

Pablo Barreiro Villabona 

Acceso a la jubilación de los no dependientes y acción de amparo. Y algunas cuestiones vinculadas a la financiación de la seguridad social

*Access to retirement of self-employed and action of proceeding for relief.
And some issues regarding the financing of social security*

*Acesso à aposentadoria do trabalhador independente
e mandado de segurança. E algumas questões relacionadas
ao financiamento da previdência social*

 Docente Asistente en Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Docente Asistente en Derecho Financiero, Universidad CLAEH. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1005-1197>.

 pabloadrianbarreiro@gmail.com

Resumen: *El objeto del trabajo radica en abordar las dificultades a las que se enfrentan los trabajadores “no dependientes” para en ciertos casos, acceder a prestaciones de seguridad social en el ámbito de afiliación al BPS. Se expone una visión crítica respecto de los argumentos jurídicos esgrimidos por el BPS ante dicha situación, sosteniendo que la postura del organismo previsional no se condicen plenamente con la forma en que se costean dichas partidas, en tanto las mismas no son completamente solventadas por aportes patronales y personales, sino que tiene un alto contenido de financiación mediante impuestos afectados, tributos con destino específico y asistencia del Gobierno Central, circunstancia que correspondería fuera transparentada y reconocida por el organismo previsional. Partiendo de concebir al goce del beneficio jubilatorio como un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, se analiza la posibilidad de que los “no dependientes” puedan recurrir a la vía de la acción de amparo a fin de lograr el acceso al mismo.*

Palabras claves: *seguridad social, derecho humano, prestaciones contributivas, financiación, acción de amparo, trabajadores no dependientes*

Abstract: *The purpose of the paper is to deal with the difficulties faced by "non-dependent" workers to have access, in certain cases, to social security benefits within the scope of affiliation to the BPS. A critical view is presented regarding the legal arguments put forward by the BPS in this situation, because the position of the social security body is not entirely consistent with the way in which these items are financed, since they are not completely covered by employer and personal contributions, since they also are considerably financed by earmarked taxes and central government assistance, a circumstance that should be made transparent and acknowledged by the social security body. Based on the concept of the enjoyment of the pension benefit as a fundamental right, constitutionally recognised, the possibility is analysed of "non-dependents" being able to appeal to the action of action of proceeding for relief in order to gain access to it.*

Keywords: *social security, human right, contributory benefits, financing, action of proceeding for relief.*

Resumo: *O propósito deste documento é abordar as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores "não dependentes" no acesso às prestações da segurança social em certos casos, no âmbito da filiação da BPS. É apresentada uma visão crítica em relação aos argumentos jurídicos apresentados pelo BPS nesta situação, argumentando que a posição da agência de pensões não é totalmente coerente com a forma como estes conceitos são pagos, uma vez que não são completamente cobertos pelas contribuições patronais e pessoais, mas que têm um elevado conteúdo de financiamento através de impostos destinados, impostos com destino específico e assistência do Governo Central, uma circunstância que deveria ser reconhecida pela agência de pensões. Com base na concepção do gozo do benefício da pensão como um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido, é analisada a possibilidade de os "não dependentes" poderem recorrer ao mandado de segurança para obterem acesso ao mesmo.*

Palavras-chave: *seguridade social, direitos humanos, benefícios contributivos, financiamento, mandado de segurança*

Recibido: 30/06/2021

Acceptedo: 01/10/2021

Sirvan estas líneas como reconocimiento
a mis buenos compañeros de BPS,
y a todos ellos (los de hoy y los de ayer), gracias.

1. Introducción

Antes de ingresar en el tema que nos proponemos abordar, que en lo medular radica en la financiación del sistema de seguridad social y el acceso al goce de sus beneficios de raigambre constitucional, por parte de los “no dependientes”, resulta necesario efectuar algunas precisiones preliminares.

Nuestro sistema de gestión de seguridad social se estructura a través de diferentes formas jurídicas, las cuales determinan, entre otras cosas, el sistema de financiación y las prestaciones a servir. Es así pues que coexisten

- El Sistema Estatal descentralizado a cargo del BPS, ente autónomo de creado por el art. 195 de la Constitución, regulado primordialmente por la Ley N°. 15.800, del 17 de enero de 1986 integrado asimismo por el Banco de Seguros del Estado, creado por la Ley N°. 3.935 de 27 diciembre de 1911 encargado de servir las rentas vitalicias proveniente de los fondos acumulados por Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (en lo sucesivo “AFAPs”).

En el sistema administrado por BPS conviven diferentes regímenes: a) Industria y Comercio; b) Civil, c) Construcción y d) Rural.

- El Sistema Estatal centralizado a cargo del Poder Ejecutivo, encargado de la gestión de la Caja Militar, Ley N°. 14.157 del 21 de febrero de 1974, y la Caja Policial, Ley N°.14.230. del 23 de julio de 1974.

- El Sistema “público no estatal” gestionados por Cajas Paraestatales, por ejemplo Caja de Profesionales Universitarios regulada por la Ley N° 17.738 de 7 de enero de 2004, Caja Notarial regulada por la Ley N° 17.437 del 20 de diciembre de 2001, entre otras decenas) las que se financian a través de ingresos para estatales.

- El Sistema “privado - privado” y “privado en manos estatales” (Afaps privadas y República Afap, cuyo capital accionario se encuentra en manos 100 % estatales) de creación legal a través de la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1996 cuyas cuentas se financia únicamente a través del aporte individual, obligatorio o voluntario.

Partiendo de tales premisas, en primer término corresponde señalar, que el objeto de análisis del presente trabajo se centrará exclusivamente en el sistema de “gestión” administrado por el Banco de Previsión Social, y dentro de dicho sistema nos abocaremos a las prestaciones “contributivas” servidas por el organismo, las cuales se financian a través del sistema de “solidaridad intergeneracional”.

En efecto, a partir de la reforma previsional dispuesta por la Ley N°. 16.713 nuestro sistema de seguridad social es “mixto”, lo cual implica la coexistencia de un pilar de solidaridad intergeneracional y un pilar de “ahorro individual”.

En este estudio nos concentraremos en el “primer pilar”, es decir, el de “solidaridad intergeneracional”. Consecuentemente, no ingresaremos al análisis del segundo pilar, esto es el de “ahorro individual” (obligatorio en algunos casos, voluntario en otros), caracterizado porque el sujeto “acumula” capital e intereses en una cuenta administrada, no por el BPS, sino por un administrador de fondos de ahorro previsional (AFAP) y que posteriormente se vuelca a una aseguradora (actualmente exclusivamente el Banco de Seguros del Estado) a fin de que la misma abone al beneficiario una “renta vitalicia”.

En segundo término, circunscribiremos nuestro análisis a un tipo de prestaciones servidas por el sistema de “afiliación” BPS, que son las llamadas prestaciones contributivas, es decir, aquellas para cuyo goce se requiere:

- i) una actividad registrada ante el organismo previsional.
- ii) la realización “aportes” de seguridad social.

Debe notarse que la actividad laboral se registra en la denominada “historia laboral”, registro creado por la Ley No. 16.190 de 20 de junio de 1991, a cuya conformación se encuentra obligado el BPS y el cual debe contener como mínimo, para cada afiliado la siguiente información: tiempo de servicios, asignaciones computables y aportes pertinentes por cada empresa (art. 86).

La información es obtenida a partir de la declaración nominada que periódicamente efectúa la empleadora, o de la declaración –en forma individual o colectiva– de los trabajadores (art. 88). Incluso, eventualmente el trabajador podría impugnar dicha información, en caso de que ésta no reflejara acabadamente la realidad (art. 90), contando con una especial protección de la Ley al efecto (art.91).

