

Montevideo, 2 de julio de 2021

COMISIÓN DE EXPERTOS EN SEGURIDAD SOCIAL

Att. Dr. Rodolfo Saldain

De la mayor consideración:

Agradeciendo una vez más la deferencia reconocida mediante la formulación de la consulta, por la presente se cumple con su evacuación.

I.- OBJETO DE LA CONSULTA Y PLAN DE EXPOSICIÓN

La Comisión de Expertos en Seguridad Social ("**CESS**"), creada por el artículo 393 de la ley Nº 19.889, tiene por cometido realizar un diagnóstico del sistema previsional uruguayo y, analizadas experiencias internacionales y con el concurso de los diferentes interesados, proponer recomendaciones para su reforma. En ese marco, se encuentra analizando la posibilidad de realizar una innovación institucional, mediante la incorporación de una "Unidad Reguladora" o "Entidad Supervisora" del sistema y, concretamente, motiva la consulta estudiar y pronunciarse sobre la regularidad constitucional de su creación a través de un acto legislativo formal.

Así, a efectos de evacuar adecuadamente la consulta formulada, cabe puntualmente seguir el siguiente plan de exposición:

(a) Se realizará una muy breve introducción a las unidades reguladoras y de control en el ordenamiento jurídico uruguayo, reseñándose algunas de las existentes, para luego referir a la entidad que la CESS pretende crear.

(b) Se presentará en términos generales la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la normativa constitucional que refiere a la seguridad social -artículos 67 y 195-, en tanto conforman el parámetro constitucional para la realización del análisis de regularidad jurídica requerido.

(c) Se detallará la propuesta legislativa, se indicarán algunos elementos a considerar en forma previa a la interpretación y concretamente se interpretará con mayor detenimiento el artículo 195 de la Constitución. Finalmente, con propósito conclusivo, se cotejará la solución en función del marco constitucional esclarecido.

II.- BREVE INTRODUCCIÓN. SOBRE LAS UNIDADES REGULADORAS Y DE CONTROL Y LA PROPUESTA DE UNA ENTIDAD SUPERVISORA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las unidades o agencias reguladoras y de control surgieron con la finalidad de disociar la actividad de regulación y control de la prestación directa de servicios por parte de entidades estatales¹. Ello en el marco de un determinado sector de actividad en el que operan también sujetos privados, que requiere de alguna clase de intervención -más o menos intensa- a través de la aprobación de normas -principalmente de orden técnico- y de control, para asegurar así la prestación de servicios, con cierta calidad, en beneficio de usuarios o consumidores.

En el ordenamiento jurídico uruguayo la primera entidad de estas características fue el Banco Central -denominado por ley Banco Central del Uruguay-, creado como ente autónomo por el artículo 196 de la Constitución de 1967, confiándose a la ley -aprobada por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara- la determinación de los cometidos y atribuciones, sin perjuicio de las provisionalmente asignadas en su momento por la disposición transitoria H. De conformidad con la Ley Nº 16.696 y sus modificativas -Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay-, además de la competencia para emitir billetes y acuñar monedas, se le comete la regulación y control de la intermediación financiera, de los seguros, del mercado de valores y de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional.

Posteriormente se crearon otras unidades en buena medida análogas, como la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, en materia de energía eléctrica, combustibles derivados del petróleo, gas por redes y actividades relacionadas al suministro de agua potable y saneamiento, y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, en materia de telecomunicaciones y servicios postales. Dichos órganos fueron originalmente instituidos como dependientes de la Presidencia de la República -en forma inconstitucional-, luego como órganos desconcentrados de Ministerios -inconveniente por resentimiento de una independencia o autonomía anhelada- y recientemente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 238 y siguientes y 256 y siguientes de la Ley Nº 19.889, en buena medida contemplando así la independencia aconsejada para este tipo de entidades², como servicios descentralizados.

¹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, 2007, p.195 y 196

² Rodrigo Ferrés Rubio, Autoridades reguladoras independientes en el marco de la liberalización de los servicios públicos, Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2005, p. 48 y siguientes.

