

Los Mecanismos de Resolución de Controversias en el TLC y su Eficacia: Los Asuntos Laborales

Jimena Puyo Posada
Asistente de Investigaciones ICP
Eduardo José Sánchez Sierra {Editor}
Director de Investigaciones ICP

Resumen Ejecutivo

El poder que tiene el TLC para incentivar a las Partes a cumplir con su legislación laboral interna se deriva de las cláusulas incorporadas al capítulo de solución de controversias relativas a las sanciones o multas por incumplimientos laborales que pueden ser impuestas así, como las relativas a la cooperación y fiscalización permanente por parte de los órganos encargados de verificar el cumplimiento del Tratado creados por él. Así mismo, la política colombiana de internacionalización económica ha significado un cambio de mentalidad del Gobierno colombiano, el cual ha adelantado programas que contribuirán al incremento del nivel de cumplimiento de las normas laborales.

En vista de que el bajo nivel de cumplimiento de la legislación laboral colombiana ha sido unas de las piedras en el zapato frente a la ratificación del TLC que se ha negociado con Estados Unidos, en este texto se intentará mostrar cómo el TLC en particular y la política colombiana de internacionalización económica en general, tienen el poder de contribuir en un incremento de la eficacia de la legislación laboral colombiana. Si bien el punto de solución de controversias del capítulo laboral será criticado, en la medida en que se estima que los procedimientos y plazos son bastante indeterminados, y además, está pensado solamente para reparar situaciones de ventaja desleal provocada por incumplimientos laborales más que a reparar el derecho violado, mostrará no obstante, que las sanciones o multas a las que estaría abocado el país en caso de incumplimiento de la legislación laboral, así como la presión que ejercerán los órganos de cooperación tendrán significativa incidencia en el aumento del cumplimiento en materia laboral. Así mismo, se

mostrará que en general, la política colombiana de internacionalización comercial se ha traducido en un cambio de mentalidad del gobierno, pues ha llevado a cabo programas y acciones que serán relevantes para cumplir con el objetivo de superar el bajo nivel de cumplimiento de las normas laborales.

I. Los derechos laborales reconocidos por el TLC Colombia- Estados Unidos:

En el capítulo laboral las Partes reafirman su compromiso como miembros de la OIT con los aspectos laborales recogidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT de 1998. Se plasma un catálogo de derechos laborales reconocido en la Ley de Promoción Comercial (TPA por sus siglas en inglés), que indica expresamente los derechos laborales internacionalmente reconocidos que serán vinculantes para ambos estados contratantes. Estos derechos son:

- Derecho a la asociación.
- Derecho a organizarse y negociar colectivamente.
- Prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio.
- Una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.
- Condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud ocupacional.

Se trata de un listado que expone precisamente el catálogo de derechos laborales exigidos en cualquier negociación comercial por la TPA. El listado no incluye el principio de no-discriminación en el empleo y en la ocupación, aun cuando sí está expresamente previsto en la Declaración de la OIT porque no está señalado en la TPA de EE.UU., como uno de los derechos laborales que debe ser protegido en negociaciones comerciales. Sin embargo, puede afirmarse que este principio está tácitamente incluido por la referencia expresa que hacen estos acuerdos a los derechos y principios reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998.^[1]

2. Falta de definición del contenido de los derechos laborales reconocidos en el TLC:

La definición del contenido de los derechos laborales reconocidos por el TLC es bastante breve y cuidadosa con el fin de eludir definiciones de contenidos mínimos que pudieran dar a entender a los Estados Parte la obligación de fijar estándares comunes de protección.^[2] Los derechos que se

^[1] A pesar de que Estados Unidos sólo ha ratificado 18 de los 54 Convenios de la OIT. Los miembros de la OIT, tienen la obligación de cumplimiento que se deriva de su mera pertenencia al organismo internacional.

