

EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO TLC ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS *

Fernando Motta Cárdenas**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

El artículo hace un análisis acerca de la conveniencia o inconveniencia del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos a partir de los informes presentados 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, lo correspondiente a la primera y a la segunda ronda de Lima. A partir de ello se 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 article makes an analysis about the convenience or inconveniences of the Free Trade Agreement between Colombia and United States based on reports submitted by the negotiators or coordinators of the working table of the Treaty, since August 11, 2004 until 11 May 2005, corresponding to the first and second round of Lima. From

this arise a number of concerns that invite reflection and action.

Key words: negotiation, employment law, social dumping, cooperation, involvement and integration.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación centra su atención en la incidencia que trae el suscribir el Tratado de Libre Comercio (TLC) con el gobierno estadounidense y en las serias implicaciones que se han de generar en las relaciones laborales y en la misma legislación, teniendo en cuenta las diferencias que se presentan en los regímenes laborales de los dos países.

Se observan también las dificultades para negociar por parte del equipo designado para ello, puesto que los términos del Tratado, sus condiciones y mecanismos de ejecución son en gran medida impuestos por Estados Unidos. La influencia estadounidense es notoria en diversidad de aspectos; uno de ellos es el relacionado con la flexibilización de la jornada laboral, que pretende el no pago de horas extras a los trabajadores. Aunque no es posi-

Recepción del artículo: 20 de abril de 2009. Aprobación del artículo: 30 de mayo de 2009.

* Este artículo es un resultado del Proyecto de Investigación El TLC en la realidad laboral colombiana, correspondiente a la Línea de Investigación de Derecho Laboral y Seguridad Social, adelantado en el Departamento de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Maestría en Derecho. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Director de la línea de Investigación de Derecho Laboral y Seguridad Social. fernandomottac@gmail.com

ble afirmar que el gobierno colombiano adopte políticas de este tipo en su totalidad, sí son evidentes algunas medidas tendientes a ello.

También se aborda la “tercerización” en la contratación, con figuras que pretenden desdibujar el contrato laboral, a través de empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado y contratos de prestación de servicios.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación se resume en las siguientes preguntas: ¿los trabajadores colombianos están preparados para el TLC?, ¿qué consecuencias directas se derivarán para los trabajadores de la suscripción del TLC, en materia de reformas laborales a la legislación para poder competir?, ¿están los trabajadores colombianos en capacidad de competir con las leyes laborales estadounidenses?, ¿pueden las empresas colombianas competir con las empresas norteamericanas?

Es importante que la sociedad colombiana intervenga tanto en la negociación del Tratado como en su ejecución y desarrollo. La participación de la sociedad civil ha estado representada principalmente por los empresarios colombianos y los sindicatos de los trabajadores, han estado conjuntamente en torno a lo que es realmente negociable, con el ánimo de no adherirse incondicionalmente a los textos que exige Estados Unidos al país.

Esta situación obliga al estudio de los contenidos de los Tratados previos al actual y a los Acuerdos ratificados por Colombia con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que sirvan como referentes en la negociación del TLC de Colombia con Estados Unidos.

2. METODOLOGÍA

En esta investigación se combinaron los métodos histórico y analítico deductivo.

En el método histórico se ubica el desarrollo de la economía y como consecuencia de la misma el aumento de la fuerza laboral. El método deductivo analítico fue definitivo para analizar el material bibliográfico consultado.

3. RESULTADO

Estados Unidos impulsa negociaciones con los países subdesarrollados, teniendo como punto de partida la competencia comercial; de tal manera las reformas laborales que se proponen, son en la práctica mecanismos de desprotección para los trabajadores de estos países y de protección para los trabajadores estadounidenses. Esa es una de las razones por las cuales Estados Unidos defiende la aplicación de sanciones económicas en los TLC, para situaciones de incumplimiento de normas laborales, puesto que se teme que son ventajas comparativas en su contra ya que la mano de obra y por lo tanto la producción de los bienes sería más barata en los países subdesarrollados.

La paradoja de esta situación es que mientras Colombia, por ejemplo, ha ratificado 58 convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dentro de los cuales se destacan los principios y derechos fundamentales del trabajo declarados en 1998¹, Estados Unidos solamente ha ratificado 14 convenios y de ellos sólo dos son realmente importantes: *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 materias marítimas y que no se encuentran vigentes.