Fuera de estos supuestos, se han creado también otras “agencias”, algunas de ellas con ciertas atribuciones de regulación -en un sentido amplio- y de control, reconociéndoseles autonomía técnica, pero, a diferencia de las previamente mencionadas, no referentes a un sector de actividad económica. En algunos casos incluso así se las ha denominado -v.gr. la Unidad Reguladora de Compras Estatales-, pese a que por la razón indicada lo serían solamente en un sentido impropio. La ubicación institucional en estos casos ha sido en ocasiones problemática, por asignárseles atribuciones de administración activa y radicarse como dependencias de la Presidencia de la República -inconstitucionalmente-, excluyendo de esa forma el debido control parlamentario sobre su actuación.

En el objeto de la consulta se refirió a la entidad a ser creada como una “Unidad reguladora” o “Entidad Supervisora”, así se la concibió en atención a sus cometidos y atribuciones. En definitiva, más allá de la rotulación, en la especie se presenta la peculiaridad de que su actividad no recaería sobre un sector de actividad económica. Como se adelantó, la entidad proyectada tendría por cometido la regulación y control de los servicios de seguridad social, por cierto, ante un sistema de configuración compleja en lo que refiere a sus prestadores, pues incluye entre ellos, según el caso, al Banco de Previsión Social -Ente Autónomo-, dependencias del Estado, personas públicas no estatales y personas jurídicas de derecho privado -en el caso de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional-. Precisamente, en buena medida se aspira a que la entidad que se propone crear contribuya a conformar una visión completa del sistema, por tanto, con vocación igualitaria, por parte de especialistas en la materia, asegurando así de manera más eficaz controles y velando por la sostenibilidad y la efectividad de las prestaciones para actuales y futuras generaciones.

Demás está decir que, excluido el supuesto de consignación constitucional, la exigencia de acto legislativo en sentido orgánico formal es imperiosa para la creación de órganos o entidades como las referidas. Definitivamente lo es para su constitución como determinado tipo de personas -v.gr. en el caso de entes autónomos o servicios descentralizados, conforme dispone el artículo 185 de la Constitución-, pero también es necesaria la base legal en otro sentido, en la medida que algunas de sus atribuciones -de regulación y control- pueden suponer delimitación de la libertad. Como se anticipó, en la especie, efectivamente se propone la creación legal de la entidad en cuestión, de modo que no es necesario extenderse sobre el punto.

III.- LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Seguidamente se presentará el marco normativo aplicable a la consulta. Para ello y partiendo de la doctrina del bloque de derechos³ se realizará, en primer lugar, una mención de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relevancia en la materia y se ingresará en algunos aspectos de su contenido. Luego, en segundo lugar, se analizarán las disposiciones constitucionales aplicables, especialmente atendiendo a lo dispuesto por el artículo 67, que refiere al derecho a la seguridad social, y al artículo 195, que refiere a la creación del Banco de Previsión Social como ente autónomo necesario en materia de seguridad social.

3.1.- El derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos varias disposiciones reconocen el derecho a la seguridad social y, particularmente, a la percepción de jubilaciones o retiros, entre otras prestaciones.

A modo de ejemplo y sin pretender ser exhaustivos: artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto de estos derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados tienen la obligación de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación, a la seguridad social y a otras medidas de protección social⁴.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Observación General No. 19 dedicada a la seguridad social, puntualiza como uno de los componentes esenciales de este derecho que las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración *"a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto"*. Asimismo, se enfatiza

³ Sobre este punto: Martín Risso Ferrand, *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo, UCUDAL, 2011, 56-66.

⁴ Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 110.

sobre el respeto a la dignidad humana y al principio de no discriminación en el nivel de prestaciones y la forma en las que se conceden⁵.

En atención a la organización del sistema de seguridad social el Comité puntualiza en la Observación General citada que: *“El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho”*⁶.

En esta materia, por otra parte, son de aplicación los principios de progresividad y no regresividad, por los que una vez alcanzada determinada protección, no es posible su regresión a un nivel inferior. A este punto se refiere el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en este sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina⁷.

