

EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL MERCOSUR. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS*

Hugo Roberto Mansueti**

SUMARIO: 1 Antecedentes; a) Zona de Libre Comercio; b) Unión Tarifaria y Unión Aduanera; c) Mercado Común; d) Comunidad Económica o Unión Económica e Integración; 2 El MERCOSUR; 3 El derecho del trabajo en el MERCOSUR; 3.1 La armonización por tratados internacionales; 3.2 Armonización por vía de delegación de facultades en órganos intergubernamentales (supranacionalidad); 3.3 Armonización de la legislación interna de los Estados Miembros; 3.4 La negociación colectiva extranacional; 4 Síntesis de conclusiones.

1 ANTECEDENTES

El Tratado de Asunción, suscripto entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Uruguay, en la ciudad de Asunción, el 26 de marzo de 1991, da origen al más importante proceso de integración económica del que participan los citados estados, llamado Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

La figura del Mercado Común, constituye uno de los regímenes de excepción al acuerdo general de aranceles aprobado en la Ronda Tokio del GATT (actual Organización Mundial del Comercio). Se trata de una de las especies de *“convenios, acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles”*.

Doctrinariamente, se reconocen cuatro especies de convenios de integración, a saber:

a) Zona de Libre Comercio.

El art. XXIV, 8, b, del GATT define la zona de libre comercio en los siguientes términos: *“Un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”*.

Su nota característica está dada por la eliminación progresiva de barreras arancelarias entre los estados que la conforman. Esta se alcanza cuando los países que la in-

* Palestra proferida no 8º Ciclo Internacional de Conferências, promovido pela AMATRA XXIII, Curitiba (MT), 14 a 18 de agosto de 2001.

** Advogado. Doutorando em Direito e Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica Argentina de Buenos Aires. Professor de Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade Nacional de La Matanza. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica Argentina de Buenos Aires.

tegran reducen a cero las tarifas entre sí, pero cada uno conserva tarifas distintas respecto de las importaciones provenientes de terceros países.

b) Unión Tarifaria y Unión Aduanera

Art. XXIV, 8, a del GATT, define la unión aduanera como *“la sustitución de dos o más territorios aduaneros de manera: 1) que los derechos de aduana y demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios, y 2) que cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella, derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos”*.

Como característica de este sistema, aquí se logra la armonización interna y externa de aranceles aduaneros mediante la adopción de tarifas comunes, esto es: una unión aduanera. Elementos característicos: a.-) la liberación del comercio recíproco, que puede ser gradual; b.-) la adopción de una tarifa externa común: todos los países deciden igualar las tarifas aplicables a la importación de extrazona; y c.-) los países pueden establecer una aduana común encargada de recaudar los fondos y distribuirlos entre miembros. En este último elemento es donde se ha encontrado la diferencia conceptual entre una *“Unión Tarifaria”* (mera adopción de políticas arancelarias comunes) y una *“Unión Aduanera”* (políticas arancelarias y recaudación común). Correspondiendo aclarar que el GATT no define a la Unión Tarifaria, tal como sí lo hace con la Unión Aduanera, extremo por el cual nos hemos permitido expresar que se trata de una diferencia de tipo conceptual.

La unión tarifaria no importa la eliminación de las aduanas de cada estado parte, ellos las pueden conservar, recaudando cada uno el producido de los impuestos sin transferirlo a un fondo común. La unión aduanera adiciona a dicha política arancelaria la implementación de un fondo común y criterios de distribución de la recaudación global de impuestos aduaneros.

c) Mercado Común

Esta figura aparece con el Tratado de París del 18 de abril de 1951, cuando se crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El Acta Única, modificatoria de los Tratados de las Comunidades Europeas, introduce el art. 8º que define al Mercado Interior Europeo como *“un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente tratado”*.

Nota característica del Mercado Común, está dada por la eliminación progresiva de barreras arancelarias (sistema de Zona de Libre Comercio), con más el reconocimiento de las libertades básicas de circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales.

d) *Comunidad Económica o Unión Económica e Integración*

Existen dos grandes tipos de organizaciones internacionales: las fundadas en la simple cooperación entre los Estados y las que gozan de autonomía propia. Las comunidades económicas se corresponderían con el segundo grupo.

Aquí la nota característica está dada porque los estados transfieren a favor de organismos supranacionales (que ellos mismos integran) ciertos atributos de su soberanía, tales como la determinación de sus políticas comerciales, financieras, de servicios, de transportes, etc. De manera similar a lo que ocurre en los estados federales, a través de la comunidad económica, los estados parte ya no ejercerán las facultades delegadas, pasando éstas a constituir la competencia normativa de los organismos supranacionales que ellos mismos conformaron.

Cuando los Estados delegan la competencia referida al valor de su moneda en pos de una unidad monetaria común, que sería el máximo grado de comunidad, se dice que hay integración o unión monetaria.

2 EL MERCOSUR

El grado de integración escogido por los Estados Miembros del Mercosur, implica garantizar las libertades básicas de circulación, extremo que requerirá una labor previa de armonización de sus legislaciones en las áreas vinculadas a dichas libertades, tal como se ha manifestado por el art. 1º del Tratado de Asunción: *“armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes”*.

Los aspectos vinculados con la armonización del derecho social, no fueron previstos en oportunidad de suscribirse el Tratado. Sin embargo, los Estados Miembros tomaron partido sobre el punto, al declarar como propósito fundacional en el Preámbulo del Tratado, el de *“acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”*.

También existe una referencia a los trabajadores en el punto referido a las salvaguardias fundadas en el nivel de empleo (Anexo IV, art. 3 inc. b). El nivel de empleo se encuentra aquí previsto como uno de los elementos a considerar para determinar la existencia de *“daño o amenaza de daño grave”* que pudiera sufrir algún Estado Parte como consecuencia de importaciones intra-Mercosur. Se trata de una disposición transitoria del Tratado, destinada a regir en el llamado *“período de transición”* concluido el 31 de diciembre de 1994.

Por el anexo V del T.A. se determinó que el Grupo Mercado Común debía constituir, dentro de los treinta días de su instalación, diez subgrupos de trabajo, a efectos de coordinar las políticas macroeconómicas y sectoriales. Ninguno de los diez subgrupos de trabajo habría de dedicarse a la problemática laboral.

Ello motivó que algunos autores, con razón, sostuvieran que el T.A., orquestado, preparado y diseñado por economistas y diplomáticos, *“no respondió a una preocupación social, sino a una preocupación económica”*, recordándose incluso la experiencia europea, ya que en su proceso de integración los objetivos sociales se cuidaban en cuanto contribuían a los económicos. En la práctica, luego se fueron produciendo

una serie de consecuencias en el orden social que tuvieron una gran significación, tales como la Carta Social Europea (firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (de 1989).¹

Se ha explicado en este sentido, que el T.A. recogió la experiencia europea (en cuanto a éxitos y fracasos). Los proyectos comunitarios anteriores al Tratado de Roma de 1957 venían fracasando debido a su excesiva ambición. Se procuraba un tipo de integración que abarcara la política exterior, la defensa, la integración económica y social y la defensa de los derechos del hombre. Por tal razón, los europeos decidieron tratar de llegar a una unión, primero en el terreno económico, por ser este el único medio de concitar un interés palpable para todos los países y de este modo se gestó el Tratado De Roma de 1957 y con posterioridad el principio de acuerdo en los temas laborales.²

Los aspectos laborales y sociales del MERCOSUR comienzan a ser tratados, a nivel gubernamental, en la reunión de los Ministros de Trabajo realizada en Montevideo, en mayo de 1991, mereciendo destacarse aquí los resultados obtenidos según el acta de Declaración conjunta, que textualmente dice:

1) El Tratado de Asunción abre las puertas de un notable progreso para sus respectivos países y por lo tanto es necesario procurar un resultado exitoso de las negociaciones pendientes.

