

OPINIÓN N° 020

El Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA), basado en el Artículo 44° del Acuerdo de Cartagena, en las Decisiones 441° y 464° de la Comisión de la Comunidad Andina y en uso de las atribuciones conferidas a esta Presidencia por Acuerdo CCLA N° 15/2000 de Julio de 2000, ha decidido emitir la siguiente Opinión sobre:

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD SOCIAL

Considerando:

1. Que no obstante haber sido adoptadas en Lima en el marco del XVII período extraordinario de sesiones de la Comunidad Andina que se llevó a cabo el mes de febrero de 1977, las Decisiones 113 y 148 mediante las cuales fueron aprobados el Instrumento Andino de Seguridad Social y su Reglamento, estos nunca entraron en vigor.
2. Que dicho Instrumento Andino de Seguridad Social debía extenderse a las legislaciones de los países miembros para cubrir, de una manera integral y pormenorizada, los distintos ámbitos de la seguridad social referidos a las prestaciones de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como invalidez, vejez, muerte y auxilio funerario.
3. Que las discusiones y trabajos adelantados hasta hoy para sustituir las Decisiones 113 y 148 de la Comunidad Andina responden a visión de lo que debe hacerse con la seguridad social regional que es distinta a la que predominaba cuando estas normas fueron adoptadas. Ambos instrumentos reflejaban, como se lee de sus disposiciones, una genuina vocación en favor de articular los sistemas de seguridad social – y sus expresiones normativas e institucionales (los Seguros Sociales) – en el marco de un proceso de integración que, respetando las especificidades propias de cada realidad nacional, permitiera, sin embargo, la armonización de un marco común de protección del derecho a la seguridad social. Esto es, una armonización que fuera consonante con los objetivos del proceso mismo de integración Andino.
4. Que el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena sostenía que “El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la

cooperación económica y social”; y que (...) “Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”. El artículo 3° del Acuerdo, por su parte, señaló que “Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: a) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes”.

5. Que, estos propósitos han variado. Como acota el Informe Final del I Taller Sub Regional sobre la Modificación de las Decisiones 113 y 148 “Instrumento Andino de Seguridad Social” y su Reglamento, realizado por encargo de la II Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, los días 4 y 5 de abril de 2002, los anteproyectos discutidos *“no persiguen alterar los modelos de seguridad social existentes en cada país, ya que solo se trata de un instrumento de coordinación que busca salvaguardar los derechos de los trabajadores que se desplazan en el espacio comunitario”*¹.

Los “Lineamientos Generales acordados para la Modificación de la Decisión 113 y su Reglamento”, son bastante claros al respecto. Al referirse a sus objetivos, señalan que *“el instrumento que se adopte no pretenderá armonizar las legislaciones nacionales en el sentido de igualarlas o crear un régimen común, sino en todo caso establecer estándares mínimos, basados en principios y compromisos de cooperación básicos”*². Idéntica salvaguarda es incluida en el Título III (Ambito de Aplicación Material), artículo 5° del proyecto bajo comentario, cuando se sostiene que “Cada País Miembro concederá las prestaciones económicas y sanitaria de acuerdo con su propia legislación. (y que) Las normas sobre prescripción y caducidad vigentes en cada País Miembro serán aplicadas según lo dispuesto en este artículo”.

6. Que, al no fijarse plazos para avanzar en el logro progresivo de una cierta estandarización normativa e institucional sobre la materia, se consolida un *estatus quo* que, sin embargo, dista mucho de ser estático. Como ha sido dicho previamente, todos los sistemas de seguridad social públicos en la región vienen siendo tensionados, en mayor o menor grado y según el país de que se trate, en favor de un desmantelamiento del grado de protección conferido al derecho a la seguridad social. Y esta situación amerita, por ende, una consideración muy detenida por parte de quienes pretenden enfocar esta reforma para avanzar y no para retroceder en el ejercicio de los derechos

¹ Intervención del Dr. Fidel Ferradas, consultor de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) contratado para formular la propuesta de modificación de las Decisiones 113 y 148.

² “Lineamientos Generales acordados para la Modificación de la Decisión 113 “Instrumento Andino de Seguridad Social” y su Reglamento” adoptados con base a la propuesta de Modificación a la Decisión 113 “Instrumento Andino de Seguridad Social” preparada por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y a las deliberaciones del Taller Subregional realizado en la ciudad de Cartagena de Indias, los días 4 y 5 de abril de 2002.

fundamentales que corresponden a todas las personas, y a los trabajadores migrantes y sus familias en particular.