3.2.- El derecho a la seguridad social en la Constitución uruguaya (artículo 67)

El derecho a la seguridad social se encuentra previsto en el artículo 67 de la Constitución uruguaya que establece lo siguiente:

Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 19*, aprobada el 23 de noviembre de 2007, párr. 22.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 19*, aprobada el 23 de noviembre de 2007, párr. 11. Sobre el punto, en el párrafo 74 también se menciona que: *“Los Estados Partes están obligados a vigilar eficazmente el ejercicio del derecho a la seguridad social y deben establecer los mecanismos o instituciones necesarios para tal fin”*.

⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147 y 148; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 99 a 103. En doctrina: Martín Risso Ferrand, “¿El impuesto a la renta sobre jubilaciones es ajustado a la Constitución?”, *Revista Estudios Jurídicos, UCUDAL*, 4, 2007, p. 419; María Paula Garat, “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en: *Revista de Derecho, UCUDAL*, 11, 2015, p. 67; y Christian Courtis, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en: Christian Steiner y Patricia Uribe (Coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Argentina, KAS*, p. 660.

adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.

Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de:

A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y

B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario.

El primer inciso de la disposición proviene de la Constitución de 1934 (artículo 58) y fue reiterado en las constituciones de 1942 (artículo 58), de 1952 (artículo 67) y de 1967 (artículo 67). Asimismo, el artículo tuvo una reforma parcial en 1989, agregándose los últimos dos incisos.

La norma reconoce el derecho de los trabajadores, patronos, empleados y obreros, y de sus familias, a una serie de prestaciones de seguridad social: retiros adecuados y subsidios para accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, fallecimiento, entre otros. Asimismo, también prevé que, en el supuesto de llegarse al límite de edad productiva, después de larga permanencia en el país y de carecerse de recursos para subvenir a sus necesidades vitales, se posee el derecho de pensión a la vejez.

En síntesis, la norma analizada está en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos antes mencionado, reconociendo y previendo una serie de derechos en esta materia.

La reforma constitucional del año 1989 agregó los últimos dos incisos. La disposición constitucional, en su redacción actual, establece entonces que los ajustes a las jubilaciones deben efectuarse en el momento en que se realicen ajustes o aumentos a las remuneraciones de funcionarios de la Administración Central, y que los ajustes no pueden ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios (IMS). A su vez, también incorporó que las prestaciones se financiarán con fuentes tributarias (contribuciones especiales de seguridad social y otros

tributos establecidos por ley) que no podrán ser afectados a fines ajenos, y con la asistencia financiera del Estado, si fuera necesario.

3.3.- El Banco de Previsión Social como ente autónomo de creación constitucional: aspectos preliminares

Tal como se mencionó previamente al presentar la Observación General Nº 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la seguridad social como derecho requiere para su efectividad de la articulación de un sistema. En ese marco, en lo que refiere al diseño institucional, la Constitución uruguaya mediante el inciso primero del artículo 195 crea el Banco de Previsión Social, con carácter de Ente Autónomo, como un sujeto necesario de dicho sistema.

La interpretación más acabada de la proposición referida será desarrollada en ocasión de apreciar la regularidad constitucional de la propuesta legislativa, en el epígrafe siguiente, pues sobre ello versa fundamentalmente la consulta. De todas maneras, cabe en esta presentación del marco constitucional apuntar introductoriamente que el Banco de Previsión Social es constitucionalmente instituido con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y de organizar la seguridad social, pero se comete su desarrollo a la ley formal, es decir, se confiere de ese modo un margen de apreciación interpretativa al legislador para demarcar los límites de su actuación.

IV.- ANÁLISIS DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LA ENTIDAD QUE LA CESS PROPONE CREAR

El estudio de la regularidad constitucional de la unidad reguladora que se pretende crear debe realizarse en tres niveles. En primer lugar, analizando la propuesta de unidad reguladora, para pasar luego a definir el contexto constitucional en que debe interpretarse la Carta. Luego, se verá si la propuesta es compatible con la Constitución efectuando algunas consideraciones conclusivas.

4.1.- La entidad que propone crear la CESS. Finalidad y atribuciones

Al realizarse la formulación de la consulta, se ha indicado que las principales finalidades de la entidad que se plantea crear serían las siguientes:

1. Evaluar que la suficiencia y cobertura de todas las prestaciones de la seguridad social sean razonables a las posibilidades del país, tanto activas como pasivas, atendiendo a principios de equidad y al adecuado equilibrio entre derechos y obligaciones de aportación de las personas que establezca la ley.