^[2] Sin embargo es posible dotar de contenido claro y objetivo los derechos laborales reconocidos en el TLC acudiendo a los Convenios Internacionales del Trabajo aludidos en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998. El contenido de los demás derechos laborales reconocidos en el TLC pero que exceden los establecidos en la Declaración de la OIT, debe establecerse según los convenios internacionales del trabajo que se refieran a tales derechos y que hayan sido ratificados por los dos países.

recogen en el Tratado indican estándares laborales que deben tener las legislaciones internas de las Partes pero respetan la soberanía y las características propias de cada país contratante, reconociendo su derecho de crear y modificar sus leyes laborales pero sin que las reformas impliquen una disminución de los niveles de protección. El objetivo que se persigue es excluir las formas de trabajo más degradantes y prevenir la competencia desleal, que se pudiera obtener por medio de la reducción de las condiciones laborales imprescindibles. Por lo tanto, las previsiones hacen énfasis en el cumplimiento de las normas laborales internas existentes en cada país y que facultan a las Partes para reclamar el cumplimiento de las mismas a través de consultas o del procedimiento de solución de controversias establecido en el Capítulo 21 del Tratado.

3. Funcionamiento de los mecanismos de cooperación y de solución de controversias en materia laboral: El proceso de solución de controversias entre las Partes está compuesto por dos fases: una fase cooperativa donde operan las consultas y puede intervenir la Comisión de Libre Comercio y una fase de intervención del panel arbitral, que es el encargado de imponer las multas o sanciones al país que incumple.

3.1. Cómo se activan: Las cláusulas laborales del TLC establecen estándares laborales para prevenir la competencia desleal entre los dos países que han aceptado abrir recíprocamente sus economías, así que no todo incumplimiento laboral será relevante para que operen los mecanismos de cooperación, y en su caso, los de solución de controversias. La única referencia que hacen las cláusulas laborales alude a su impacto negativo en el comercio. El artículo 17.2.1(a) 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 ambas Partes...” El artículo 17.6.7. determina que: “Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme este Acuerdo, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al Artículo 17.2.1(a)”. Es por lo tanto, una violación a una cláusula laboral que afecte

el comercio, la única que posibilitará la activación de los mecanismos de cooperación o de solución de controversias.

3.2. Primera etapa. Consultas, Dictamen de expertos e Intervención de La Comisión: Esta fase se basa en la cooperación entre los dos gobiernos por medio del intercambio de consultas para obtener información sobre el cumplimiento de las normas laborales en cada país y la posibilidad de acudir al dictamen de expertos sobre los contenidos y aplicación de las normas. Si en esta fase no se logra zanjar el conflicto, la Parte reclamante podrá pedir que la Comisión de Libre Comercio se reúna, pudiendo ésta convocar asesores técnicos o expertos, acudir a los buenos oficios, la mediación o la conciliación y formular recomendaciones^[3].

3.3. Segunda etapa. Procedimiento arbitral: Si pese a la aplicación de los medios de cooperación persisten diferencias, las Partes pueden acudir a un panel arbitral. La Parte que invoque el arbitramento podrá escoger el foro, que incluye La Comisión de Libre Comercio (FTC por sus siglas en inglés), la OMC u otro foro al cual tengan acceso ambas Partes.^[4]

3.4. Sanciones: Si las Partes no logran acordar un plan de acción para resolver la controversia o no se implementa el plan de acción que se haya acordado, el Estado reclamante podrá pedir que el grupo arbitral se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria al Estado que incumpla, que no podrá ser superior a 15 millones de dólares anualmente, la cual será pagada a un fondo establecido y administrado por la Comisión de Libre Comercio y se destinará a fortalecer la aplicación de la legislación laboral de la parte demandada bajo la dirección de la Comisión.^[5] En caso de no pago de esta contribución, procederá la aplicación de sanciones comerciales tales como la suspensión de los beneficios arancelarios, que en todo caso, procederá teniendo en cuenta el objetivo del Tratado de eliminar las barreras comerciales y evitando que

las partes que no estén involucradas en la controversia resulten afectadas^[6].

Cuando la Parte demandada considere que ha cesado el menoscabo al derecho laboral violado, lo pondrá a consideración del Panel, quien de constatarlo, obligará a la Parte reclamante a restituir los beneficios arancelarios que hayan sido suprimidos y no podrá cobrarle en adelante las multas o sanciones comerciales que se hubieren establecido.^[7]

3.5. La Comisión de Libre Comercio (FTC): El capítulo 20 del Tratado establece la obligación para cada Parte de designar una Comisión de Libre Comercio adscrita al ministerio (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en Colombia) para que sirva de contacto con la otra Parte y con el público en general. La Comisión se encargará en general de supervisar la implementación y el desarrollo del Tratado y de emitir interpretaciones sobre las disposiciones del Acuerdo. Será a donde deberán acudir las partes de no lograrse una solución de un conflicto a través de las consultas, pero antes de acudir al panel arbitral que será el encargado de administrar el fondo al cual se pagarán las multas impuestas en la etapa de arbitramento.

