los asistentes a la reunión informativa, de si la primacía de la voluntad privada inserta en nuestra legislación laboral y que permite acordar entre empleadores y trabajadores auxilios, subsidios, primas extralegales o bonificaciones carentes de connotación salarial, prestacional e indemnizatoria, puede afectar los costos de producción de una empresa respecto a otra y significar *dumping* frente a ciertos rubros, a la luz del TLC.

Los negociadores respondieron que el tratado respetaría la normatividad colombiana existente al momento de su firma, indicando que la aplicación de las normas vigentes no daría lugar a *dumping social* y por lo tanto la duda carecía de fundamento según ellos.

No queda claro sin embargo, ¿cómo *no* se vería afectado el comercio a la luz de la visión estadounidense, cuando en un mismo país, un producto puede tener un costo diferente si proviene de una empresa donde prima la deslaborización remuneratoria a voluntad de los contratantes vs. un producto de una empresa

58 Los países integrantes de la CAN agrupan 120 millones de habitantes en una superficie de 4.710.000 kilómetros cuadrados, con un producto interno bruto de 260 millones de dólares en 2002. El comercio entre los países miembros de la CAN goza de preferencias arancelarias a través de una zona de libre comercio entre Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela a la que se está incorporando Perú en cumplimiento de un programa de liberalización.

59 Representante de la Oficina del Representante Comercial de EE.UU.- USTR, citado en el periódico *Portafolio* del 30 de marzo de 2005, *ibidem*.

convencionada, por ejemplo, cuyos trabajadores tengan derecho a 25 salarios al año?

¿Las empresas que quieran establecer relaciones comerciales con EE.UU., tendrán que pactar unas regulaciones laborales especiales, que deroguen de *facto* nuestra legislación?

En cuanto a los ítemes comprendidos en la definición de *legislación laboral* para efectos del TLC, los negociadores explicaron que EE.UU., *excluyó* en su propuesta, el principio de eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación, para en su lugar propender por un texto general sobre

“...condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional...”⁶⁰.

4. Ronda de Tucson

Después de la ronda de Tucson⁶¹, los negociadores informaron que Colombia había entregado su propuesta laboral a EE.UU., luego de un preacuerdo en algunos puntos con Ecuador y Perú y que en ese *momentum* de la negociación, se esperaba la contrapropuesta estadounidense en la próxima ronda de Cartagena. Explicaron las posiciones de las partes respecto de algunos temas en negociación, como la inclusión de protección laboral para los trabajadores migrantes; el principio de soberanía; el Consejo de Asuntos Laborales y los Mecanismos de *cooperación*.

La protección laboral de los trabajadores migrantes explicaron, es un tema de alta sensibilidad para los estadounidenses debido en parte al alto número de colombianos que ha ingresado a EE.UU., especialmente dentro del período 1999-2002⁶², la mayoría de los cuales en condición de *ilegales* sufren muchas limitaciones

60 En la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en junio de 1998, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y se confirmó así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades. La hora de la igualdad en el trabajo. “Informe del director general”. Conferencia Internacional del Trabajo 91. Reunión 2003.

61 Bogotá D.C., 17 de diciembre de 2004, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

62 Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se estima que por fuera de Colombia hay 2 ó 3 millones de nacionales, la mayoría de ellos en EE.UU., ‘periódico *El Tiempo*, noviembre 12 de 2004, págs. 1-9.

en el ejercicio de sus derechos⁶³ aunque como *persons* constitucionalmente deberían tener igual protección ante la ley⁶⁴. Los negociadores sin embargo no descartaron la posibilidad de proponer como alternativa, la inclusión del tema de los trabajadores migrantes en los acuerdos de *cooperación* en la forma como se hizo con México en el ACLAN⁶⁵ haciendo referencia a los principios de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios de la Organización de las Naciones Unidas -1990.

Los negociadores no descartaron la posibilidad de un acuerdo político que trate estos temas por fuera del TLC. Asimismo, Ecuador también es de la opinión de excluir el tema migratorio en el tratado, pues la ola migratoria colombiana a ese país representa en sí mismo un problema interno que prefieren no ventilar en un tratado de esta naturaleza.

5. Algunos puntos en negociación

- Los *andinos* tratan de resaltar el principio de soberanía aun más de lo que aparece en el CAFTA, dentro del artículo sobre el mecanismo de cooperación y desarrollo de capacidades, agregando (que) ... *El Mecanismo de Cooperación y Desarrollo de Capacidades operará bajo un marco de respeto a la soberanía nacional y a los requerimientos internos de cada parte...* (tomando) ... *en consideración la economía, cultura y sistema legal de la parte beneficiaria.*

63 "(...) *Undocumented immigrants commonly decline to report private of oficial abuse and are frequently unwilling to persue civil claims in court or to step forward to receive benefits to which they are entitle (...)* *The Dual Identity of the Undocumented Worker Under United States Law.* Linda S. Bosniak. 1988 *Wis.L.Rev.*955,977-87 *en Immigration and Refugee Law and Policy. Third Edition* by STEPHEN H. LEGOMSKY. NY, NY. *Foundation Press.* 2hh002.

64 *Although undocumented aliens may be persons within the protection of the due process and equal protection clauses, courts have permitted the federal and states governments to discriminate against all aliens for some purposes and to distinguish between permanent resident aliens and undocumented aliens for others (...).* *The undocumented are deprived of a range of services and benefits in many states which could not be legally denied to legally present aliens.* Ibídem. Para mayor información véase "Aliens" and the U.S. *Immigration Laws: The Social and Legal Construction of Nonpersons.* KEVIN R. JONSON, 28 *Univ. Of Miami Inter-American L.Rev.*263 (1996-1997).

65 Tras la firma del North American Trade Agreement-NAFTA entre EE.UU., Canadá y México, se suscribieron dos acuerdos paralelos y separados. El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte - ACLAN destinado a proteger los derechos laborales y el Acuerdo de Cooperación para el Medio Ambiente - ACAAN.

- EE.UU., está interesado en que las consultas laborales en desarrollo del mecanismo de *cooperación*, cubran todo tipo de asuntos, mientras los *andinos* propugnan sólo por la inclusión de asuntos derivados del ámbito de aplicación del tratado (...) *ninguna parte podrá solicitar la realización de consultas por un asunto que no haya sido previamente considerado por la otra parte.*
- En relación con los mecanismos de consulta, la propuesta *andina* contempla que las comunicaciones puedan provenir tanto de los particulares como de los puntos de contacto; que la iniciación del procedimiento se inicie dentro del término perentorio de los 10 días siguientes al recibo de la solicitud. EE.UU., por su parte, no desea sujetarse a un término perentorio y propone que la iniciación del procedimiento se haga (...) *sin demora.*

La posición colombiana pareciera razonable si consideramos la experiencia del NAFTA donde la multiplicación indefinida de las consultas junto a la ausencia de plazos ha hecho que, “(...) el procedimiento sea muy dilatado e ineficiente (...)” y tal como lo indica el profesor CÉSAR A. RODRÍGUEZ⁶⁶ quien a su vez recomienda que,

“...Igualmente importante (es) la inexistencia de un sistema de resolución de quejas independientemente de los gobiernos de los países miembros que asegure la aplicación imparcial y pronta del tratado...lo que crea un incentivo negativo para la activación del acuerdo por parte de un gobierno contra otro (...)”.