2. Evaluar la sostenibilidad del financiamiento que se organice bajo los pilares contributivo y no contributivo de reparto que establezca la ley, poniendo énfasis en que la carga financiera que implique para las generaciones venideras respete la noción de justicia intergeneracional, esto es, que no requiera razonablemente incrementos de la presión tributaria a dichas generaciones vía mayores aportes al sistema o transferencias de cualquier especie desde el Fisco.

3. Velar por un adecuado diseño de los regímenes de ahorro y desacumulación individual, sean obligatorios o voluntarios, en lo referente a:

a. Estructura de portafolios de fondos y subfondos destinados a la capitalización de los mismos que la ley disponga, poniendo énfasis en guardar el apropiado equilibrio entre rentabilidad y riesgo según la etapa de la vida activa de las personas durante el período de acumulación.

b. Variedad de productos de desacumulación que contemplen las necesidades de las personas; sean rentas vitalicias, retiros programados combinados con rentas vitalicias diferidas u otros que la ley autorice.

c. Determinación de parámetros actuariales que reflejen adecuadamente las expectativas de sobrevivencia de la población, atendiendo a diferencias de sexo y situación socioeconómica de modo que la desacumulación permita la apropiación justa del producto del ahorro individual, evitando en lo posible subsidios cruzados por estas razones.

Para el cumplimiento de esta finalidad deberá coordinar acciones con la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU, quien se encarga de regular y supervisar a las instituciones integrantes del sistema financiero nacional.

4. Promover el desarrollo de productos adicionales que faciliten el uso de otros activos acumulados por las personas durante su vida activa para reforzar y mejorar sus ingresos en la vejez, como la hipoteca revertida o la venta de la nuda propiedad, velando por que estos productos se comercialicen en mercados lo más competitivos posibles y a precios razonables.

5. Promover el conocimiento de los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones en materia de seguridad social, incluyendo estimaciones razonables del valor esperado de la suma de prestaciones a obtener por los regímenes de reparto y el de ahorro individual, en cada momento que los usuarios se lo

requieran, así como el conjunto de acciones que puedan realizar las personas durante su vida activa para planificar mejor dichos valores.

Asimismo, en lo que refiere a sus atribuciones, se informó que se le pretenden asignar las siguientes:

1. Regular y supervisar a los organismos que ofician como prestadores de los regímenes de reparto (BPS, cajas paraestatales y servicios de retiro de cualquier especie) a los efectos de:

a. Velar porque los ingresos del régimen de reparto se administren en estricto cumplimiento de la ley y sus decretos reglamentarios, en particular en lo referente a una adecuada gestión de cobro de aportes, gestión de morosos, etc. También regulará todos aquellos aspectos vinculados a los ingresos del régimen que le asigne la ley.

b. Disponer normas a los efectos de administrar adecuadamente y en función de necesidades futuras de egresos, las reservas disponibles de que dispongan los organismos para el financiamiento futuro de prestaciones, así como recursos que se les hayan asignado con dichos fines (Fideicomiso de la Seguridad Social).

c. Regular y supervisar todo lo relativo a los regímenes de determinación de derechos y prestaciones de los regímenes de reparto que le asigne la ley, incluyendo los sistemas de información que se requieran para su cumplimiento.

d. Requerir a los prestadores toda la información que considere necesaria para el fiel cumplimiento de sus finalidades, en particular que aseguren una adecuada proyección de las prestaciones estimadas, tanto activas como pasivas, de la recaudación estimada de contribuciones, así como de los aportes que se proyecten requerir a Rentas Generales para asegurar el equilibrio financiero de los regímenes.

2. Establecer el diseño de fondos, subfondos y productos para la desacumulación de los regímenes de ahorro individual que le asigna la ley, atendiendo a las necesidades de los usuarios en cada etapa de su vida, tanto activa como pasiva. Para ello deberá recabar la opinión técnica de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay.