3.6. Publicidad de las audiencias arbitrales: Se admite la publicidad de las actuaciones ante el panel arbitral; al menos una audiencia deberá ser pública, los alegatos y declaraciones efectuadas ante el panel deberán estar disponibles al público y se reconoce la posibilidad de que organizaciones no gubernamentales, presenten solicitudes por escrito al panel. Relativas a la controversia que puedan servirle a éste de ayuda para evaluar las pretensiones y argumentaciones de las Partes.^[8]

3.7. Consejo para Asuntos Laborales (LAC por sus siglas en inglés): Se encargará de supervisar la implementación de las disposiciones laborales, publicar reportes públicos acerca de dicha implementación y esforzarse para resolver asuntos

^[3] Artículo 21.4 y 21.5. del TLC Colombia-Estados Unidos

^[4] Artículo 21.3 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[5] Artículo 21.17 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[6] Artículo 21.17.5 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[7] Artículo 21.18 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[8] Artículo 21.10 del TLC Colombia-Estados Unidos

relacionados con las consultas laborales que hacen parte de los sistemas de cooperación.

El Tratado a su vez permite a las Partes establecer o consultar comités asesores en materia laboral que existan en el país correspondiente, y también crea un Mecanismo de Cooperación Laboral, cuyo propósito es el fortalecimiento de las oportunidades para mejorar los estándares laborales y futuros compromisos comunes entre las partes en asuntos laborales.

4. Críticas a los mecanismos de solución de controversias:

4.1. Falta de reglas de procedimiento: El capítulo no estableció reglas claras de procedimiento sino que determinó que la Comisión designada deberá, para la fecha de entrada en vigor del Tratado, definir las “reglas de procedimiento” que entre otros aspectos tendrán que garantizar unas “reglas modelo” tales como el derecho, al menos a una audiencia con el grupo arbitral (o panel); la oportunidad de presentar sus alegatos, reclamaciones y réplicas; la exposición al público de los alegatos, solicitudes y declaraciones; la consideración del grupo arbitral de solicitudes hechas por entidades no gubernamentales; y la protección efectiva de la información confidencial. Sin embargo, estas “reglas modelo” podrán a su vez ser modificadas por las Partes.^[9]

La falta de un procedimiento determinado para la solución de diferencias y la posibilidad de que las partes modifiquen las “reglas modelo de procedimiento”, generan inseguridad jurídica y falta de previsión para las Partes.

4.2. Falta de plazos o plazos muy largos: El mecanismo puede resultar inútil o dilatarse excesivamente en tanto no existe un término claro y preciso para llevar a cabo las consultas y responderlas.^[10] En relación con la intervención de la

^[9] Artículo 21.6 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[10] Por ejemplo, la OMC a obligar a la contraparte a que conteste las consultas en un término de 10 días, y a entablar las mismas en un plazo de 30 días. Así mismo, establece el derecho de la Parte a acudir directamente al panel arbitral si no se contesta o entablan las consultas en los anteriores plazos.

Comisión, se establece que ésta intervendrá si las Partes no logran resolver un asunto dentro de los 60 días después de la entrega de la solicitud de consultas; o los 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes perecederos; u otro plazo que acuerden las Partes. Posteriormente se establece que de no decidirse otra cosa, la Comisión se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, pero más allá de decir que la Comisión se someterá sin demora a la solución de la controversia, no se establecen términos para la decisión de la Comisión ni para las medidas que esta puede tomar como la convocatoria de expertos o técnicos, o bien entre la mediación y la conciliación.^[11]