6. Ronda de Cartagena

Después de la ronda de Cartagena⁶⁷ los negociadores informaron que los EE.UU., fueron condescendientes con algunas de las propuestas *andinas* lo que permitió “*desencorchar*” varios temas. Otros temas sin embargo, permanecieron y permanecerán estancados, lo que significa en mi concepto que en esos puntos el TLC tendrá la redacción original de la contra- propuesta estadounidense.

En esta reunión se conoció a grandes rasgos el contenido del AFTA pero ante la imposibilidad reglamentaria de contar con el texto original, el recuento que haré se basa tanto en los apuntes tomados dentro de la reunión, como en la reproducción de

66 *Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia - Análisis y propuestas sobre el impacto del TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industria*, obra auspiciada por la Fundación Konrad Adenauer, coordinadoras: CATALINA BOTERO y ANDREA GUARDO MARTÍNEZ, 1ª edición, Bogotá, noviembre de 2004.

67 Bogotá D.C., 23 de febrero de 2004, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

textos del modelo CAFTA, que de acuerdo con los negociadores sería el mismo de nuestro tratado.

La contrapropuesta de EE.UU., no contempla la protección a los (trabajadores) migrantes ni la inclusión del derecho de no discriminación de la declaración de *Principios y derechos fundamentales del trabajo* de la OIT, en el artículo que se refiere a la *Protección de los derechos laborales de los trabajadores*. La razón dada es que si se aceptaran estos dos temas, se estarían extralimitando las facultades otorgadas por la ley TPA. Ahora bien, no incluir el derecho de no-discriminación dentro del artículo mencionado, significa que su violación por alguna de las partes, no será ventilada por el mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC, y en esa medida los actos discriminatorios no generarán consecuencias sancionatorias a la luz del tratado.

- El artículo sobre la *Declaración de compromisos compartidos* parece haber quedado preacordado en esta ronda y acorde con los negociadores ello se debió al trabajo de acercamiento de EE.UU., que permitió el cambio en la redacción de algunos apartes referentes a la autonomía legislativa, el respeto a la Constitución y el reconocimiento del derecho de cada parte a adoptar o modificar sus leyes y normas laborales.
- En referencia a la *Aplicación de la legislación laboral (...)* cada parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos procesales, de regulación y observación de las normas y de toma de decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales a los que se haya asignado una mayor prioridad (...) a lo que sigue un aparte de la fórmula mágica anti *dumping* (...): en consecuencia, las partes entienden que una parte está cumpliendo con (aplicación de la legislación laboral) cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos (...) las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en (...) como una forma de incentivar el comercio con otra parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio (...).

- En relación con las *Garantías Procesales e Información Pública*, Colombia propuso cambio de redacción de este capítulo respecto al CAFTA, con el fin de que se recoja más sucintamente.
- Cada parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su legislación, tengan en un determinado asunto adecuado acceso a los tribunales e instancias judiciales y administrativas y que los procedimientos establecidos para el cumplimiento de la legislación laboral respeten los principios al debido proceso, al derecho de defensa y legalidad reconocidos en su legislación interna.
- Cada parte garantizará que los procedimientos ante dichos tribunales para el cumplimiento de su legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes.
- Las decisiones no serán objeto de revisión ni podrán ser revisadas en virtud de las disposiciones de este capítulo.
- Ninguna parte podrá alegar derecho de acción en su legislación en contra de la otra parte, con el argumento de que la otra parte ha actuado en forma inconsistente con este capítulo.
- Cada parte promoverá el conocimiento público de su legislación laboral, mediante (i) la garantía de la disponibilidad de la información pública con respecto a su legislación laboral y los procedimientos para su aplicación; y (ii) la promoción de la educación al público con respecto a su legislación laboral.
- La *Estructura institucional*, igual a la del CAFTA comprende un Consejo de Asuntos Laborales, integrado por los representantes de los países a nivel ministerial que se reunirá dentro del primer año después de la entrada en vigor del TLC, (...) cuando lo considere necesario (...) dentro de las funciones del Consejo se encuentran supervisar la implementación y revisar el avance de acuerdo con este capítulo, incluyendo las actividades del mecanismo de *cooperación* laboral y desarrollo de capacidades (...). El público tendrá acceso a las sesiones del Consejo donde se tomen decisiones y el Consejo podrá proporcionar información a la comisión respecto de consultas laborales cooperativas que se hayan realizado.
- En este punto es posible que esa comisión se refiera a un órgano que aparece en CAFTA como un comité nacional de trabajo consultivo o asesor que cada

parte podrá crear, o consultar uno ya existente, integrado por miembros de su sociedad, incluyendo representantes de sus organizaciones de trabajadores y de empresarios, que presenten sus puntos de vista sobre cualquier asunto relacionado con el capítulo laboral.

- Al igual que lo anterior, *las funciones de los puntos de contacto* son iguales a las del CAFTA, así:
- Cada parte designará una unidad dentro de su Ministerio de Trabajo que servirá de punto de contacto con las otras partes y con el público, con el fin de llevar a cabo las labores del Consejo, incluyendo la coordinación del mecanismo de *cooperación* laboral y desarrollo de capacidades. El punto de contacto de cada parte se encargará de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones de una parte relativas a las disposiciones del capítulo laboral y pondrá tales comunicaciones a disposición de las otras partes y del público.
- Las *consultas laborales cooperativas*, término este último que los *andinos* trataron sin éxito de cambiar por otro que ofreciera menos confusión con las asociaciones solidarias, también mantiene la línea del CAFTA (...). Las partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto, tomando en cuenta las oportunidades de *cooperación* relacionadas con el asunto y podrán requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estimen apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto de que se trate. (...) Si las partes consultantes no logran resolver el asunto (...) una parte consultante podrá solicitar la convocatoria del Consejo para considerarlo, para lo cual entregará una solicitud escrita a los puntos de contacto de cada una de las partes (...). El Consejo será convocado sin demora y procurará resolverlo inclusive recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación (...) EE.UU. dice que el Consejo debe estar conformado por las partes en consulta (...) Colombia aceptaría esta integración en caso de que el tratado sea multilateral pero si es bilateral, sería inapropiada según los negociadores, la integración del Consejo con países no intervinientes en la consulta (...) sigue igual al CAFTA (...). Ninguna parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este artículo. La excepción es el antídoto contra *dumping* (...) una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado (...).

- La *definición* de legislación laboral al igual que en el CAFTA corresponde a las leyes o regulaciones de una parte o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos: (i) el derecho de asociación; (ii) el derecho de organizarse y negociar colectivamente; (iii) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; (iv) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y, (v) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud ocupacional.
- De acuerdo con los negociadores los *mecanismos de cooperación laboral* son *esenciales* para el logro de los objetivos previstos en el capítulo; para el cumplimiento de los *Principios y derechos fundamentales del trabajo* de la OIT y para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes⁶⁸. En el *desarrollo de capacidades*, tal como en el CAFTA. (...) las partes procurarán asegurar que los objetivos del mecanismo de *cooperación* laboral y desarrollo de capacidades así como las actividades que se desarrollarán a través de dicho mecanismo: (i) sean consistentes con los programas nacionales, estrategias de desarrollo y prioridades de cada parte; (ii) generen oportunidades para la participación pública en el desarrollo e implementación de dichos objetivos y actividades; y (iii) tomen en consideración la economía, cultura y sistema legal de cada parte.
- El capítulo anexo de *mecanismos de cooperación laboral y desarrollo de capacidades*, tratará hasta ahora (i) asuntos relacionados con la pequeña y mediana industria; (ii) estadísticas laborales; (iii) seguridad y salud laboral; (iv) trabajadores migrantes; (v) asistencia social y capacitación; (vi) derechos fundamentales en el trabajo y su aplicación efectiva; (vii) peores formas de trabajo infantil; (viii) fortalecimiento institucional - Ministerio de Protección Social y Jurisdicción Laboral; (ix) discriminación de género en cuanto a salario, prestaciones sociales y condiciones de trabajo; (x) oportunidades de empleo; (xi) solución de conflictos; (xii) inspección laboral y, (xiii) maternidad laboral.