En tercer lugar, cuando nos referimos a las prestaciones contributivas aludimos a:

a) Jubilación común: regulada por el art. 18 de la Ley 16.713; requiriéndose para acceder a la misma tener 60 años de edad y 30 años de servicios;

b) Jubilación por edad avanzada: regulada por el art. 20 de la Ley 16.713; requiriéndose contar con 70 años de edad y 15 de servicios, 69 años de edad y 17 años de servicios; 68 años de edad y 19 años de servicios; 67 años de edad y 21 años de servicio; 66 años de edad y 23 de servicios; o 65 años de edad y 25 de servicio;

c) Jubilación por incapacidad total: regulada por los artículos 19 y 69 de la Ley 16.713, actualmente la causal de jubilación por incapacidad total se configura por la ocurrencia de cualesquiera de los siguientes presupuestos: i) La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida en actividad o en período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado y siempre que se acredite no menos de dos años de servicios reconocidos. Para los trabajadores que tengan hasta veinticinco años de edad sólo se exigirá un período mínimo de servicios de seis meses; ii) la incapacidad total y permanente para todo trabajo a causa o en ocasión del trabajo, cualquiera sea el tiempo de servicio. El Decreto N° 125/996 del 1 de abril de 1996 aclara que en este caso el trabajador debe estar cumpliendo tareas específicas ordenadas por el patrono; que el patrono hubiera tomado a su cargo el transporte del trabajador; que el acceso al establecimiento ofrezca riesgos especiales; iii) las incapacidad laboral absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida después del cese en la actividad o del vencimiento del periodo de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que hubiera originado la incapacidad. La Ley requiere que el beneficiario como mínimo compute diez años de servicio reconocidos de acuerdo al art. 77 de la Ley 16.713.

d) Subsidio transitorio por incapacidad parcial: El derecho a percibir el subsidio transitorio por incapacidad parcial, se configura en el caso de la incapacidad absoluta y permanente para el empleo o profesión habitual, sobrevenida en actividad o en períodos de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado, siempre que se acredite: i) No menos de dos años de servicios reconocidos; con excepción de los trabajadores que tengan hasta veinticinco años de edad, a los cuáles sólo se le exigirá un período mínimo de servicios de seis meses; ii) Que se trate de la actividad principal, entendiéndose por tal la que proporciona el ingreso necesario para el sustento; y iii) Que se haya verificado el cese del cobro de las retribuciones de actividad en la que se produjo la causal del subsidio transitorio y durante el período de percepción del mismo. Es del caso señalar que si la incapacidad se hubiese originado a causa o en ocasión del trabajo, no regirá el período mínimo de servicios referido.

e) Pensión por sobrevivencia: regulado en los artículos 25 y 26 de la Ley No.16.713 y el Decreto No. 359/995 de 21 de setiembre de 1995, establece un régimen de pensión por sobrevivencia el que se genera por i) la muerte del trabajador o jubilado; ii) la declaratoria de ausencia del trabajador o jubilado; iii) la jubilación del trabajador o del jubilado en un siniestro conocido de manera pública y notoria, iv) el fallecimiento del trabajador durante el período de amparo al régimen de prestaciones por desempleo, o dentro de los 12 meses inmediatos al cese de la prestación de dicho régimen. Son beneficiarios, i) las personas viudas (debiendo acreditarse la dependencia económica del causante o la carencia de ingresos; ii) los hijos solteros mayores 18 años absolutamente incapaces para todo trabajo, y los hijos solteros menores de 21 años, excepto cuando se trate de mayores de 18 años de edad que dispongan de medios de vida propia y suficiente para su congrua sustentación; iii) los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo; iv) las personas divorciadas; v) los concubinos.

Como comentario al margen, en tanto excede el objeto de este trabajo, únicamente señalaremos que las llamadas prestaciones “no contributivas”, son aquellas respecto de las cuales si bien es necesario cumplir con determinados requerimientos, no se exige dentro de éstos un aporte al sistema de seguridad social. Dentro del elenco de las mismas se identifican: Pensiones a la vejez e invalidez, Asignaciones Familiares, Subsidio por maternidad, paternidad y cuidados parentales, Subsidio por desempleo, Subsidio de enfermedad. Con relación a los subsidios de actividad, cabe precisar que si bien no se realiza un aporte específico concatenados a los mismos, se encuentran condicionados a que el beneficiario debe ser un activo cotizante ya sea al Banco de Previsión Social o al organismo correspondiente.

2. La financiación de seguridad social

El análisis de la financiación de la seguridad social puede realizarse desde distintas perspectivas. A los efectos del presente, analizaremos las aristas jurídicas y económicas.

2.1 Aspectos jurídicos

Del punto de vista jurídico, en primer lugar, debemos mencionar a la Constitución nacional, en tanto a la luz del art. 67, la seguridad social se financia por:

- A) Contribuciones obreras y patronales;
- B) Demás tributos establecidos por ley; y
- C) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario

Cabe precisar que el aporte obrero y patronal, así como los tributos establecidos por Ley, por mandato constitucional, no pueden tener un destino ajeno a la financiación del sistema.

Paralelamente, las contribuciones obreras y patronales tienen también regulación a nivel legislativo, en tanto el artículo 13 del Código Tributario establece que: “Contribución especial es el tributo cuyo presupuesto de hecho se caracteriza por un beneficio económico particular proporcionado al contribuyente por la realización de obras públicas o de actividades estatales; su producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o actividades correspondientes.... Son contribuciones especiales los aportes a cargo de patronos y trabajadores destinados a los organismos estatales de seguridad social”.

Del punto de vista dogmático el hecho generador de las contribuciones especiales de seguridad social, se estudia a través de sus diversos elementos, a saber: el elemento material, a nuestro juicio constituido por el “beneficio económico particular” que recibe el sujeto por la “actividad estatal” el cual se encuentra dado por la cobertura de las contingencias invalidez, vejez y sobrevivencia (identificadas con sus siglas IVS); un elemento espacial, regido por el principio de territorialidad; un elemento subjetivo, en función del cual se divide a los sujetos pasivos entre el trabajador y el empleador; y un elemento temporal, para nosotros claramente afilián-

dose al principio de la “percepción”, por oposición al principio del devengo sostenido por el BPS.

La definición de Contribución Especial, se perfecciona con el análisis del concepto de “materia gravada”, previsto en el Título IX de la ya mencionada Ley N° 16.713, entendiéndose por tal la forma en que se cuantifica la obligación que surge a partir del acaecimiento del hecho generador.

Respecto de este último concepto el cuerpo normativo relacionado, dispuso en su art. 153, que constituye materia gravada todo ingreso que, en forma regular y permanente, sea en dinero o en especie, susceptible de apreciación pecuniaria, perciba el trabajador dependiente o no dependiente, en concepto de retribución y con motivo de su actividad personal, dentro del respectivo ámbito de afiliación.

El capítulo recoge además los principios generales de la materia gravada (Principio de actividad, de congruencia, de remuneración real, de verdad material), las partidas gravadas del personal dependiente, además del concepto general, situaciones especiales como propinas, viáticos, gratificaciones, quebrantos, subsidios por periodos de inactividad compensada, cooperativistas prestaciones de vivienda, de representación, alimentos, remuneraciones de directores, administradores y síndicos (156, 157, 158, 159, 163, 164, 165, 166, 168 y 170); la materia gravada del no dependiente (161 y 162), y finalmente las prestaciones exentas (167, 171).

En materia de principios interesa señalar el principio de congruencia que expresa que “las asignaciones computables a los efectos de las prestaciones de pasividad constituyen materia gravada por las contribuciones especiales de seguridad social. En caso de que una determinada asignación o partida resulte, según el período, gravada o no y modifique tal naturaleza, la misma será computable sólo por los períodos y montos en los que haya constituido materia gravada.”

Por lo anterior, cuando no se pagan aportes respecto de alguna partida salarial, o porque resulta ser una partida no declarada, o por estar exenta, ella no será considerada al momento de determinar el salario jubilatorio.

En otro orden, en cuanto a los impuestos que por designio constitucional su recaudación debe estar afectada en forma exclusiva a la seguridad social, cabe tener presente que se destinan a la misma un conjunto de ingresos derivados de “impuestos” que el BPS asigna en función del destino.

Así, por ejemplo para el ejercicio 2019-2020, se dispuso (BPS, Asesoría Económica y Actuarial, 2020, pág. 150):

- Impuesto de asistencia a la seguridad social (IASS) - creado por Ley N° 18.314 de 1 de julio de 2008 es un tributo anual de carácter personal y directo que grava los ingresos de fuente uruguaya correspondientes a jubilaciones, pensiones y prestaciones de pasividad. Esta ley en su artículo 14 establece: “El producido del Impuesto de Asistencia a la Seguridad Social será íntegramente destinado al Banco de Previsión Social”. Se imputa un 100% al sistema contributivo teniendo en cuenta que es un aporte de personas que cobran prestaciones de origen contributivo.
- Ley N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006. Esta ley en su artículo 109 realiza una afectación con cargo a Rentas Generales para compensar al organismo por la derogación realizada del impuesto a la contribución para el financiamiento de la seguridad social (COFIS). Dado que este impuesto afectaba a todas las personas, sin importar el vínculo que tuviera con el organismo, se imputa de acuerdo con el déficit existente al considerar la clasificación de contributivo y no contributivo.
- Impuesto al Valor Agregado (IVA) – La ley N° 16.107 de 31 de marzo de 1990 en su artículo 22 afectó 5 puntos de la tasa básica al Banco de Previsión Social. Adicionalmente, en el año 1992 la Ley N°16.320 del 1 de noviembre de 1992 en su artículo 487 establece: “Aféctese al Banco de Previsión Social la recaudación correspondiente a siete puntos de la tasa básica”. Este incremento de los 2 puntos lo asociamos a una rebaja del aporte patronal definido en el artículo 488 de la misma ley: “Rebájase en un 2% (dos por ciento), el aporte patronal al Banco de Previsión Social, que se aplicará sobre todas las remuneraciones sujetas a montepío. Esta rebaja no se aplicará al aporte patronal de los organismos estatales ni a los empresarios rurales”. El criterio utilizado para asignar el IVA radicó en imputar 2 puntos al sistema contributivo, en tanto los restantes 5 puntos se distribuyeron de acuerdo con el peso del déficit existente en cada tipo de prestación.
- Impuesto a la lotería - La Ley N° 12.570 de 23 de octubre de 1958, en su artículo 28 establece que la Caja dispondrá como ingreso del 5% sobre el valor de venta al público de los billetes emitidos por la Administración Nacional de Lotería. Por lo tanto, se afecta este ingreso a las prestaciones no contributivas.