2) Es necesario atender los aspectos laborales y sociales del Mercosur y acompañar las tareas de los respectivos representantes para asegurar que el proceso de integración venga acompañado de un efectivo mejoramiento en las condiciones de trabajo de los países que suscribieron el Tratado.

3) Promover la creación de subgrupos de trabajo con el cometido de avanzar en el estudio de las materias vinculadas a sus carteras.

4) Estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento en el marco del Tratado de Asunción, que contemple las ineludibles cuestiones laborales y sociales que traerá consigo la puesta en marcha del Mercado Común.

5) Los diversos países se prestarán toda la cooperación necesaria para el recíproco conocimiento de los regímenes propios vinculados al empleo, la seguridad social, la formación profesional y las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

6) Promover el seguimiento de los acuerdos alcanzados mediante otras reuniones análogas a la desarrollada en esta ciudad de Montevideo los días 8 y 9 de mayo de 1991 con la participación de las más altas autoridades competentes en la materia laboral y social.

En diciembre del mismo año, con motivo de la reunión de Presidentes de los cuatro países, celebrada en la ciudad de Brasilia, se firma un Protocolo Adicional por el que se creó el Subgrupo 11 "*Asuntos Laborales*". Posteriormente, por Resolución

-
1. PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Problemática de los trabajadores en el Mercosur*, en *El Derecho Laboral del Mercosur*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre de 1994, p. 19.
 2. FERREIRA, María del Carmen y RAMOS OLIVERA, Julio, *Mercosur. Enfoque laboral*, Montivideo: editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 13.

G.M.C. Nº 11/92 pasa a denominarse "*Relaciones laborales, empleo y seguridad social*".

En Foz do Iguazú, el 11 y 12 de diciembre de 1991 se realizó una reunión de los ministros de trabajo de los cuatro países socios, en la cual participaron representantes de los empleadores y trabajadores de la región.

En ese mismo lugar y fecha se reunieron los coordinadores de los ministerios de trabajo de los cuatro países miembros del Mercosur, con un representante de la O.I.T. Allí se acordó realizar un relevamiento de las legislaciones nacionales mediante un cuestionario común. La O.I.T. realizó un análisis comparativo de las respuestas y éste se elevó al Subgrupo de Trabajo 11, del Grupo Mercado Común, para preparar un proyecto legislativo.

3 EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL MERCOSUR

Hemos visto que en el sistema de integración escogido por los Estados Miembros del MERCOSUR, el Mercado Común, las libertades de circulación reconocidas exigirán una labor armonizativa en las áreas respectivas de sus derechos internos.

En efecto, por el art. 1º del Tratado, se aclara que el Mercado Común allí constituido implica:

- a) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.
- b) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros estados, así como la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.
- c) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales de los Estados Partes, de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y otras que se acuerden "*a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes*".
- d) La armonización de su legislación, "*para lograr el fortalecimiento del proceso de integración*".

De estos fines, interesan al derecho del trabajo los indicados en los apartados a) y c). En ambos casos, corresponde estar a la pauta directiva y programática contenida en el Preámbulo del Tratado, en el sentido de la expresa voluntad de los Estados Miembros de "*acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social*". La libre circulación de factores productivos, necesariamente conlleva la libre circulación de trabajadores. Del mismo modo, la tarea de armonización legislativa, debe prever como objeto determinante al derecho del trabajo, en cuanto constituye la fuente de regulación de las relaciones existentes en toda comunidad productiva.

De este modo, el derecho del trabajo del Mercosur estará integrado por el conjunto de actos y disposiciones, con o sin carácter normativo, tendientes al logro del fin armonizativo que se ha propuesto en el sistema de integración escogido.

Armonización no significa “*unificación*”. La definición literal del término “*armonizar*”, en la primer acepción que surge del Diccionario de la Real Academia Española, significa “*poner en armonía o hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin*”. Siguiendo la misma fuente, “*unificar*” se define como “*Hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie*”.

El compromiso asumido por los Estados miembros en el Tratado de Asunción, importa adecuar sus legislaciones internas de manera que “*no se discuerden o se rechacen*”, permitiendo que puedan “*concurrir al mismo fin*”.

Ello no implica obligación de dictar códigos comunes en las distintas materias de derecho de fondo, lo que implicaría una “*unificación*”, sino de compatibilizar aquellas “*asimetrías*” que puedan generar obstáculo en el camino a la integración, particularmente aquellas que, sea por crear mejores condiciones comparativas con relación a los demás Estados Partes para la inversión, trabajo o servicios, pueda ser interpretada como práctica desleal o “*dumping*”.

También se ha diferenciado “*armonización*” de “*coordinación*”. La armonización legislativa exige la implementación de ciertos cambios en la normativa interna de los estados para crear, por esa vía, las similitudes necesarias a fin de obtener el resultado prefijado. En cambio, la coordinación de legislaciones apuntaría más al logro de cierto equilibrio que se instituye entre normas o sistemas jurídicos que pueden permanecer completamente diferentes. Desde este punto de vista, la “*coordinación*” constituiría un paso previo a la tarea de “*armonización*” el cual, dentro del marco del Mercosur, se ha visto simplificado, tanto por la existencia previa de una raíz romanística en el derecho interno de los estados parte, como asimismo por la adopción generalizada de formas de estado federal, gobierno republicano, a más de las similitudes étnicas y sociales de la población.

Para el logro del fin armonizativo y la plena vigencia de las libertades de circulación antes referidas, existirían las siguientes alternativas metodológicas:

a) El dictado de normas supralegales (tratados) con directa operatividad en el territorio de los estados miembros.

b) La delegación de facultades en organismos intergubernamentales (supranacionalidad).

c) El compromiso de los Estados Miembros de implementar ajustes o modificaciones en su legislación interna, de manera de evitar *asimetrías*. Tarea que incluiría la creación de un órgano coordinador o de seguimiento.

d) La negociación colectiva regional o extranacional.

Veamos cada una de ellas y lo que ha ocurrido en el Mercosur.

3.1 La armonización por tratados internacionales

A través de este sistema, los Estados Miembros podrían ratificar, de común acuerdo, una lista consensuada de Convenios de la O.I.T. o bien, aprobar una Declaración o Carta de Derechos Sociales Fundamentales.

En el Mercosur se han intentado estos dos caminos, sin éxito por el momento.

Con relación a los Convenios de la O.I.T., en un importante trabajo armonizativo, la Comisión N° 8 del Subgrupo de Trabajo N° 10 del Grupo Mercado Común del Mercosur, elaboró el siguiente listado de 34 Convenios de la O.I.T. respecto de los cuales se aconsejaba su ratificación por los Estados miembros y se logró un consenso preliminar destinado a su aprobación por parte de Argentina, Brasil y Uruguay.

Se trata de los siguientes:

1. Horas de Trabajo Industria (N° 1).
2. Derecho de Asociación Agricultura (N° 11).
3. Protección contra la Cerusa (N° 13).
4. Descanso Semanal (Industria) (N° 14).
5. Igualdad de Tratamiento (Accidentes de Trabajo) (N° 19).
6. Contrato de Enrolamiento de la Gente de mar (N° 22).
7. Métodos de fijación de los salarios mínimos (N° 26).
8. Trabajo Forzoso (N° 29).
9. Horas de Trabajo (Comercio) (N° 30).
10. Examen Médicos de los Menores (trabajos industriales) (N° 77).
11. Examen Médicos de los Menores (Trabajos no industriales) (N° 79).
12. Inspección del Trabajo (N° 81).
13. Trabajo Nocturno de menores (Industria) (N° 90).
14. Protección del Salario (N° 95).
15. Trabajadores Migrantes (N° 97).
16. Derecho de Sindicalización y Negociación Colectiva (N° 98).
17. Igualdad de Remuneración (N° 100).
18. Abolición del Trabajo Forzoso (N° 105).
19. Poblaciones Indígenas y Tribales (N° 107).
20. Discriminación (empleo y ocupación) (N° 111).
21. Protección contra las radiaciones (N° 115).
22. Protección contra las Maquinarias (N° 119).
23. Exámen Médico de los Menores (Trabajo Subterráneo).
24. Representación de los Trabajadores (N° 135).
25. Benzeno (N° 136).