El derecho positivo colombiano 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 jurisprudencial, ha reducido cada vez más la facultad patronal de terminar unilateralmente los contratos de trabajo, sin el cumplimiento previo de ciertos requisitos existentes en la ley². En Esta-

dos Unidos se tiene una figura llamada *employment at will*, que autoriza la terminación del contrato laboral en cualquier momento, sin consideración al tiempo de servicio y sin el pago de indemnización alguna³.

La línea jurisprudencial, doctrinaria y legislativa colombiana en materia laboral, contempla figuras importantes de protección a los derechos fundamentales; a la seguridad social; a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres; tendientes a proveer condiciones dignas de trabajo; de protección a la maternidad; de garantía de la negociación colectiva; así como la aplicación de tratados internacionales y de convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por el dominio económico y político de Estados Unidos, en el entorno global, en el que Colombia representa menos del 1% del comercio internacional estadounidense, Colombia 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.

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 comunidad después de cada una de las rondas de negociación⁴, hasta la última ronda de Lima llevada a cabo entre el 18 y el 22 de abril de 2005.

- 1 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.
- 2 "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 Triviño, "(...) 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.
- 3 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. 5o 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. También lo estipula la jurisprudencia dada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-978, octubre 8/2004, MP Jaime Córdova Triviño.
- 4 Aunque muchos de los documentos utilizados o parte de la negociación están a disposición de la comunidad en el denominado cuarto de lectura adaptado para tal fin en el Ministerio de Desarrollo

Así las cosas, el país debe apoyar sin restricción alguna y sobre todo sin prohibiciones 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 le resta importancia en el Tratado a tales fundamentos, como la no discriminación y la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Se debe tener en cuenta que en el sistema jurídico colombiano, el trabajador es 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 el flujo comercial y los derechos laborales.

Desde una sana lógica “a mayor expansión económica mayor protección a la fuerza laboral”; sin embargo, el comercio mundial, la necesidad de competitividad de las empresas, la inversión extranjera y los requerimientos de los organismos internacionales de crédito han exigido, para bien o para mal, la flexibilización del derecho laboral colombiano⁵.

Aunque el marco de acción de los negociadores colombianos 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 una dualidad entre la igualdad en el salario y la no discriminación en el empleo u ocupación.

Del seguimiento realizado a las rondas de negociación en los tratados precedentes, se observa que el capítulo laboral del AFTA⁶, por ejemplo, está hecho a la medida de las políticas estadounidenses, con algunas modificaciones, a petición de los países pertenecientes al tratado, más de forma que de fondo, especialmente en la redacción.

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 la condición de país en vía de desarrollo y siempre ávido de ayuda, pero ¿hasta qué punto esa cooperación puede implicar injerencias no deseadas en el funcionamiento del sistema laboral colombiano?

Se debe profundizar en el conocimiento sobre el sistema laboral estadounidense, leyes, jurisprudencia y prácticas tanto en el ámbito federal como en el estatal, con el fin de ser una contraparte activa y conocedora, capaz de ocupar 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 se estaría abriendo una brecha por la que se prepara a entrar un soldado paralelo a la Constitución que puede afectar la soberanía legislativa y desnudar

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.

5 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.

6 Tratado de Libre Comercio Andino (AFTA o TLC Andino).

las instituciones, a través de la inyección monetaria intrusa de la cooperación, de cuya injerencia todavía se está 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 dicho sistema.

Es indispensable que la sociedad civil esté informada permanentemente acerca del desarrollo de los proyectos de cooperación. Todo con el objeto de que con base en el seguimiento de los procesos, se puedan conocer a tiempo los cambios institucionales y sociales que se están generando.

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. Sin embargo, genera dudas que el intercambio de información sobre estándares, regulaciones, procedimientos y mejores prácticas sea de parte y parte.