Cabe consignar que por ejemplo el COFIS y el Impuesto a la Lotería fueron derogados por la Ley 18.083 del 27 de diciembre de 2006, no obstante dispuso en el art. 109 “Las afectaciones de tributos que hayan quedado sin efecto en virtud de las derogaciones establecidas por la presente ley serán compensadas al organismo beneficiario con cargo a Rentas Generales. A tal fin se considerará el promedio actualizado de los tres últimos años, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

Habida cuenta de las circunstancias, en materia de financiación del BPS podría pensarse en futuros ingresos impositivos derivados por ejemplo, de un impuesto que gravare la aplicación de tecnología, cuando ésta sustituyere mano de obra, lo cual jurídica y éticamente entiendo admisible.

2.2 Aspectos económicos

En este apartado veremos como se exterioriza en los ingresos de BPS las diferentes formas de financiación que tiene el organismo.

En base a la información estadística elaborada por el propio BPS, la Comisión de expertos de seguridad social, concluye que en particular el sistema contributivo demuestra la estructura híbrida del sistema de financiación, quedando demostrado que el sistema “contributivo” posee una trascendente financiación de ingresos impositivos y de asistencia estatal. (Comisión de expertos de Seguridad Social, 2021, pág. 19).

La “Comisión de Expertos de Seguridad Social a la que hacemos referencia fue creado al influjo de la Ley 19.889 de 9 de julio de 2020, artículos 393 a 398 del 9 de julio de 2020

A vía de ejemplo, por el período 2018-2019, “del déficit” del BPS de 21.592 millones de pesos del año 2019, el 51,5% (11.124,6 millones de pesos) son el resultado del régimen contributivo, y 48,5% (10.467,5 millones de pesos) es atribuible al régimen de prestaciones no contributivo. Esta composición del déficit ha variado con respecto al año 2018, donde el 50,6% (10.569,6 millones de pesos) fue el resultado del régimen contributivo y el 49,4% (10.314 millones de pesos) del régimen no contributivo. (BPS, Asesoría Económica y Actuarial, 2020, pág. 151)

Por otra parte, el ejercicio económico por el período 2019-2020, sin considerar el efecto de la pandemia COVID, arrojó el siguiente resultado: que “Del déficit de 28,313.5 millones de pesos del año 2020, el 53.5% (15,138.3 millones de pesos)

son el resultado del régimen contributivo, y 46.5% (13,175.2 millones de pesos) es atribuible al régimen de prestaciones no contributivo. Esta composición del déficit ha variado con respecto al año 2019 donde el 51.5% (12,000.4 millones de pesos) fue el resultado del régimen contributivo y el 48.5% (11,291.5 millones de pesos) del régimen no contributivo.” (BPS, Asesoría Económica y Actuarial de, 2021, pág. 19).

La Comisión de Expertos de Seguridad Social, ha sostenido que los datos de financiación de las prestaciones contributivas presentes y futuros son ratificatorios del desbalance entre lo recaudado y lo pagado por BPS para servir las prestaciones contributivas pagadas por BPS.

En efecto, subraya el informe que: “En todos los escenarios de proyección financiera con los actuales parámetros será creciente la necesidad de transferencia de recursos fiscales para financiar el sistema previsional. Los cambios demográficos en curso y la consiguiente aceleración del envejecimiento, unido al elevado nivel de gasto previsional del que se parte, implicaría que el gasto público previsional ocupe un espacio fiscal creciente. Conforme las proyecciones financieras presentadas, el nivel de gasto del sistema IVS de BPS (sin incluir las pensiones no contributivas) pasaría de 8,86% en 2019 a 10,45% hacia 2050 y se ubicaría en 11,61% del PIB en 2070. Además de los tributos afectados al BPS, se requerirá asistencia financiera adicional proveniente de rentas generales. En el caso del BPS, esta asistencia financiera adicional se estima que será del orden de 2,5 y 3,8 puntos del PIB para los años 2050 y 2070, respectivamente. El análisis del equilibrio individual en los diferentes regímenes evidencia que el valor actualizado de los beneficios pagados supera al correspondiente a los aportes personales y patronales de manera relevante, aún sin considerar la probabilidad de invalidarse o dejar sobrevivientes. Los estudios disponibles indican que, en el pilar a cargo de BPS, incluso sin considerar beneficios por incapacidad y pensiones de sobrevivencia, el valor presente de los beneficios para buena parte de las trayectorias laborales, tiende a duplicar el valor presente de los aportes personales y patronales. Este desfinanciamiento repercute en la situación financiera de BPS y supone la necesidad de cubrir la brecha con recursos impositivos o asistencia financiera. La razón entre beneficios y aportes no es elevada solamente en el caso de los trabajadores de bajos ingresos, sino también de ingresos medios y altos. De acuerdo con otros estudios, al menos el 86% de los hombres y el 92% de las mujeres que aportan al BPS recibirían jubilaciones que superan lo aportado (debidamente capitalizado).” (Comisión de expertos de Seguridad Social, 2021, págs. 55-58)

3. La falta de aportación como óbice para acceder a la jubilación. La limitación legal para el acceso a la jubilación “no dependiente”

Sentadas las bases presentes, ingresaremos en lo que constituye uno de los grandes paralogismos del sistema de seguridad social actual.

Mencionamos en párrafos anteriores que para acceder al goce de una prestación contributiva, en especial la jubilación, se requiere, además de contar con años de registro en la historia laboral, el pago de aportes.

En el caso de los “no dependientes”, el BPS condiciona el reconocimiento de servicios al pago de los tributos asociados (cosa que no sucede con el otro contribuyente del sistema de seguridad social, es decir, el trabajador dependiente, art. 77 de la Ley 16.713), lo cual resulta de las Resoluciones generales adoptada por el Directorio N° 23-38/2004 de fecha 21 de julio de 2004 y N° 33-7/2008 de fecha 1° de octubre de 2008.

Ante ello, un aspecto que preliminarmente debemos desentrañar es; ¿Qué debemos entender por “no dependientes”?

Sobre el particular, la RD 23-38/004 expresa: “Se considera trabajador no dependiente a las personas físicas que por sí solas, conjunta o alternativamente con otras, asociadas o no, ejerza una actividad lucrativa no dependiente comprendida en las leyes de prestaciones de seguridad social del Banco de Previsión Social, ocupen o no personal, tengan o no negocio abierto al público, así como los cónyuges colaboradores y los socios integrantes de las sociedades civiles o comerciales, colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita y de capital e industria, siempre que desarrollen actividad personal de cualquier naturaleza dentro de la empresa”.

Consecuentemente, “no dependiente” es tanto el socio integrante de una sociedad, “el titular” de una empresa unipersonal, así como un prestador de servicios, o el cónyuge colaborador.

Para estos sujetos, el pago y la cotización efectiva son un requisito previo para el reconocimiento de servicios patronales.

Así, la RD 23-38/004 dispone:

ARTÍCULO 2º.- Requisitos de aportación efectiva para el registro y cómputo de servicios y asignaciones en las pasividades. “los servicios y asignaciones prestados en calidad de trabajador no dependiente amparados por el BPS, tanto sean anteriores como posteriores a la vigencia de la historia laboral - 1 de abril de 1996- sólo podrán ser registrados, reconocidos y computados a los efectos de la determinación del derecho y del cálculo de la jubilación, del subsidio transitorio por incapacidad parcial o de la pensión por fallecimiento, cuando exista aportación, con paga efectiva o compensación tributaria, no siendo válidos a estos efectos los restantes modos de extinción de las obligaciones tributarias, en particular la prescripción extintiva.

