

LOS SINDICATOS EN EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

POR EDUARDO GARCIA-GODOS MENESES

El autor a lo largo del presente trabajo busca demostrar que una organización sindical puede llegar a participar como accionista de una Administradora de Fondos de Pensiones. Hipótesis que no contradice a aquél dispositivo legal, art.5 del D.S. 206-92-EF, según el cual existen restricciones respecto a los sujetos que son susceptibles de vincularse a una AFP; a saber, aquellos que según sus funciones estén impedidos de ejercer el comercio. En ese sentido, se busca determinar cuáles son los reales objetivos de un sindicato y si el ejercicio de una actividad mercantil los desvirtuaría.

INTRODUCCION

Una de las reformas más significativas emprendidas por el actual gobierno, es la transformación de la administración de la seguridad social. La profunda crisis por la que atravesaba el Sistema Nacional de Pensiones en los últimos años determinó la búsqueda de una modificación estructural que contribuyera a garantizar realmente el cumplimiento de los fines de la seguridad social mediante una eficaz cobertura de las contingencias sociales.

En estas circunstancias se optó por implementar un Sistema Privado de Pensiones bajo las pautas del modelo diseñado en Chile a comienzos de la década de 1980. Se consideró por cierto que, además de lograr un cabal cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la alternativa que representa la gestión privada implicaría la creación de nuevas empresas que impulsarían el desarrollo económico, modernizando a su vez a un creciente mercado de capitales. Por otro lado se ha sostenido que la adopción de este modelo se vio más incentivada por las atractivas ventajas macro económicas que representa el Sistema, en particular lo que representa la reducción de la carga financiera del Estado y el fomento la inversión privada, en estrecha conexión con la orientación político-económica del gobierno.

Los protagonistas en este nuevo escenario son las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's). Estas entidades se constituyen —a diferencia de las formas de gestión típicas en materia de previsión social— para ejercer una actividad empresarial, siendo su objeto social, la administración de un fondo constituido por cuentas individuales, para atender prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Las relaciones laborales no han sido ajenas a estos vientos reformistas, habiendo sido objeto de sustanciales modificaciones en todos sus niveles normativos. La flexibilización de las relacio-

nes individuales y colectivas de trabajo ha obligado a las partes involucradas a redefinir sus posiciones frente a las nuevas instituciones. En este contexto a las organizaciones sindicales les corresponde también adaptarse a los cambios, en búsqueda de nuevos espacios de acción frente a problemas tales como el desempleo o la seguridad social, que son aspectos muy vulnerables en políticas de ajuste.

1. LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES

El Sistema Privado de Pensiones llegó a nuestro país durante la puesta en marcha de un programa económico neo liberal. Tuvo como antecedente legislativo inmediato el Decreto Legislativo N° 724, promulgado y publicado en 1991, que no llegó a tener vigencia por algunas discrepancias y oposiciones entre sus creadores que obligaron a replantearlo.

Recién se pudo establecer este Sistema a través del Decreto Ley N° 25897, aprovechando las facilidades legislativas dadas por la coyuntura política del momento. Evidentemente, la forma como nació el Sistema Privado de Pensiones no fue la más feliz, sin embargo, no fue por ello la excepción a la regla, toda vez que los más importantes regímenes de Previsión Social, incluso en materia de salud instaurados en nuestro país, han sido dados en el marco de gobiernos de facto, a través de decretos leyes, v.gr. el Sistema Nacional de Pensiones y el Régimen de Pensiones del Estado (Decretos Leyes N° 19990 y 20530 respectivamente).

Las Administradoras de Fondos de Pensiones se organizan como una sociedad anónima. Sin embargo el ejercicio de estas AFP's no se encuentra regulado íntegramente por la Ley General de Sociedades sino que, para tal efecto, se han dictado normas especiales para esta actividad entre las cuales destacan la Ley de Creación del Sistema y su Reglamento aprobado por el Decreto

Eduardo García-Godos Meneses

• Alumno del último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Supremo N° 206-92-EF, así como diversas Resoluciones de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP).

El SPP es un sistema de financiación plena ofrecida según una fórmula previamente definida, no cuenta con la garantía global de un sistema público como el régimen del Decreto Ley N° 19990 (actualmente en manos de la Oficina de Normalización Previsional). Tiene a su vez la ventaja de la transparencia natural, es decir, el acceso permanente del afiliado al rendimiento de sus cuenta individual de capitalización y que ha sido difundida como una de las bondades del Sistema⁽¹⁾.