26. Cáncer Profesional (Nº 139).
27. Consulta Tripartita (Normas Internacionales) (Nº 144).
28. Relaciones del Trabajo en la Administración Pública (Nº 151).
29. Negociación Colectiva (Nº 154).
30. Seguridad y Salud de los Trabajadores (Nº 155).
31. Readaptación Profesional y Empleo (Nº 159).
32. Amianto (Asbestos) (Nº 162).
33. Seguridad y Salud en las Construcciones (Nº 167).
34. Higiene (Comercio y Oficinas) (Nº 120).

La propuesta no logró una completa aplicación práctica.

El principal escollo está dado por el hecho que los convenios internacionales del trabajo poseen un limitado campo de operatividad, el que además se encuentra referido solo a algunos aspectos del derecho del trabajo.³

Un claro ejemplo se advierte con el Convenio Nº 173 de la O.I.T. sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Dicho Convenio prevé por su art. 5º que *“En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”*.

La Argentina ratificó dicho Convenio y la ley 24.522 sobre Concursos y quiebras, asigna al crédito laboral dos privilegios (general y especial), por lo que cabría suponer que cumple con el Convenio. Sin embargo, la misma ley le asigna a créditos mercantiles garantizados con hipoteca o prenda, un privilegio de rango superior al laboral, creando un sistema perversamente injusto para el trabajador y que no tiene similar en las legislaciones comparadas del MERCOSUR.⁴

De allí que el intento posterior, seguido en el Subgrupo de Trabajo Nº 10, estuvo dado por el logro de una Carta de Derechos Fundamentales para el Mercosur. Con tal fin, el Subgrupo realizó una reunión en Buenos Aires, en diciembre de 1993. Coetáneamente con dicha reunión se realizó un seminario sobre la Carta Social para el Mercosur y los derechos que deben ser incluidos en ella. Las Centrales Obreras aprobaron un Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales que, a la fecha, no ha merecido aprobación.

La Carta fue objeto de examen en dicho seminario, tanto en sus fundamentos filosóficos, jurídicos, económicos y pragmáticos. Se consensuaron como objetivos fundamentales a tener en cuenta por los Estados: la justicia social, impedir el dumping so-

3. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *El rol de las normas internacionales de trabajo en el proceso de integración económica*, T. y S.S., Tº XXV – 1998, p. 449.

4. Para mayor información, ver el libro de nuestra autoría, *Derecho del trabajo en el MERCOSUR*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1999, p. 242 a 251.

cial entre los países miembros, garantizar un nivel mínimo y equivalente en todos los países miembros, de protección laboral y previsional. Como contenidos, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la no discriminación, el derecho al descanso, libertad sindical, derecho de huelga y derecho a la seguridad social.

Por la Carta se recomienda también la instrumentación de un procedimiento de denuncias, con una comisión de expertos y un Tribunal de Justicia comunitario, en materia laboral. Proyectos estos que, a la fecha, no han logrado concreción.

En el ámbito de tareas emprendidas por el Subgrupo de Trabajo N° 10, a partir del año 1997 se fue gestando la elaboración de un instrumento normativo comunitario, que contuviera pautas elementales destinadas a la armonización legislativa en la materia.

La Comisión Ad Hoc sobre dimensión social del Mercosur en la reunión que llevó a cabo los días 29 y 31 de octubre de 1997 (Acta N° 1/97) se ocupó de tratar lo concerniente a la naturaleza jurídica del instrumento a elaborar, acordando que sea un Protocolo, de carácter abierto y dinámico. Conteniendo dicho instrumento normas programáticas como autoejecutables, denominado Protocolo "Socio - laboral".

Se consensuó allí que la temática básica de este Protocolo Socio Laboral versara sobre los siguientes temas: a.-) derechos individuales de las partes de la relación laboral; b.-) derechos colectivos de las partes de la relación laboral; c.-) empleo; d.-) formación profesional; e.-) certificación ocupacional; f.-) salud y seguridad en el trabajo; g.-) inspección en el trabajo; y h.-) inmigraciones laborales.

En cuanto a los mecanismos de aplicación y seguimiento de este Protocolo Social-laboral, se determinó que incluiría los siguientes ítems: a.-) órgano tripartito; b.-) ubicación institucional; c.-) funcionamiento regional y nacional; d.-) decisiones por consenso; e.-) atribuciones y competencias; y f.-) sin carácter sancionatorio.

A lo largo de 1997 y 1998 la Comisión ad hoc continuó trabajando en la elaboración del instrumento sobre la base de propuestas de cada órgano de representación tripartito (sus comisiones).

En la reunión de la Comisión *ad hoc* Sobre Dimensión Social del Mercosur llevada a cabo en Buenos Aires, entre los días 22 y 23 de abril de 1998, las tres representaciones empresarias presentes (Argentina, brasileña y uruguaya) manifestaron su disconformidad con seguir elaborando un proyecto de Protocolo hasta tanto no se llegue a un acuerdo total sobre los temas propuestos y se definiera por consulta al Grupo Mercado Común la naturaleza jurídica del instrumento a aprobar (SGT N° 10, Acta N° 1/98).

Ello no sin dificultades, teniendo en cuenta que en la reunión celebrada en Buenos Aires los días 18 y 19 de mayo de 1998, se dio a conocer el resultado de la consulta elevada por el SGT N° 10 al Grupo Mercado Común relativa al Instrumento Socio Laboral a aprobar en el proceso de integración.

El Grupo Mercado Común, por Acta N° 1/98 del 6 y 8 de mayo de 1998, opinó en el numeral 2.1.: "*Dimensión socio laboral del Mercosur. Las delegaciones tomaron*

conocimiento del informe elaborado por el Grupo ad hoc De Aspectos Institucionales e intercambiaron puntos de vista sobre las alternativas que el mismo contiene en cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento. En una evaluación preliminar, el Grupo Mercado Común se inclina por que el instrumento referido a los asuntos laborales en el Mercosur no revista carácter vinculante y no esté sujeto a los mecanismos de solución de controversias existentes en el Mercosur, ya que no resulta conveniente vincular la materia socio-laboral con los instrumentos de política comercial.- Sin perjuicio de ello, y a fin de contar con mayores elementos de juicio, el Grupo Mercado Común estimó conveniente remitir este tema con todos sus antecedentes en consulta al Foro Consultivo Económico y Social”.

En esa misma reunión, se interpretó que la expresión “no vinculante” se refiere a que el instrumento no está sujeto a los mecanismos de solución de controversias del Mercosur, ya que la materia socio laboral es independiente de la política comercial. Además, se consideró que sin perjuicio de la consulta que el Grupo Mercado Común efectuara al Foro Consultivo Económico y Social, correspondía tener en cuenta la exhortación de los Ministros de Trabajo realizada en la reunión del 11 de mayo de 1998 y continuar con los trabajos previstos para la Comisión ad hoc en virtud de mediar un mandato expreso para que el SGT N° 10 formule un instrumento sobre Dimensión Social del Mercosur.

En definitiva se acordó allí la elaboración, por intermedio de la presidencia pro t mpore, de un documento consolidado con el contenido de las distintas propuestas, el que debería ser enviado a las coordinaciones de los distintos países antes del 1° de julio de 1998 para su análisis y formulación de observaciones (GMC, SGT N° 10, Grupo Ad Hoc, Acta N° 2/98).