Artículo 4º.- Requisito de cancelación de adeudos o aportación regular para el ingreso al goce de la pasividad. Los trabajadores no dependientes comprendidos en los regímenes de afiliados con causal al 31 de diciembre de 1996 o de transición (títulos v y vi de la ley n° 16.713), que tengan adeudos con la seguridad social, podrán generar haberes e ingresar al goce efectivo de la jubilación o del subsidio transitorio por incapacidad parcial: 1) desde la fecha en que aquéllos hubieren sido cancelados; 2) cuando existiere aportación regular, considerándose que ha existido tal cuando: a) por servicios y asignaciones hasta el 31 de marzo de 1996, el trabajador haya cancelado por lo menos el 50% de la deuda o del período antes del cese (nral. 7° R.D. n° 39-1/1998, de 11 de noviembre de 1998). b) por servicios y asignaciones a partir del 1 de abril de 1996, el trabajador alcance, al cese en este tipo de actividad, el pago de por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las obligaciones tributarias o del período a partir de aquella fecha. Para estos casos, una vez totalmente cancelada la deuda se registrarán en la historia laboral y se reformará la cédula para su cómputo.

A su vez la R.D. N° 33-7/2008 de 1° de octubre de 2008 declara que el afiliado que configura causal jubilatoria común o por edad avanzada exclusivamente con servicios como trabajador dependiente podrá acogerse a la prestación, sin perjuicio de descontarse de la misma, los adeudos tributarios que pueda tener por actividades como trabajador no dependiente (art. 13, Ley N° 17.963), los que una vez cancelada la deuda serán computados y darán lugar a la correspondiente reforma de la cédula jubilatoria.

La interpretación que realiza el organismo, se sustenta en un conjunto de disposiciones legales que incorporaron a los no dependientes en el régimen de seguridad social, a saber:

- La Ley N° 9.999 de 3 de enero de 1941 la cual dispuso en su artículo 12: “El patrono que no hubiere efectuado los aportes a que está obligado con relación a su establecimiento no entrará en el goce de la jubilación hasta tanto no cancele su deuda con la Caja.”.

- La Ley N° 11.237 de 8 de enero de 1949, que recoge la misma solución, al establecer lo siguiente: “ARTICULO 1.- A los efectos de la aplicación de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 12 de la ley N° 9.999, de 3 de enero de 1941, declárase: A) Las deudas de las empresas no serán compensables con los haberes jubilatorios y éstos sólo se generarán desde la fecha en que aquéllas hubieren sido canceladas o cuando existiera aportación regular a juicio del Directorio de la Caja. B) Considerase que ha existido aportación regular, cuando ésta hubiera alcanzado -por lo menos- al cincuenta por ciento de la avaluación de deuda correspondiente. C) Las pensiones transmitidas por los patronos, no se consideran comprendidas en la disposición del inciso 1° del artículo 12 de la ley citada. Sin embargo, la deuda de la respectiva empresa deberá cancelarse en cuotas mensuales no superiores al tercio de la asignación pensionaria.”

- La Ley N° 12.143 de 19 de enero de 1954 en la redacción dada por el artículo 7° de la Ley 12.934 de 24 de enero de 1961 dispone - ARTÍCULO 1° Los afiliados patronos que al 31 de diciembre de 1960 tengan adeudos con la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Industria y Comercio, por concepto de las obligaciones determinadas por la ley N° 9.999, de 3 de enero de 1941, por cuya causa no entraron en el goce de la pasividad conforme a la ley N° 11.237, de 8 de enero de 1949, en su artículo 1°, podrán acogerse al régimen de pago que se condiciona por los artículos siguientes”.

- La Ley N° 15.840 de 26/11/1986 abordó la cuestión estableciendo: “ARTÍCULO 10.- Los trabajadores no dependientes que, a partir de la vigencia de la presente ley, generen adeudos con el Banco de Previsión Social, ingresarán al goce efectivo de la pasividad: a) Desde la fecha en que aquéllos hubiesen sido cancelados; o b) Cuando existiere aportación regular; Considerase que ha existido aportación regular cuando ésta hubiera alcanzado, antes del cese, al pago de por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las obligaciones”.

- A su vez, la Ley N° 16.713 establece en el artículo 86 literal B) de la misma que en el caso de trabajadores no dependientes y para los servicios posteriores al 1/4/1996 sólo se registrarán aquellos servicios y asignaciones computables por los que se haya efectivamente cotizado. No sucede lo mismo para los dependientes, en tanto que aun existiendo deudas por aportes los años igualmente son registrados.

- Más cerca en el tiempo, la Ley N° 17.963 19 de mayo de 2006 establece: “ARTÍCULO 13.- A los trabajadores no dependientes, no comprendidos en el régimen mixto previsto por el artículo 4° de la Ley N° 16.713, les serán registrados sus servicios y asignaciones computables, por los períodos y montos declarados, de acuerdo a las siguientes disposiciones: 1) Desde la fecha en que aquellos hubiesen sido cancelados; o 2) Cuando existiere aportación regular. Considérase que ha existido aportación regular a estos efectos, cuando ésta hubiera alcanzado, antes del cese, el pago de por lo menos el 30% (treinta por ciento) de las obligaciones o el 50% (cincuenta por ciento) del período considerado. Los adeudos pendientes de cobro serán compensados con la prestación que se brinde, en las siguientes condiciones: A) Tratándose de adeudos generados por empresas en las que el trabajador no dependiente desarrolló actividad por un lapso determinado, los adeudos que se incluirán en la compensación a efectuarse con la prestación que se brindará, serán los devengados hasta la efectiva desvinculación del referido trabajador de la empresa. **B) En ninguno de los casos se incluirán aportes personales de trabajadores dependientes, los que deberán ser cancelados en forma previa al acceso a la prestación.** C) **En forma previa al ingreso al goce efectivo de la prestación, se deberá calcular la deuda en unidades reajustables para proceder a compensar con el saldo adeudado del servicio de la pasividad.** D) Se compensarán todos los haberes pendientes de cobro a la primera liquidación de la prestación y el 30% (treinta por ciento) de la asignación nominal mensual de jubilación, subsidio transitorio por incapacidad parcial o pensión por fallecimiento, hasta agotar lo adeudado. F) Si durante el período de compensación con el saldo deudor, otro u otros trabajadores no dependientes que hayan desarrollado actividad en la misma empresa que **el primero, soliciten el registro de sus servicios y asignaciones computables, el referido saldo deberá ser prorrateado entre los involucrados, de acuerdo con el período trabajado....”**

- Ley N°. 19.185 29 de diciembre de 2013 que dispone, ahora sí, expresamente “ARTICULO 4.- A los efectos del registro de servicios y asignaciones computables previstos en el literal B) del artículo 86 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, y en el artículo 13 de la Ley N° 17.963, de 19 de mayo de 2006, declárase

que la cotización efectiva, la cancelación de adeudos o la aportación regular no comprenden a la prescripción prevista en el artículo 38 del Código Tributario”.

Del conjunto de disposiciones surgen algunas cuestiones jurídicas interesantes, no solo en lo que es al objeto del trabajo, sino sobre el sistema de responsabilidad tributaria, ya que la Ley No. 17.963 más allá del aspecto vinculado a los propios aportes del “no dependiente”, establece una suerte de responsabilidad objetiva por los aportes del personal dependiente.

Repasemos. Los sujetos pasivos tributarios se dividen en contribuyente y responsable, artículos 16, 17 y 19 del Código Tributario. El “no dependiente” es contribuyente de su aporte “patronal”.

Por otra parte, la Ley N°. 6.962 de 6 de octubre de 1919, en la redacción dada por el art. 23 de la Ley N°. 11.035 de enero de 1948, designó como agente de retención al empleador por los aportes de sus dependientes. El agente, es un sujeto pasivo tributario, regulado por el art. 23 del Código Tributario, el cual señala: “Son responsables en calidad de agentes de retención o de percepción las personas designadas por la ley o por la Administración, previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión intervengan en actos u operaciones en los cuales pueden retener o percibir el importe del tributo correspondiente. Efectuada la retención o percepción, el agente es el único obligado ante el sujeto activo por el importe respectivo; si no la efectúa, responderá solidariamente con el contribuyente”.

La Ley N°. 17.963 dispone algo más que la calidad de agente de retención del no dependiente, sino que instituye un sistema de responsabilidad tributaria objetiva: la responsabilidad del socio de una empresa por los aportes de los empleados de la sociedad de la cual es socio.