7. Que, no existe razón valedera para que en la Agenda Social Andina no se aplique el mismo entusiasmo y determinación que los Países Miembros aplican a la definición de las medidas y plazos que estiman necesarios para llevar a cabo los objetivos de integración y armonización, si fuera posible total, de las variables de política económica, financiera y comercial que se interpretan son indispensables para el desarrollo de la Comunidad Andina. Y no se justifica., por ello, que se reduzca el nuevo Instrumento Andino de Seguridad Social a una mera (y como se verá más adelante, muy limitada) coordinación de los sistemas existentes en materia de seguridad social, sin que se den pasos decididos para reconstruir un sistema regional que garantice que las prestaciones de éste respondan, en cualquiera de los Países Miembros en los que se encuentre un trabajador de la región, a los derechos universales que en este campo nuestros Estados se comprometieron voluntariamente a respetar, proteger y realizar.

El Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA) Opina:

Seguridad social y derechos humanos

1. Expresar nuestra extrañeza por que el texto propuesto como proyecto del nuevo instrumento sustitutorio de la Decisión 113, carezca de una definición de la seguridad social; pese a tratarse de un derecho humano reconocido y garantizado por un vasto número de normas internacionales de carácter universal y regional.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen la seguridad social como un derecho humano universal, inalienable e imprescriptible, que debe ser respetado para todas las personas, sin discriminación, siendo el Estado el garante primario de esta obligación.

En efecto, así lo reconocen los artículos 22° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)³; 9° del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁴; XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁵; 9° del

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22°: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁴ Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículo 9°: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social*, incluso al seguro social”.

⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVI: “*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la*

Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁶; y el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también llamado Norma Mínima en Seguridad Social.

2. Proponemos incorporar como definición, en concordancia con dichos instrumentos una donde se señale que “la Seguridad Social es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales” y tiene como objetivo protegerlos “frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida; como son la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, entre otras, las mismas que deben ser garantizadas obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social”.

Por esta razón, y considerando que todos los países de la Comunidad Andina han ratificado los referidos instrumentos, creemos conveniente que en la parte Considerativa del nuevo instrumento se deje muy claramente establecido que su objeto no debe ser otro que asegurar el acceso y el disfrute igualitario y no discriminatorio de todos los trabajadores a este derecho humano, particularmente cuando se encuentran laborando en un país distinto al de su nacionalidad de origen.

Enfoque de racionalización de gasto o inversión en capacidades

3. Constatamos que el quinto Considerando del proyecto sustitutorio de la Decisión 113 hace referencia, en línea con la ausencia de un tratamiento de la materia abordada como una cuestión de derechos, a la obligación de los Países Miembros de “fomentar el empleo, mejorar y racionalizar el gasto por concepto de asistencia sanitaria, el mejoramiento de la institucionalidad, la administración del sistema y un sistema de pensiones confiable y seguro”.
4. Proponemos en concordancia con las obligaciones libremente contraídas que derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen y garantizan el derecho humano a la seguridad social, no obstante, sería pertinente, en adición, que se reconociera como parte indelible de esa obligación :

incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

⁶ Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 9.1°: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

- a) el fomento del empleo digno, que incluye no solo el derecho de toda persona a acceder a una ocupación lícita y libremente escogida que la provea de los medios indispensables para una existencia en condiciones de dignidad, sino condiciones de empleo equitativas y satisfactorias, libres de toda forma de discriminación;
- b) la inversión (y no el gasto) en el desarrollo de capacidades institucionales para ampliar la cobertura y niveles de protección de la salud, así como para atender con oportunidad, eficiencia y eficacia de las prestaciones sanitarias que son parte integral de este derecho; y
- c) el acceso universal de todas las personas a una pensión de vejes o jubilación, y la participación de los asegurados en la administración de los sistemas de pensiones a los que se hallen adscritos.

Ámbito de aplicación y cobertura de protección de los derechos

5. Constatamos que si bien en términos generales el nuevo instrumento propone garantizar el principio de igualdad de trato o trato nacional en orden a asegurar el respeto de los derechos adquiridos del “*trabajador migrante andino*” en términos aparentemente amplios⁷, su texto en realidad esta enfocado de tal manera que limita extremadamente su cobertura de protección. Así pues

- a) Solo comprende a las personas que, en condición de migrantes laborales andinos realicen o hayan realizado una actividad laboral dependiente, sujeta a la legislación laboral de uno o más países Miembros⁸;
- b) Excluye a los trabajadores por cuenta propia de un País Miembro que, tras haber laborado en esta condición en su país de origen, ejerzan temporalmente su actividad en el territorio de otro País Miembro⁹;
- c) Excluye a los trabajadores de la administración pública.