De este modo, el documento no logró revestir el carácter de “Protocolo”, esto es, un instrumento internacional con naturaleza de tratado, que en la tradición jurídica del Mercosur es considerado parte integrante del Tratado de Asunción. Fue elevado a consideración de los gobiernos en el carácter de una “*declaración solemne de derechos*”.

El instrumento definitivo, bajo la denominación “*Declaración sociolaboral del MERCOSUR*” fue aprobado con la firma de los cuatro jefes de Estado de los Estados Miembros del MERCOSUR el 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro. Dada su naturaleza jurídica de “*Declaración*”, no constituye fuente de derecho comunitario del MERCOSUR según la regulación contenida en el Protocolo de Ouro Preto. Su incumplimiento no puede dar lugar al impulso de mecanismos de solución de controversias.

La “*Declaración*” consta de tres partes bien diferenciadas: los considerandos, los derechos individuales (arts. 1° al 6° para el trabajador, 7° del empleador); los derechos colectivos (art. 8° al 25); política social (13 a 19); y disposiciones de aplicación y seguimiento a través de una Comisión Socio Laboral de composición tripartita (arts. 20 a 25).

Tal como se ha visto más arriba, el instrumento no tiene carácter vinculante dentro del plexo normativo diseñado por el Protocolo de Ouro Preto. Sin embargo, constituye el puntapié inicial para el dictado de una futura Carta de Derechos Fundamentales como norma integrante del derecho comunitario. Del mismo modo, como norma programática, sus fines deberán servir como pauta de interpretación en la tarea de aplicación de la legislación local y también para el legislador de cada Estado Miembro, procurando no aprobar medidas contrarias al fin social de la Declaración.

El contenido del instrumento es demasiado elemental y se encuentra por debajo de los niveles mínimos de protección que comparativamente han reconocido en sus derechos internos cada uno de los Estados miembros. En la "*Declaración*" se reconocen el derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y compromiso de los Estados a garantizar la no discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Luego de resaltar declaraciones a favor de la inserción laboral de personas con discapacidad y la igualdad de trato que debe existir entre mujeres y hombres (normas estas hartamente reconocidas en el derecho interno comparado de los estados miembros del MERCOSUR), la declaración se ocupa del caso específico de trabajadores migrantes, previendo que deben gozar de iguales derechos que los nacionales del país donde preste servicios. Esta norma es de pésima redacción, si se tiene en cuenta que bien puede suceder que el trabajador pertenezca a una empresa con establecimientos en más de un Estado Miembro. Si en el establecimiento ubicado en el país de origen la empresa paga salarios más altos, puede ampararse en la Declaración para pretender pagar menos, pagando igual que en el país donde se emplea al trabajador migrante.

Por el art. 5º la "*Declaración*" abunda en disposiciones vinculadas a la prohibición del trabajo forzoso, sin tener en cuenta que uno de los muy pocos Convenios de la O.I.T. que cuenta con la ratificación de los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR es, precisamente, el Nº 105 "*Sobre la abolición del trabajo forzoso*" de 1957.

Distinto es el caso de las disposiciones previstas en relación al trabajo de menores, como ser la abolición del trabajo infantil, la progresiva elevación de las edades mínimas de admisión al empleo (se procura llevarlas a los 18 años), prohibición de trabajo nocturno para menores o en lugares o actividades declaradas insalubres.

Reviste particular importancia el reconocimiento a los derechos derivados de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga. En este sentido, por el art. 11 se prevé que los mecanismos obligatorios de solución de controversias colectivas en modo alguno deben impedir el ejercicio del derecho de huelga o desvirtuar su finalidad, propósito este que no se cumple del todo en la Argentina con la reglamentación que se ha hecho por Decreto 2184/90 que "*reglamenta*" el derecho de huelga en los llamados "*servicios esenciales*".

También resultan importantes las declaraciones concernientes a la inspección de condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. El art. 17 de la Declaración coloca dicho deber en cabeza del Estado, mereciendo destacar la experiencia que viene padeciendo la Argentina, donde a partir de la sanción de la ley de riesgos del trabajo nº

24.557, la inspección de seguridad en el trabajo quedó en manos de entidades privadas (las compañías Aseguradoras de Riesgos del Trabajo) que debido a cuestiones de comercialización, evitan fricciones con sus clientes y el control que deberían ejercitar, todo lo cual queda supeditado a su política comercial competitiva. Esto ha derivado en un notorio incremento en materia de accidentes del trabajo.

A partir del art. 20 se crea la Comisión Sociolaboral Regional, órgano de composición tripartita y auxiliar del Grupo Mercado Común. Se prevé el deber de los Estados de presentar informes vinculados a la aplicación de la Declaración ante esta Comisión, la cual también tendrá competencia para expedirse sobre consultas formuladas por los Estados o por organizaciones de trabajadores o empleadores.

3.2 Armonización por vía de delegación de facultades en órganos intergubernamentales (supranacionalidad)

La existencia de un derecho supranacional, exige que los Estados miembros deleguen competencias en organismos intergubernamentales y acepten, con carácter prevalente e inmediato, la efectiva vigencia de las normas dictadas en ese ámbito, dentro de sus territorios. Ello aún cuando hubieren votado en disidencia, en la inteligencia de interpretar que hay un “*interés comunitario*” que se halla por encima del “*interés nacional*”.

La aplicación concreta de este sistema se ha dado en el ámbito de la Comunidad Europea, a partir de la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA). Su tratado constitutivo (París, 1951), al regular las facultades asignadas a la Alta Autoridad (art. 9º, punto 2º), estableció que “*Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones de gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas*”. Posteriormente el Tratado fue modificado, eliminándose la expresión “*supranacionalidad*”, aunque el sistema se vio perfeccionado a lo largo de cuarenta años de práctica integracionista.

En la actualidad, el órgano donde reside la máxima autoridad de decisión política de la Comunidad Europea es el Consejo de Ministros, integrado por un representante de cada Estado miembro, con rango ministerial y facultades para comprometer al gobierno del Estado que representa (art. 146 del Tratado de la Comunidad Europea). Hasta 1992, este órgano había dictado la mayor cantidad de decisiones legislativas, directamente aplicables a los Estados Miembros, organizaciones y particulares. Con posterioridad a las modificaciones introducidas en el Tratado de Maastrich, algunas facultades del Consejo fueron transferidas al Parlamento Europeo o a ambos órganos, con la nueva figura de las resoluciones conjuntas.

En materia de derechos sociales, por el art. 117 del Tratado de la Comunidad Europea, se ha establecido que la Comunidad y los Estados miembros, “*tendrán como*

objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, de forma que puedan armonizarse al tiempo que se mantiene la mejora, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

La tarea de armonización en materia laboral que ha venido ejercitando la Comunidad Europea, partió de la base de fijar y consensuar aquellos aspectos que debían ser tratados en forma prioritaria. Los instrumentos comunitarios más importantes en este sentido han sido la Carta Social de 1989 y el Protocolo N° 14 del Tratado de la Unión Europea sobre la política social.