68 Según MAURICIO RUBIO, negociador internacional de relaciones laborales del Ministerio de la Protección Social "(...)Las autoridades estadounidenses (...) tiene(n) problemas con algunos sectores empresariales que contratan inmigrantes en condiciones de discriminación, lo que en la práctica significa la violación de los derechos básicos de los trabajadores (...)" RUBIO quien intervino en el segundo congreso de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Asociación de Profesionales Especialistas en Seguridad Social (APESS), señaló que los derechos vulnerados tienen que ver con el no pago del mínimo por hora establecido en la normatividad estadounidense, condiciones de trabajo y despidos arbitrarios, entre otros...", periódico *El Tiempo*, noviembre 12 de 2004.

Estos temas son esencialmente los mismos consignados como *Prioridades de cooperación y desarrollo de capacidades* en el CAFTA.

- La *cooperación* se llevará a cabo a través de los mecanismos ya instituidos en el CAFTA (...) El Consejo de Asuntos Laborales, trabajando a través del punto de contacto de cada parte, coordinará las actividades del mecanismo de *cooperación* laboral y desarrollo de capacidades. Los puntos de contacto deberán reunirse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor del TLC y posteriormente, tan a menudo como lo consideren necesario. Los puntos de contacto, conjuntamente con representantes de otras entidades y ministerios correspondientes, deberán cooperar para:
- La *Implementación de las actividades de cooperación* (...) también CAFTA (...) de conformidad con el mecanismo, las partes podrán cooperar en asuntos laborales a través de cualquier forma que consideren apropiada, incluyendo, pero no limitándose a: (i) Programas de asistencia técnica, incluyendo el otorgamiento de recursos humanos, técnicos y materiales, según corresponda; (ii) Intercambio de delegaciones oficiales, profesionales y especialistas, incluyendo a través de visitas de estudio y otros intercambios técnicos; (iii) Intercambio de información sobre estándares, regulaciones, procedimientos y mejores prácticas, incluyendo publicaciones y monografías pertinentes; (iv) Conferencias conjuntas, seminarios, talleres, reuniones, sesiones de capacitación y programas de divulgación y educación; (v) Proyectos o presentaciones en conjunto y, (vi) Proyectos de investigación, estudios e informes conjuntos, incluyendo la participación de especialistas independientes con experiencia reconocida.
- La *Participación pública* en el CAFTA (...). Al identificar las áreas de cooperación en materia laboral y desarrollo de capacidades y al desarrollar estas actividades de *cooperación*, cada parte considerará los puntos de vista de sus respectivos representantes de trabajadores y empleadores, así como los de otros miembros del público.

Los negociadores insistieron y defendieron la unilateralidad de la *cooperación* por parte de EE.UU., hacia Colombia sin que ello implique contraparticipación del país y manifestaron en aquella oportunidad que ya existía apoyo para los temas de inspección y vigilancia dentro del Ministerio de Protección Social y que había otras propuestas de *cooperación* en estudio.

7. Segunda ronda de Lima

Después de las rondas de Washington y Lima⁶⁹ los negociadores de la mesa informaron que la negociación del capítulo laboral estaba casi terminada y manifestaron que en la ronda de Washington no se había discutido el tema.

En el transcurso de la reunión explicaron el contenido del anexo de *cooperación* y detallaron algunos apartes del capítulo en los que únicamente resta acordar la redacción sin cambios de fondo; otros, donde la traducción literal del inglés, carecía del sentido que se le quería dar en español; otros, donde la *síntesis* pregonada por los *andinos* haría más sentido y por último, unos pocos, donde la cuestión de fondo superaba la de forma. Dentro de los últimos, mencionaron en primer término, el concepto de *debido proceso*⁷⁰ que para EE.UU., debe incluir la enumeración taxativa de las garantías que según ellos circundan el derecho, y para los *andinos* su mención debe ser tan general que las incluya todas sin enumerarlas. En segundo lugar, se refirieron a los asuntos susceptibles de ser llevados a consulta que para EE.UU., deben ser todos los posibles y para los *andinos* con razón, solamente los que se deriven del TLC. A pesar de la importancia de estos ítemes y de lo razonable de la posición *andina* auguro que la redacción será la presentada por EE.UU., entre otras razones, porque traduce una posición ventajosa ya ganada en tratados precedentes que seguramente se niegan a perder.

En este punto de la negociación, salta a la vista que las ofertas de EE.UU., en lo laboral no han ido mucho más lejos el texto proforma CAFTA, conjugándolo con el hecho de que los temas del capítulo laboral del AFTA referentes a los mecanismos de *cooperación* laboral y a garantías procesales, penden de la aprobación que el Congreso estadounidense le otorgue al CAFTA⁷¹. Así las cosas, cada vez aparece con más claridad que lo que para nosotros es un tratado con EE.UU., en el cual fincamos muchas esperanzas de progreso futuro, para ellos es otro capítulo de un tratado marco que fija ciertas condiciones para la conservación de su expansión económica a lo largo de 60 años, con países altamente consumidores de sus productos y servicios.

69 Bogotá D.C., mayo 11 de 2005, Plaza de los Artesanos, El Salitre.

70 Derecho de las partes a defenderse e impugnar las decisiones - Garantía de los derechos de defensa y contradicción.

71 Para HERNANDO JOSÉ GÓMEZ jefe del equipo negociador colombiano "(...) salvo en los temas de agricultura y asuntos sanitarios y fitosanitarios, en el resto de los textos hay avances sustanciales que permiten ser optimistas frente a la culminación de la negociación, como está previsto, en julio próximo (...) agrega (...) que el hecho de que el CAFTA (...) esté en estos momentos en el Congreso norteamericano generó presiones adicionales que pudieron incidir en la negociación con los andinos (...). Sin embargo, confió en que la aprobación del CAFTA, antes de finalizar mayo, permita darle un ritmo mucho más acelerado a la negociación en su próxima ronda (...) periódico *Portafolio* abril 27 de 2005.

Siguiendo la misma lógica de lo anterior, no sorprende que para esta reunión ya exista certeza de que el TLC con EE.UU., va a ser de naturaleza multilateral, conservando los mecanismos bilaterales o multilaterales establecidos entre los países con anterioridad.

Por otro lado, los negociadores informaron que a pesar de la insistencia *andina* no se había llegado a un acuerdo acerca de la inclusión del derecho de no-discriminación dentro del listado de derechos cuyo incumplimiento pone en movimiento los mecanismos de solución de conflictos y por tal razón, el tema subió a consideración de la *mesa de los jefes*.

