



# Estudios sobre Seguridad Social II



# Estudios sobre Seguridad Social II



# Estudios sobre Seguridad Social II

*Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*

*Mario Paganini*

*Tereza Aparecida Asta Gemignani • Daniel Gemignani*

*Juan Carlos Cortés González*

*Óscar José Dueñas Ruiz*

*Gabriel Fernández Rojas*

*Adriana López López*

*Óscar Hernández Álvarez*

---

*La responsabilidad de las opiniones expresadas en la obra incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación, en ningún caso, puede considerarse como reflejo de la opinión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.*

# Índice

Prólogo .....	9
1. Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución Española <i>Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i> .....	13
2. Caracteres constitucionales del derecho a la Seguridad Social <i>Mario Paganini</i> .....	33
3. O Princípio da <i>sustancialidad</i> e a seguridade social no Brasil <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani • Daniel Gemignani</i> .....	43
4. Breve historia de las cajas de compensación y los servicios sociales en Colombia <i>Juan Carlos Cortés González</i> .....	61
5. Pensiones y sistemas jurídicos <i>Óscar José Dueñas Ruiz</i> .....	75
6. Administraciones independientes de regulación y supervisión para la mejora de los Sistemas de Salud y Seguridad Social en América Latina <i>Gabriel Fernández Rojas</i> .....	93
7. Principio de descentralización administrativa. Uruguay <i>Adriana López López</i> .....	125
8. Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina <i>Óscar Hernández Álvarez</i> .....	135



# Prólogo

Conscientes de la complejidad del panorama actual en Iberoamérica en materia de protección social derivada de fenómenos diversos que afectan y amenazan en el presente siglo el estado de bienestar y la estabilidad de los sistemas de protección social en sus diferentes ámbitos, a pesar de los grandes avances que se han llevado a cabo en la región durante las últimas décadas y, con ocasión de la celebración de los sesenta años de la creación de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, la OISS publicó en el año 2014 el primer volumen sobre “Estudios de Seguridad Social”, que recoge a través de diversos artículos aportes relevantes en el conocimiento de la Seguridad Social.

Este tipo de publicaciones contribuyen con la modernización de los sistemas de protección y seguridad social, pues a través de ellos se van sentando bases doctrinales que suponen un impulso a dichos sistemas protectores, por ello la OISS considera fundamental promover en el tiempo estas publicaciones.

En este sentido y para dar continuidad a dicho impulso se publica el II volumen de esta obra, que en esta ocasión allega información de cinco países: Argentina, Brasil, Colombia, España y Uruguay, así como las tendencias de los regímenes de pensiones de América Latina; que concretamente, tiene el propósito de incorporar en ediciones futuras información de todos los países que conforman la Comunidad Iberoamericana en el contexto de la seguridad social y protección social en sus diferentes vertientes.

Queremos agradecer la colaboración de los distintos autores que han hecho posible la estructuración de este nuevo volumen cuyos artículos coadyuvan a enriquecer el conocimiento en materia de seguridad social. Entre dichos aportes figura el del Presidente del Tribunal Constitucional de España, D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, en el que plantea entre otros temas de interés: la judicialización de los derechos de seguridad social y el papel del Tribunal Constitucional en su tutela, así como el principio de igualdad en el modelo constitucional de Seguridad Social.

Desde una visión analítica, D. Mario Paganini, destaca en su artículo, titulado: Caracteres Constitucionales del Derecho a la Seguridad Social, las características de los derechos a la seguridad social, en Argentina, que lo incluyen dentro del concepto de derechos fundamentales

En su artículo, D<sup>a</sup> Tereza Aparecida Asta Gemignani -Juez Federal del Tribunal Regional de la 15<sup>a</sup> región Campinas, Sao Paulo, Brasil- y D. Daniel Gemignani –Auditor-Fiscal del Ministerio de Trabajo y Empleo de Brasil- nos ofrecen el principio de sustancialidad en la seguridad social en Brasil.

Asimismo, D. Juan Carlos Cortes, ex viceministro de empleo y pensiones de Colombia, se refiere al subsidio familiar como elemento que ha contribuido a aliviar las cargas familiares de los trabajadores, siendo un elemento esencial en la consolidación de una política pública.

Igualmente, D. Oscar Dueñas Ruiz, Exmagistrado y Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, se refiere a las pensiones y sistemas jurídicos, a través de su artículo plantea que en la doctrina y en la práctica la teoría de las fuentes del derecho ha desplazado momentáneamente a la teoría del derecho.

Por su parte, D. Gabriel Fernández Rojas, miembro de la Académica Colombiana de Jurisprudencia y ex presidente del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid nos ofrece un estudio relacionado con administraciones independientes de regulación y supervisión para la mejora de los sistemas de salud y seguridad social en América Latina, que permite profundizar en el conocimiento de las administraciones independientes de regulación y supervisión como instrumentos que garantizan la calidad, eficiencia y confianza de los ciudadanos en los sistemas de salud y seguridad social.

D<sup>a</sup> Adriana López López, funcionaria pública y docente de derecho del trabajo y de la seguridad social de Uruguay, describe el principio de descentralización administrativa del país, presentando la seguridad social desde la perspectiva de la estructura institucional, el marco conceptual de descentralización administrativa, el contexto actual y vigencia del principio en el sistema de seguridad social uruguayo.

En su artículo D. Oscar Hernández Álvarez, Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, expone, las tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina, entre otras cuestiones: la diversidad nacional de la región como comunidad histórico-cultural, la seguridad social (el gran déficit social); los grandes obstáculos (administración, cobertura, financiación e inflación); el principio de universalidad y su relativa aplicación en la región (sectores privilegiados y sectores precarios).