En relación con la intervención del panel los plazos pueden diluirse en forma considerable si se tiene en cuenta que las Partes podrán recurrir al Panel si no resuelven la controversia dentro de los 30 días siguientes a la reunión de la Comisión o dentro de cualquier otro plazo que las Partes acuerden. Dentro de los 15 días siguientes a la entrega de solicitud para el establecimiento del panel, cada Parte deberá escoger un panelista, y para escoger el tercer panelista, las Partes deberán esforzarse para hacerlo después de 15 días de escogido el segundo, y de no llegar a un acuerdo, será escogido por sorteo después de los 25 días de vencido el anterior término. El primer informe del Panel, que básicamente son recomendaciones, deberá ser entregado 120 días después de la selección del último árbitro, salvo que las Partes acuerden otro plazo. El informe final, deberá ser entregado dentro de los 30 días siguientes a la entrega del primero, nuevamente, salvo que las Partes dispongan otro plazo.^[12]

Frente a los plazos que se establecieron se debe concluir que los mismos son excesivos y que además estarán siempre sujetos a la posibilidad de ampliarse aun más si las Partes así lo acuerdan.

4.3. El Panel Arbitral no soluciona finalmente la controversia: La eficacia del arbitramento se cuestiona en la medida en que es de carácter predominantemente político más que jurídico. En

^[11] Artículo 21.5 del TLC Colombia-Estados Unidos

^[12] Artículo 21.6 del TLC Colombia-Estados Unidos

cuanto a la aplicación de medidas, el informe final que expide el Panel no es de carácter vinculante u obligatorio para las Partes, sino que deben ser ellas mismas las que acuerden una solución de acuerdo con las determinaciones y recomendaciones incorporadas en el informe final del Panel.^[13] Hay que concluir que el Tratado no establece ninguna medida efectiva para el cumplimiento de las decisiones, pues se determina que en todo caso, “la solución será, *siempre que sea posible*, eliminar la no conformidad o la anulación o menoscabo”. De esta manera, la posibilidad o no será determinada en un escenario de negociación. Además, se debe tener en cuenta que los mecanismos de solución de controversias están pensados para reparar situaciones de ventajas comerciales desleales que se deriven del incumplimiento de normas laborales, quedando por fuera del espectro de protección y reparación, muchas violaciones de derechos laborales cuando estas no afecten el comercio entre las Partes.

5. Análisis sobre la contribución del sistema de solución de controversias a un incremento en los niveles de cumplimiento de la legislación laboral colombiana:

Puede afirmarse que las cláusulas laborales del TLC, por sí mismas, no otorgan a los derechos que reconocen una eficacia jurídica mayor de la que ya tienen en los ordenamientos jurídicos internos de los países contratantes. El alcance jurídico de los derechos laborales comprometidos en el TLC y los criterios para decidir si realmente gozan de una protección legal eficaz, sólo incumben a los gobiernos, por lo que tomarán la forma de preocupación gubernamental (y política) antes que jurídica. En cuanto a la posibilidad que tienen las Partes de reclamar el cumplimiento de las normas laborales o la imposición de multas o sanciones, se vio cómo la misma busca reparar una situación de competencia desleal y no los derechos laborales que puedan resultar vulnerados.

Sin embargo, el TLC será, sin lugar a dudas, un instrumento que contribuirá a una mayor eficacia de

las normas laborales colombianas como se verá a continuación:

5.1. Las multas o sanciones comerciales: Serán elementos que reforzarán la voluntad política en relación con la fiscalización de las normas laborales por el grave perjuicio que generarían las mencionadas sanciones en un país como Colombia que cuenta con recursos limitados. Serán también un poderoso elemento disuasivo para las empresas que incumplan normas laborales, las cuales tratarán de evitar que recaigan sobre el sector en el cual se desenvuelven, la pérdida de los beneficios arancelarios que otorga el Tratado.

5.2. Los medios de cooperación: Adquirirán gran relevancia pues los informes públicos, el acompañamiento y la actividad de vigilancia permanente que ejercerán la Comisión de Libre Comercio, el Consejo para Asuntos Laborales y el Mecanismo de Cooperación Laboral, presionarán al Estado colombiano, tanto a nivel ministerial, como legislativo y judicial para elevar los niveles de cumplimiento.