La declaración de compromisos compartidos del CAFTA, que es el modelo del 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 el cumplimiento y observancia de aquellos, para que sean reconocidos y protegidos por su legislación interna⁷, “(...) 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 (...)”⁸

La seriedad del compromiso internacional de Estados Unidos, frente al principio fundamental de no discriminación en el trabajo por razones de sexo, raza, color, religión, opinión 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 suscrito⁹. Esto puede ser interpretado como una forma de salvaguardar en dichos tratados su propio dumping social.

En efecto, no obstante, Estados Unidos, se concibe a sí mismo como una sociedad igualitaria; sin embargo, 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 mundo. 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% de aquella. Así las cosas, un miembro promedio del grupo de los

7 (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).

8 Declaración OIT de 1998.

más ricos tiene cerca de 60 veces la riqueza de un ciudadano común.

Lo anterior sin hacer referencia a la discriminación por ascendencia nacional que sufre la población inmigrante que proviene, en mayor parte, de Latinoamérica y de Europa Oriental. Estos últimos por 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 por ende son considerados inexistentes dentro del sistema legal estadounidense.

La negativa del gobierno estadounidense a incluir dentro del TLC con Colombia el principio de no discriminación, como habíamos dicho, ya se había manifestado en tratados similares con 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 adicional-

mente, la prevención y compensación de lesiones y enfermedades profesionales y garantía de derechos laborales mínimos.

La completa gama de derechos citados han hecho del ACLAN-NAFTA un ejemplo a seguir y a no seguir por parte de Estados Unidos, en tratados posteriores, de acuerdo al ángulo desde el que se aborde su contenido. Ciertamente después del NAFTA, no sólo se excluyó por exigencia del estado norteamericano la participación de la sociedad civil como sujeto con facultad de presentar quejas en caso de incumplimiento de normas laborales, 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 estadounidense, es fácil entender por qué 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 se rigen a la parte textual de la ley TPA¹⁰, lo cual 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 rela-

9 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.

10 (Trade Promotion Authority) es el instrumento que el Congreso de los Estados Unidos le otorga al Presidente para negociar y firmar acuerdos comerciales que luego serán aprobados por el Congreso bajo un procedimiento expedito que no permite la introducción de enmiendas.

cionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, cuyo incumplimiento genera sanciones, se excluye el principio y en su lugar se coloca algo así como condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional¹¹.

Resulta insólito que Colombia acepte estos términos en el TLC con Estados Unidos, violentando la Constitución Política que prohíbe que las diferencias de sexo, raza y religión, entre otras, puedan dar lugar a un trato legal distinto. Preocupa aún 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 e igualitaria.

La cláusula anti dumping que ha venido dejando consignada Estados Unidos 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 (...)”.

A pesar de que el sistema codificado colombiano 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. Por ejemplo, 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. También así respecto de 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.

11 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”.

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.

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 presen el servicio y por ende, que no haya lugar al pago de aportes al sistema de seguridad social, de salarios ni de prestaciones sociales y mucho menos a liquidaciones.

¿A los ojos de Estados Unidos, 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 debe haber cautela 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 atenta contra el con-

trato laboral, 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 desempleo.

Tampoco se debe dejar de examinar comparativamente la flexibilización que se ha introducido a la legislación laboral colombiana a través de las reformas consagradas en la ley 50/90 y en la ley 789/2002 que suprimieron conceptos prestacionales y factores salariales e indemnizatorios y a 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 extra¹².

Se debe entonces conjugar el dumping¹³ social estadounidense 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 fiscales¹⁴, pero sin dejar de defender su naturaleza.

En efecto, las CTA vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de

12 El Instituto de Política Económica (...) haya emitido un informe en la celebración de (...) que las reglas eximirá a unos seis millones de trabajadores de las horas extraordinarias cobertura. Entre ellos, el instituto ha dicho, son de 1,4 millones de bajo nivel supervisores asalariados, 130.000 sous-chefs y cocineros y 900.000 trabajadores con títulos universitarios o de posgrado, que ahora se consideran profesionales empleados. The New York Times, lunes 23 de agosto de 2004.

13 El dumping es la práctica de comercio en el que una empresa fija un precio inferior para los bienes exportados que para los mismos bienes vendidos en el país. Sólo puede producirse si se dan dos condiciones: la industria debe ser competencia imperfecta a fin de que las empresas puedan fijar los precios, y los mercados deben estar segmentados, por lo que los residentes nacionales no pueden comprar fácilmente bienes dedicados a la exportación. Es un tipo de discriminación de precios de tercer grado.