Entonces, para poder acceder a la jubilación, el sujeto calificado como no dependiente no solo responde patrimonialmente por su deuda (aporte “no dependiente”) sino además de los aportes personales de “los dependientes” que prestaron servicios, bien para él directamente, bien para la persona jurídica que integró en calidad de socio.

A lo dicho se agrega a través de criterios arbitrarios, que no son dados a conocer a los contribuyentes, y por tanto ausentes al control jurisdiccional. No son pocos los

casos en que en una misma sociedad un socio se puede jubilar y otro no, en tanto que a este se le imputa la totalidad de la deuda de la sociedad que el integraba.

Pongamos un ejemplo. Un socio de una SRL mantiene deudas de seguridad social por su personal, el socio administrador no podrá acceder a su propia jubilación hasta tanto pague dicha deuda, aun cuando él no es el “contribuyente” y sin siquiera se le hubiere iniciado un procedimiento administrativo a efectos de declararlo responsable a la luz del art. 21 del CTU.

El art. 21 del CTU establece, “(Solidaridad de los representantes).- Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo”.

Es decir, el art. 21 requiere que se acredite la culpa del sujeto para que se active su responsabilidad personal, circunstancia que además debe ser probada por BPS en sede de un procedimiento administrativo y en sede del proceso jurisdiccional en tanto que el acto se encuentra sujeto al control posterior del contencioso anulatorio. El artículo además dispone límites cuantitativos si no se prueba que el sujeto hubiere actuado dolosamente.

En cambio, la Ley N°. 17.963, consagra una imposición patrimonial sin procedimiento administrativo previo, o instancia de defensa. En función de ello, evidentemente dicha disposición es contraria al principio de responsabilidad subjetiva, pero fundamentalmente no permite instancia de control por parte del sujeto, se impone por la fuerza de los hechos, siendo dudoso su apego a la Constitución.

Finalmente, a partir del 2013 la posición trasuntada en las resoluciones del Directorio de BPS se ve “legalizada” mediante el dictado de la Ley No. 19.185.

Ahora sí, por primera vez, BPS cuenta con una disposición legal expresa que recoge su interpretación a partir de la cual aportación o cotización es sinónimo de pago, requisito que comenzara a aplicarse recién a partir del año 2013, es decir en los años a cotizar a partir de esa fecha, en tanto está carece de carácter “declaratorio” o “retroactivo” como pretende interpretarlo BPS.

A lo anterior se agrega un argumento trascendente para la construcción de un verdadero “Laberinto de Creta” jurídico: la prohibición de segregar años de aportes, es decir, fraccionar actividades que correspondan a una misma afiliación, lo cual se impone a través del Decreto No. 431/981, le cual reglamenta al Acto Institucional No. 9):

Es decir que la segregación dentro de un mismo ámbito de afiliación, no está permitida por el BPS. Pongamos un ejemplo aclaratorio. Un “dependiente” que durante toda su vida aportó al régimen general de “industria y comercio” inicia su trámite jubilatorio luego de alcanzar la edad de setenta años (70) y cuarenta (40) años de registro en la “historia laboral” (aunque hasta el año 1996 ésta no existía como estructura); de esos 40 años, 5 cinco fueron como no dependiente, y uno de esos años, incluso unos meses de esos años no existió pago regular por los motivos que fueran, alcanza eso (aun cuando el tributo estuviere prescripto) para que BPS impida el acceso al goce de la jubilación hasta que proceda a pagar el crédito tributario aun prescripto, así más no sea a través de la firma de un convenio con un descuento sobre la jubilación futura (que generalmente se encuentra en un 10 % del ingreso jubilatorio).

Por supuesto que en tanto se exige el pago de una deuda generada diez o veinte años atrás, esta difícilmente se pague en su totalidad a consecuencia del acumulado de multas y recargos que se han generado durante todo ese tiempo, existiendo tan solo una ilusión de cobro de BPS a través de este mecanismo.

Porcentajes de descuento que resultan anodinos, pero el que obviamente perjudica más al sujeto sometido al descuento (al que se le quita capacidad de compra en ingresos generalmente “bajos”), que beneficios reporta al sujeto acreedor.

Conforme lo analizaremos la posición de BPS falla en dos de sus premisas principales: todas las prestaciones contributivas dependen exclusivamente del aporte obrero o patronal; las diferentes leyes que “incluyen” a los “no dependientes” descartan la cotización de años en que la obligación tributaria se hubiere extinguido por el modo prescripción.

La doctrina (SALDAIN & MARTINEZ ALBA, 2009), (PEREZ NOVARO, 2005, págs. 19-20; 277-278), en posición que hemos compartido con anterioridad, como la jurisprudencia constante del TCA son contrarias a la posición de BPS, tanto respecto a que “cancelado” sea sinónimo de pagado, como a la prohibición de “segregación” que propugna el organismo.

Con relación a la sinónima de “cancelado” y “pagado”, el TCA expresamente ha rechazado tal posición a través de sus constantes fallos.

Los argumentos manejados tanto por la dogmática como por la jurisprudencia se fundan en los siguientes argumentos:

- La prescripción tiene efecto extintivo de la obligación (art 28 y 39 del Código Tributario Uruguayo)
- La prescripción opera por el transcurso del tiempo (art. 38 CTU);
- El concepto de “obligaciones canceladas” manejadas por la Ley (previo a la sanción de la Ley 19.185 que rige a partir del año 2013) no excluye los años en que prescribió la obligación tributaria.
- El carácter no declarativo o interpretativo de la Ley 19.185 determina que la solución de la Ley comenzará a aplicarse a los años cotizados a partir de 2013.

Afiliándose a dichos argumentos, el TCA sostuvo: “Lo que el régimen previsional requiere, es la cancelación de los adeudos generados en actividades de los trabajadores no dependientes, cancelación que puede ocurrir por cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones, entre las que está incluida la prescripción.- En definitiva, los servicios que la actora declaró, fueron admitidos por el BPS como “probados”, lo que implica que el hecho generador del tributo (prestación de la actividad) acaeció. A su vez, la declaración de prescripción por parte del Ente también existió (fs. 19 AA).- Por tanto, exigir la regularización de adeudos que fueron declarados prescriptos, carece de fundamento legal, lo que vicia de nulidad el acto impugnado”. (Sentencia N° 643/2010)

En la misma línea el mismo colegiado sostuvo: “...la cancelación de adeudos generados en actividades de los trabajadores no dependientes, cancelación que puede ocurrir por cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones, entre las que está incluida la prescripción, prescripción que, por otra parte, extingue el derecho al cobro por parte del B.P.S.....”...“Al respecto, en su voto el Señor Ministro, Doctor Juan Pedro Tobía sostuvo que: “...la Corporación expresó que la Resolución R.D. 23- 38/2004, al excluir la prescripción extintiva, como medio válido para extinguir las obligaciones tributarias, es ilegítima; y ello, por cuanto, una resolución dictada por la Administración no puede prevalecer, en ningún caso, sobre lo dispuesto por

el art. 38 del Código Tributario, que regula el régimen de prescripción de adeudos por tributos, entre los que se incluye a las contribuciones de seguridad social. En efecto, el art. 28 del Código Tributario dispone que: “La obligación tributaria puede extinguirse por pago, compensación, confusión, remisión y prescripción...”. (Sentencia N° 80/2014)

A mayor abundamiento, el TCA asimismo concluyó que “es preciso realizar una breve referencia al artículo 4° de la Ley No. 19.185, disposición que fuera invocada por el BPS al contestar la demanda. La referida norma legal dispone: “A los efectos del registro de servicios y asignaciones computables previsto en el literal B) del Artículo 86 de la Ley No. 16.713, de 3 de setiembre de 1995, y en el Artículo 13 de la Ley No. 17.963, de 19 de mayo de 2006, declárase que la cotización efectiva, la cancelación de adeudos o la aportación regular no comprenden a la prescripción prevista en el artículo 38 del Código Tributario”. La disposición entró en vigencia al ser publicada en el Diario Oficial el día 20 de enero de 2014. Teniendo en cuenta que la prescripción de las obligaciones en este caso se configuró con anterioridad a ese momento, es claro que aquella norma no resulta aplicable al caso de autos. Como lo ha señalado el Tribunal, se trata de una norma de carácter “innovativo”, la cual modifica la situación vigente hasta entonces, consagrando una solución que resulta más perjudicial para los derechos de quienes pretendan jubilarse, por todo lo cual cabe concluir que no puede aplicarse en forma retroactiva (Cf. Sentencia No. 226/2016)”. (Sentencia N° 424/2017)

En lo que respecta al segundo tema, es decir, la “segregación”, tanto dogmática (DE LOS CAMPOS, 1990, pág. 83) como jurisprudencia se han manifestado contraria a la posición de BPS.