Los aspectos que mayormente merecieron atención de la Comunidad Europea han sido los siguientes:

a) Igualdad de trato entre trabajadores de distintos sexos. El art. 119 del Tratado de Roma, dispone la obligación a cada Estado miembro de garantizar *“la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”*. Posteriormente el criterio se fue ampliando, particularmente en el art. 2° de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas N° 76/207 CEE del 9 de febrero de 1976, disponiendo que este principio supone *“la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”*, aunque ello no obsta a la posibilidad que tienen los Estados miembros de *“excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye su condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”*. El Acuerdo sobre política social, celebrado dentro del marco del Tratado de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992, estableció que el principio del art. 119 del Tratado, *“no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”* (art. 6.3). Por su parte, en el art. 2° del Protocolo N° 14 del Tratado de la Comunidad Europea, se estableció el compromiso de los once Estados firmantes a implementar *“la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres”* y por el art. 6° del mismo instrumento se establecen criterios comunes para la implementación del derecho de igualdad de retribución entre trabajadores varones y mujeres. Una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo, de fecha 17 de octubre de 1995 (Fallo del Tribunal sobre el caso C-450/95, relativo a una solicitud remitida al Tribunal en aplicación del art. 177 del Tratado de la C.E.E., por el Bundesarbeitsfericht (Tribunal Federal del Trabajo), respecto a un litigio, ante esta jurisdicción, entre el Sr. Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt Bremen de la ciudad de Bremen), interpretó que resultaba contraria a dicha Directiva, una disposición nacional que otorgaba preferencias al sexo femenino en el acceso a un empleo donde este sector se encontraba subrepresentado, entendiéndose esto último cuando el porcentaje de mujeres ocupadas no alcanzaban a la mitad, por lo menos, de los efectivos.

b) *La jornada laboral.* La armonización comenzó a llevarse a cabo a través de directivas del Consejo de las Comunidades Europeas, destinadas a regir en el sector de transportes por carretera y en algunas áreas de la actividad agrícola y ganadera. En ambos casos, tiende a generalizarse la jornada semanal de 40 horas.

c) *Vacaciones anuales.* Por el art. 120 del Tratado, los Estados se comprometen a mantener equivalencia entre sus distintos regímenes de vacaciones y una Resolución de 1975 ha fijado como principio, la extensión del período en cuatro semanas al año.

d) *Seguridad e higiene en el trabajo.* En 1974 se creó un Comité Consultivo de Seguridad e Higiene en el Trabajo que ha venido dictando un número importante de normas técnicas destinadas a la labor armonizativa. Sus orientaciones se encuentran vinculadas a la responsabilidad del empresario en materia de salud y seguridad y a la participación de los trabajadores en la elaboración y control de medidas de prevención. En este sentido, el art. 118-A del Tratado de la Comunidad Europea, dispone que los Estados Miembros se empeñarán en promover la mejora de las condiciones de trabajo, destinadas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Sobre esta base, en 1989 se aprobó la Directiva del Consejo N° 89/391/CEE sobre la aplicación de medidas para promover mejoras en el sistema de seguridad de los trabajadores en sus trabajos. Se trata de una Directiva de tipo “Marco”, de la cual se derivaron luego trece Directivas específicas, que conforman un cuerpo normativo completo sobre “*disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud*”.⁵

e) *Cesiones de empresas.* Supuesto contemplado por el art. 100 del Tratado, ha dado origen a una Directiva de 1977 por la cual se establece que el empresario subrogado debe garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores.

f) *Protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal.* Por Directiva N° 80/987/CEE del 20 de octubre de 1980 (modificada luego por la N° 87/164/CEE de 1987), se establecieron los principios a los que deberá ajustarse la organización y funcionamiento de la institución de garantía, de manera tal que determinados créditos de los trabajadores, en estos casos, sean pagados.

g) *Despidos colectivos.* Han sido objeto de definición por Directiva 75/129/CEE (modificada por la N° 92/56/CEE) sobre aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre despidos colectivos. Se proponen reglas de procedimiento a seguir por los empleadores, con carácter previo al despido, cuando la medida afecta a un determinado número de trabajadores. En cierto modo, se siguen los lineamientos fundamentales del Convenio N° 158 de la O.I.T.⁶ La cuestión, había despertado el interés del Consejo, previendo esta aproximación como uno de los objetivos previstos en su Resolución del 21/1/74, oportunidad en la que adopta el llamado “*Programa de Acción Social*”.

5. BELTRAN, Ari P., *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, São Paulo, LTr, 1998, p. 303 y 324.

6. BELTRAN, Ari P., *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, cit., p. 303 y 324.

h) Seguridad Social. En cada miembro de la Comunidad Europea conviven diversos regímenes, circunstancia que ha llevado al dictado de directivas imponiendo fines comunes que deben ser alcanzados a través de los sistemas previsionales. En tal sentido, el Consejo Europeo por Directivas Nros. 79/7, CEE del 19/12/78, complementada con la N° 86/378 del 24/7/86, estableció como criterio armonizador la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia previsional y regímenes profesionales de seguridad social.⁷ A partir de la aprobación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (diciembre de 1989), se han producido documentos comunitarios orientados hacia la armonización legislativa. En este sentido, se circunscriben la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas del 24 de junio de 1992 (92/441/CE) sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social y la Recomendación del 27/7/92 (92/442/CE) sobre la convergencia de los objetivos y las políticas de protección social.⁸

i) Formación profesional. El art. 128 del T.C.E.E., en su redacción actual, tiene previsto que *"La Comunidad desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación"*. De manera coincidente, el derecho de los trabajadores a acceder a los programas de formación profesional de la Comunidad, se encuentra consagrado en el art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores de la Comunidad Europea.⁹ El Acuerdo de Cooperación, suscripto el 15 de diciembre de 1995 entre la Comunidad Económica Europea y el Mercosur, ha previsto por el art. 20, numeral 1, el compromiso de las partes a colaborar en la promoción y mejora de la formación profesional.

j) Derecho de los trabajadores a la información y consulta. El Consejo de la Unión Europea, por Directiva 94/45/CE del 22 de setiembre de 1994, con el objeto de promover la mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores, implementó la constitución obligatoria, en cada empresa o grupo de empresas, de dimensión comunitaria, de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores.

En el Mercosur, las fuentes normativas se encuentran definidas por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, y están dadas por las siguientes:

"I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

-
7. Sobre el particular, ver el trabajo de SERNA CALVO, María del Mar: "Marco normativo de los programas y medidas de acción positiva en la Unión Europea", Rev. "Relasur" O.I.T. N° 8, Montevideo, 1995, p. 21.
 8. ACKERMAN, Mario E.: "Seguridad social e integración regional: ¿arraigo o circulación de trabajadores?", cit., p. 68.
 9. Para mayor información, se recomienda el interesante trabajo de BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Formación y legislación del trabajo*, publicado por la O.I.T. en diciembre de 1996.

II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.”

Por su parte, el artículo siguiente se ocupa de precisar que *“Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”*.

De manera tal que las decisiones adoptadas por los órganos del MERCOSUR, obligan a los estados Miembros a su cumplimiento, pero las mismas no tienen aplicación inmediata, directa y prevalente dentro del territorio de cada uno de dichos Estados. Estos deben dictar medidas en su derecho interno y comunicarlo a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Por lo tanto, no hay supranacionalidad en el MERCOSUR, a partir del momento en que las normas dictadas por sus respectivos órganos no son directamente operativas y obligatorias.¹⁰

Por otro lado, el sistema se encuentra frente al obstáculo de la preparación dispar que han tenido las constituciones de los Estados Miembros, en lo que se refiere a la recepción automática del derecho comunitario.

En este sentido, solo las constituciones de Argentina y Paraguay se encuentran preparadas para la implementación de sistemas que impliquen delegación de competencias en organismos de tipo intergubernamental y la recepción automática de las normas que estos dicten.

Así, la Constitución Argentina (reformada en 1994) prevé por su nuevo art. 75, en la primera parte de su inciso 24 que corresponde al Congreso: *“Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”*.

El mismo artículo prevé por su inciso 22, que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la ley.

Por su parte, la Constitución vigente de la República del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, por su art. 137 coloca a los tratados, convenios y acuerdos internacionales en idéntica jerarquía normativa que la Constitución. Su primer párrafo, textualmente, dice: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas*

10. MARIÑO FAGES, Jorge R. J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mario Viera Editor, 1999, p. 240.

por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

De este modo, no pueden quedar dudas que los tratados internacionales aprobados por el Paraguay se encontrarán, automáticamente, en la cúspide de su ordenamiento jurídico interno del mismo modo que la propia Constitución.