Esta situación contrasta notoriamente con el tratamiento más inclusivo – y no discriminatorio - que se confiere a las mismas categorías de migrantes laborales andinos en el proyecto de “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, que no solo refiere en su parte Considerativa que “para logro de los objetivos de los artículos 40° y 51° del Acuerdo de Cartagena se ha previsto, entre otras medidas, la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones

⁷ Documento de Trabajo Propuesta 75 Revisado 1 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículo 1°.

⁸ Idem, artículos 2.k), 3 y 6.

⁹ Sector de trabajadores que, sin embargo, sí era contemplado en una versión previa del proyecto de nueva Decisión en discusión.

nacionales en las materias pertinentes"; que "el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión esta íntimamente relacionado con la obtención de un empleo digno"; y que "es conveniente aprobar un instrumento en el que se establezcan las normas fundamentales en materia de seguridad salud en el trabajo que sirvan de base para una gradual y progresiva armonización de las leyes y los reglamentos que regulen las situaciones particulares de las actividades laborales que se desarrollan en los Países Miembros", sino que considera como "Trabajador" para los efectos de la nueva Decisión a

"toda persona que desempeñe una actividad laboral por cuenta ajena remunerada, incluidos los trabajadores no dependientes y los trabajadores de las instituciones públicas".

Cabe mencionar, en adición a lo anterior, que las excepciones contempladas en el artículo 7° del proyecto reducen aún más la cobertura de protección ofrecida por la nueva Decisión que se pretende aprobar.

Plazo excesivo para acceso a nueva legislación laboral

6. Expresar su disconformidad con el artículo 6° del proyecto donde se señala que "el trabajador estará sometido a la legislación del País Miembro en cuyo territorio ejerza la actividad laboral bajo relación de dependencia", el artículo 7° establece que "el trabajador migrante queda sometido a la legislación del País Miembro *de Origen*, siempre que la duración previsible del trabajo por el que se ha trasladado a otro País Miembro no exceda de tres (3) años". En otras palabras, solo se le aplicará la misma legislación que los nacionales del País Miembro en que trabaje si su contrato tiene una duración mayor a tres años. Lapso temporal que no solo supera, sino que triplica el que contempla, para este mismo efecto, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), pretendidamente utilizado como referente para la elaboración del proyecto de nuevo "Instrumento Andino de Seguridad Social".

En efecto, el artículo 4° del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR prevé como regla de aplicación general que "El trabajador estará sometido a la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerza la actividad laboral"; señalando su artículo 5° que el principio establecido en el artículo 4° tiene, entre otras, la siguiente excepción:

"1.a) El trabajador de una empresa con sede en uno de los Estados Partes que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas o de dirección, o actividades similares, y otras que pudieran ser definidas por la Comisión Multilateral Permanente prevista en el Artículo 16°, Apartado 2) y que sea trasladado para prestar servicios en el territorio de otro Estado Parte, por un periodo limitado, continuará sujeto a la legislación del Estado Parte de origen hasta un

plazo de doce (12) meses, susceptible de ser prorrogado con carácter excepcional, mediante previo y expreso consentimiento de la Autoridad Competente del otro Estado Parte”.

7. Dado que el artículo 9° refiere al reglamento del nuevo Instrumento Andino de Seguridad Social la determinación de las condiciones de validación de los períodos de contribución a los seguros, y de pago de las prestaciones, sin definir criterios precisos al respecto; es nuestra opinión que ello puede perjudicar el ámbito de reconocimiento del derecho.
8. De igual forma, la sujeción del principio de reciprocidad para el reconocimiento del nuevo tiempo de servicios a la celebración (o no) de convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social entre Países Miembros, puede restar fuerza al poder normativo de la Decisión y, con ello, a la amplitud y alcances de protección otorgados al derecho a tal reconocimiento y a las prestaciones correspondientes previstas en ella.
9. Igualmente no compartimos la propuesta según la cual el reconocimiento de los períodos de seguro previos a la entrada en vigor de la nueva Decisión, incluidos las cotizaciones a un régimen individual o mixto, queda sujeto - de conformidad con el artículo 9° - a la continuidad posterior de las cotizaciones o “períodos de seguros posteriores” en el País Miembro al que se desplazó el trabajador. Este hecho puede constituir una limitante para el trabajador en la medida en que, cumpliendo los requisitos de edad jubilatoria, no encontrara un empleo en su nuevo país de residencia y, por ende, no pudiera continuar con nuevos “períodos de seguros posteriores”.
10. Alertamos sobre el uso del modo condicional “*podrán establecer*” en relación con las disposiciones aplicables por los Países Miembros, y por las (empresas) administradoras de fondos de jubilación y pensiones de capitalización individual, previstas en el artículo 10° de la norma, lo cual puede menguar el carácter imperativo de ésta para asegurar los mecanismos de transferencia de capital acumulado en las cuentas individuales de los interesados, sin la cual los trabajadores migrantes considerados por ella no podrán ejercer su derechos a una prestación en concordancia con las garantías previstas en el artículo 1° de la misma Decisión.