2. SUJETOS QUE PUEDEN CONFORMAR UNA AFP

2.1 Personas naturales y jurídicas

Debemos entender que toda persona natural plenamente capaz de acuerdo a lo que establecen las reglas del Código Civil puede participar como accionista de una AFP, con las excepciones previstas especialmente en el Reglamento del SPP las que, en su mayoría, se refieren a casos en que la capacidad de las personas se encuentra restringida o cuando existen alguna incompatibilidad con el ejercicio de funciones públicas.

Las personas jurídicas de igual manera pueden participar en la conformación de una AFP. Resulta comprensible que sean las sociedades mercantiles quienes están en mejor posición patrimonial que una persona natural para invertir capitales significativos. Asimismo atendiendo a su naturaleza interna, se encontrarían en mejor aptitud de constituir una Administradora de Fondos de Pensiones, por ser una forma asociativa destinada exclusivamente a la explotación económica o actividad empresarial.

Convendría para nuestros propósitos observar el caso de las asociaciones civiles quienes al igual que las organizaciones sindicales, no deben encerrar un ánimo de lucro en el cumplimiento de sus fines sociales, lo que podría constituir una limitación para que forme parte de una AFP dado que estaríamos frente a una actividad económica.

2.2. Asociaciones civiles

Las asociaciones civiles tratadas en el Título II de la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil, son definidas como organizaciones estables de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persiguen un fin no lucrativo.

José León Barandiarán la define como “una persona colectiva que resulta constituida por una vinculación de individuos (...) los intereses colectivos de los servidores no son jamás todos los intereses de los miembros del grupo (...) o, a lo sumo, un cierto número de ellos, perseguidos colectivamente a fin de hacer su realización más fácil”⁽²⁾.

Asimismo resalta que el fin social de la asociación no debe ser uno fundamental o principalmente lucrativo. No se persigue con la gestión social un beneficio económico. En esto radica la diferencia entre asociación y sociedad mercantil. Puede darse el caso que el fin tenga un carácter mixto, y entonces para calificar la índole del ente será menester determinar cuál es el fin preponderante⁽³⁾.

El detalle anotado en el párrafo anterior resulta muy pertinente puesto que debe delimitarse en qué forma podría participar una asociación en una sociedad mercantil. En este sentido coincidimos en que el fin de la asociación no debe ser el ejercicio del comercio, sino como un medio subordinado para el logro de sus objetivos. Como lo apunta Juan L. Páez “las asociaciones a diferencia de la sociedades pueden tener subsidiariamente, aunque como medio, un propósito de lucro o de ganancia. Pero si ello es admitido en algunas legislaciones es bajo dos condiciones: (i) ante todo que estas operaciones de naturaleza económica no hayan tenido por objeto favorecer el patrimonio particular de los asociados y (ii) que ellas no pasen al primer plano, es decir que no constituya el fin principal de la asociación”⁽⁴⁾.

En este orden de ideas, en la medida que la actividad lucrativa de una asociación sea en for-

*Las asociaciones
no persiguen
con la gestión
social un benefi-
cio económico,
a diferencia
de la sociedad
mercantil.*

1 Memoria del Director General de la OIT Ginebra Suiza 1993.

2 LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano de 1936 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Año XV, Lima, pág 217.

3 Op. cit.

4 PÁEZ, Juan. El Derecho de Asociaciones Buenos Aires, 1980.

ma accesoria y por tanto no contravengan los elementos centrales recogidos por el Código Civil y sus estatutos, podría formar parte de una AFP.

2.3. Las organizaciones sindicales

Desde un punto de vista jurídico y tomando los elementos esenciales generalmente aceptados por la doctrina laboral, una organización sindical de trabajadores es una asociación de personas físicas o jurídicas, que ejercen una actividad profesional o económica para la defensa y promoción de sus respectivos intereses. El ejercicio de la actividad profesional común, es consustancial al sindicato por cuanto constituye el objetivo de defensa por el cual se asocian.

En este sentido, las organizaciones sindicales contienen rasgos comunes con las asociaciones civiles por cuanto nacen del derecho de asociación, aunque durante su desarrollo adquieren características propias por los objetivos que persiguen y que marcan la diferencia con estas últimas.

El sindicato
moderno
defiende los
intereses
profesionales
y la mejora
de la calidad
de vida.