IV. INQUIETUDES ACERCA DEL COMPROMISO LABORAL ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA A PARTIR DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

Este artículo no pretende hacer pronunciamientos *proféticos* en tanto lo que hace es un análisis puntual del pasado y del presente, tendiente a comprender un tratado de comercio con capítulo laboral, con uno de los países más poderosos del mundo. Pero más que cualquier otra cosa, ha sido un excelente ejercicio del que se han derivado una serie de preguntas e inquietudes que trataré de resumir a continuación y cuya respuesta como en todo proceso evolutivo, está asignada al transcurso del tiempo.

1. Primera inquietud

Del seguimiento permanente de las rondas de negociación se deduce que el capítulo laboral del AFTA está hecho a la medida de EE.UU., con algunas modificaciones, a petición de los *andinos*, más de forma que de fondo, especialmente en la redacción.

El anexo de *cooperación* del capítulo laboral del futuro AFTA que constituye parte integral del tratado, ha desarrollado en términos generales lo establecido previamente en el CAFTA adaptando la redacción a nuestras instituciones y manejo de la lengua. Aunque el marco de acción de nuestros negociadores se ha limitado a los temas ya incluidos en negociaciones y tratados precedentes como el CAFTA, el NAFTA, el TLC con Chile o con Singapur, se debe resaltar el esfuerzo *andino* por incluir mecanismos para la protección y difusión de derechos a los trabajadores migrantes (*ilegales*) cuyo acuerdo pende de muy poco y el derecho de no-discriminación que en cuanto al género se plantea como igualdad en el salario y no-discriminación en el empleo u ocupación.

De conformidad con los negociadores, también ha sido aprobada una línea de *cooperación* a nivel de mesa de fortalecimiento que atañe al tema laboral y en la que ya existen recursos y se ha empezado a trabajar en la preparación de proyectos concretos sobre sistemas de información relacionados con el empleo; derechos fundamentales y trabajo infantil.

La pertinencia de los temas no se discute; la ayuda económica a través de recursos monetarios directos, recursos técnicos y recursos humanos, también es entendible dada nuestra situación de país pobre⁷², en vía de desarrollo y *siempre* ávido de ayuda, pero ¿hasta qué punto esa *cooperación* laboral puede implicar una injerencia no deseada en el funcionamiento de nuestro sistema?

Este tipo de intervención —siglo XXI—, casi que filantrópica por el contenido altruista de los asuntos, no debe hacernos perder la brújula y en ese orden, debemos tratar de que los proyectos a desarrollar mediante la *cooperación* sean de doble vía y en ese sentido una primera y muy importante aproximación podría consistir en profundizar nuestro conocimiento sobre el sistema laboral estadounidense, leyes, jurisprudencia y prácticas tanto a nivel federal como a nivel de los 51 estados de la Unión, con el fin de ser una contraparte activa que ocupe el lugar que le ha otorgado el TLC en la solución de controversias y *no* el infractor pasivo de una sanción *anunciada*.

De no ser así estaríamos abriendo una compuerta por la que se apresta a entrar un centinela paralelo a la Constitución que puede afectar nuestra facultad legislativa y desnudar nuestras instituciones a través de la inyección monetaria intrusa de la *cooperación*, de cuya injerencia todavía estamos lejos de ser conscientes, sobre todo cuando *contrario sensu* Colombia carece de recursos de *cooperación* para adentrarse en el sistema laboral federal y estatal estadounidense, con el objeto de *cooperar* en la solución de las fallas estructurales de que adolece.

72 "(...) *Income inequality in Colombia is the second highest in Latin America after Brazil. Twenty percent of the richest homes possess 52 percent of the income; 1.1 percent of Colombia's landowners have more than 55 percent of the exploitable land. (...) Three out of five economically active Colombians work outside the formal economy there are one million informal business (...) the concentration of stocks and capital in the country is even denser than it was 15 years ago (...) only 2000 people and corporations have access to the vast majority of commercial credit (...) So the country needs... a system of social protection (...) with the promotion of social inclusion that focuses significant public resources on education, health, pension security, nutrition (...) employment and security must truly integrate a comprehensive anti-poverty strategy (...) and... justice and defense in addition to security for the coexistence of citizens and social peace (...)*" *Colombia's Political Economy. Social Inclusion, Economic Growth* by JORGE GARAY, Revista. David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University. Spring 2003.

Ya abierta la puerta, no podemos dejar de detectar paso a paso la intervención del *donante* en nuestras instituciones por el libre acceso que le otorga la *cooperación*, y acorde con ello, denunciar en el seno de los órganos competentes del TLC, casos como el del exdirector de parques nacionales.

Este caso es un antecedente de excepción a la hora de establecer si las instituciones favorecidas con los proyectos de *cooperación*, continúan con sus facultades dispositivas intactas o si la inyección de recursos crea el síndrome del *dueño de la empresa* que no permite que nada se mueva sin su autorización. La historia nos muestra cómo en un caso que en este momento vemos como tristemente inaudito, el Congreso estadounidense, retiró 2,5 millones de dólares que habían sido asignados a Colombia para financiar un programa para controlar la siembra de cultivos ilícitos en reservas naturales, por cuanto no estaba de acuerdo con una medida de carácter administrativo del ámbito exclusivo de la entidad empleadora.

¿Cómo evitar que el Congreso de EE.UU., se *moleste* tanto que modifique el destino de una asignación, por cuanto no está de acuerdo con la destitución de que fue objeto un funcionario colombiano por incurrir en una causal que lo amerita, de acuerdo con nuestra normatividad?

Este incidente que hizo que el gobierno colombiano reaccionara manifestando que,

“(...) EE.UU., no debería estar opinando en decisiones internas y de carácter administrativo (...)”⁷³,

dejó entrever un flagrante irrespeto hacia la soberanía administrativa–laboral del Ministerio de Medio Ambiente colombiano, cuando el señor TIM RIESER⁷⁴ como cualquier experto en derecho laboral administrativo, discrepó del ministerio diciendo:

“(...) Abandono del cargo, como se alega, requiere intención o mala fe, algo que RIASCOS nunca tuvo en mente. Es una persona muy respetada por este comité de apropiaciones, por el Gobierno de EE.UU., así como en Colombia, dada su integridad, su experiencia y la dedicación a su trabajo (...)”⁷⁵.

73 De acuerdo con el Ministerio del Medio Ambiente, “(...) JUAN CARLOS RIASCOS no podía tomar vacaciones hasta que la ministra no las autorizara a través de un acto administrativo. Pero además según lo demuestra la investigación (que realizó el ministerio) él estaba por fuera del país desde el 26 de diciembre, pero la solicitud de sus vacaciones era a partir del 5 de enero...”, periódico *El Tiempo*, septiembre 24 de 2004.

74 Miembro del Comité de Apropiaciones del Senado estadounidense.

75 *Ibidem*.