En cuanto a la jerarquía asignada a las normas aprobadas en el marco de la integración del Paraguay con otras naciones, su art. 145 establece que *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.- Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.*

La Constitución del Uruguay, en su art. 6º, párrafo 2do., señala que *“La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materia primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.*

Dicho párrafo fue incorporado en su reforma constitucional de 1967 y, al decir de Américo Pla Rodríguez, se trató de una de las pocas disposiciones constitucionales cuya agregación no motivó ninguna polémica ni crítica y que con un lenguaje y mentalidad propio de los años sesenta, acoge y consagra la idea básica de la integración de América.¹¹

En materia de solución de controversias, la primer parte del art. 6º de la Constitución uruguaya establece que *“En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”.*

A través de la citada disposición del primer párrafo del art. 6º de la Constitución uruguaya, este Estado reconoce y admite la competencia extranacional derivada de los tratados internacionales aprobados por el Uruguay.¹²

Con todo ello, la Constitución uruguaya omite precisar la jerarquía con la cual son recibidos los tratados internacionales por su derecho interno. Queda claro que corresponde a su Presidente *“concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del poder legislativo”* (art. 168, inc. 20); como asimismo que es competencia de la Asamblea General *“aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”* (art. 85, inc. 7º).

11. PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Problemática de los trabajadores en el Mercosur*, en *El Derecho Laboral del Mercosur*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre de 1994, p. 18.

12. MASSNATTA, Héctor, *Bases constitucionales del proceso de integración*, La Ley, Tº 1986-D, p. 1134.

Sobre estas bases, dada la ausencia de previsión constitucional expresa, se ha sostenido que el criterio vigente es el de otorgar prioridad a la norma posterior en el tiempo en caso de discrepancia, partiéndose de la base que tratado y ley cuentan con igual jerarquía.¹³

Por último, la Constitución Federal de Brasil de 1988, alude al derecho comunitario en el "parágrafo único" del art. 4º, ubicado en el título I: "De los principios fundamentales", previendo que "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural con los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana".

Con relación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el art. 5º, luego de sus 77 apartados, cuenta con los siguientes dos párrafos: "§ 1º Las normas definitivas de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata"; y "§ 2º Los derechos y garantías expresados en esta Constitución, no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

Bien apunta Sardegna, que en materia de tratados internacionales, fuera de dicha disposición, no existe en el texto constitucional disposición alguna acerca de su jerarquía normativa que pudiera resultar equivalente al art. 31 de la Constitución Argentina.¹⁴

A ello podemos agregar, que en el Título IV, Capítulo II, Sección II, en oportunidad de establecer las materias de competencia del Congreso Nacional, su art. 49, Nº I.-, prevé que es competencia exclusiva de dicho órgano: "resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional".

Fuera de dicha regulación, el art. 59 de la Constitución brasileña, en oportunidad de dar inicio al tratamiento del proceso legislativo, vendría a formular una especie de jerarquización de las normas dictadas por dicho órgano con la siguiente redacción: "El proceso legislativo comprende la elaboración de: I.- enmiendas a la Constitución; II.- leyes complementarias; III.- leyes ordinarias; IV.- leyes delegadas; V.- medidas provisorias; VI.- decretos legislativos; VII.- resoluciones. Párrafo único. Por ley complementaria se dispondrá sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes".

Se advierte en esta enunciación de actos normativos, la más completa ausencia de los tratados internacionales.

El Superior Tribunal Federal de Brasil ha venido consagrando la relación de paridad normativa entre ley interna y tratado. Con relación al derecho del MERCOSUR,

13. MIDON, Mario A.R., *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, La Ley, Tº 1997-B, p. 1048.

14. SARDEGNA, Miguel Angel, *Las relaciones laborales en el Mercosur*, Ediciones La Rocca, Bs. As. 1995, p. 145; en sentido coincidente, Midon, Mario R., *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, cit., p. 1049.

interpretó que el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, carecía de eficacia en el derecho interno mientras no fuera objeto de recepción por decreto legislativo o del Poder Ejecutivo y que dicho protocolo no se hacía extensivo a los actos de ejecución de sentencia dictada por tribunal argentino que no se hallara debidamente homologada por tribunal brasileño¹⁵.

Este método armonizativo ha resultado de utilidad en el ámbito de la Comunidad Europea, pero como culminación de un proceso que ya lleva más de cuarenta años.

En la perspectiva actual del MERCOSUR, este sistema parece como de difícil concreción inmediata. Ello en la medida que sus estados miembros no adecuen sus constituciones para recibir el proceso de integración con plenitud, invistiendo a los órganos comunitarios con facultades normativas de carácter suprallegal.

Basta recordar que los Convenios Multilaterales sobre la Seguridad Social suscriptos a nivel MERCOSUR, aún no lograron su efectiva vigencia debido a la falta de ratificación por los órganos legislativos.

3.3. Armonización de la legislación interna de los Estados Miembros

Mediante este procedimiento, los Estados asumen el compromiso de armonizar sus legislaciones internas. Tarea que demanda el estudio del derecho comparado de la región, la detección de *asimetrías* y la negociación de propuestas armonizadoras, las que traerán aparejado la realización de ajustes en el derecho interno de cada Estado.

El MERCOSUR, por el momento, se está encaminando por esta vía. La tarea del estudio comparativo de los distintos institutos vigentes en cada uno de los Estados Parte, la ha venido emprendiendo el Subgrupo 10 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, analizando en cada caso la existencia de las llamadas "*asimetrías*", es decir, aquellos aspectos discordantes en la regulación comparada, que puedan traer aparejadas situaciones de *dumping social* o competencia desleal entre los Miembros.

Al decir de Ari Beltrán, "*Debe entenderse por asimetría, toda ventaja o desventaja que un país tenga en relación a los demás socios del MERCOSUR, proveniente de la reglamentación, subsidios, impuestos u otra intervención del Estado que afecte la competitividad de productos o sectores. No se consideran asimetrías aquellas diferencias derivadas de la dotación de recursos o capacidad adquirida*".¹⁶

Ocurre que un mayor nivel de flexibilidad en las normas laborales, podría tener como efecto, en teoría, el logro de ventajas comparativas en la competitividad de alguno de los Estados Parte, sobre otro que cuente con un sistema de contratación menos flexible y con un mayor *costo laboral* comparativo.

Los ejemplos de asimetrías pueden ser de lo más variados y en las distintas ramas del derecho, sobre todo en aquellas estrechamente vinculadas con la economía,

15. S.T.Federal, Brasil, 4/5/98, Carta Rogatoria Nº 8279-4 República Argentina; Revista La Ley, suplemento diario del 11 de agosto de 1998, p. 4 a 6.

16. BELTRÁN, Ari P., *Os impactos da integração económica do direito do trábalo. Globalização e direitos sociais*, cit., p. 359.

puesto que las asimetrías jurídicas se generan cuando las empresas, por razones de facilidades para su instalación, traslado o recaudos administrativos derivados de leyes sustanciales o administrativas, prefieren un país a otro, y en tanto que tales divergencias son artificialmente provocadas por normativas discrecionales sin sustento en una dificultad o ventaja objetiva. Estas han sido destacadas a nivel de la llamada legislación económica o para condenar los elementos del costo que no se atribuyen a ventajas comparativas o competitivas y distorsionan la leal competencia.¹⁷

Si la legislación societaria de un Estado impide en cualquier supuesto la existencia de un mecanismo de “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*” o mínimo de responsabilidad de los socios por actos de la sociedad, mientras que otro Estado regula el mismo aspecto, estableciendo reglas de excepción por las cuales es dable responsabilizar a los socios por actos societarios, allí existe una asimetría.