3. Requerir toda la información que considere necesaria a los prestadores del régimen de ahorro individual para el cumplimiento de sus funciones, en particular para evaluar periódicamente la suficiencia y cobertura de los regímenes de prestaciones en su conjunto. A los efectos podrá coordinar la obtención de

dicha información a través de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay.

4. Establecer los parámetros actuariales necesarios de la manera más precisa y confiable posible, tanto los requeridos para el análisis de sostenibilidad de los regímenes de reparto, como los requeridos para el mejor cálculo de las rentas previsionales de los regímenes de ahorro individual, los que deberán respetar diferencias en las probabilidades de sobrevivencia, a los efectos de que los productos de desacumulación de los regímenes de capitalización no generen subsidios cruzados por esas causas. Asimismo, dichos parámetros deberán actualizarse anualmente tomando en consideración estimaciones relativas a las tendencias de dichos parámetros (tablas dinámicas).

5. Requerir a las entidades supervisadas que le brinden información con la periodicidad y bajo la forma que juzgue necesaria, así como la exhibición de registros y documentos.

6. Establecer el régimen informativo contable al que deberán ceñirse las entidades supervisadas.

7. Reglamentar la publicación periódica de los estados contables, estudios actuariales y otras informaciones de las entidades supervisadas.

8. Evaluar periódicamente la situación económico-financiera de las entidades supervisadas, el permanente cumplimiento de las normas vigentes y la calidad de la gestión de dichas entidades.

9. Aplicar sanciones de observaciones, apercibimientos y multas que defina la normativa aplicable a las entidades supervisadas que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto.

10. Proponer al Poder Ejecutivo la adopción de medidas tales como la intervención a las entidades supervisadas que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto.

11. Disponer la instrucción de sumarios al personal superior de cualesquiera de las entidades supervisadas y proponer al jerarca respectivo la adopción de las sanciones que puedan corresponder en caso de infracciones, con las facultades previstas en el artículo 23 del Decreto-Ley Nº 15.322, de 17 de setiembre de 1982 y sus modificativos.

12. Suscribir acuerdos de cooperación con organismos internacionales de seguridad social y con cualquier entidad pública o privada nacional de seguridad social o comprendida en procesos relevantes para el sistema, como por ejemplo la DGI.

13. Atender los reclamos de los consumidores de las entidades supervisadas conforme los reglamentos a dictar.

Asesorar al Poder Ejecutivo y al Parlamento en las materias de su competencia, sea mediante la difusión de los informes que le exige la ley, como a solicitud de parte.

En síntesis, se trata de una típica entidad reguladora, con poderes de control, supervisión y con potestades sancionatorias para los casos en que se constaten infracciones al régimen.

4.2.- La interpretación de la Constitución y su contexto

La Constitución en vigor desde 1967, aprobada en el plebiscito de 1966, responde a la concepción imperante en esa época de un Estado social de Derecho. No fue una novedad esta característica, ya que este modelo venía desde 1934, pero si fue muy claro que se acentuó y desarrolló conforme las consideraciones propias de los años sesenta del siglo pasado.

Este Estado social se caracteriza, en primer término, por la consagración (que en nuestro país provenía de 1934) y auge de los derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales y una reformulación del principio de igualdad en el que se incorpora la igualdad material que complementa la igualdad formal del siglo XIX⁸. El artículo 3 de la Constitución italiana sigue siendo el mejor ejemplo cuando se repara en que su inciso 2 dispone que *"Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desenvolvimiento de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país"*. Se pone de manifiesto el cambio en el rol del Estado que deja de ser abstencionista y pasa a ser intervencionista⁹ (en un grado variable, pero en general elevado) y deja de ser conservador de un estatus social y económico para procurar incidir fuertemente en el cambio de dicha realidad¹⁰.

También cambiaron las cosas en que la sociedad creía y en el Estado social se creyó en el Estado al que se consideraba la panacea para todos los males y en el que se confiaba para lograr la plena protección y concreción de los derechos.

⁸ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, 190 y ss.

⁹ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

¹⁰ Jorge Reinaldo A. Vanossi, "Crisis y transformación del Estado Moderno", en *Transformaciones del Derecho Público*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994, 52 y ss.