Considero indispensable que la sociedad civil sea informada en forma permanente acerca del desarrollo de los proyectos de *cooperación*, con el objeto de que con base en el seguimiento de los procesos, se puedan conocer los cambios institucionales y sociales que se generen a partir de su influencia. Seguramente habrá avances en el conocimiento mutuo si como dice el CAFTA se intercambian delegaciones oficiales, profesionales y especialistas, en programas de asistencia técnica; conferencias conjuntas, seminarios, talleres, reuniones, sesiones de capacitación y programas de divulgación y educación; proyectos o presentaciones en conjunto; proyectos de investigación, estudios e informes conjuntos, incluyendo la participación de especialistas independientes con experiencia reconocida. Tengo dudas eso sí, en que el intercambio de información sobre estándares, regulaciones, procedimientos y mejores prácticas sea de parte y parte.

2. Segunda inquietud

La Declaración de compromisos compartidos del CAFTA que es el modelo de nuestro AFTA, establece que las partes reafirmarán sus obligaciones como miembros de la OIT y los compromisos asumidos en virtud de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (1998) y que cada parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos que tienen como fin asegurar a las personas,

“(...) la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano (...)”⁷⁶,

sean reconocidos y protegidos por su legislación interna⁷⁷.

La seriedad del compromiso internacional de EE.UU., frente al principio fundamental de no-discriminación en el trabajo por razones de sexo, raza, color, religión, opinión

76 Declaración OIT de 1998.

77 (i) La libertad de asociación; la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva- fundamentalmente en los convenios 87, sobre libertad sindical y derecho de asociación (1948) y 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949). (ii) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio —esencialmente en los convenios 29 sobre trabajo forzoso (1930) y 105 sobre abolición del trabajo forzoso (1957). (iii) La abolición del trabajo infantil —convenios 138 sobre la edad mínima (1973) y 182 prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) y, (iv) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación —convenios 100 sobre la igualdad de remuneración (1951) y sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958).

política, ascendencia nacional u origen social, se pone en duda, en la medida en que se ha empeñado y de hecho ha logrado excluirlo de los últimos TLC que ha suscrito⁷⁸. Esto puede ser interpretado como una forma de salvaguardar en dichos tratados su propio *dumping social*.

En efecto, no obstante EE.UU., se concibe a sí mismo como una sociedad igualitaria, un simple vistazo a la realidad estadounidense muestra que la concentración de la riqueza en manos de un grupo de personas, es mayor allí que en cualquier otro país del primer mundo⁷⁹. El 1% de la población estadounidense es poseedora de casi el 40% de la riqueza del país y el 10% de algo menos del 70%. Así las cosas, un miembro promedio del grupo de los más ricos tiene cerca de 60 veces la riqueza de un ciudadano común.

En cuanto a las diferencias por raza, las estadísticas hablan por sí solas. El total del ingreso de la población negra es de aproximadamente el 60% del total del ingreso de la población blanca⁸⁰, pero es en el patrimonio (propiedad raíz y activos financieros) donde se presenta mayor evidencia de la brecha racial como indican MELVIN OLIVER y THOMAS SHAPIRO⁸¹, ya que mientras en 1988 el patrimonio neto de familias blancas era de US\$43,800 el patrimonio de familias negras fue de sólo US\$3,700⁸².

La discriminación racial extendida al aspecto laboral o “*Occupational Apartheid*”⁸³ se manifiesta en la falta de acceso que tienen las personas de raza negra a una gran gama de sectores laborales que incluye no sólo los que requieren educación y calificación, sino también aquellos que como el sector de servicios, exige un mínimo nivel de preparación. Lo anterior sin hacer referencia a la discriminación por ascendencia nacional que sufre la población inmigrante que proviene en mayor parte, de Europa Oriental y de Latinoamérica. Estos últimos por

78 Este principio fundamental unifica los convenios 100 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y el 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Para los efectos de este último, el término discriminación comprende entre otras, cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación, art.1, literal a) Convenio 111 de 25 de junio de 1958.

79 *Statistical Abstract of the United States, Published by the Department of Commerce in 1993.*

80 *Culture of Intolerant Chauvinism, Class, and Racism in the United States. Mark Nathan Cohen, Yale University Press New Haven and London.*

81 *Race and Ethnicity in the United States- Issues and Debates. Edited by Stephen Steinberg 2000.*

82 *Black Wealth/White Wealth .MELVIN L. OLIVER and THOMAS M. SHAPIRO., Routledge, New York, 1995.*

83 *Ibidem 13. The Racial Division of Labor-Occupational Apartheid and the Origins of Affirmative Action by Stephen Steinberg.*

razones de origen cultural y racial, no sólo compiten con la población negra por posicionarse en los niveles más bajos de la economía, sino que carecen por completo de derechos laborales en la medida en que su ingreso al país no está legalizado y como tales son considerados *inexistentes* dentro del sistema legal estadounidense.

La negativa de EE.UU., a incluir dentro del TLC con Colombia el principio de no-discriminación, como habíamos dicho, ya se había manifestado en tratados similares Jordania, Singapur, Centroamérica - CAFTA y Chile entre otros, en los que no se tuvieron en cuenta la raza, religión, sexo o edad como motivos de discriminación en el empleo: tampoco la igualdad en la remuneración de hombres y mujeres, ni la protección a los trabajadores migrantes. Sin embargo, en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte - ACLAN hijo del NAFTA se enlistan estos derechos fundamentales y otros más, para un total de 11 principios laborales que las partes se comprometen a impulsar, tales como no-discriminación, salario igual para hombres y mujeres y protección a trabajadores migrantes; libertad de asociación y derecho de asociación sindical; derecho de negociación colectiva; derecho de huelga; prohibición al trabajo forzoso y protección al trabajo infantil y adicionalmente, la prevención y compensación de lesiones y enfermedades profesionales y garantía de derechos laborales mínimos.

La completa gama de derechos citados ha hecho del ACLAN - NAFTA un ejemplo *a seguir* y *a no-seguir* por parte de EE.UU., en tratados posteriores. Ciertamente después del NAFTA, no sólo se excluyó por exigencia de EE.UU., la participación de la sociedad civil como sujeto con facultad de presentar quejas en caso de incumplimiento de normas laborales que se introdujo en el NAFTA, sino los tantas veces mencionados derechos, de no-discriminación; igualdad en la remuneración y protección de trabajadores migrantes. (TLC con Jordania, Chile y CAFTA).

Visto desde la perspectiva de EE.UU., es fácil entender porqué no desea verse enfrentado a su propia debilidad en el aspecto discriminatorio, dentro de un tratado comercial que atribuye facultades sancionatorias a los firmantes. Sin embargo, sus contrapartes negociadoras desde NAFTA parecen creer a pie juntillas que la única razón consiste en que la ley TPA no otorga la autorización para incluir el principio de no-discriminación en los tratados.

En los TLC con Jordania, Singapur, Centroamérica - CAFTA y con Chile sólo se menciona principio de no-discriminación en el empleo y de salario igual para hombres y mujeres, en la introducción pero a la hora de definir lo que significa la legislación laboral para efectos del tratado, es decir, leyes o regulaciones de cada parte o disposiciones de las mismas que estén *directamente relacionadas* con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, cuyo incumplimiento genera sanciones, se excluye el principio de no-discriminación y en su lugar se coloca algo así como

condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional^{84,85}.

Resulta históricamente inaudito que Colombia acepte estos términos en el TLC con EE.UU., violentando su propia Constitución Política que prohíbe que las diferencias de sexo, raza y religión entre otras, puedan dar lugar a un trato legal distinto. Preocupa aun más por cuanto al país le falta todavía mucho trecho por recorrer en lo que atañe a políticas antidiscriminatorias y este es uno de los derechos humanos fundamentales que más denotan madurez civilizatoria y por cuyo incumplimiento, se priva a gran parte de la población mundial incluida la colombiana, de una existencia humanamente libre.