Convencidos del potencial de estos aportes para avanzar en el mejor conocimiento de la Seguridad y Protección Social y su ámbito de interrelaciones a los que este organismo contribuye, esperamos les sea de interés, seguros que servirá para continuar edificando una sociedad Iberoamericana más inclusiva, justa y cohesionada.

**Gina Magnolia Riaño Barón**

Secretaria General de la OISS



# Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución Española

---

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel<sup>1</sup>

---

---

1. Presidente del Tribunal Constitucional de España. Jurista y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid.

## I. El «Estado social» y la Seguridad Social como pieza clave del mismo

Prácticamente todos los textos constitucionales modernos, ya sea de forma explícita o implícita, incorporan declaraciones sobre el carácter «social» del Estado. La constitucionalización del término supone que lo «social» se erige en un principio orientador de la actuación de los poderes públicos, que habrán de dirigir su actuación, principalmente, a acabar con las desigualdades sociales y a garantizar a los ciudadanos un mínimo vital suficiente que resulte acorde con la dignidad humana.

El constitucionalismo moderno no se conforma, pues, con una mera declaración formal de los derechos y libertades del ciudadano (como venía siendo lo propio del constitucionalismo liberal del siglo XIX), sino que considera necesario incorporar en los Textos Fundamentales la proclamación de derechos de contenido social, que obliguen a los poderes públicos a desarrollar acciones positivas (sobre todo prestacionales) dirigidas a conseguir, en la medida en que las circunstancias económicas lo permitan, el bienestar y la justicia sociales, a través de una redistribución solidaria de los recursos que satisfaga las necesidades básicas de los ciudadanos.

Una pieza clave para el logro de los fines a los que atiende todo «Estado social» la constituye la configuración de un «sistema público de Seguridad Social» a través del cual se otorguen prestaciones y servicios suficientes para paliar las situaciones de necesidad en las que pueda encontrarse el individuo en el curso de su vida. Tal sistema protector, sea cual sea el modo en el que el legislador lo desarrolle en cada país, habrá de amoldarse a la evolución de la realidad sobre la que actúa, estando por ello en perenne proceso de transformación, pues de su capacidad de adaptación a las nuevas realidades y necesidades, dependerá, en definitiva, el nivel de bienestar social que pueda alcanzarse y la eficacia misma del Estado social.

Si la Seguridad Social es, como decimos, un elemento clave del Estado «social», lo es aún en mayor medida en tiempos de dificultad económica. Así, más que ser considerada como un gravoso coste para el Estado, se ve en ella un pilar institucional de la sociedad y una herramienta esencial para la estabilización económica al contrarrestar las repercusiones de la crisis. Incluso se la ha calificado como “requisito previo para el crecimiento”<sup>2</sup> del Estado e “instrumento político fundamental” que actúa como un “estabilizador anticíclico automático”<sup>3</sup>.

2. Cfr. CICHON, M., “Hacer de la crisis una oportunidad: el papel de la seguridad social en la respuesta y en la recuperación”, en Revista Trabajo (OIT), núm. 67, diciembre de 2009, pág. 5.

3. Vid., ORTON, I., “Seguridad social: respuesta a la crisis”, en Revista Trabajo (OIT), núm. 67, diciembre de 2009, pág. 13.

Dada la importancia de la Seguridad Social para la consecución de los fines del Estado «social», el acceso a ella se ha venido concibiendo desde la II Guerra Mundial como un derecho de todos los ciudadanos, siendo consagrado como tal en diversos textos internacionales<sup>4</sup> y pasando, después, a formar parte de los modernos Textos Constitucionales europeos, integrándose en el catálogo de derechos fundamentales o en el de los principios que han de regir la función estatal de protección social. En efecto, se configura como un derecho en la Constitución Italiana de 1947 (art. 38), en la Constitución Francesa de 1958 (art. 34), en la Constitución Portuguesa de 1976 (art. 63), o, en fin, en la Constitución Belga de 1994 (art. 23). A diferencia de tales Textos Fundamentales, la Constitución Española de 1978 no contiene una declaración expresa del “derecho a la seguridad social”, sino que configura a la seguridad social, como luego veremos, como una función del Estado, al imponer a los poderes públicos (dentro de los principios rectores de la política social y económica) la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE).

A pesar del reconocimiento internacional y de la constitucionalización del derecho a la seguridad social, lo cierto es que la existencia de un sistema público de Seguridad Social que satisfaga las necesidades sociales sigue constituyendo una situación de verdadero privilegio de la que solo puede disfrutar la población de los países desarrollados<sup>5</sup>. Ello es debido a que el reconocimiento formal del derecho debe venir acompañado para su efectivo disfrute de un despliegue de medios y de recursos públicos que requiere un nivel de desarrollo económico y social del que, desgraciadamente, carecen hoy en día muchos países, lo que conduce a que tan solo una mínima parte de la población mundial (un 20 por ciento, aproximadamente) se beneficie de una protección social pública suficiente<sup>6</sup>.

## II. Los sistemas de Seguridad Social europeos

La protección social constituye, como vemos, un elemento esencial del arquetipo europeo de sociedad y es un fin al que atiende la política europea. El Tratado de la Unión Europea prevé, en tal sentido, que la Unión tiene como finalidad, entre otras cosas, la de promover «el

---

4. La Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, afirmó que «extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar atención médica completa» en las distintas naciones del mundo constituía uno de los fundamentos de la naciente Organización Internacional de Trabajo. Vid., también, las precisiones realizadas en la Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, núm. 67 (1944), párrafo 17; el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; o los arts. 9 a 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

5. Vid., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La Seguridad Social y la OIT”, en AA.VV., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 179 y ss. También los datos ofrecidos en la Revista de la Organización Internacional del Trabajo, núm. 67, diciembre de 2009.