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social

11. Expresamos nuestra preocupación por que al momento de crear el Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CASS) con el fin de coadyuvar a la aplicación del nuevo Instrumento y su Reglamento, asesorar a las Autoridades Competentes, su competencia se limite a “*emitir opinión técnica no vinculante*” sobre los temas incluidos en el Instrumento, proponer criterios para eventuales modificaciones a éste y facilitar criterios técnicos para la resolución de controversias sobre la interpretación o aplicación de la

nueva norma. Debiendo actuar de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria aplicable, incluyendo lo previsto en el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina.

Cabe señalar al respecto, en primer lugar, que la nueva fórmula propuesta por el proyecto desmerece el estatus y jerarquía que le había sido reservado originalmente a este ente por la Decisión 113.

Los artículos 18° y 19° de la Decisión 113 preveían un “*Comité Administrador*”, integrado por representantes de cada País Miembro que ostentaran la condición de expertos en Seguridad Social.

Sus decisiones se adoptarían por mayoría de votos de sus miembros integrantes, y la Junta del Acuerdo de Cartagena participaría en sus reuniones “sin derecho a voto”, lo que da cuenta del nivel que le estaba reconocido. La Decisión 113 preveía, además, que el Comité Administrador contaría con una Secretaría Ejecutiva Permanente, cuya sede, financiamiento y organización administrativa serían fijados por el Reglamento.

La ausencia de fuerza vinculante en las opiniones y propuestas del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social prevista en la nueva Decisión, en cambio, puede conducir a una mella en su autoridad y legitimidad.

Derecho de Participación Laboral en temas de Seguridad Social

12. El Consejo Presidencial Andino ha reiterado, en diversas oportunidades, la necesidad de promover tanto la participación organizada de la sociedad civil como la de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos en el proceso de toma de decisiones al interior de la Comunidad Andina, con el fin de impulsar la sostenibilidad de los programas y proyectos de la agenda multidimensional del proceso andino de integración y propiciar el fortalecimiento de los principios, valores y prácticas democráticas en la Subregión. En particular, para asegurar que no se lesionen los derechos de los trabajadores,

Resulta cuestionable que la entidad encargada de supervisar el cumplimiento directo del nuevo Instrumento Andino de Seguridad Social quede fuera del control de las partes que, además de los Estados que representan a los Países Miembros, están directamente vinculadas al tema de la seguridad social: los empleadores y los trabajadores.

Deberes de las partes involucradas

13. El proyecto de nuevo Instrumento Andino de Seguridad Social no solo carece de una visión centrada en los derechos de la persona humana en materia de seguridad social, e incluso una definición de lo que entiende por ésta, sino que es extremadamente débil en el señalamiento de las


responsabilidades de los distintos actores implicados en la provisión de las múltiples prestaciones relativas a este derecho.

Contrasta por ello con la escrupulosidad con que esta esfera es tratada por el proyecto de Instrumento Andino en materia de Salud en el Trabajo¹⁰; en la que se incluye, no solo una definición precisa y bastante completa de las definiciones correspondientes a cada componente del sistema de protección de la salud del trabajador, sino que se precisan las obligaciones de los Países Miembros y, además, las de los empleadores y los trabajadores en esta misma materia.

En contraste con la parquedad con que el proyecto de Instrumento Andino sobre Seguridad Social trata estos aspectos, el proyecto de Instrumento Andino en materia de Salud en el Trabajo desarrolla muy cuidadosamente cada uno de estos aspectos, y los complementa con la previsión de los mecanismos de supervisión y sanción requeridos para que sus prescripciones resulten efectivamente atendidas.

14. Proponemos una revisión del proyecto en cuestión para reforzar también estos aspectos.

Santa Fe de Bogota, 22 de mayo de 2003



Julio Carrascal Puentes
Presidente
Consejo Consultivo Laboral Andino
CCLA

¹⁰ Instrumento Andino en materia de Salud en el Trabajo, Capítulos III y IV.