3. Tercera inquietud

La cláusula anti *dumping* que ha venido dejando consignada nuestro poderoso socio en los TLC que siguieron al NAFTA y a la que Colombia no pudo sustraerse establece que,

“(…). Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este tratado (...)”,

se le pueden hacer varios reparos.

84 CAFTA, artículo 16.1: *Declaración de compromisos compartidos*. Numeral 1. “(...) Cada parte procurará asegurar que tales principios laborales (Declaración de la OIT relativa a los *Principios y derechos fundamentales en el trabajo* y su seguimiento (1998) y los derechos laborales internacionalmente reconocidos en el artículo 16.8, sean reconocidos y protegidos por su legislación. Artículo 16.8: *Definiciones. Para los efectos de este capítulo: legislación laboral* significa (e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional”.

Chile. Artículo 18.1: *Declaración de compromiso compartido*. Numeral 1. “(...) Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales (Declaración de la OIT relativa a los *Principios y derechos fundamentales en el trabajo* y su seguimiento (1998) y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el artículo 18.8, sean reconocidos y protegidos por su legislación interna”. Artículo 18.8: *Definiciones. Para los efectos de este capítulo*. “Legislación laboral significa (e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional”.

85 NAFTA. Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Anexo 1. *Principios laborales*. Numeral 7. *Eliminación de la discriminación en el empleo*- por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos, con la salvedad de ciertas excepciones razonables, tales como, en su caso, requisitos o acreditaciones para el empleo, así como prácticas establecidas o reglas que rijan las edades de retiro que se establezcan de buena fe, y medidas especiales de protección o de apoyo a grupos particulares diseñadas para contrarrestar los efectos de la discriminación. Numeral 8. *Salario igual para hombres y mujeres*. Salarios iguales para hombres y mujeres, según el principio de pago igual por trabajo igual en un mismo establecimiento.

A pesar de que nuestro sistema codificado abarca casi en su totalidad las obligaciones y derechos de las partes en una relación de trabajo, no puede dejarse de lado el tema de la complejidad de las legislaciones laborales. En efecto, dentro de la normatividad colombiana está previsto que la voluntad de las partes es decisoria y flexible en lo que hace a la aplicación o no de ciertas normas escritas. Me refiero aquí por ejemplo, a los factores salariales que pueden ser excluidos de connotación salarial para liquidar prestaciones sociales; indemnizaciones o vacaciones, única y exclusivamente por voluntad de las partes. La distribución flexible de la jornada diaria laboral también de común acuerdo entre las partes, que evita el pago de tiempo suplementario o de horas extras y permite que el descanso dominical se efectúe en cualquier otro día de la semana. La contratación de asociados de cooperativas de trabajo (asociado) que cumplan con los requisitos legales y desarrollen el espíritu de solidaridad de acuerdo con los sanos principios del cooperativismo, que implica que los beneficiarios de la tercería estén exentos de vínculo laboral con quienes presten el servicio y por ende, que no haya lugar al pago de aportes al sistema de seguridad social, de salarios ni de prestaciones sociales.

Me pregunto de nuevo, ¿a los ojos de EE.UU., no afectará el comercio con Colombia, el hecho de que algunos empleadores se acojan a estas posibilidades de contratación y otros no, si ello influye en el aumento o disminución de los precios entre competidores comerciales? ¿Se le aplicarán sanciones económicas al país por cuenta de que empleadores y trabajadores acuerden condiciones especiales previstas en la ley colombiana?

En estricto sentido la normatividad reseñada no debería ser factor que afecte el comercio. Por el contrario, debería considerarse una ventaja comparativa clara para Colombia al igual que el nivel salarial de nuestros trabajadores frente a los trabajadores estadounidenses, por ello debemos ser cautos a la hora de analizar las apreciaciones estadounidenses en relación con ciertas figuras como las empresas asociativas de trabajo o las cooperativas de trabajo asociado -CTA, cuya filosofía aunque deslaborizante es útil para crear conciencia de autonomía e independencia para la prestación de servicios por parte de ciertos grupos de oficio o profesión similar o complementaria que alivian en parte la situación en un país con un alto grado de desempleo⁸⁶.

86 Es entendido que la creación de empresas de papel que no cumplen con los objetivos indicados, es una clara violación de las normas que las regulan.

Tampoco podemos dejar de examinar comparativamente nuestras reformas flexibilizadoras a través de la Ley 50/90 y de la Ley 789/2002 que suprimen conceptos prestacionales y factores salariales e indemnizatorios y la vez permiten jornadas de trabajo más amplias y exentas de pago de tiempo suplementario, en relación con la reciente reforma estadounidense sobre remuneración suplementaria o de horas extras, que según el resultado de varias investigaciones, excepciona a 6 millones de trabajadores del pago por trabajo extra⁸⁷.

Debemos entonces conjugar el *dumping social* estadounidense que conocemos con las exigencias hechas a Colombia acerca de las figuras anteriores, en especial sobre las CTA, aceptando el hecho de que estas cooperativas han sido objeto de suplantación, por parte de intermediarios laborales —de trabajadores temporales y en misión que han pretendido beneficiarse de sus ventajas parafiscales y fiscales—⁸⁸, pero sin dejar de defender su naturaleza.

En efecto, las CTA vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. En las CTA los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa y el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, se establece en los estatutos, en razón de que se originan en un acuerdo cooperativo y por consiguiente, no están sujetos a la legislación aplicable a los trabajadores dependientes. Las compensaciones por el trabajo, se calculan teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

La falta de conocimiento sobre esta figura y su utilización irregular⁸⁹ creó un estado de pánico generalizado entre nuestra contraparte estadounidense al inicio de las conversaciones sobre el TLC, al ser vista como un sistema de abaratamiento de

87 *The Economic Policy Institute (...) has issued a report (...) concluding that the rules will exempt about six million workers from overtime coverage. Among those, the institute said, are 1.4 million low-level salaried supervisors, 130,000 chefs and sous-chefs and 900,000 workers with graduate or college degrees who will now be considered professional employees. The New York Times, Monday, August 23, 2004, A11.*

88 En los años 2001, 2002 y 2003 las CTA tuvieron un crecimiento del 144% pasaron de 577 a 1.406. El Ministerio de Protección Social a octubre de 2004 tenía 200 CTA pendientes de sanción y la Superintendencia del ramo había expedido 85 pliegos de cargos contra presuntas CTA. *Ibídem.*

89 Las empresas de servicios temporales deben reconocer salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores en misión, al igual que asumir las contribuciones parafiscales asociadas a la relación laboral. En un momento determinado personas particulares y un número notable de EST se constituyeron en cooperativas de trabajo asociado (de papel) con el objeto de exencionarse de los costos laborales y parafiscales anteriores. Mediante la suplantación de la figura cooperativa, las personas beneficiarias de sus servicios obtenían ahorros aprox. del 15% sobre lo que antes pagaban a las empresas de servicios temporales por el suministro de personal y los trabajadores dejaban de percibir salarios y prestaciones sociales.

la mano de obra y como tal generador del temido *dumping social* lo que a su vez produjo una reacción bastante precipitada por parte del gobierno.