La confianza en el legislador, propia del Estado liberal, se desplazó hacia el administrador y hacia la planificación. Dentro de esta concepción, y en su acepción típicamente mítica apareció el *Estado de bienestar*, grado extremo del intervencionismo estatal (el mito del «buen» Estado que resuelve todos los problemas y protege a todos), como el ideal deseado y en el que se creía. El actor central es el «Administrador» (que desplaza al legislador) y el centro del derecho deja de ser el derecho civil y pasa a ser la planificación estatal, el derecho laboral en una faceta rígida, el derecho administrativo, etc.

El rol del Estado cambia ya que no basta con que se abstenga de intervenir, sino que debe intervenir cuando sea necesario para asegurar un mínimo de vigencia real y efectiva de estos derechos fundamentales o para remover los obstáculos que impiden el desarrollo pleno de los derechos. La realidad mundial ha venido demostrando la crisis y cuestionamiento, dentro de este Estado social de Derecho, de una de sus modalidades: el Estado benefactor, que se caracteriza por un excesivo intervencionismo y una muy importante dependencia del individuo frente al Estado.

Para concluir con las referencias al Estado social es útil recordar que a partir de la II Guerra Mundial, y con muchas variantes, en lo que refiere a los lineamientos constitucionales generales en materia económica, se pueden distinguir, en cierta forma, tres etapas. De Vergotini¹¹, sobre la primera modalidad y refiriendo al derecho italiano, señala que en los años cuarenta la constitución económica surgió de una concurrencia de ideas de izquierda (socialistas y comunistas), del catolicismo social y del viejo liberalismo. Esta concurrencia se aprecia con nociones que podrían hasta ser consideradas contradictorias: la planificación, un Estado intervencionista con poderes importantes de contralor sobre la actividad privada, ciertas reticencias respecto a la propiedad privada (debe responder a un fin o tener una función social) y sobre la iniciativa privada (se mira al empresario con desconfianza), frente a la extensa regulación y protección de los derechos de primera generación (más que los sociales). En los setenta se advirtió el fracaso de la programación global y se la sustituyó por la noción de «economía mixta», pero luego, en un tercer momento, se revalorizó el mercado y se advirtió la importancia de la libre competencia, de la protección del usuario y del consumidor, medio ambiente, etcétera. El pragmatismo, la sostenibilidad de las acciones, el control de la inflación y del déficit público, el respeto a las pautas del mercado, se consolidan. Esto nos pone de cara con la tercera etapa dentro del Estado de Derecho.

¹¹ Giuseppe De Vergottini, "La Constitución económica italiana: pasado y actualidad", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, 29, 2012, p 339-54.

En la actualidad se tiende a considerar superado, o en vías de superación, al Estado social (los mejores ejemplos los encontramos en Europa) y se aprecia la aparición de un nuevo modelo que no tiene nombre claro, aunque gana adeptos la denominación de *Estado constitucional de Derecho*. Los cambios se ven: a) en las visiones económicas y en el rol que se asigna al Estado, al mercado y a la competencia; b) en las creencias sociales y en el rol del Estado; c) cambios profundos en el Derecho; d) cambios en las propias concepciones de democracia. Veamos esto sintéticamente, aunque solo en lo que interesa al tema consultado¹².

Europa y en general buena parte de América Latina nos muestran una revalorización del mercado y de la libre competencia, de los equilibrios fiscales, etc., pero esto no es una vuelta al Estado liberal, sino que los objetivos son la existencia real de una libre y justa competencia, la protección de la competencia, de los consumidores, etc. Se desea un libre mercado en donde la libre competencia funcione sin la incidencia de factores que la distorsionan. Aparece un nuevo dirigismo orientado a la regulación del mercado y el Estado asume el rol de regulador. Pero no cualquier regulación, sino una conforme el mercado. De Vergotini¹³ señala dos diferencias básicas entre este nuevo Estado y el social anterior: a) por un lado, la intervención estatal está orientada a tutelar y promover la competencia, en lugar de reducir el número de operadores con monopolios u otras formas de intervención y b) por otro lado, las autoridades reguladoras tienden a ser autoridades independientes y no unidades burocráticas insertadas y dirigidas por el Gobierno. O sea, cambia el rol del Estado, pero también cambia la regulación que debe procurar el buen funcionamiento del mercado y no su combate. No se desconfía del mercado, sino que se busca su buen funcionamiento. Se ha llegado en esta evolución a un «mercado con libre competencia protegida e incentivada» que se ha transformado en algo que casi nadie discute, ni desde el punto de vista político ni del teórico.