De igual modo conviene destacar que el sindicato moderno no sólo pretende la defensa de los intereses profesionales, sino también una promoción que se refiere a sus propios componentes y, particularmente, a la mejora de la calidad de vida⁽⁵⁾.

Esto ha determinado que en la actualidad la actividad sindical trascienda del ámbito exclusivamente profesional para avocarse a la promoción de formas de ayuda que posibiliten la satisfacción de otras necesidades de los trabajadores. Tales actividades se conocen como funciones sociales de los sindicatos.

2.3.1. Naturaleza jurídica de las actividades sindicales. Funciones sindicales

Las actividades sindicales forman parte del denominado aspecto colectivo de la libertad sindical. La acción sindical subyace a cualquier mani-

festación de una éstas, sin embargo aquellas más representativas se presentan durante el ejercicio de la negociación colectiva y la huelga reconocidas éstas como conductas tradicionales o típicas. Al respecto Oscar Ermida manifiesta que, si se tiende a la naturaleza y finalidad específicas de la organización profesional, nada aparece más importante que reconocer a estos organismos el derecho a concertar libremente tales convenios, desde que la sindicalización responde al propósito de organizar una adecuada defensa de los intereses legítimos de cada sector de la producción⁽⁶⁾. Las acciones de reivindicación y participación, son dos actitudes con que el sindicato puede asumir su función de protección de los intereses profesionales.

En cuanto al contexto normativo que las regula encontramos que, a nivel constitucional existe un reconocimiento expreso de la libertad sindical como derecho fundamental, concordando así con lo dispuesto en los principales acuerdos internacionales tanto a nivel mundial como regional. En cuanto a instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo tenemos a los Convenios OIT Nos. 87 y 98, siendo el primero el que regula lo que algunos autores llaman autarquía sindical, entendida como el poder de autorregulación (interno), y la actividad sindical propiamente dicha (externa). El Convenio OIT N° 151 por su parte, regula lo relativo a la libertad sindical de los trabajadores de la administración pública. En particular el artículo 3° del Convenio OIT N° 87 establece que:

“Las Organizaciones de trabajadores(...) tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, (...) el de organizar sus administraciones, actividades y el de formular su programa de acción”.

La Constitución de 1993 presenta un tenor más escueto respecto de su antecesora al señalar en el artículo 28° que el Estado reconoce el derecho de sindicación, y garantiza la libertad sindical. La Constitución Política de 1979, al respecto, describía además el contenido individual positivo y negativo, así como algunos aspectos de la libertad sindical colectiva.

A nivel primario, los alcances de tal precepto están desarrollados en el Decreto Ley N° 25593 Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT)

5 MARTINEZ VIVOT, Julio J. Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, 1980, pág. 410.

6 ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Sindicatos en Libertad Sindical. ADEC-ATC 1991, Lima, pág.49.

reglamentada por el Decreto Supremo N° 011-92-TR. Se puede apreciar entonces, que el derecho positivo nacional reconoce a la acción sindical, otorgándole un espacio funcional elemental, sin más limitación que las contenidas en el artículo 11° de la LRCT que señala, entre otras prohibiciones, que las organizaciones sindicales están impedidas de dedicarse institucionalmente a asuntos de política partidaria, religiosa o de índole lucrativa. A continuación pasaremos a exponer aquellas actividades más representativas de una organización sindical con el objeto de delimitar a través de ellas los alcances de la acción sindical de acuerdo a su naturaleza jurídica y su espacio funcional en la realidad peruana.

2.3.1.1. Las funciones de defensa y negociación

A través de la acción de defensa se autoriza en ciertos supuestos —es decir cuando se discuten cuestiones que por sus efectos pueden ocasionar algún perjuicio a los intereses profesionales— la intervención, en tercería, de los sindicatos con personería gremial. Así, la recepción jurídica del sindicalismo tuvo lugar cuando las leyes admitieron con la acción iniciada por las asociaciones profesionales precisamente en defensa de los afiliados y los intereses de éstos que, en cuanto tales, quedaban identificados con los intereses derivados del contrato de trabajo⁽⁷⁾.

En cuanto a la negociación, ella es la manifestación concreta de la acción sindical, y además, es el terreno típico donde se presentan los antagonistas sociales y donde se materializan las demandas de grupo. En nuestro país la dinámica que tomó este enfrentamiento fue muy intensa, es por ello que las organizaciones sindicales se han caracterizado por poseer una considerable carga política en sus actividades, que se vio representado en el predicado clasismo de los años setenta, siendo este un rasgo esencial para comprender la realidad del movimiento sindical nacional.