Por ejemplo, el TCA sostuvo: “En cuanto a los agravios esgrimidos por la accionante cabe precisar que la negativa del BPS se centró en lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto N° 431/981. Dicho precepto reglamentario, proscribía la posibilidad de fraccionar actividades que correspondan a una misma afiliación. La Corporación, en su reiterada jurisprudencia, ha establecido que dicho precepto resulta contrario a reglas de superior jerarquía. En efecto, el referido es reglamentario del artículo 68 del llamado “Acto Institucional N° 9”, que permite acumular a los efectos de una jubilación todos los servicios legalmente computables, sin hacer distinción alguno. En ese sentido ha dicho este Cuerpo: “Este Colegiado, como bien lo ponen de manifiesto, tanto la actora como el dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, ha sostenido reiteradamente que la norma reglamen-

taria en la que se basa el obrar del BPS cuestionado es ilegítima. Excede la potestad reglamentaria conferida por la norma legal al imponer limitaciones que ésta no consagró (en puridad, no las impuso el texto del llamado “Acto Institucional No. 9”)....En la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional cabe recordar la sentencia No. 330/2010, en la que el Colegiado expresó: ‘Se entiende así, que el acto residencial que deniega la pasividad en función de sostener que no se puede segregar y/o fraccionar servicios en atención a lo dispuesto por el art. 20 del Decreto No. 431/81 -según el cual no podrán fraccionarse actividades que correspondan a una misma afiliación, es ilegítimo, porque ilegítimo es dicho artículo 20 al imponer una limitación que excede la facultad meramente reglamentaria, prevista por el artículo 87 del Acto Institucional N° 9”. En el mismo sentido en la Sentencia del Tribunal N°145/2012 de 2 de mayo de 2012, se consignó: “De manera que el objeto del presente accionamiento se limita a analizar la legitimidad de lo dispuesto por el art. 20 del Decreto 431/981 que prohíbe la segregación de servicios. Al respecto existen múltiples y reiterados pronunciamientos (Sentencias Nos. 330/2010, 671/09, 26/08, 456/07, 366/06, entre otras), que el Tribunal en su actual integración ha decidido mantener, no existiendo razones que justifiquen un cambio en definida tendencia jurisprudencial. (en igual sentido Sentencias N° 330/2010, 671/09, 26/08, 456/07, 366/06, entre otras).” (Sentencia N.º 124/2020)

4. El derecho a obtener una jubilación como un Derecho Humano y su protección a través de la vía de amparo

Desde el punto de vista formal, la prohibición de acceder al goce de la jubilación es parte de la complejidad a la que se debe enfrentar el sujeto, en tanto que la más de veces, la prohibición no se da de forma expresa.

En esa línea, la forma en la que normalmente el sujeto toma conocimiento de que tiene una deuda es a través de una intimación de pago practicada durante el trámite jubilatorio. Ello representa una verdadera “vía de hecho” que pretende legitimar la abstención (omisión) de cumplir con las disposiciones legales que establecen el derecho al cobro de la jubilación por parte de un sujeto y el consiguiente deber del BPS a servir esa prestación en tanto existe causal jubilatoria. Cuando nos referimos a “vía de hecho”, aludimos a la pretensión de la Administración de ejecutar materialmente una decisión no adoptada con forma y formalidad debida de acto.

En otras hipótesis, el conocimiento acerca de la no cotización de los años no “pagados” y por ende el no acceso al beneficio contributivo, se advierte cuando el

sujeto solicita la prescripción mediante la presentación de una nota y el BPS lo pone en sobre aviso de que en la medida que el crédito tributario se extingue por el modo prescripción, no contará con esos años en su historia laboral, salvo que los pague, lo que implica una ficción no admisible en el sistema tributario nacional, en virtud de que la prescripción es la extinción de la obligación tributaria mediante la Ley, siendo irrelevante la intención de los sujetos involucrados conforme lo consigna el TCA en los fallos citados.

Tanto si existe una manifestación de voluntad expresa por parte de la Administración, como si está se manifiesta tácitamente, corresponderá agotar la vía administrativa mediante la interposición de recursos administrativos (Art. 317 de la Constitución) y posteriormente interponer una acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art 309 de la Constitución).

En otras ocasiones, cuando la prescripción del crédito es innegable algunos contribuyentes deciden articular pretensiones de cobro de pesos por pago de lo indebido, y solicitar se declare, a través de una sentencia declarativa, la prescripción. En tales hipótesis se debe prestar especial atención al contenido de la pretensión y de la sentencia a dictar por parte de la Sede, en tanto que BPS puede ser mandado a devolver los aportes indebidamente cobrados (en tanto que el crédito tributario no existe), pero esto puede implicar que los años de cotización se den de baja de la historia laboral, y el sujeto no sola pierda la jubilación, sino que además se le inicie un cobro de pesos por los ingresos jubilatorios que el sujeto hubiere cobrado, a criterio de BPS, “indebidamente”.

En la mayoría de los casos, la acción contencioso anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la “vía” más recurrida, lo que implica que hasta que el órgano jurisdiccional no se pronuncie, el sujeto verá impedido de acceder a la jubilación, salvo que autorice el descuento de la “deuda” (reiteramos, aun inexistente en tanto que por ejemplo ha mediado la prescripción o se trata de la deuda de una empresa de la que el sujeto era socio) mediante la renuncia a la prescripción **consumada** (renuncia que se transforma en un sin sentido en tanto que es la Ley la que dispone la extinción de la obligación y no la voluntad de las partes) y la autorización del descuento de la deuda mediante el descuento en la jubilación.

Ahora bien, está pacíficamente admitido que el acceso a la seguridad social es contemporáneamente concebido como un derecho humano fundamental, el cual

forma parte de los derechos sociales fundamentales reconocidos en las constituciones y en las convenciones internacionales.

A nivel local los artículos 72 y 332 de la Constitución reconocen una serie de derechos fundamentales de la persona humana, como por ejemplo la seguridad social. Específicamente desde 1934 (art. 54), nuestra Constitución reconoce, con el rango de derecho fundamental, el derecho de todos los trabajadores – dependientes o no- a “retiros adecuados”, y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc., y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente, previsión que con algunas modificaciones se mantiene vigente al día de hoy en el art. 67.

Paralelamente, el derecho de toda persona a la seguridad social fue reconocido por el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), por el art. 28 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948), por el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el art. 9 del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos y por el art. 19 de la Declaración Socio laboral del MERCOSUR. Algunos de estos pactos mencionan especialmente la cobertura de determinados riesgos sociales. (NICOLIELLO, 2021, págs. 55-58)

Señala Nicolielo (NICOLIELLO, 2021, pág. 62) que además de los instrumentos sobre derechos humanos, cabe mencionar los convenios internacionales de trabajo, y los convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social que se pronuncian en igual sentido, entre ellos:

- CIT No. 102, sobre normas mínimas de seguridad social ratificado por Ley 18.609 de 2 de octubre de 2009;
- CIT No. 103, sobre protección de la maternidad, ratificado por Ley 12.030 de 27 de noviembre de 1953 y revisado por el CIT n. 183;
- CIT No. 118, sobre igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, ratificado por Decreto-Ley 15.363 de 30 de diciembre de 1982;
- CIT N.. 121, sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, ratificado por Ley 14.116, de 30.4.73; - CIT n. 128, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, ratificado por Ley 14.117 de 30 de abril de 1973;

• CIT No.. 130, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias por enfermedad, ratificado por Ley 14.119 de 30 de abril de 1973. Entre los convenios multilaterales se destacan el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, ratificado por Ley 18.560 de 11 de setiembre de 2009, y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur, ratificado por Ley 17.207 del 24 de setiembre de 2007. También existen múltiples convenios bilaterales (con Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, España, Francia, Grecia, Israel, Italia, México, Países Bajos, Paraguay, Suiza, entre otros).

Por lo visto, en tanto que no se puede negar que la seguridad social es un derecho humano fundamental constitucionalmente reconocido, como tal merece la tutela jurisdiccional ante decisiones arbitrarias de la Administración mediante el ejercicio de la acción de amparo, en tanto se observen todos los requisitos necesarios para acceder a dicha vía de protección, según lo mandata la Ley No.16.011 de 19 de diciembre de 1988.

Debe notarse que tratándose de la negativa a acceder a un beneficio jubilatorio respecto del cual se verifica la correspondiente causal jubilatoria, la mera dilación en el tiempo del acceso a tal prestación causa al sujeto un daño patrimonial.