Latinoamérica no ha permanecido ajena a estos cambios, aunque la fuerza de la Unión Europea para promoverlos no existe en nuestro continente. Sin detenernos en esto, cabe señalar que en algunos países estos cambios se vienen materializando sin reforma constitucional, pero con leyes protectoras de la competencia y de los usuarios y consumidores, y con el cambio de los paradigmas políticos, aunque a veces no se aceptan o no se dice que sí se aceptan. Esto es curioso. Uruguay, desde hace más de dos décadas, encajaría en este esquema: se confía más en el mercado, se legisla para proteger al consumidor y para proteger e incentivar la libre competencia dentro de la libertad de mercado, pero no se dice que se está abandonando el Estado social sino que solo se lo modifica en

¹² Martín Risso Ferrand, *Constitución y Estado de Derecho*, Montevideo, FCU, 2021, 427 a 440.

¹³ De Vergottini, "La Constitución económica italiana: pasado y actualidad", Cit.

soluciones concretas. Estamos en medio de un cambio profundo lo que dificulta su visualización.

La interpretación jurídica va variando con el paso del tiempo y aun sin cambios en el derecho positivo, la hermenéutica se va ajustando a las nuevas realidades, necesidades y concepciones de las sucesivas generaciones¹⁴.

La Constitución de 1967, respetando sin duda su texto, puede y debe ser interpretada en el marco de un mundo globalizado, con una creciente revolución tecnológica y conforme a las concepciones que se abren paso.

Cuando se habla de agencia reguladora, debe enmarcarse el estudio en los nuevos desarrollos constitucionales y las variantes interpretativas deberán ajustarse a los nuevos tiempos. Claro está que esto se deberá hacer respetando el derecho positivo y con fundamentos sólidos que sean suficientes para fundar la interpretación.

4.3.- El texto constitucional interpretado: análisis de la propuesta de creación de una entidad supervisora en su marco.

De las disposiciones constitucionales ya analizadas, la central para el tema en estudio es el artículo 195 que en su inciso primero dispone:

Créase el Banco de Previsión Social, con carácter de Ente Autónomo, con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social, ajustándose dentro de las normas que establecerá la ley que deberá dictarse en el plazo de un año.

Con la unidad reguladora se pretende crear una entidad de supervisión y control de naturaleza básicamente técnica, esto es, con la máxima independencia política. Estos objetivos sugieren excluir la ubicación de esta unidad dentro del sistema orgánico del Poder Ejecutivo ya que, en este esquema, al menos con la resolución de los recursos administrativos jerárquicos, la decisión final será política y recaerá en el referido Poder de gobierno. De la misma forma, no podría ubicarse esta unidad dentro del sistema orgánico del BPS por dos razones: a) al estar sometido a jerarquía del BPS, y sin perjuicio de que se le confiera una amplia desconcentración y autonomía técnica, su independencia se diluye justo respecto al principal operador en materia de seguridad social; y b) no parece lógico que sea el BPS el que tenga poderes de contralor sobre los otros operadores en la

¹⁴ David A. Strauss, *The living constitution*, New York: Oxford University Press, 2010; Cass R. Sunstein, *A Constitution of many minds*, New York: Princeton University Press, 2009; Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and policies*, 3.ª ed., New York, Aspen Publishers, 2006; Laurence Tribe, *The invisible constitution*, New York, Oxford University Press, 2008.

misma materia. Las opciones que quedan no son muchas: que sea un ente autónomo, un servicio descentralizado, o que se trate de un órgano se ubique dentro de un ente autónomo distinto al BPS o dentro de un servicio descentralizado. Entre estas dos últimas opciones, la mejor es la primera, ya que el servicio descentralizado sigue teniendo control del Poder Ejecutivo, aunque sea por razones de legalidad en la vía recursiva.