6. Vid., VAN GINNEKEN, W., (2003), “Extension de la sécurité sociale dans les pays en développement”, *Revue internationale du Travail*, 2003, vol. 142, núm. 3, pág. 301.

bienestar de sus pueblos», combatir «la exclusión social y la discriminación» y fomentar «la justicia y la protección sociales»<sup>7</sup>. Además, los derechos sociales son actualmente recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>8</sup>, que incluye el «derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales», a una «ayuda social y de vivienda», así como a la «prevención» y «atención sanitaria» (arts. 34 y 35). Hay que tener presente, no obstante, que la enunciación de tales derechos se realiza con remisión a lo que dispongan las «legislaciones y prácticas nacionales». Ciertamente, la Unión Europea no instituye un régimen jurídico de Seguridad Social de común aplicación, que restrinja la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social. El derecho de la Unión Europea no desempeña, en otras palabras, una labor armonizadora sino exclusivamente de «coordinación» en materia de Seguridad Social, pretendiendo con ello, fundamentalmente, garantizar que del ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea no se derive una merma de los derechos de Seguridad Social<sup>9</sup>. Tal cometido se logrará aplicando principios como el de igualdad de trato entre los distintos nacionales, el de exportación de prestaciones (que permite que el pago no se vincule al mantenimiento de la residencia en el Estado pagador) o el de totalización de los períodos de cotización (que hace posible computar las cotizaciones efectuadas en otros Estados miembros, como si se hubiesen realizado en el propio, para poder causar una prestación). En definitiva, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponderá a cada Estado determinar los presupuestos y alcance de la protección social por él dispensada.

Es de advertir que los Estados europeos, al articular sus respectivos sistemas de Seguridad Social no prescinden de los modelos tradicionales, esto es, ni del «contributivo», ideado por Bismarck en Alemania a finales del siglo XIX (un modelo de carácter profesional, basado en la contribución obligatoria de los asegurados), ni del «asistencial», formulado por Beveridge en Inglaterra a mediados del siglo XX (fundado, por el contrario, en la idea de una cobertura universal de las situaciones de necesidad). Con base en ellos, los países europeos han ido avanzando en sus respectivos sistemas de protección social, no existiendo, en realidad, ni modelos puramente contributivos, ni tampoco puramente asistenciales, siendo lo usual la adopción de sistemas de carácter «mixto», como es el caso español, en los que se combinan elementos de los dos. En cualquier caso, y sea cual sea el sistema adoptado, los modernos

7. Vid., art. 3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea.

8. Vid., Diario Oficial de la Unión Europea, 26.10.2012 (2012/C 326/02).

9. El Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, junto al Reglamento (CE) n° 987/2009 (Reglamento de aplicación), forma el paquete legislativo que establece la coordinación modernizada de los regímenes de seguridad social. Ténganse también en cuenta las posteriores normas en la materia: Reglamento (CE) n° 988/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) n° 1244/2010, de la Comisión; el Reglamento (UE) n° 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo; el Reglamento (UE) n° 1224/2012, de la Comisión; y los Reglamentos (UE) 1372/2013 y 1368/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Estados «Sociales» no se conforman con procurar la subsistencia de sus ciudadanos sino que, además, exigen que tal subsistencia resulte acorde con la dignidad humana. Se es consciente de que es necesario para lograrlo potenciar las ayudas de tipo asistencial, dado que los sistemas de carácter contributivo están pensados, principalmente, para situaciones de pleno empleo y no para contextos económicos, como el presente, con un alto nivel de desocupados.

En definitiva, en esa evolución hacia un sistema de carácter mixto<sup>10</sup>, la Seguridad Social europea se encuentra en constante proceso de adaptación ante la necesidad de afrontar nuevas realidades sociales como el envejecimiento de la población, la transformación de instituciones jurídicas como la familia y el matrimonio, el incremento de la inmigración, el aumento de los gastos sanitarios o la elevación de las tasas de desempleo, especialmente alarmantes, como es sabido, en una coyuntura económica como la actual.

### III. La constitucionalización de la Seguridad Social en España

#### 1. El modelo constitucional de Seguridad Social: un diseño “abierto” (art. 41 CE)

El art. 41 CE dispone que *«Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres»*. Aunque existen otros preceptos constitucionales que atañen o se relacionan con la Seguridad Social (a los que luego nos referiremos), este es el precepto fundamental en la materia y al que los demás, de un modo u otro, se pueden reconducir.

La primera pregunta que uno puede hacerse cuando aborda el examen del art. 41 CE es si con él el constituyente instauró un concreto modelo de Seguridad Social. Y a esta pregunta ha respondido con claridad el Tribunal Constitucional, negando la existencia de un modelo único de Seguridad Social o la instauración de un concreto modelo teórico excluyente de otros posibles. Ciertamente, el precepto constitucional es lo suficientemente amplio, y si se quiere, lo suficientemente ambiguo, como algunos así lo han calificado<sup>11</sup>, para que sea posible la formulación de opciones diversas de política legislativa en la materia. Es al legislador al

---

10. Vid., entre otros, el análisis realizado por FERNÁNDEZ ORRICO, F., «La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 49, 2004, pág. 136.