En este sentido, estas funciones representan un aspecto tan importante en el funcionamiento de nuestras sociedades que, al igual que la huelga, han adquirido el reconocimiento como derechos humanos o fundamentales.

2.3.1.2. Funciones sociales o de promoción social

En principio, estas actividades no pueden ser clasificadas en la misma jerarquía que las ante-

riores. Su desarrollo ha sido más pausado y no guarda una relación tan manifiesta con la actividad sindical típica como lo es la negociación colectiva o la huelga (adoptando una conocida clasificación podríamos denominarlo como una función de “segunda generación”). Sin embargo, su presencia en la actualidad se torna cada vez más frecuente y más relevante. En efecto, tales actividades como la formación profesional, educación, y previsión social pueden ser tan importantes como las de defensa o negociación.

Las organizaciones sindicales se desenvuelven por doquier de actividades que, contempladas desde cierto ángulo, no respondían a los fines sindicales tradicionales. Tal conjunto de actividades consiste, por ejemplo, en proveer sus miembros de ayuda, generalmente pecuniarias, para cubrir eventuales necesidades, para el mejoramiento de las condiciones de sus afiliados o los miembros de su familia.

Como lo señala García Abellán:

“... se ha venido repuntando por más importantes funciones de esta naturaleza, las de socorro mutuo y colocación a las que se asignaba en tiempos iniciales al sindicalismo un papel práctico, subordinando su importancia a la actividad política. Hoy sin embargo admitiendo como preferente la actividad profesional, las de asistencia y carácter social ocupan un puesto muy importante entre las funciones sindicales...”⁽⁸⁾.

Las actitudes de las organizaciones vienen condicionadas por su situación de antagonista, en búsqueda del mejoramiento de sus condiciones de vida mediatas e inmediatas, estimuladas por los conflictos de intereses, y que se traduce en acciones políticas cuando el nivel organizativo de los sindicatos es mayor.

En este sentido consideramos que las disposiciones relativas a los mecanismos de autoprotección y promoción comprendidas en la acción sindical deben entenderse desde manera amplia, de tal forma que se acepte que estas organizaciones adecúen sus objetivos conforme los nuevos retos así lo exigen y en especial, a la luz de las reformas estructurales que se han puesto en marcha en los últimos años. Para ello debemos conocer si los nuevas instituciones que se van creando tienen o no grados de conexión con las funciones sindicales.

7 Ibid, pág. 50

8 GARCIA ABELLAN, Juan Introducción al Derecho Sindical, Editorial Aguilar, Madrid 1961, pág. 220.

2.3.2. La experiencia latinoamericana

Hemos tomado como elementos de comparación de la reforma previsional, las experiencias de aquellos países que han optado por incorporar un sistema de previsión social administrado por particulares. A continuación expondremos aspectos muy específicos de las principales legislaciones en materia laboral de Chile, Argentina y Colombia con el fin de observar como se presentan los elementos de conexión entre las funciones sindicales y los sistemas privados de pensiones que se vienen implementando.

A. Chile

En Chile las normas que regulan la negociación colectiva y las organizaciones sindicales se encuentran recogidas en la Ley N° 19069⁹, la misma que establece en el artículo 9° que son funciones de las organizaciones sindicales, propender al mejoramiento del sistema de prevención de riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Asimismo, faculta a éstas a constituir, concurrir a la constitución o asociarse a instituciones de carácter previsional o de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica y participar en ellas.

A diferencia de la ley que precede a la mencionada, actualmente se contempla expresamente la posibilidad que los sindicatos tengan una participación más activa en el campo de la seguridad social, habiendo dispuesto que las organizaciones sindicales pueden constituir toda forma de entidades de previsión social, lo cual se justifica por la actual composición de la seguridad social en Chile, en la que el Sistema Privado de Pensiones es obligatorio (nuestro SPP es de afiliación facultativa) y el más expandido.

B. Argentina

La Ley N° 23.551 que modifica las Leyes N° 18644, y 22105 sobre asociaciones sindicales, señala en el artículo 24° que es un derecho de los sindicatos la promoción de sociedades cooperativas y mutuales. Adicionalmente en el artículo 3° del dispositivo comentado, se indica que las asociaciones sindicales velan por el interés de los trabajadores, entendiéndose como interés, todo cuanto se relacionen con sus condiciones de vida y de trabajo. De esta forma pueden incluirse dentro

de sus alcances, no sólo aquellas funciones relacionadas con la acción económica-profesional, sino también, cuestiones que trascienden dicho ámbito concretamente las previsionales.