La estructuración de la unidad como un ente autónomo, no solo tiene la ventaja de fortalecer la pretensión de una independencia técnica, consistentemente, con una cierta autonomía orgánica, sino que parece mejor justificada en términos constitucionales. Ello en la medida en que la creación del Banco de Previsión Social como un ente autónomo determina los términos básicos de relacionamiento con la Administración Central y, de su mano, un afán de mantener una relativa neutralidad política, que podría llegar a verse comprometida con otras soluciones, especialmente si se ubica a un órgano de regulación y control precisamente en el seno del Poder Ejecutivo.

Por último, podría pensarse también en una entidad paraestatal, pero no parece la ubicación adecuada para una unidad de contralor y supervisión de entidades públicas -estatales y no estatales- y privadas.

¿La existencia del BPS como ente autónomo creado directamente por la Constitución es compatible con que por ley se le cometa su regulación y control a un órgano ajeno al ente autónomo? Quizás en el siglo XX, bajo la concepción del Estado social intervencionista que, por sí solo, resolvía todas las cuestiones y satisfacía las necesidades de las personas, la respuesta fuera negativa. Si la competencia era del BPS esto no debería modificarse. Pero la interpretación actual es distinta por varias razones:

- A) El concepto político de ente autónomo (no el jurídico), pese a la importancia que en el esquema constitucional se le asignaba, estaba muy lejos de estar exento de controles políticos. Veamos por ejemplo lo dispuesto en los artículos 197 y 198 de la Carta que le confieren al Ejecutivo la potestad de observar los actos de los directorios de los entes que considere inconvenientes o ilegales, de suspenderlos y, si se desatienden las observaciones, puede disponer correctivos, rectificaciones o remociones. Asimismo, puede destituir a los miembros de los directorios (salvo los cargos electivos). O sea, la autonomía y la descentralización están muy lejos de ser conceptos absolutos.
- B) En segundo lugar, debe repararse en el artículo 185 que, si bien refiere a los servicios del dominio industrial y comercial del Estado, establece que tendrán el grado de descentralización que le fije la Constitución y la ley.

- C) Asimismo, el propio artículo 195 prevé a texto expreso que el ente autónomo BPS deberá ajustarse a la ley. Esto es, no tiene una autonomía y descentralización constitucional sin límites, sino que la propia Carta da margen de actuación a la ley.
- D) No debe perderse de vista que desde hace décadas encontramos casos de un ente autónomo que ejerce controles sobre otros entes. Por ejemplo, el Banco de la República, el Banco de Seguros del Estado y el Banco Hipotecario, no creados por la Carta, pero sí mencionados como entes autónomos en la disposición especial y transitoria F ordinal 1º, están sometidos desde hace años al contralor y regulación del Banco Central del Uruguay. Así, la autoridad bancocentralista ejerce sus atribuciones de contralor y regulación sobre entidades públicas (entes autónomos) y privadas (las entidades financieras privadas, compañías de seguros y las propias AFAP).

Surge de lo expuesto que sí es posible que por ley se le atribuya a un ente autónomo poderes de contralor y regulación sobre otros entes autónomos y sobre entidades privadas, incluyendo las personas físicas que los dirigen. Para el BPS esta posibilidad tiene base expresa en el artículo 195 que condiciona la actuación del BPS a lo que resulte de la ley.

Podría criticarse lo anterior ensayando que en el "espíritu" de la reforma de 1966 -siempre supuesto- estaba que las decisiones las tomara el BPS sin regulaciones ni contralores, pero esto no surge del texto constitucional que, por el contrario, le confiere amplio margen a la ley. Cabe, por tanto, reconocer deferencia al legislador para realizar ajustes institucionales como los referidos con el propósito de posibilitar en las actuales circunstancias la satisfacción del derecho a la seguridad social de actuales y futuras generaciones. O sea, nada puede invocarse contra la interpretación mencionada que permite una lectura del artículo 195 conforme las nuevas realidades y los criterios más utilizados en los últimos años, en Uruguay y en el mundo.

Quedo a disposición por cualquier aclaración o ampliación que se entienda necesaria o conveniente.

Saluda a Ustedes atentamente,

MARTÍN RISSO FERRAND

PAULA GARCÍA

PAULA GARCÍA

DIEGO SAMARRA