11. Señala al respecto VIDA SORIA, J., “Modelos de la Seguridad Social en el ámbito constitucional”, en AA.VV., *La reforma de la Seguridad Social*, F. Ebert, Madrid, 1982, pág. 114, que el constituyente optó por una fórmula “perfectamente híbrida y ambigua, que permite una amplísima gama de interpretaciones, incluso las más encontradas”.

que le corresponde, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le encomienda, la configuración del sistema de Seguridad Social español, esto es, el que considere más idóneo en cada momento<sup>12</sup> en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura, con respeto, eso sí, del contenido mínimo e indisponible que la Constitución le impone respetar.

Efectivamente, el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social, al tratarse del reparto de recursos económicos necesariamente escasos. Las necesidades a las que debe atender han de ser apreciadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales<sup>13</sup>. De esta manera, el legislador, apreciando la importancia de las situaciones de necesidad a satisfacer, puede regular el nivel y las condiciones de las prestaciones o modificarlas para adaptarlas a las necesidades del momento, ya que, como se dijo anteriormente, el art. 41 CE no le constriñe al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987, de 6 de julio, FJ 3). No puede olvidarse, pues, los condicionamientos económicos con los que forzosamente se encuentra el legislador al configurar la ordenación de la Seguridad Social, en la que ni los jueces, ni el propio Tribunal Constitucional pueden interferir “con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema”, sin perjuicio de declarar las vulneraciones del derecho a la igualdad y no discriminación que se adviertan en tal ordenación<sup>14</sup>. El hecho de que hubiesen podido adoptarse por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración opciones regulatorias diversas para alcanzar los objetivos marcados, no significa que la opción por él elegida deba ser tachada de constitucionalmente inadmisibles por no ser la más correcta técnicamente, o por no ser, quizás, la más oportuna de entre las distintas alternativas posibles para la consecución de los fines pretendidos (STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 2). No hay que olvidar, en suma, que “toda opción legislativa, por discutible que para algunos pueda ser, resulta admisible desde el punto de vista constitucional siempre que respete las reglas que la Constitución establece” (STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 3).

12. Vid, por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24; 37/1994, de 10 de febrero, FFJ 3 y 4; 128/2009, de 1 de junio, FJ 4; 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5; 197/2003, de 30 de octubre, FJ 4; 78/2004, de 29 de abril, FJ 3; 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 5; y 8/2015, de 22 de enero, FJ 2.

13. Entre otras, SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2; 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 128/2009, de 1 de junio, FJ 4; y 75/2011, de 19 de mayo, FJ 5.

14. Vid, STC 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5, aplicando doctrina precedente.

No cabe duda de que el diseño de un modelo constitucional abierto de Seguridad Social permite la adaptación del sistema a las concretas necesidades de la sociedad a la que se aplica, y aunque en un principio tal indefinición no estuvo exenta de críticas, se ha mostrado con el tiempo más que como un defecto como una virtud, al permitir la adecuación del sistema de protección social a las nuevas realidades<sup>15</sup>. Así ha ocurrido, por poner un ejemplo, respecto a los cambios operados en instituciones jurídicas como el matrimonio y la familia, que han conllevado la modificación de las pensiones de viudedad para proteger realidades nuevas como las uniones de hecho y las parejas entre personas del mismo sexo. El art. 41 CE, como ha declarado el Tribunal Constitucional, hace factible la “evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar” (SSTC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5; 197/2003, de 30 de octubre, FJ 4; y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3). No en vano, el propio legislador calificó ese precepto como un “punto de partida”, en la medida en que debe regir cualquier actuación en materia de Seguridad Social, y como un “punto de llegada”, al ser considerado como la culminación de un proceso evolutivo que comenzó con los “seguros sociales” y que tiene como ideal la consecución de una cobertura social de carácter «universal», que alcance a todos los ciudadanos y de forma suficiente, cubriendo sus situaciones de necesidad<sup>16</sup>.

Pues bien, si como decimos nos encontramos ante un modelo constitucionalmente abierto de Seguridad Social, que debe ser configurado por el legislador a la vista de las circunstancias concurrentes y de los recursos disponibles, la siguiente pregunta que surge es hasta dónde llega esa libertad de configuración. Está claro que tal libertad no es absoluta, pues el legislador habrá de respetar el contenido mínimo que se deriva del art. 41 CE, precepto que establece un reducto indisponible al contemplar los rasgos que hacen reconocible el modelo de Seguridad Social diseñado por el constituyente, no permitiendo, por consiguiente, alteraciones que lo desnaturalicen. En tal sentido, la doctrina constitucional ha destacado que ese precepto:

- 1º) Concibe la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad como una «*función del Estado*», rompiéndose de este modo, la tradicional correspondencia entre “prescripción-cotización” propia de los seguros privados. La función protectora ha de ser, por tanto, de «titularidad estatal»<sup>17</sup>, siendo considerado como un «principio rector de la política social y económica» la obligación de los poderes públicos de mantener un «sistema

---

15. Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER., M., “La configuración constitucional de la Seguridad Social”, Relaciones Laborales, nº 6, Año XXIV, pág. 69.

16. Vid., Informe de la ponencia en el seno de la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados sobre la reforma económica de la Seguridad Social, de 30 de marzo de 1995 (número de expediente núm. 154/000004.”Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie: E: Otros textos, núm. 134, 12 de abril de 1995, pág. 5).

17. Vid., SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3.

público de Seguridad Social»<sup>18</sup>. Por ello, el precepto deberá «informar» la legislación positiva, la práctica judicial y las actuaciones de los poderes públicos, pudiendo ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE).