C. Colombia

Por su parte el legislador colombiano ha enumerado con bastante precisión las funciones que considera “principales” de las organizaciones sindicales, dando lugar a que se pueda interpretar que se trata de las únicas dado que, luego señala como funciones adicionales algunas cuestiones procesales. Por ello, parecería que el ámbito funcional de estas organizaciones es más restringido que los otros ordenamientos expuestos.

Sin embargo dentro de esta detallada enumeración se ha agregado que los sindicatos están facultados para promover la creación y fomentar el desarrollo de cajas de ahorros, préstamos y auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, etc. Señalan además que pueden crear los organismos que solidaridad y previsión que consideren los estatutos. Bajo tales consideraciones, podemos afirmar por el contenido de tales funciones contribuyen a la promoción de las actividades sindicales más allá de aquellas estrictamente profesionales, comprendiendo así los objetivos previsionales.

Como se puede observar, en las legislaciones expuestas existe el común denominador de reconocer la labor de promoción de formas de ayuda extra-profesionales, ocupándose cada país en describir algunas manifestaciones concretas. Esta breve revisión nos da una idea del grado de permisividad funcional del que gozan estas organizaciones sindicales y su correspondencia con las particularidades de cada contexto.

En este orden de ideas, luego de presentar el caso de los sujetos que pueden constituir AFP's, habiendo puesto especial atención en el caso de las asociaciones civiles y las organizaciones sindicales así como sus principales funciones, debemos mencionar a aquéllos que nuestra Ley les prohíbe que puedan constituir o formar parte de una de estas entidades, antes de retomar el tema de la situación de las actividades sindicales y su compatibilidad frente al diseño de una AFP.

2.2. Sujetos prohibidos de conformar una Administradora de Fondos de Pensiones

El artículo 16° del Decreto Ley N° 25897 establece quiénes están impedidos de participar en forma directa o indirecta en el SPP, refiriéndose en

9 Publicada el 30 de julio de 1991, modifica parcialmente a la Ley N° 18620, la que en su artículo 207° señalaba que las organizaciones sindicales no podían ejecutar actos tendientes a menoscabar los derechos garantizados en la Constitución Política, ni podrán tener fines de lucro.

la mayoría de supuestos a empresas que pueden estar vinculadas de alguna manera con el ejercicio económico de una AFP.

Entre ellas se encuentran las de seguros, empresas clasificadoras de riesgos a que se refiere el artículo 25° de la Ley, y los agentes de intermediación de Bolsa de Valores. Incluye además a las asociaciones mutuales de crédito y las cajas de ahorro y préstamo, probablemente debido a que, si bien están sujetas a supervisión por parte del Estado, no son corporativamente tan sólidas como otras instituciones del sistema financiero.

Por otro lado el reglamento de la Ley promulgado mediante Decreto Supremo N° 206-92-EF, señala en el artículo 5° que no pueden ser organizadores de una AFP ni incorporarse como accionistas de éstas —además de los sujetos mencionados en el párrafo anterior— algunos funcionarios públicos. Tal es el caso de los congresistas de la República a que se debe referir el inciso e) del mismo artículo, así como los ministros y vice-ministros de Estado, a quienes se les exige una dedicación exclusiva en el cargo que ocupan.

El inciso c) del artículo 5° extiende tales restricciones a aquellos que por razón de sus funciones estén impedidos de ejercer el comercio. Entendemos que esta mención comprende los impedimentos temporales así como los permanentes, cuando exista una incompatibilidad manifiesta respecto de la naturaleza de las funciones que realiza el agente.

Lo particular del tenor de la norma antes citada es que tal mención puede considerarse, *a priori*, como una limitación a la participación de las organizaciones sindicales en el SPP y que se asocia inmediatamente a lo dispuesto en la LRCT en el sentido de que los sindicatos no pueden dedicarse institucionalmente a ejercer actividades lucrativas. Sin embargo, considerando lo expuesto al ver lo que sucede con las asociaciones civiles, veremos que la actividad lucrativa o el ejercicio del comercio deben ser entendidos de acuerdo la naturaleza de cada entidad que realiza tales operaciones comerciales y analizar los objetivos a que apuntan la realización de dichos actos.

Para tal efecto conviene profundizar el análisis de las actividades económicas en el ejercicio de la acción sindical y ver de qué manera pueden llevarse a cabo, toda vez que, superada este “aparente” limitación, se puede aceptar que las organizaciones sindicales constituyan o formen parte de una AFP.