En efecto, se expidió el decreto 2879 de 7 de septiembre de 2004 con el objeto de adoptar medidas para controlar la evasión y elusión de aportes parafiscales de las cooperativas, de las precooperativas de trabajo asociado y de las empresas asociativas de trabajo, desconociendo expresamente la naturaleza jurídica de las CTA al equipararlas a intermediarios de mano de obra temporal o suministradores de trabajadores en misión. La entelequia jurídica de ese decreto llevó al gobierno a derogarlo una semana después de expedido, el 16 de septiembre de 2004 mediante el decreto 2996 de esa fecha. En este último se retoma la naturaleza de las CTA y se establece para ellas el requisito del pago de aportes parafiscales. En la actualidad cursa en el Congreso el proyecto de ley 260 que busca regular el trabajo asociado cooperativo, su naturaleza y las reglas para su funcionamiento⁹⁰.

Retornando a la fórmula anti *dumping*, por un lado, parece estar velando por el cumplimiento y el respeto de las normas laborales de cada país y por el otro, establece entre líneas un procedimiento que guiará la interpretación normativa sobre lo que significa caer o no caer en *el curso de acción o inacción sostenido o recurrente* que además sugiere una suerte de observatorio para que las presuntas acciones u omisiones sean detectadas y estudiadas en el tiempo y sean cuales sean, si se llega a considerar que afectan *el comercio* se estructuren como violaciones al TLC y por ende originen sanciones.

Lo anterior implica indudablemente un conocimiento mutuo de la manera como funcionan las legislaciones y prácticas de cada parte y respecto a ello como lo hemos venido diciendo, también estamos en desventaja, no sólo por la complejidad del sistema federal, sino porque es EE.UU., quien posee los recursos para adentrarse en nuestras instituciones. En verdad aunque nuestro sistema se encuentre codificado y enmarcado en una serie de principios rectores que coinciden y van más allá a veces de los estándares laborales internacionales, la legislación laboral colombiana al igual que la estadounidense representa un mundo en movimiento, difícil de entender a no ser que se le reduzca al marco casuístico de su afectación al *comercio*.

Como la aplicación *efectiva (de nuestra) legislación laboral* incluye el salario desprestacionado; las jornadas flexibles de trabajo; las CTA; el contrato de prestación

90 Esta ley deberá fortalecer de acuerdo con el Ministerio de Protección Social, los mecanismos sancionatorios que incluirán multas sucesivas hasta de 20 millones de pesos e incluso la liquidación de las organizaciones a las que se les detecte maniobras para utilizar irregularmente la figura de las CTA, simulando actividades propias de las EST.

de servicios independiente y autónomo y el contrato de aprendizaje entre otros, en estricto sentido no habría lugar a queja formal alguna con base en el TLC por parte de nuestra contraparte, salvo que a los ojos de EE.UU., su *interés comercial* se vea afectado.

Ahora bien, independientemente de las decisiones que puedan emanar de los tribunales nacionales vía ordinaria o tutela, en razón de demandas de trabajadores en razón de la ejecución de procedimientos de desahorro de remuneraciones o deslaborización de contratos de trabajo producto de la competencia entre empresas nacionales para ingresar al mercado estadounidense, esos mecanismos podrían constituir *curso de acción o inacción sostenido o recurrente (dumping social)* y por ende ser llevados a decisión de los mecanismos de solución de conflictos del TLC, si la tendencia competitiva de las empresas aparejara por ejemplo, además de ello, actos de animadversión contra sindicatos como generadores de costos laborales altos. Lo anterior por cuanto ello podría constituir violación a los derechos de asociación y de negociación colectiva que forman parte de la legislación del TLC. *Contrario sensu* la misma conducta empresarial, no tendría los mismos efectos dentro del TLC, si sólo viola el derecho de igualdad que se encuentra expresamente excluido de la legislación del tratado.

4. Cuarta inquietud

Si el TLC con EE.UU., va a ser de naturaleza multilateral, sin que presumiblemente afecte los mecanismos bilaterales o multilaterales existentes entre los países con anterioridad, se abre para investigación la pregunta acerca de en qué forma se afectarán con el capítulo laboral del TLC, los instrumentos sociolaborales de la Comunidad Andina de Naciones. Éstos regulan temas de *integración* básicos para nuestros países mediante el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez aprobado por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el 24 de junio de 2001, uno de cuyos principales objetivos consiste en definir y coordinar las políticas comunitarias referentes al fomento del empleo; la formación y capacitación laboral; la salud y seguridad en el trabajo; la seguridad social; las migraciones laborales y el desarrollo de acciones de cooperación y coordinación en la temática sociolaboral andina, entre los países miembros⁹¹.

91 La Conferencia es la instancia máxima del Convenio, siendo una de sus funciones identificar los temas sociolaborales de la Agenda Social Subregional que pueden ser objeto de cooperación internacional. La Secretaría Técnica por su parte, como instancia de coordinación y apoyo del Convenio mantiene vínculos de trabajo con organismos internacionales, regionales, subregionales y organismos no gubernamentales, así como otros países, con la finalidad de intensificar sus relaciones, cooperación y asistencia técnica.

Cómo se afectará la convergencia entre la Comunidad Andina de Naciones —CAN—, los países del Mercado Común del Sur —MERCOSUR— y Chile, para el perfeccionamiento de una zona de libre comercio, con base en la resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004 y su evolución a fases superiores de integración económica, social e institucional, tomando en cuenta las experiencias bilaterales, regionales y subregionales existentes y la movilidad del recurso humano y de capital interpaíses ¿y qué decir de la futura integración de la Comunidad Sudamericana de Naciones protocolizada internacionalmente el 8 de diciembre de 2004 dentro de la III Cumbre Presidencial?

De hecho la Declaración sociolaboral de MERCOSUR que sería un punto de partida junto con los instrumentos sociolaborales de la CAN para la *integración laboral* de los bloques, comprende una serie de principios y derechos laborales que superan los establecidos en el TLC con EE.UU., como no-discriminación; promoción de la igualdad; respeto por los trabajadores migrantes y fronterizos; eliminación del trabajo forzoso; regulación del trabajo infantil; derechos de los empleadores; libertad de asociación; libertad sindical; negociación colectiva; huelga; promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autosolución de conflictos; diálogo social; fomento del empleo; protección de los desempleados; formación profesional y desarrollo de recursos humanos; salud y seguridad en el trabajo; inspección del trabajo y seguridad social.

A decir verdad esta es una de las inquietudes que más preocupa pues si por el fantasma del comercio libre con EE.UU., descuidamos nuestros pares del continente y sobre todo no somos conscientes de los efectos en nuestros propios y consolidados de antiguo, modelos de libre comercio y de integración, estamos arriesgando nuestro desarrollo regional.

El instrumento andino sobre seguridad social establece una política común en materia de los derechos que tienen los asegurados de recibir prestaciones en otro país de la comunidad, en caso de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales así como de vejez, invalidez y muerte.