- 2º) Consagra ese régimen público de Seguridad Social como una “*garantía institucional*”, obligando al mantenimiento de un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En suma, ha de ser preservado por el legislador “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”<sup>19</sup>. Por lo tanto, lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social, esto es, el mantenimiento de una acción protectora que sea:
- a) *Pública*, en tanto función estatal y no privada. El Estado, en consecuencia, es el único titular de los recursos, obligaciones y prestaciones de la Seguridad Social (principios de solidaridad financiera y de unidad de caja), sin perjuicio de que dicho carácter público del sistema “no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”<sup>20</sup>.
  - b) *Unitaria*, en tanto que se trata de un sistema de protección único para todo el Estado, con el que se garantice la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1ª CE).
  - c) *Universal* (tanto subjetiva como objetivamente), al estar encaminada a la protección de toda la población y respecto de todas las prestaciones, con lo que la Constitución supera el precedente sistema de cobertura «contributiva» basado en la noción de «riesgo o contingencia». Que sea universal, de otra parte, no impide que el sistema mantenga una especial protección de los trabajadores frente a los riesgos profesionales.

---

18. Adviértase que la Constitución Española no declara expresamente un “derecho” de los ciudadanos a la Seguridad Social, salvo en el caso de los presos en el art. 25.2 CE, al establecer que el condenado a penas de prisión que estuviere cumpliendo la misma “*tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social*”.

19. SSTC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4; y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3.

20. STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4.

- d) *Suficiente*, en tanto que debe procurar el bienestar social mediante prestaciones adecuadas y acordes con la dignidad de la persona. La suficiencia no puede valorarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar recursos económicos limitados con los que hay que atender a un gran número de necesidades sociales.

Además, el art. 41 CE advierte que el sistema es susceptible de ser complementado libremente, permitiendo que coexistan con él “asistencia y prestaciones complementarias” (como puede ser el caso de los mutualismos de previsión social, mejoras voluntarias de Seguridad Social o planes de pensiones), que se basan en la autonomía de la voluntad y se financian con fondos privados<sup>21</sup>.

Llegados a este punto, cabe asimismo preguntarse si alcanzado un determinado nivel prestacional al desarrollar el legislador el mandato del art. 41 CE (y preceptos conexos), el mismo se consagra y es irreversible (pudiendo ser mejorado, pero no recortado), o si, por el contrario, es posible una regresión de los derechos reconocidos en un momento dado. El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto que, dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución consagra, “debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2; y 98/1983, de 15 de noviembre, FJ 2). La “regresión de derechos”, en suma, no es posible sin que exista una “razón suficiente” para ello, lo que conduce a afirmar que es posible la reversibilidad cuando existan causas de peso que la justifiquen (por ejemplo, una especial coyuntura económica), y que permitan descartar que la decisión involutiva en la protección social no es arbitraria o irrazonable dadas las circunstancias concurrentes. Así lo ha apreciado el Tribunal Constitucional recientemente, por ejemplo, en su STC 49/2015, de 5 de marzo, al considerar constitucional la norma que dejó sin efecto la actualización de las pensiones para el ejercicio 2012, sobre la base de que la remisión en ella realizada a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para proceder a la actualización de las pensiones suponía reconocer al legislador un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización, en función de las posibilidades económicas del Sistema. Se recuerda de este modo, una vez más, que son las circunstancias socio-económicas las que condicionan la adecuación y actualización de nuestro sistema de pensiones<sup>22</sup>.

---

21. Vid., STC 208/1988, de 10 de noviembre, FJ 4.

22. Vid., también STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5.

## 2. Otros preceptos constitucionales relacionados con el art. 41 CE

### a) *La protección social de determinados colectivos (arts. 39, 42, y 50 CE)*

Aun teniendo el art. 41 CE un papel destacado en esta materia, existen otros preceptos constitucionales relacionados con él, también principios rectores, de obligada mención. Ciertamente, la Constitución no sólo encomienda a los poderes públicos en términos generales la protección social de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad, sino, en particular, requiere una especial atención a los colectivos más vulnerables, como la «familia», exigiendo su «protección social, económica y jurídica» y los «hijos», con independencia de su filiación (art. 39 CE); los trabajadores españoles «emigrantes», mediante la salvaguardia de sus «derechos económicos y sociales» y el favorecimiento de su retorno a nuestro país (art. 42 CE); los «disminuidos» (físicos, psíquicos y sensoriales), por medio de una «política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» (art. 49 CE); y, en fin, y particularmente, los ciudadanos de la «tercera edad» (art. 50 CE), debiéndose procurar su «suficiencia económica», el disfrute de «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas», y su «bienestar mediante un sistema de servicios sociales» que atienda a sus problemas específicos (salud, vivienda, cultura y ocio).

### b) *La protección de la salud (art. 43 CE)*

Otro precepto relacionado estrechamente con el art. 41 CE es el art. 43 CE en el que se reconoce “el derecho a la protección de la salud” y se precisa que compete a los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, siendo la ley la que establecerá “los derechos y deberes de todos al respecto”. Que se dediquen dos preceptos distintos relativos a la protección de la Seguridad Social y a la protección de la salud es indicativo de que el constituyente ha querido que nuestro Texto Fundamental asuma “una posición neutral” en esta cuestión<sup>23</sup>. De esta manera, “la Constitución se mantiene abierta a cualquier organización posible del sistema sanitario público, siempre y cuando se garantice adecuadamente la protección de la salud de los ciudadanos”<sup>24</sup>. Dentro de ese margen de configuración que le corresponde al legislador, se ha optado por un “modelo de sanidad integral, configurado por un sistema sanitario público, el

23. En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E., «Comentario al art. 43 de la Constitución», en *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, Edersa, tomo IV, Madrid, 1984, pág. 167.