3. El fin de lucro como limitación al ejercicio de las organizaciones sindicales

Atendiendo a la naturaleza jurídica de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estructuradas como entidades mercantiles y que, por consiguiente, realizan actividades comerciales habituales¹⁰, debemos preguntarnos si, de acuerdo al objeto que persiguen las organizaciones sindicales resulta compatible que puedan participar en una de estas entidades, teniendo en cuenta la función de los sindicatos como promotores de organismos de protección para sus afiliados.

Debemos tener presente que las actividades lucrativas de las organizaciones sindicales no han sido objeto de un abundante desarrollo doctrinal, aunque su presencia ha sido destacada de alguna forma por los autores, debido a que se trata de un elemento que puede distorsionar la esencia de la asociación sindical.

Cabanellas es ilustrativo al manifestar que un sindicato es todo, menos una explotación comercial e industrial. Agrega que esta exclusión no impide que las entidades sindicales puedan crear servicios que reviertan en beneficio de la economía particular de los asociados. Subraya además que lo inadmisibles es que el sindicato se desnaturalice y con sus medios patrimoniales se dedique con habitualidad y con propósito primordial a efectuar negocios y operaciones lucrativas¹¹.

García Abellán sostiene que tal prohibición se puede explicar, por las especiales prerrogativas que de aquella derivan, bien por considerar que los sindicatos se benefician de un régimen jurídico de favor, así como de un régimen fiscal que les permitiría concurrir ventajosamente frente a los comerciantes¹².

Los comentarios esgrimidos en los párrafos precedentes reconocen en efecto, que las organizaciones sindicales no pueden tener fines de lucro o

10 A manera de ilustración cabe mencionar que las inversiones realizadas en la implementación de una AFP, así como los gastos operativos como la publicidad, sólo se comparan a las que realizan las instituciones bancarias y financieras. Ello supone por cierto una expectativa real de beneficios (el capital mínimo exigido por la Ley para constituir una AFP es de S/. 500,000, habiendo todas sobrepasado dicha suma), aunque a largo plazo. No podemos dejar de mencionar por cierto que el beneficio pueden obtenerse de manera indirecta, al favorecer con la oferta de bienes de capital a las empresas que se encuentren vinculadas al grupo que participa como accionista en una AFP.

11 CABANELLAS, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Vol. II Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968, pág. 122.

12 GARCIA ABELLAN, Ob, cit, pág 347.

ganancia como objetivos centrales, a tal extremo de que pueda distraer y descuidar sus compromisos profesionales que constituye su esencia. La idea por cierto no ha perdido vigencia, sin embargo, atendiendo a que actualmente la fluidez de las operaciones mercantiles se encuentra más enraizada colectivamente, no nos debe causar sorpresa que las organizaciones sindicales recurran a fuentes de financiamiento para la ejecución de ciertas actividades sociales que hubieran escapado quizá a las pensadas por los autores citados.

Es así, que en muchas latitudes se acepta desde hace varios años la realización de ciertas operaciones comerciales en beneficio de la organizaciones sindicales. Así, Krotoschin manifiesta que dentro de una categoría de actividades extra-profesionales es posible crear o subvencionar sociedades cooperativas de consumo e instituciones de crédito como un Banco de los Obreros⁽¹³⁾.

Sobre el particular recordemos cómo la legislación colombiana observada en la segunda parte, les prohíbe expresamente las actividades lucrativas pero cuando sea este su objeto central (lo cual

se justifica plenamente por la razones indicadas), por ello, en la medida que tal actividad represente una parte accesorio o subordinada a los objetivos centrales de la organización, su ejercicio sería lícito.

3.1. Los principios de especialidad y profesionalidad sindicales

Este principio se funda en que la asociación profesional ha nacido por la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo, y por tanto,

su objeto no podrá ser otro que el de proteger a aquellos que se agrupan en su organización. Al respecto Antonio Ojeda Avilés precisa que, el Sindicato no cae en la tentación de considerar al trabajador como un *homo economicus*, como se prefiere entender. Las necesidades del hombre no son únicamente profesionales; tienen también

necesidades afectivas, somáticas y culturales⁽¹⁴⁾. Adviértase que el objetivo de la profesionalidad no es un concepto cerrado sino que se complementa necesariamente con otros fines y conductas estimuladas por el propio desarrollo de las relaciones laborales.