El instrumento andino de seguridad y salud en el trabajo, está sujeto a la aprobación final por parte de los ministros de Relaciones Exteriores de los países. Establece las normas fundamentales en materia de seguridad y salud en el trabajo que sirven de base para la progresiva armonización de las leyes y reglamentos que regulan las situaciones particulares de las actividades laborales que se desarrollan en cada uno de los países miembros. Este instrumento puede ser el punto de partida para impulsar en los países miembros, la adopción de directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y salud en trabajo así como el establecimiento de un sistema supranacional de seguridad en el trabajo

El instrumento sobre migración laboral establece la política común en materia de derechos, obligaciones y procedimientos de los trabajadores que migran a otro país de la comunidad por razones de trabajo.

Los instrumentos sobre seguridad social y migraciones están siendo revisados en la actualidad, con la finalidad de adaptarlos a los cambios ocurridos en la subregión desde la época que estos instrumentos fueron suscritos.

Como dice ERNESTO SAMPER PIZANO:

“(…) El proceso actual de negociación del TLC está fracturando la Comunidad Andina como lo demuestra que se haya paralizado la aprobación del arancel externo común y que los acercamientos para definir una política agrícola común en el área se encuentren congelados... (antes) la negociación del TLC no puede hacerse a costa del sacrificio del mercado andino que es, hoy por hoy, nuestro espacio de comercio más dinámico como lo prueba el hecho de que entre 2003 y 2004 las exportaciones intracomunitarias crecieron un 58,5 por ciento mientras que las exportaciones extracomunitarias lo hacían al 32,7. Tampoco podemos aceptar que una negociación simultánea pero separada con algunos países andinos, como la que actualmente se lleva a cabo, se haga a costa de la exclusión de importantes socios comerciales, como Venezuela cuyo comercio con Colombia, para la misma época, creció en 128,2”⁹².

5. Quinta inquietud

Tampoco se debe tomar a la ligera, el interés que manifiesta EE.UU., en aquella parte del sistema financiero colombiano que se nutre de las prestaciones sociales de los trabajadores, como el auxilio de cesantía, la pensión de vejez y los riesgos profesionales. En la medida en que ya se han venido presentando discrepancias interpretativas con las reaseguradoras internacionales respecto al concepto de accidente de trabajo, tendremos que reducir nuestras normas protectoras laborales a los siniestros asegurable internacionalmente ¿Y será que las administradoras de fondos de cesantía estadounidense, pueden representar al trabajador colombiano en las acciones que se adelanten contra su empleador, por el incumplimiento en el pago del auxilio de cesantía o vigilar directamente si el trabajador está utilizando el valor de su cesantía parcial en las reformas locativas dentro de su casa de habitación?⁹³ Por lo anterior es tan importante que en aras de la negociación, cada parte tenga muy claro el alcance de su propia normatividad al igual que la situación e intereses de su contraparte al respecto.

No nos queda más camino que defender el historial normativo del país de más de dos siglos de existencia, así como nuestras prácticas y procedimientos administrativos y judiciales, manteniéndolos por fuera del tratado pues de acuerdo con lo visto en las diferentes rondas de negociación, lo más probable es que EE.UU.,

92 Nos globalizamos o nos globalizan... Las negociaciones van más rápido que la agenda interna, constancia de ERNESTO SAMPER PIZANO sobre el Tratado de Libre Comercio con EE.UU., en la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. Lecturas Fin de Semana, periódico *El Tiempo*, mayo 14 de 2005.

93 Facultades de las administradoras de fondos de cesantía. Art. 104L50/90 art. 3° decreto reglamentario 2795/91 decreto reglamentario 2076/67.

quiera hacer lo suyo, protegiendo su sistema de *esquiroles*; la deslaborización de los trabajadores agrícolas y entre muchas otras, la más reciente regulación acerca de remuneración suplementaria o de horas extras.

También es importante recordar que EE.UU., ha manejado sus relaciones laborales, adaptándolas históricamente a sus propias necesidades políticas y económicas, sin atención a las normas internacionales. Aunque este enfoque tiende a cambiar en el futuro como dice la profesora BÁRBARA FICK⁹⁴ de acuerdo con la forma como la globalización y la integración de mercados sean sentidas dentro de los Estados Unidos, lo que queda claro es que tanto para la potencia como para nosotros, un capítulo laboral es una nueva experiencia dentro de un tratado eminentemente comercial, cuyo *modus operandi* lo determinará la experiencia en el manejo de los casos que se presenten.

Finalmente este capítulo laboral sería el más amplio recurso con que cuenta EE.UU., para requerir el cumplimiento de estándares laborales a Colombia⁹⁵, ya que carece de competencia para hacerlo utilizando los mecanismos internacionales de la OIT, en la medida en que ante esta organización, un país puede requerir de otro el cumplimiento de determinado estándar, sólo si ha ratificado la convención que pretende hacer cumplir y como lo hemos dicho a lo largo de este escrito, nuestra contraparte ha sido más que renuente a la ratificación de convenios⁹⁶.

BIBLIOGRAFÍA

KIMBERLY, ANN ELLIOT, and RICHARD B. FREEMAN, *Can Labor Standards Improve Under Globalization*, Institute for International Economics, Washington, DC., 2003.

LEGOMSKY, H. STEPHEN, *Immigration and Refugee Law and Policy*, third edition, Institute for Global Legal Studies, Washington University, 2002.

JORDAN, S ROBERT, *International Organizations - A comparative Approach to the Management of Cooperation*, fourth edition, 2001.

JANIS, W. MARK, *Cases and Commentary on International Law*, second edition, University of Connecticut, American Casebook Series, 2001.

94 Profesora asociada de derecho del trabajo, Universidad de Notre Dame, EE.UU. Ponencia sobre discriminación en el empleo presentada en el XV Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 22-26 de septiembre de 1997, Buenos Aires, Argentina.

95 Bajo el Sistema Generalizado de Preferencias, EE.UU., otorga ventajas comerciales a países en desarrollo, bajo la condición de que cumplan ciertos estándares laborales.

96 Art. 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, *Convenios de la oit ratificados por Colombia*, Editorial Linotipia Bolívar, 1989.

TAVIS, A LEE, *Power and Responsibility - Multinational Managers and Developing Country Concerns*, University of Notre Dame, 1999.

STEINBERG, STEPHEN, editor, *Race and Ethnicity in the United States-Issues and Debates*, Blackwell Publishers, 2000.

Informes globales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*, conferencia internacional del trabajo, *Alto al trabajo forzoso*, reunión 89-2001. *Un futuro sin trabajo infantil*, reunión 90-2002, *La hora de la igualdad en el trabajo*, reunión 91-2003, *Organizarse en pos de la justicia social*, reunión 91-2004.

Corporación Escenarios, *Globalización y derecho*, Universidad de Salamanca y Politécnico Grancolombiano, Editorial Politécnico Grancolombiano, 2003.

FAZIO, HUGO, TLC *El amarre del modelo*, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, LOM Ediciones, Santiago, 2004.

FRÍAS FERNÁNDEZ, PATRICIO, *Desafíos de modernización de las relaciones laborales. Hacia una nueva cultura y concertación empresarial*, LOM Ediciones, 2001.

LACHMANN, WERNER, HANS JÜRGEN ROSNER, editores, *Seguridad social en la Economía social de mercado*, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano, 1995.

LOCKE RICHARD, THOMAS KOCHAN, and MICHAEL PIRE, *Employment Relations. In a Changing World Economy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1995.

Constitución Política de Colombia.

Relatoría Corte Constitucional.

Relatoría Corte Suprema de Justicia.

Periódico *El Tiempo*.

Periódico *Portafolio*.