24. Vid., LOSADA GONZÁLEZ, H., “Algunas reflexiones sobre el modelo constitucional de seguridad social”, en *La Constitución española de 1978 en su XXV Aniversario*, Ed. Bosch y CIEP, Barcelona, 2003, pág. 1092.

Sistema Nacional de Salud, desgajado del Sistema de Seguridad Social”, siendo financiado, desde los Presupuestos Generales del Estado de 1999, a través de la imposición general y no por medio de cotizaciones a la Seguridad Social (excepto en lo que se refiere a la asistencia prestada en la cobertura de riesgos profesionales)<sup>25</sup>.

*c) La participación en la gestión de la Seguridad Social (art. 129.1 CE)*

Dentro del Título VII de la Constitución Española, dedicado a «Economía y Hacienda», el art. 129.1 CE prevé la posibilidad de que los interesados “participen en la Seguridad Social” dejando a la ley<sup>26</sup> la determinación de las formas en las que pueda llevarse a cabo tal participación. Tal previsión constitucional abre la puerta a que, por ejemplo, sindicatos y asociaciones empresariales puedan intervenir en el control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social.

*d) La distribución competencial sobre la materia (arts. 149.1.16<sup>a</sup> y 149.1.17<sup>a</sup> CE; art. 148.1.20<sup>a</sup> CE)*

El art. 41 CE al que ya nos hemos referido, que impone el mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social a los poderes públicos, es un precepto “neutro” desde el punto de vista de atribución competencial, pues no distribuye competencia en esa materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (SSTC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5; y 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 2). Es el Título VIII de la Constitución, relativo a la organización territorial del Estado, el que al efectuar el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, tras señalar en el art. 149.1.16<sup>a</sup> que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia de sanidad (bases y coordinación general de la sanidad, sanidad exterior, y legislación sobre productos farmacéuticos), dispone en el art. 149.1.17<sup>a</sup> CE que también la tiene sobre la “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”. Con tales previsiones se garantiza la “igualdad” de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1<sup>a</sup> de la Constitución), pues se impide la diversidad de políticas territoriales en cada una de las Comunidades Autónomas en tales materias (STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3).

---

25. Op., cit., pág. 1093.

26. Vid., art. 60, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Adviértase, en primer lugar, que, a diferencia de lo que ocurre con la «legislación laboral» atribuida en exclusiva al Estado (art. 149.1.7ª CE), en materia de Seguridad Social sólo se reserva al mismo la legislación básica, por lo que las Comunidades Autónomas pueden tener competencias legislativas siempre que no afecten a lo básico. La doctrina constitucional ha definido qué ha de entenderse por «legislación básica». En términos generales, ha considerado que se incardina dentro de las bases o legislación básica de una materia el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1993), “dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad” (STC 291/2005, de 10 de noviembre, FJ 7). Son así normas básicas las relativas a los “principios o criterios básicos” (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1), a las ordenaciones de carácter fundamental y general sobre la materia. Trasladando lo dicho a la materia de Seguridad Social, cabe considerar que quedan dentro de la misma, y por tanto de la competencia estatal, la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, esto es, el campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, y la acción protectora (STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 8).

En segundo lugar, la exclusividad estatal sobre el «régimen económico» de la Seguridad Social supone la “unidad presupuestaria” del sistema, esto es, la titularidad estatal de todos los fondos de Seguridad Social sobre la base de los principios de «caja única» y de «solidaridad financiera». El Tribunal Constitucional ha entendido al respecto que el art. 149.1.17ª CE hace en esa materia una atribución de competencia en bloque, no distinguiendo entre facultades normativas y ejecutivas. En otras palabras, el Estado no sólo tiene potestades normativas al respecto sino que también goza de una disponibilidad directa sobre esos fondos. La Tesorería General es el único ente titular de los recursos financieros del sistema y el único que, en consecuencia, puede distribuirlos. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas no podrán asumir competencias de gestión del régimen económico de la Seguridad Social que puedan comprometer la unidad del sistema, perturbar su funcionamiento económico “uniforme”, cuestionar la titularidad estatal de los recursos o engendrar desigualdades entre los ciudadanos en cuanto a sus derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social<sup>27</sup>.

Finalmente, en cuanto a la distribución competencial en la materia no podemos terminar sin referirnos al art. 148.1.20ª CE, que permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de «asistencia social». El Tribunal Constitucional ha recordado en varias

---

27. En tal sentido, entre otras, SSTC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3; 195/1996, de 28 de febrero, FJ 7; y 33/2014, de 27 de febrero, FJ 5.

ocasiones que existe, de un lado, una «asistencia social externa» al sistema de Seguridad Social, a la que ha de entenderse hecha la remisión del citado art. 148.1.20ª CE, que constituye un mecanismo para la tutela de grupos a los que no alcanza aquel sistema, y que se financia al margen de toda obligación contributiva<sup>28</sup>; y, de otro lado, una «asistencia social interna» al sistema de Seguridad Social, sujeta al reparto competencial derivado del art. 149.1.17 CE. Sin embargo, esta última posibilidad no puede menoscabar las competencias autonómicas sobre asistencia social. La intervención tanto estatal como autonómica en este concreto ámbito asistencial deriva en no pocos desencuentros de tipo competencial, en los que el Tribunal Constitucional ha de clarificar, caso por caso, si determinadas prestaciones han de ser o no calificadas como «asistencia social»<sup>29</sup>.