Así por ejemplo Oscar Ermida manifiesta que las acciones de reivindicación, de participación y aún otras actividades laterales (de los sindicatos), son también parte del denominado aspecto colectivo de la libertad sindical (...). Esto ha tenido creciente desarrollo cuantitativa y cualitativamente significativo, a partir de la intervención sindical en las políticas de concertación social que, en aquellos países en los cuales estas experiencias fueron exitosas, supusieron una mayor presencia institucional en el plano político⁽¹⁵⁾.

Desde otra perspectiva Cabanellas afirma que el fin esencialmente lícito (de la organización sindical) es el profesional, en tanto que los fines sociales, económicos, morales y políticos son fines coadyuvantes o secundarios al principal, que no es otro que el profesional (...) los únicos fines que pueden ejercer son aquellos contemplados en las normas autoritativas y son el estudio, la defensa y la coordinación de los intereses profesionales.⁽¹⁶⁾

Este comentario parecería algo conservador, dado que, dentro del concepto de fines profesionales se filtran otras actividades que resultan útiles para los miembros de la asociación y que actualmente gozan del reconocimiento expreso en las mayoría de las legislaciones. Probablemente el autor argentino considera a las funciones sociales como una de las manifestaciones de los fines de defensa de los sindicatos, dándole a esta última un alcance más amplio en cuanto a su contenido.

En este orden de ideas, consideramos que el tradicional principio de la especialidad como un concepto riguroso se ha ido progresivamente flexibilizando al ritmo de la evolución de estas organizaciones, promovidas por el ensanchamiento de los espacios funcionales que permiten algunos gobiernos y que otorgan a éstas mayores atribuciones o, por el contrario, se abstienen de reglamentar sus actividades de manera asfixiante.

No debe existir un rechazo natural a las actividades de índole lucrativa desarrollados por un sindicato.

13 KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones del Derecho del Trabajo Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1968, pág. 447.

14 OJEDA AVILES, Antonio. Derecho Sindical Madrid. 1980. pág. 79.

15 ERMIDA URIARTE, Oscar. Los Sindicatos en Libertad Sindical, Montevideo, 1985. pág.76.

16 CABANELLAS, Guillermo, Op, cit. pág.412.

3.2. Licitud en el ejercicio de comercio

La Enciclopedia Omeba⁽¹⁷⁾ citando al Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que lucro es ganancia, utilidad o provecho que saca de una cosa. Así el ánimo de lucro subyace a toda conducta que tenga por objeto la explotación de un actividad comercial, y no es más que la voluntad de buscar un beneficio patrimonial independientemente de la temporalidad con que se realice.

En este sentido, precisa Isaac Halperin que, el fin común es un rasgo esencial de la sociedad (mercantil), y tiene normalmente un sustrato económico. Ese fin común es buscar la obtención de un beneficio con una actividad económica⁽¹⁸⁾.

En efecto, la actividad comercial encierra un fin de lucro y todas las personas, casi sin excepción, realizan operaciones con el objeto de obtener una utilidad o provecho, pero lo que distingue al comerciante es que la frecuencia de las operaciones determina que éstas sean la principal o la única actividad.

Quiénes realizamos transacciones de carácter patrimonial como medio indispensable para la satisfacción de nuestras necesidades, no podríamos ser considerados comerciantes sólo por ello. Así, y en conexión al caso de las asociaciones civiles descritas líneas arriba, no debe existir un rechazo natural a las actividades de índole lucrativa de una organización sindical sin observar las condiciones bajo las cuales se realizan.

En efecto, tales operaciones pueden tener objetivos concretos cuales son, el financiamiento de sus actividades gremiales y en particular, aquellas vinculadas con las funciones sociales o de asistencia, como pueden ser desde aquellas actividades recreativas hasta formas más complejas de ayuda económica, caso cooperativas o mutuales, y especialmente las previsionales.

4. La participación de las organizaciones sindicales en el Sistema Privado de Pensiones

En primer lugar debemos mencionar que la reforma legislativa en el plano laboral se ha traducido en normas que fomentan a las partes, empleadores y trabajadores, a autorregular sus condiciones de trabajo, habiéndose limitado considerablemente la intervención del Estado en esta materia.

Si bien en sus orígenes los movimientos sindicales adoptaron exclusivamente acciones de reinvin-

dicación y contestación —producto de la considerable carga política al interior de tales agrupaciones—, en la actualidad se le ha agregado con carácter más o menos subordinado, o complementario, una acción participativa.