6. Conclusiones:

A partir de una mirada amplia, que comprende el TLC pero que va más allá de él, Colombia ha acogido una política de internacionalización económica que implica adelantar cambios normativos y desarrollar programas que permitan materializar los potenciales beneficios del libre comercio y minimizar los efectos negativos que se deriven de éste. El Gobierno colombiano es consciente de que debe hacer un gran esfuerzo para aumentar los bajo niveles de cumplimiento de la legislación laboral ya que los mismos han generado gran preocupación frente a la firma del Tratado. La voluntad política del gobierno se ha evidenciado en varias acciones como el Acuerdo Tripartito celebrado el pasado junio entre el Gobierno colombiano, los empresarios y las tres centrales sindicales de Colombia (CUT, CGT y CTC), en el cual se estableció la representación permanente de la OIT en Colombia cuya misión esencial será la de promover y proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente su derecho a la vida, a la

^[13] Artículo 21.15 del TLC Colombia-Estados Unidos

libertad de sindicalización, a la libertad de expresión y a la negociación colectiva, y garantizar el cumplimiento de las políticas de la OIT. La presencia permanente de la OIT será muy importante porque su actividad estará desligada de los intereses comerciales que están implícitos en el TLC y su propósito principal será combatir la impunidad en asesinatos de sindicalistas, dar cooperación técnica, y defender la libertad de empresa. El mandato expresado en el Acuerdo Tripartito, incluye los aspectos de promoción, acompañamiento, cooperación y asesoría, recaudación de información, seguimiento e informes.

Por otro lado, en relación con el principio de no discriminación en el empleo y la ocupación, se creó el Observatorio de Asuntos de Género de la Presidencia- OAG- que es una herramienta de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, creado para investigar, documentar, sistematizar, analizar y hacer visible la situación de las mujeres y de la equidad de género en Colombia, con el objeto de formular recomendaciones en materia de políticas, planes, programas y normas, que contribuyan a cerrar las brechas de equidad de género en el país. También fue creada la Consejería para la Equidad de la Mujer que ha formulado una carta de navegación con la cual se busca el reconocimiento y realización de los derechos humanos de las mujeres. Así mismo, la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas, según la cual al menos el 30% de los cargos directivos de la administración pública deben ser ocupados por mujeres, ha arrojado resultados muy positivos. Durante los últimos años, la participación de la mujer en estos cargos ha estado entre el 30% y el 49%.^[14]

Estas y otras medidas legislativas y jurisprudenciales que se estudiaron en un anterior texto publicado por el Instituto de Ciencia Política^[15], demuestran que el gobierno y demás ramas del poder público han

tenido la voluntad que reclama una política de internacionalización económica para corregir problemas detectados, tales como el bajo nivel de cumplimiento de la legislación laboral.

En suma, del estudio de los mecanismos de solución de controversias del capítulo laboral se concluye que la falta de determinación de procedimientos, la inexistencia de plazos adecuados para las diferentes etapas y el hecho de que los mecanismos solo estén pensados para la reparación de una situación de ventaja desleal que provenga de una violación laboral, más que a la reparación de los derechos laborales violados, hacen a este capítulo merecedor de varias críticas como las expuestas anteriormente. Sin embargo, la pregunta acerca de si el TLC en particular y la política de internacionalización económica en general, podrá contribuir con el incremento de los niveles de cumplimiento de la legislación laboral, debe ser respondida afirmativamente, ya que las multas y sanciones arancelarias, la actividad permanente de los organismos de cooperación y el cambio de mentalidad del gobierno consecuente con la política de internacionalización que ha acogido, son todos factores que contribuirán, para que los derechos laborales gocen de una mayor protección y fiscalización en Colombia. Los esfuerzos que ha venido haciendo el gobierno deben ser respaldados por los Estados Unidos, de tal manera que la cooperación se convierta en la mejor arma para combatir la desprotección e impunidad frente a las violaciones que sufren los trabajadores.

^[14] De acuerdo al Observatorio de Asuntos de Género -OAG- se destacan en este sentido la participación de las mujeres en los organismos de vigilancia y de control (51,49%), en la Registraduría General de la Nación (48,68%) y en organismos autónomos (45,33).

^[15] Puyo Jimena y Sánchez Eduardo {Editor}, *La Normatividad Laboral en Colombia*. Instituto de Ciencia Política. 2007. Bogotá, Colombia.