#### IV. El actual diseño legal del sistema de la Seguridad Social en desarrollo de las directrices constitucionales

El sistema de Seguridad Social de España experimentó una importante evolución con la llegada de la democracia y la promulgación de la Constitución de 1978. Para cumplir con las directrices marcadas en la Constitución en materia de Seguridad Social, el legislador afrontó, entre otros, algunos cambios que conviene destacar:

- 1º) La *reforma institucional* de la gestión de la Seguridad Social, concentrándola en su momento en cuatro entidades gestoras<sup>30</sup>, y permitiendo la participación en aquella de los agentes sociales;
- 2º) La creación, junto al nivel contributivo (basado en la actividad profesional del beneficiario y de sus aportaciones económicas al sistema), de un *nuevo nivel de protección «no contributivo o asistencial»*, que tiene como objetivo suplir la carencia de rentas de subsistencia de cualquier ciudadano<sup>31</sup>, respondiendo de forma «universal y solidaria» a las necesidades individuales frente a situaciones que se considera que deben ser protegidas;

---

28. Entre otras, SSTC 171/1998, de 23 de junio, FJ 3; 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5; 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 4; y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4.

29. Conforme a los criterios antes apuntados, el Tribunal Constitucional ha incluido, entre otros, en la materia de “asistencia social”: la renta básica de emancipación (SSTC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 5; 72/2012, 73/2012 y 77/2012, de 16 de abril, FJ 3); subvenciones para favorecer la inclusión de las personas mayores, personas con discapacidad, familia, infancia, pueblo gitano y voluntariado (STC 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 4); y, en fin, subvenciones públicas para la integración de los inmigrantes (STC 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 4; y 78/2014, de 28 de mayo, FJ 5).

30. Con posterioridad, la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, en la que se integrarán determinadas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

31. Tal cambio se produjo con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

3º) La modificación de la *financiación*, diversificándose según el nivel de protección dispensada: en el contributivo, a través de cotizaciones; en el asistencial, vía Presupuestos Generales del Estado. El sistema de Seguridad Social se rige por el principio de «solidaridad», tanto entre generaciones (las generaciones jóvenes cotizan para que se financien las prestaciones de mayores o necesitados), como entre territorios (las cotizaciones recaudadas en todo el territorio español pasan a la caja única de la Seguridad Social para financiar las prestaciones en “todo” el Estado).

La constitucionalización de la Seguridad Social ha conllevado, por tanto, una ampliación del *ámbito de cobertura en la protección social*, contribuyendo a la consolidación de nuestro Estado de Bienestar. Así, junto a las prestaciones reconocidas en el nivel contributivo a trabajadores y sus beneficiarios (pensiones de jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y a favor de familiares; de maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, riesgo durante la lactancia, y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; prestaciones de desempleo y prestaciones económicas temporales por contingencias comunes y profesionales), existen otras reconocidas con carácter universal a todos los ciudadanos que cumplan con los requisitos exigidos en la ley, y que, dentro del sistema de Seguridad Social o próximas a él, son: fundamentalmente, la asistencia sanitaria, los servicios sociales, las pensiones o prestaciones no contributivas de vejez, invalidez, desempleo y maternidad, las prestaciones por nacimiento de hijo o adopción y las reconocidas a las familias vulnerables, y, en fin, las prestaciones del sistema de dependencia.

Traduciendo a cifras tal protección, resulta indicativo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social es el que más gasta de los Presupuestos Generales del Estado con la asignación de 22.421 millones de euros para 2015, siendo la mayor parte de esa cantidad transferida al Servicio Público de Empleo para poder afrontar el pago de las prestaciones por desempleo. En concreto, se encuentran afiliados al sistema de Seguridad Social español a fecha del mes de marzo de 2015 un total de 16.832.801 personas, siendo el gasto en pensiones contributivas (esto es, que se financian con cotizaciones sociales) la partida más importante de las Cuentas del Estado, ascendiendo a un total de 115.669 millones de euros (un 10,6% del PIB). Por su parte, las pensiones no contributivas (esto es, con cargo a los impuestos) alcanzan la cifra de 2.242 millones de euros.

Aun cuando desde la aprobación de la Constitución Española de 1978 se han ido incrementado los recursos financieros destinados a la protección social y se ha ampliado sustancialmente la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, aún no se han logrado alcanzar los niveles medios de gasto en protección social de los países de nuestro mismo nivel socioeco-

nómico. El porcentaje empleado en pensiones en España está por debajo de la media de la Unión Europea en tanto que supone el 10,10% del PIB, frente al 13,38% de la media europea<sup>32</sup>. No obstante, no puede dejar de resaltarse el progreso de la protección social en España desde 1978, y destacarse las distintas medidas llevadas a cabo destinadas a la mejora del nivel prestacional, sobre todo, aquellas adoptadas con la finalidad de facilitar una jubilación gradual y flexible, las encaminadas al logro de la igualdad entre sexos en el reconocimiento de derechos prestacionales, y las que han tenido como finalidad la mejora de la protección de la familia y de la conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

## V. Sobre la judicialización de los derechos de Seguridad Social y el papel del Tribunal Constitucional en su tutela

Hemos de referirnos en este momento al papel que en el reconocimiento de los derechos de Seguridad Social pueden jugar los jueces y tribunales, y en especial, el Tribunal Constitucional.