En segundo lugar, hemos señalado que las actividades de participación constituye una de las principales en una agrupación sindical, aunque algunos consideren que, por el contrario se trata de una actividad subordinada a sus funciones gremiales. Sin embargo, lo cierto es que el mayor énfasis en el ejercicio de las actividades sociales no puede significar el descuido de otras funciones, sino más bien la adecuación al nuevo orden jurídico. En efecto la prestación de servicios a los afiliados permitiría aumentar el interés por la afiliación y de hecho constituye una práctica frecuente de las organizaciones sindicales.

La Organización Internacional del Trabajo señala al respecto que:

“Los Sindicatos de la región —refiriéndose a América Latina—, se plantean actualmente que tipo de funciones han de desempeñar en el futuro. Estos siguen teniendo la responsabilidad tradicional de proteger los intereses de sus miembros, es decir obtener salarios adecuados, mediante la Negociación Colectiva y defender el derecho de ir a la huelga. Sin embargo también tienen que hacer frente a los cambios que se han registrado en las esferas económicas y políticas”.⁽¹⁹⁾

En tercer término, debemos recordar que inicialmente el SNP tuvo una composición tripartita, con participación del Estado, trabajadores y empleadores. Sin embargo el Decreto Ley 25967 creó la Oficina de Normalización Previsional, como organismo exclusivamente estatal encargado de administrar el SNP, así como otros regímenes previsionales. En este sentido al haber perdido los sindicatos, el espacio de participación que le ofrecía —al menos teóricamente— el SNP, éstos deberían canalizar sus objetivos al SPP al perfilarse como el único Sistema de Previsión Social por expandirse.

Participamos de la opinión de Paul Durand cuando señala que:

“La gestión de la seguridad social por los interesados presenta indudables ventajas. Permite a los beneficiarios proveer por sí mismos la buena

17 Enciclopedia jurídica OMEBA, T.XVIII, Edit. Bibliográfica Argentina, 1982 Bs.As.

18 HALPERIN, Isaac, Curso de Derecho Comercial, Vol 1 Ediciones de Palma.Buenos Aires.1983, pág. 230.

gestión del servicio, luchar contra las negligencias administrativas y obtener más fácilmente las prestaciones a las que tienen derecho”.⁽¹⁹⁾

Esta forma de participación, por otra parte, tiene el mérito de confiar responsabilidades a los interesados. También les da ocasión de aportar sus iniciativas en el ámbito de la política de seguridad social y puede ser finalmente un instrumento de educación social⁽²⁰⁾. Tengamos presente que en nuestra realidad se están consolidando reformas sustanciales que importan una redefinición de los roles que les corresponden a los agentes que participan en este mercado, y puede ser una oportunidad de que los sindicatos se adapten a esta coyuntura. Como lo señala el español Juan Antonio Sagardoy, al comentar la experiencia europea:

“La adaptación conllevará que los sindicatos se descarguen de un excesivo lastre de ideología en su militancia para dar paso a un sindicalismo más pragmático, más de servicios, organizando incluso —como ya se hace entre nosotros— una

red de entidades mercantiles que ofrezcan servicios en el campo del desempleo, sanidad, seguros, etc.”⁽²¹⁾.

En consecuencia dicha adaptación constituye un reto a los cambios que se vienen produciendo. Consideramos que al Estado también le corresponde una función pedagógica, que favorezca la libertad de actuación de las organizaciones sindicales.

Las actividades mercantiles de los sindicatos no es una novedad en los países desarrollados, no lo debería ser aquí, en la medida que no se descuiden sus funciones centrales como la representación de sus miembros con fines profesionales, es decir que se realice como un medio, subordinado al logro de otros objetivos. Consideramos además que esta participación no se contradice con los objetivos básicos de una organización sindical ni con los principios elementales de una economía social de mercado que justamente fomenta la participación activa de los agentes que concurren al terreno de la competencia, sin más limitación que la impuesta por las leyes que protegen el interés social.

19 DURAND, Paul. La Política Contemporánea de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Centro de publicaciones 1991, pág. 71.

20 ALADOR, Rudolf. Les factores Educatives de la Securite Sociale Ass,Inter,Sec,Sociale T.IV Vol.3, citado por Paul Durand, op cit.

21 SAGARDOY, Juan Antonio. El Reto del Sindicalismo en el Siglo XXI, Artículo publicado en Análisis Laboral No 200, febrero 1994, pág.XVII.