14 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.

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. El régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, se establece en los estatutos, en razón a 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 irregular¹⁵ creó un estado de pánico generalizado en la contraparte estadounidense al inicio de las conversaciones sobre del TLC, al ser vista como un sistema de abaratamiento de 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 pre-cooperativas 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 derogar 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 funcionamiento¹⁶.

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 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. Con respecto a ello, también se está en desventaja, no sólo por la complejidad del sistema federal, sino porque es Estados Unidos el poseedor de los recursos para adentrarse en las instituciones de sus socios comerciales. Aunque el sistema colombiano se encuentra codificado y enmarcado en una serie de principios rectores que coinciden y van más allá, a veces, de los estándares laborales internacionales, la le-

15 Las empresas de servicios temporales (EST) 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.

16 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.

gislación 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 la legislación laboral colombiana incluye el salario sin prestaciones, las jornadas flexibles de trabajo, las CTA, el contrato de prestación 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 la contraparte, salvo que a los ojos de Estados Unidos 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 a causa de la ejecución de procedimientos de no salarización 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.

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 socio-laborales 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 socio-laboral andina, entre los países miembros¹⁷.

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 Inter-países 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?

¹⁷ 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.

De hecho la declaración socio-laboral de MERCOSUR, que sería un punto de partida junto con los instrumentos socio-laborales 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 auto-solución 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 los Estados Unidos, se descuidan las relaciones, esas sí, de integración con los otros países del continente y sobre todo si no se es consciente de los efectos propios y consolidados de antaño modelos de libre comercio y de integración, se estaría arriesgando el desarrollo regional y la identidad nacional.

Como dice el ex presidente 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”¹⁸.

Tampoco se debe tomar a la ligera el interés que manifiesta Estados Unidos 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, por ello se tendrán que reducir las normas colombianas protectoras laborales a los siniestros asegurables internacionalmente.

¿Y será que las administradoras de fondos de cesantía estadounidenses 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?¹⁹ 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

18 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.

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

que la situación e intereses de su contraparte al respecto.

No queda más camino que defender el historial normativo del país, así como sus prácticas y procedimientos administrativos y judiciales, manteniéndolos por fuera del Tratado, porque de acuerdo con lo visto en las diferentes rondas de negociación, lo más probable es que el gobierno estadounidense quiera hacer lo suyo, protegiendo su sistema de esquirolas, la deslaborización de los trabajadores agrícolas y, entre muchas otras, la más reciente regulación acerca de remuneración suplementaria o de horas extras. Es importante recordar que Estados Unidos 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 Fick²⁰, de acuerdo con la forma como la globalización y la integración de mercados sean sentidas dentro de Estados Unidos, lo que queda claro es que tanto para la potencia como para Colombia, un capítulo laboral es una nueva experiencia, delicada y demandante de cuidado, 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 Estados Unidos para requerir el cumplimiento de estándares laborales a Colombia²¹, 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 ya se afirmó, Estados Unidos ha sido más que renuente a la ratificación de convenios²².

CONCLUSIONES

1. La importancia de la suscripción del TLC es determinante para la economía colombiana, pero finalmente es un sacrificio para los trabajadores colombianos.
2. La industria estadounidense será la más beneficiada por la obtención de mano de obra barata, sujeta en su totalidad a su normatividad, sin darle importancia a las normas proteccionistas que tiene el Estado colombiano, las cuales deberán ser reformadas en gran medida, para la suscripción del Tratado.
3. Colombia no está en estado de igualdad para negociar; es decir, está subordinada a las políticas de negociación que impone Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA

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

CORPORACIÓN ESCENARIOS, *Globalización y derecho*, Universidad de Salamanca y Politécnico Grancolombiano, Editorial Politécnico Grancolombiano, 2003.

20 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.

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

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

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 PIORE, *Employment Relations. In a Changing World Economy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1995.

REINA, Mauricio. 2004. "Como Burro Amarrado", *El Colombiano*, 17 de abril.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (2005^a). *Globalización, Gobernanza y Derechos Laborales*. Bogotá y México: ILSA y CIDE.