En efecto, producida la causal jubilatoria y solicitado el acogimiento al beneficio jubilatorio por el interesado la prestación jubilatoria debe servirse desde ese momento.

Sin embargo, la postura del BPS redundante en que no solamente se dilata el acceso a la jubilación, sino que la negativa del organismo previsional impone la necesidad de agotar la vía administrativa y luego promover el accionamiento anulatorio ante el TCA, y en el interín, sino se acepta y se paga una deuda (aun respecto de un crédito tributario prescripto), no se estará percibiendo la jubilación debida.

Consecuentemente, entendemos que la única vía hábil para evitar la degradación del derecho constitucional es promover una acción de amparo, en tanto ella se esgrime como la única vía que asegura la no perpetración del daño provocado por el no acceso a la jubilación.

Si bien es cierto que contra el acto administrativo (generalmente implícito) se interponen recursos administrativos y se seguirá curso ante la vía jurisdiccional, no menos verdad resulta que habida cuenta del tiempo asociado a la tramitación de lo

anterior, ello no se constituiría como un medio idóneo para la protección del acceso a un derecho de carácter claramente alimentario como la prestación que se persigue.

En esta misma línea, Riso Ferrand sostuvo: “En efecto, es obvio que un juicio ordinario no constituye un medio idóneo que excluya al amparo, ya que sabido es que el juicio ordinario en nuestro país no suele insumir menos de un año. Tampoco es la vía recursiva prevista en el artículo 317 de la Constitución y reglamentada por la ley 15.869 (ni los recursos contra las personas de derecho público no estatales) un medio idóneo, ya que basta advertir que la autoridad destinataria del recurso de revocación cuenta con un plazo de ciento cincuenta días para pronunciarse, e incluso es frecuente que venza dicho plazo sin pronunciamiento expreso. Tampoco puede ser "vía idónea" el camino previsto en el artículo 2º de la ley 15.869 que habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte formulada junto con la demanda, a suspender la ejecución de un acto administrativo objeto de una acción de nulidad. El incidente de suspensión requiere más de un año de tramitación en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.” (RISSO FERRAND, 2019, pág. 7) (OCHS OLAZÁBAL, 2013, pág. 67).

Adicionalmente, la ausencia de idoneidad de la vía contencioso anulatorio se manifiesta por el contenido de las pretensiones deducidas.

En efecto, discernidas correctamente, se enfrentan las siguientes pretensiones:

a. Una de contenido positivo, que es la deducida en tales obrados, mediante la cual se pretende que el juez aplique el derecho garantizando la vigencia del precepto constitucional frente a una omisión o a un acto de contenido negativo: no liquidar y pagar una jubilación.

b. Otra -la anulatoria- consistente en la anulación de un acto implícito en la operación material que intima cumplir con una deuda de un tercero sin que exista regla que establezca la obligación de hacerlo y, con el agravante, de que se encuentra extinguida. Si, además, a esta visión estricta se le agrega el que la suspensión de los efectos del acto en vía anulatoria no implica la orden de liquidar el beneficio -como sucede cuando se suspende un acto que, luego de pagado el beneficio, lo quita-, entonces resulta aún más clara la diferencia de objetos y pretensiones en los procesos.

De atenderse debidamente a esta cuestión, en la pretensión anulatoria no se satisface el derecho a jubilarse, puesto que de acuerdo con el art. 310 de la Constitución, el Tribunal no condena al pago de la prestación, sino que anula o confirma.

En este caso, el acto que anulará el TCA es el que, en las más de las veces, manifestado implícitamente, pretende exigir una deuda de un tercero, y para colmo de males, ya prescrita. Como consecuencia de esa anulación, decaerá el presupuesto de la negativa a pagar la jubilación, mas esa pretensión deberá ser cumplida voluntariamente por el BPS o ser objeto de un nuevo accionamiento judicial por cobro de pesos, ya que el Tribunal no puede condenar al pago.

En este segundo accionamiento, ahora ante un magistrado civil, la pretensión tendrá un contenido positivo y será similar a la del amparo, es decir, el cobro de la jubilación.

Conforme a lo expresado, indudablemente no existe otro procedimiento por el cual pueda afirmarse que se satisface el derecho lesionado con la eficacia del amparo, pero además, la instancia en curso -recursos administrativos y acción de nulidad- no son eficaces para satisfacer la pretensión de cobro sino, sólo, para declarar el derecho aplicable al caso y abrir así una instancia judicial que sea eficiente.

Para cuando todo ello ocurra, las probabilidades de percibir en tiempo adecuado la prestación se habrá reducido considerablemente.

Lo cual nos lleva a un segundo aspecto, que es considerar el plazo que demora la tramitación de la vía administrativa y la acción de nulidad, como ineficaz para llegar a la satisfacción del derecho.

La seguridad social tiende a garantizar al individuo la estabilidad de ingresos y la satisfacción de necesidades que surgen como consecuencia de determinados eventos. De allí que el concepto de seguridad social pueda abarcar también al seguro social o a la asistencia social, en cuanto se inscriban en un orden más general, que persigue fines y principios propios de la idea de seguridad social.

La seguridad Social sustituye ingresos perdidos en forma transitoria o permanente, de existe imposibilidad para generarlos (subsidios por enfermedad, maternidad, jubilaciones, pensiones, entre otros)”.

A ello se agrega que, es necesario que las transferencias en dinero, los servicios o las prestaciones en especie sea suficiente y oportuna para atender la necesidad, de lo contrario la respuesta de la seguridad social es inadecuada.

Por lo tanto, tratándose de la negativa a acceder a un beneficio jubilatorio respecto del cual se verifica la correspondiente causal jubilatoria, la mera dilación en el tiempo del acceso a tal prestación causa al compareciente un daño.

En síntesis, consideramos que la acción de amparo procede como mecanismo procesal para asegurar el acceso al beneficio jubilatorio en los casos antes relacionados.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.

Es así pues que recientemente el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno sostuvo que:

“2) La pretensión de amparo movilizada por la parte actora, de estar a lo alegado, se funda en la intimación realizada bajo el apercibimiento referido para que concurra al sector empresa a los efectos de suscribir un convenio de pago por una deuda ajena y a consentir que se le retenga de por vida un tercio de la jubilación que le corresponde. Fue a tales efectos que se le realizó la intimación mencionada bajo apercibimiento que en caso no lo hiciera en el plazo de 30 días se le tendría por desistido del trámite jubilatorio iniciado (fs. 4 y 1). Se pretende por el amparo que no se ejecute la amenaza de desistimiento del trámite de jubilación iniciado por su parte y se continúe a los efectos de pronunciarse a lo que por derecho corresponda sin considerar la existencia de deudas declaradas a cualquier tercero así como la existencia de cualquier tipo de responsabilidades por obligaciones tributarias ajenas, no declaradas, ni notificadas a su parte (fs. 11 vto)....Ahora bien, ante lo alegado y sostenido en la recurrida, en esta instancia, se comparte con el recurrente que la ineficacia debe analizarse caso a caso y en el presente desde la situación concreta del bien jurídico tutelado teniendo en cuenta la edad declarada por el actor (63 años). Por tanto, el hecho de ocurrir a la vía administrativa para sortear un obstáculo intermedio en el decurso del trámite jubilatorio (más allá de si la Administración le concede o no la jubilación) supondría la negación del derecho cuya tutela se pretende por los años que ello insumiría en la instancia anulatoria”. (Sentencia N° SEI-0005-000091/2019)

En la misma línea, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer turno, sostuvo.