Otro tanto puede ocurrir mediante la legislación impositiva. Allí las asimetrías pueden ser mucho más claras. Si la legislación de un Estado tiene previsto un impuesto a las ganancias y en otro Estado las ganancias no están gravadas, existiría una disparidad extrema. También existirían asimetrías en la existencia o no de un mínimo no imponible, en las alícuotas del impuesto, en la existencia o no de alícuotas diferenciadas por montos de ganancias, en los supuestos de exención, etc.

Lo propio puede darse en la legislación laboral. Si en un Estado Parte se arriba a un máximo de desregulación, permitiendo importantes exenciones en materia de cargas sociales, despido sin indemnización, contrataciones a plazo determinado sin indemnización, escaso o mínimo período de vacaciones anuales con posibilidad que el empleador las asigne en cualquier momento del año, libertad en materia de fijación “*en ambos sentidos*” del salario y condiciones de empleo, etc.; estaría compitiendo en forma desleal con otro Estado Parte respetuoso de los derechos sociales, que regule mínimas condiciones, socialmente aceptables, de contratación laboral, con salarios mínimos, descanso anual, cobertura social y límites al ejercicio de los poderes del empleador.

En cada caso, del estudio comparativo, surgen las “*asimetrías*” o diferencias regulatorias. La comunidad, reitero, podrá convivir con todas aquellas que no provoquen práctica desleal o coloquen a un Estado en mejores condiciones comparativas con otro para la radicación de capitales o recaudación impositiva.

Un hito fundamental en este proceso armonizativo, ha sido la creación de una Comisión de Seguimiento en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, denominada *Comisión Sociolaboral Regional* (art. 20).

Dicho órgano, de composición tripartita, ha sido dotado de importantísimas atribuciones y responsabilidades.

A la *Comisión Sociolaboral Regional* le compete: a) examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Parte, resultantes de los compromisos

17. MEIROVICH DE AGUINIS, Ana María, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot, 1994, p. 13 a 15.

de esta Declaración; b) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; c) examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración; d) examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones; e) elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; f) examinar e instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración y darles el curso pertinente.

A estos fines, dicha Comisión establecerá sus propios mecanismos de acción con el dictado de un reglamento.

Si bien la Declaración aclara que la Comisión *"tendrá carácter promocional y no sancionatorio"*, en la medida que logre cumplir con sus atribuciones y los estados informen sobre los avances experimentados en la aplicación de los derechos reconocidos por la Declaración, podrá concentrar toda la información referida al derecho social tal y como es vivido por los distintos Estados Miembros.

Sobre esa base, podrá elevar proyectos de instrumentos internacionales elaborados con base en la práctica nacional de los Estados.

Este proceso, parece mostrarse como el más viable dentro del contexto actual del MERCOSUR.

Por supuesto, corresponde que el mismo se encauce dentro del objetivo descripto por el Preámbulo del Tratado de Asunción: desarrollo económico con justicia social. Otra directiva válida, está dada a nivel regional por el Protocolo de San Salvador, que como carta de derechos sociales anexa a la Convención Americana, ya en su art. 1° enfatiza el compromiso de los estados de adoptar medidas *"a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo"*. Y en el art. 22.1 se dispone que *"Cualquier Estado Parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados Partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos"* en el Protocolo.

Estas reglas de *progresividad*, exigen que los derechos sociales actualmente regulados por el derecho interno de los Estados Miembros del MERCOSUR, sean armonizados *hacia arriba* y, de ser posible, mejorados. Una armonización *a la baja*, sería contraria al principio de justicia social que consagra el Preámbulo del Tratado de Asunción y a la regla de *progresividad* del art. 1° del Protocolo de San Salvador.

Sobre la base de estos argumentos, en uno de los primeros estudios comparativos del derecho del trabajo en la región, Capón Filas propone integrar el derecho interno con las normas internacionales del trabajo vigentes, comparar en cada uno de los institutos las diferentes regulaciones internas e internacionales, haciendo regir la mejor: *"De ahí la propuesta transformadora: decidir en cada elemento la norma de mayor nivel protector y exigirla como mínima para todo el MERCOSUR"*.¹⁸

18. CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Armonización de la legislación laboral en los países del MERCOSUR*, Revista Notisur, Bs. As. Noviembre de 1992, Año XVII N° 43, p. 12.

Una interesante iniciativa sobre el punto, se está llevando a cabo desde la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires. En la causa "*STRINGA, Domingo Alberto c/ UNILEVER DE ARGENTINA S.A. s/ despedido*" del 23 de octubre del 2000 (Sentencia definitiva N° 53.533), se debatió un tema de trabajo clandestino o informal. El Tribunal, luego de admitir la demanda por considerar que la relación que vinculó a las partes era de carácter laboral, resolvió remitir copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo y a la O.I.T., a efectos que la Argentina incluya la cuestión en sus informes.

Dicha sentencia tuvo la trascendencia de reconocer que la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, es derecho positivo vigente en la Argentina, por revestir la condición de norma "*superior a las leyes, por provenir del Tratado de Asunción (CN art. 75, inc. 22). Cabe reconocer, además, que, al recoger las normas de Derechos Humanos, forma parte del ius cogens internacional (cr. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial", Montevideo, 2000)*".

La iniciativa es válida, porque fomenta el conocimiento del derecho tal y como se aplica en los Estados Miembros. Como bien sostiene Jorge Darío Cristaldo, "*Cualquiera que sea su tipo, las normas internacionales siempre han mostrado un flanco débil en su eficacia. De ahí el interés que cobra la búsqueda de medios aptos de control y aplicación de este tipo de normas*".¹⁹

Parece ser aconsejable, en este proceso de armonización legislativa, que la jurisprudencia vinculada con la aplicación interna de los principios aprobados por la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, sea recibida por la Comisión Sociolaboral Regional, a efectos de posibilitar un adecuado control en el conocimiento de la efectiva práctica nacional.

Sobre el punto, debe tenerse en cuenta la función que le compete a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, creada por el art. 15 del Tratado de Asunción dentro de la esfera del Grupo Mercado Común y con sede en Montevideo. Sus atribuciones y competencias, definidas en los arts. 31 y 32 del Protocolo de Ouro Preto, incluyen las de "*servir como archivo oficial de la documentación del MERCOSUR*" y "*Realizar la publicación y difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR*".

3.4 La negociación colectiva extranacional

El fenómeno de la negociación colectiva se ha venido imponiendo en todo el mundo. El diálogo entre los principales sectores involucrados, trabajadores y patrones, aparece como una nueva forma de convivencia entre el capital y el trabajo, cuyo contenido y alcance aparecen definidos por el artículo 2° del Convenio N° 154 de la O.I.T.,

19. CRISTALDO MONTANER, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del MERCOSUR. Una propuesta unificadora*, 1° edición, Asunción, Editora Litocolor, diciembre de 2000, p. 106.

cuando señala que "... comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores por otra, con el fin de: a.-) fijar las condiciones de trabajo y empleo; o b.-) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; o c.-) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

Mediante sistemas de protección social, caracterizados por el reconocimiento de condiciones mínimas socialmente aceptables de contratación laboral y la imposibilidad de negociar por debajo de ellas (*orden público laboral*), los estados no abandonan la función protectoria del trabajo que asumieron en el constitucionalismo social.

Sin embargo, así como la enfermedad existe para la salud, se ha impuesto a la negociación colectiva la llamada *disponibilidad colectiva*. El Estado abandona su función moderadora, permitiendo a los sindicatos que negocien condiciones de contratación laboral *por debajo* de los mínimos socialmente aceptables. Otra especie de la misma patología, esta dada por la falta de intervencionismo estatal en la regulación de algún instituto del contrato de trabajo, el cual deriva a la negociación colectiva.

En un contexto ideal, de sindicatos con fuerte poder negocial, libre ejercicio del derecho de huelga y adecuado crecimiento económico, la disponibilidad colectiva no debería presentar obstáculos a la protección del trabajo.

Sin embargo, dicho contexto no es el vigente en nuestros países.

La experiencia argentina con los llamados "*Acuerdos Marco*" ha sido totalmente improductiva. En 1994, el Gobierno justicialista convocó a un grupo de sindicatos aliados (C.G.T. "*oficial*") con quienes suscribe un llamado "*Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social*". En este acuerdo, la C.G.T. "*oficial*" conviene una revisión integral de la legislación laboral a cambio del "*derecho a la información*".

Con invocación a este "*Acuerdo Marco*", se sancionaron las leyes 24.465, 24.467, 24.522 y 24.557. Por la primera, llamada de Flexibilización de Contratos de Trabajo, se incorpora por primera vez en la Argentina un período de prueba de tres a seis meses en los contratos a plazo indeterminado, agregando modalidades a plazo determinado, como medida de fomento de empleo, para varones mayores de 40 años, mujeres de cualquier edad, discapacitados y ex combatientes de Malvinas, también se crea una modalidad de contratación laboral sin protección de ningún tipo llamada "*Contrato de Aprendizaje*". Por la segunda N° 24.467, se regula un régimen especial de contratación laboral para la Pequeña y Mediana Empresa, colocando al trabajador de este sector en situación de mayor desprotección. La tercera N° 24.522 implementa un nuevo régimen de Concursos y Quiebras que incluye a los trabajadores en la puja de acreedores que caracteriza al proceso concursal y con ello se los obliga a participar de las pérdidas de los acreedores del empleador. Y por la cuarta, la N° 24.557 de Riesgos del Trabajo, se excluye a las enfermedades profesionales del régimen tradicional de reparación, delegando en el Poder Ejecutivo la creación de un listado de las únicas admi-

tidas como tales y se excluye al trabajador del derecho de acceso a la jurisdicción para reclamos no tarifados en base al derecho común.

Esta experiencia demuestra que corresponde proceder con cautela, a la hora de merituar la función que le corresponde a la negociación colectiva como herramienta tendiente a mejorar condiciones de trabajo.

En el contexto internacional de un proceso de integración, a través del diálogo entre los grandes sectores involucrados, representativos del capital y el trabajo, existe la posibilidad de dinamizar no sólo la adecuación de la legislación de los países al nuevo contexto sino también la forma de regular aspectos disfuncionales producidos por la denominada Globalización Económica.

Es lo que Sardegna ha denominado "*Diálogo Social en sentido amplio*". Su desarrollo parte de la idea de considerar que la presencia de los Estados se advierte en todas las variantes que tengan que ver con la fijación de pautas o reglas internacionales ya sea como constitutivas del acto a nivel participativo (como aconteció en el tripartismo propiciado por la O.I.T.) o acompañando luego su desarrollo. Como es precisamente el caso de la negociación colectiva en el ámbito regional.

Sobre la viabilidad jurídica de este instituto a nivel extranacional, ha señalado Capón Filas que "*no existe impedimento a tal negociación en los regímenes jurídicos vigentes en los cuatro países del Mercosur, así como tampoco en Bolivia y Chile: de allí que la propuesta sea válida desde el punto de vista lógico formal. La discusión que la misma puede suscitar se refiere, entonces, a otros temas: relación entre las fuerzas sociales, sujetos de la negociación, contenido normado, gradualismo necesario*".²⁰

Así las cosas, la posibilidad de una negociación colectiva internacional reposará entonces en la propia dinámica que puedan adquirir los actores sociales que resulten interesados en promoverla. Es esta una constante en las relaciones laborales: el poder autónomo que las partes puedan desarrollar constituye la mejor garantía de impulso que pueda darse al instituto, ya que aún si existiera un marco jurídico adecuado, "*la eficacia de las leyes depende de los sindicatos mucho más que estos dependen de la eficacia de aquellas*" porque "*como poder de contrapeso frente a los empresarios, los sindicatos son mucho más eficaces de lo que hayan sido las leyes o que jamás puedan serlo*".²¹

Son de lo mas variados los matices que trae este tipo de negociación, desde la representatividad de los sectores que la llevarán a cabo, el grado de intervencionismo estatal y, sobre todo, la materia a negociar.

En este último aspecto, se ha señalado que "*convenios colectivos multinacionales de empresas europeas no regulan salarios y otras condiciones de trabajo -al menos por ahora- sino que establecen mecanismos de información y consulta en toda la empresa en su dimensión europea*".²² En el mismo sentido se inscribe la reciente Directi-

20. CAPÓN FILAS, Rodolfo. *El nuevo Derecho Sindical Argentino*. 2ª ed. La Plata, 1993, p. 372.

21. KAHN FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed. Colección Estudios, MTSS, Madrid, 1987, p. 56.

22. ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ponencia presentada en el Seminario Italia-Mercosur*. Ed. Bibliografía de Derecho Laboral N° 13. Mont., 1992, p. 236.

va sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, adoptada el 22 de setiembre de 1994 por el Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de la Unión Europea.²³

Objeto valioso de la negociación colectiva nacional será, a nivel empresa con establecimientos en el territorio de los distintos Estados Miembros, el reconocimiento de igualdad de derechos entre sus trabajadores, de manera tal que no exista diferencia salarial para el trabajador que se desempeñe en el establecimiento principal, con relación a los demás trabajadores ocupados en establecimientos periféricos ubicados en distintos estados.

En este sentido, la realidad del instituto se ha impuesto antes que su regulación comunitaria, con el primer convenio de empresa del MERCOSUR, suscripto por Volkswagen con los sindicatos representativos de sus trabajadores en Brasil y Argentina.

Del mismo modo, numerosas aporías del derecho internacional privado del trabajo pueden ser objeto de regulación a través de la negociación colectiva, en particular lo concerniente a la movilidad territorial de los trabajadores de una misma empresa trasnacional.

4 SÍNTESIS DE CONCLUSIONES

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) El modelo de integración adoptado por el Tratado de Asunción, incluye las libertades de circulación de trabajadores y la necesidad de armonizar las legislaciones laborales a fin de evitar asimetrías o situaciones de competencia desleal.

b) Por el momento, las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR carecen de receptividad inmediata en el derecho interno de los Estados Miembros. De manera tal que no existe suprallegalidad. El derecho del MERCOSUR se integra con tratados internacionales.

c) El compromiso de armonizar la legislación laboral, puede ser llevado a cabo a través de diferentes métodos o alternativas.

c.1) El dictado de normas suprallegales (tratados) con directa operatividad en el territorio de los estados miembros.

c.2) La delegación de facultades en organismos intergubernamentales (supranacionalidad).

23. AMEGLIO, Eduardo J. Y Barreto Ghione, Hugo, *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, ponencia presentada en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1996.

DOCTRINA

c.3) El compromiso de los Estados Miembros de implementar ajustes o modificaciones en su legislación interna, de manera de evitar *asimetrías*. Tarea que incluiría la creación de un órgano coordinador o de seguimiento.

c.4) La negociación colectiva regional o extranacional.

d) Se advierte como tendencia actual del MERCOSUR, que la tarea de armonización de la legislación laboral se llevaría a cabo con el compromiso de los Estados Miembros de ajustar sus legislaciones internas, informando a la Comisión Sociolaboral Regional el grado de cumplimiento interno en el reconocimiento de los derechos contenidos en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

e) En esta tarea, puede resultar de suma utilidad para el conocimiento de la práctica judicial laboral de los Estados Miembros, la remisión de sentencias que sigan el desarrollo de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, a la Comisión Sociolaboral Regional, por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

f) La labor armonizativa debe llevarse a cabo sobre la base del objetivo de desarrollo económico con justicia social (Preámbulo del Tratado de Asunción) y regla de progresividad o mejora de derechos (art. 1º del Protocolo de San Salvador).