“Se comparte con el Sr. Juez a quo, que existen otros medios para la decisión del derecho que el actor alega vulnerado y que la demora en responder no convierte en ineficaz la respuesta que se pide, en todos los casos. No obstante, ello no es de recibo, cuando de proteger derechos constitucionales se trata, en la medida que la rigurosidad a la que refiere la sentencia a quo, ha de ser efectiva, porque es claro que se está decidiendo sin escuchar a la otra parte, respecto a qué tiene que decir sobre los supuestos de hecho alegados en la demanda (inexistencia de una deuda, falta de legitimación pasiva, prescripción, etc.) y sin tramitar la totalidad del juicio, del que podría surgir alguna luz respecto al fondo del asunto (art. 14 del C.G.P.). Existió una tendencia en nuestro país, al rechazo del amparo por haberse deducido los recursos administrativos pertinentes, porque ello implicaría sustraer el asunto, por vía excepcional, del conocimiento del órgano jurisdiccional competente (TCA). En este sentido ha sostenido Ochs (Daniel Ochs Olazábal. La acción de amparo, pag. 67 y siguientes), que pueden hacerse varias objeciones a esta tesis, objeciones que la Sala comparte. a) Como es siempre posible impugnar administrativamente los actos, jamás cabría el amparo contra dichos actos. b) Que la tesis de la improcedencia del amparo judicial contra actos recurribles en vía administrativa está desmentida inequívocamente por el art. 1 de la ley 16.011, que incluye en forma expresa “todo acto”, “omisión” o “hecho de autoridades”, quedando incluidos todos los actos administrativos, con la única excepción de los dictados por la Corte Electoral. c) Si se sostiene, que los recursos administrativos, de previsión constitucional (art. 317) son protección suficiente que permite descartar el amparo, (y lo mismo sucede con la acción anulatoria ante el TCA o las medidas cautelares), ha de concluirse que el amparo no tiene existencia constitucional, porque luce como un contrasentido entender que el constituyente ideó una garantía que no tiene un ámbito de aplicación. d) Resulta necesario desmitificar a los recursos administrativos, que lejos de constituir una garantía para los derechos de los administrados, son un privilegio de los entes estatales ejercientes de función administrativa, consistentes en retardar el acceso a la jurisdicción. e) El goce de un bien jurídico es algo que se verifica permanentemente, minuto a minuto, por consecuencia los recursos administrativos, cuya instrucción y resolución pueden insumir entre 5, 10 o 15 meses no son un mecanismo que exhiba análoga eficacia protectora que el amparo judicial. La posición correcta, afirma el citado constitucionalista, en posición que la Sala también comparte, es que toda lesión o restricción de un derecho constitucional, a través de una conducta manifiestamente ilegítima es siempre urgentísima y no admite dilaciones. Deberá en-

tonces, el decisor hacer un test de eficacia e idoneidad, partiendo de parámetros normales y desechar la realización de dicho test desde el punto de vista formal o abstracto (ob. cit., pag. 77). 5 Analizando la pretensión ejercida por el actor, éste pide que se le proteja en su derecho constitucional a obtener el beneficio de la jubilación, lo que le fuera condicionado por el BPS al pago de una deuda que no conoce o a la declaración de responsabilidad, que dice no tener, de manera que parece esencial escuchar a la otra parte, para que en el trámite de un proceso ágil, pueda decidirse la existencia y el grado de legitimidad que tiene la condición impuesta por la Administración y obvio. Tiene 67 años y causal jubilatoria configurada, ergo, la media de la extensión de vida en el Uruguay, hace concluir que la decisión de la legitimidad en el actuar de la Administración, no admite dilaciones.” (Sentencia N° 137/2020)

5. Conclusiones

En el desarrollo del trabajo pretendimos demostrar la inconsistencia legal y económica de la que se vale BPS para limitar el acceso a la jubilación (a las prestaciones contributivas en general) a determinados sujetos calificados como no “dependientes”.

Tal morigeración de derechos, no sólo no es constitucionalmente viable, sino que económicamente no refleja adecuadamente la composición de ingresos –financiación-de BPS.

En los hechos, mientras que el BPS no otorga la prestación se vale de los aportes vertidos por el sujeto contribuyente (tanto a través del aporte como a través del pago de impuestos afectados) para cumplir sus cometidos, mientras que niega el acceso a la prestación del sujeto. Posteriormente, a través de descuentos mensuales afecta su capacidad económica intentando cobrar una deuda generalmente impagable como consecuencia del incremento por efecto de los recargos.

Y esto, en el mayor de los silencios, sórdidamente solapado, BPS aguarda a que el sujeto se presente a tramitar la jubilación para zamparle tal sorpresa, al costo de negar el acceso a una prestación de seguridad social, salvo que el sujeto acepte someterse a los designios del organismo y se avenga a pagar una deuda, la mas de las veces extinguida por prescripción y sin un procedimiento administrativo previo.

En tales circunstancias, entendemos que la acción de amparo es una vía adecuada para obtener una rápida respuesta de parte del sistema de administración de justicia, ya que se presentan todos los elementos requeridos por la Ley para ejercitar tal pretensión.

Pero ello no debe ser concebido como una solución, sino apenas un remedio transitorio. El tema, sin duda es más profundo y requiere explicitación.

Conforme vimos, según el informe elaborado por la Comisión de Expertos el sistema de reparto parece no ser sustentable por variables demográficas y de mercado de trabajo, post COVID -19 el panorama no será más optimista, al menos en lo que guarda relación con el mercado de trabajo, ya que no es esperable se recuperen los puestos de perdidos, lo cual afectará negativamente el sistema por menor cantidad de cotizantes.

Entendemos que día a día se demuestra que la totalidad de las prestaciones que sirve el BPS son, o total o parcialmente “no contributivas”, aun aquellas que presumiblemente se deberían financiar íntegramente por el aporte obrero y patronal.

Corresponde consignar que no se trata de cualquier tipo de prestaciones, sino que se requiere el mantenimiento de un determinado nivel (principio de no regresividad), obligación asumida por el Estado a través de la ratificación de un conjunto de instrumentos internacionales, algunos de los cuales fueron mencionados en este trabajo.

En vista a una reforma, coincidimos con lo manifestado por Saldain (SALDAIN, 2020, pág. 299) y Nicolliello (NICOLIELLO, 2021, pág. 96) en fijar un pilar de asistencia “no contributivo de alcance universal” (los autores refieren a un “pilar 0”), extendido a todos los sujetos que llegan a una edad mínima (que bien podría estar fijada en los sesenta actuales), sin distinciones.

Habida cuenta de la actual composición de ingresos del BPS, esta solución parece ser un sinceramiento del sistema.

Buscar más cotizantes es la búsqueda de “El Dorado”, por lo que hoy no parece ser un camino viable. En igual sentido, mantener los mismos cotizantes a través del aumento de la edad de jubilación y la modificación de la tasa de remplazo, si bien es razonablemente esperable en virtud del aumento de la expectativa de vida, tiene

un efecto cierto que es retardar el problema, pero lejos está de ser por sí solo la solución que el sistema necesita.

De allí que reiteramos, en nuestra opinión, sería conveniente transparentar el sistema estableciendo “un pilar no contributivo de alcance universal” siempre manteniendo un nivel básico de prestaciones comprometidas en cumplimiento con el principio de no regresividad.

En forma simultánea, es necesario reconocer el “esfuerzo” individual por lo que, además de un “pilar no contributivo de alcance universal”, impera concomitantemente, crear un segundo pilar contributivo obligatorio sin ninguna asistencia o subsidio estatal.

Sobre el particular, la literatura especializada internacional y nacional manejan variados instrumentos a explorar, todos deberían estar encima de la mesa. La única opción que no es viable considerar es negar el acceso a la seguridad social, derecho que como mencionáramos reviste el carácter de fundamental.

Referencias

- BPS, Asesoría Económica y Actuarial. (2020). Análisis de los movimientos financieros del BPS 2019. Comentarios de Seguridad Social N° 69. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/17737/1/69.-analisis-de-los-movimientos-financieros-del-bps.-ano-2019.pdf>, 140-153.
- BPS, Asesoría Económica y Actuarial de. (2021). Análisis de los movimientos financieros. Año 2020. Comentarios de Seguridad Social N° 72. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/17957/1/72.-analisis-de-los-movimientos-financieros-del-bps.pdf>.
- Comisión de expertos de Seguridad Social. (2021). Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo. [https://cess.gub.uy/sites/default/files/informes/Informe %20de%20Diagno %CC%81stico%20del%20Sistema%20Previsional%20Uruguayo.pdf](https://cess.gub.uy/sites/default/files/informes/Informe%20de%20Diagno%CC%81stico%20del%20Sistema%20Previsional%20Uruguayo.pdf).
- DE LOS CAMPOS, H. (1990). Manual de Derecho JUBILATORIO Y PENSIONARIO. Fundación de Cultura Universitaria.
- NICOLIELLO, A. (2021). Derecho de la Seguridad Social. Montevideo: Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria.
- OCHS OLAZÁBAL, D. (2013). La acción de amparo (Tercera ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- PEREZ NOVARO, C. (2005). Extinción de la obligación tributaria (Segunda ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- RISSE FERRAND, M. (2019). La acción de amparo. LA LEY UY/DOC/177/2019
- SALDAIN, R. (2020). La era de los nuevos viejos. Longevidad, trabajo y jubilación en el siglo XXI. Montevideo: Rodolfo Saldain .
- SALDAIN, R., & MARTINEZ ALBA, G. (2009). Nulidad de los convenios de facilidades de pago sobre deudas tributarias prescriptas. LA LEY URUGUAY – Año II, N°6, Junio 2009.