Debemos comenzar cuestionándonos si del modelo de Seguridad Social diseñado en la Constitución Española se deriva un derecho subjetivo que resulte justiciable, o en otras palabras, si el ciudadano –en su calidad de destinatario de la protección social que impone el precepto a los poderes públicos– puede o no accionar judicialmente frente al Estado por el incumplimiento de ese deber público<sup>33</sup>. Es preciso tener presente que nos movemos en el campo de los «principios rectores» de la política social y económica, y que el deber del mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social que atienda de forma suficiente a las necesidades de la población, como tal principio rector, informará “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE), pero sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). Esta previsión implica que, en tanto principio rector, el art. 41 CE no genera por sí mismo derechos de Seguridad Social “judicialmente actuables”, careciendo de “las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales”<sup>34</sup>. Ahora bien, como todo principio rector, el art. 41 CE impone un mandato de realización

---

32. Datos oficiales de la Secretaría de Estado de Seguridad Social ([www.seg-soc.es](http://www.seg-soc.es)) y del Instituto Nacional de Estadística ([www.ine.es](http://www.ine.es)).

33. Sobre este tema, vid., HERRERO LÓPEZ, J., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Lex social*, Revista de los Derechos Sociales, núm. 1/2011, págs. 88 y 89; y PISARELLO, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidad y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

34. SSTC 36/1991, de 14 de febrero FJ 5; 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13.

dirigido a los poderes públicos, incluido el legislativo, que de este modo queda obligado a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar su cumplimiento<sup>35</sup>, y que se traducirá en el reconocimiento legal de derechos de Seguridad Social, dotados del contenido y alcance que en cada momento determine el legislador conforme a la realidad económica subyacente, y que adquirirán entonces, tras la previa intermediación legislativa, la condición de derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales ordinarios.

El que se trate de derechos de configuración legal también va a afectar de forma decisiva al control que sobre los mismos pueda realizarse por el Tribunal Constitucional. En efecto, de un lado, nos encontramos con que los derechos de Seguridad Social no son derechos cuya lesión se pueda invocar a través del recurso de amparo, en tanto que este último se constriñe (art. 53.2 CE) a la tutela de los derechos reconocidos en los arts. 14, en la sección primera del capítulo segundo (arts. 15 a 29 CE), y en el art. 30.2 CE (derecho a la objeción de conciencia). Esto no quita que puedan ser protegidos, siquiera por vía indirecta, a través de su conexión con derechos que puedan ser alegados en el recurso de amparo, de tal modo que estos últimos sean interpretados a la luz del mandato de protección que el principio rector dirige a los poderes públicos<sup>36</sup>. El derecho fundamental se ve, así, reforzado a través de la invocación del principio rector implicado, al estar en juego, además del derecho subjetivo, un bien constitucionalmente relevante.

En procesos constitucionales como los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, y conflictos de competencia, también se invoca con frecuencia la infracción de los principios rectores de la política social y económica (normalmente, en conexión con otros preceptos constitucionales). Es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada «inconstitucional por omisión», por no haber desarrollado un derecho social de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 CE<sup>37</sup>. Ciertamente, no hay que olvidar que es al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales subyacentes, le corresponde decidir acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales. Por ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que los principios rectores serán utilizados como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de «acciones positivas» del legislador, cuando estas se plasmen en una norma de notable incidencia sobre el bien o valor constitucionalmente protegido (STC 45/1989, de 20 de febrero FJ 4).

35. STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3.

36. Vid., entre otras, SSTC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 5; y 208/2013 de 16 de diciembre, FFJJ 5 y 6.

37. Ello sin perjuicio de posibles declaraciones de inconstitucionalidad por omisión derivadas del desarrollo legal del principio rector en conexión con los derechos fundamentales: por ejemplo, es el caso de la STC 142/1990, de 20 de septiembre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la norma enjuiciada, por emplear el término “viudas”, con exclusión de los “viudos”, en el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.

El control constitucional que se realice en la materia no puede obviar, pues, el amplio margen de libertad que tiene el legislador para configurar el sistema de Seguridad Social, y no debe interferir en su ordenación legal “con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema” (STC 194/2004, de 20 de septiembre, FJ 5). Cada norma de Seguridad Social representa una «opción legislativa» diferente (un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento), respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su presunción de constitucionalidad (SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3; y 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). En suma, el Tribunal Constitucional no puede interferir en el margen de apreciación que corresponde al legislador en la determinación de nuestro Sistema de Seguridad Social, ni examinar la oportunidad de la medida legal adoptada para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente comprobar si la misma es plenamente irrazonable o carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza en ejercicio de su libertad de opción (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11).

## VI. El principio de igualdad en el modelo constitucional de Seguridad Social

No cabe duda de la trascendencia que el principio de igualdad (art. 14 CE) tiene en la conformación de todo «Estado social y democrático de Derecho». Con base al mismo, la Constitución Española confiere al Estado competencias exclusivas «para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales» (art. 149.1.1 CE).

El principio de igualdad en materia de Seguridad Social tiene una indiscutible conexión con el «principio de universalidad». El art. 41 CE garantiza la protección social pública a “todos los ciudadanos”, sin hacer distinciones, por lo que a todas las personas, en principio, ha de alcanzar la referida tutela. Los poderes públicos han de remover, por consiguiente, los obstáculos que impidan o dificulten dicha igualdad, y habrán de realizar las acciones positivas precisas para nivelar, en la medida en que los recursos económicos lo permitan, las no pocas situaciones de desigualdad social.

Con base a ese principio de igualdad (y no discriminación) se han resuelto por el Tribunal Constitucional numerosas controversias sobre cuestiones atinentes a la materia de la Seguridad Social. Es doctrina constitucional reiterada que la articulación del sistema de Seguridad Social española en un Régimen General (en el que se integran los trabajadores por cuenta

ajena y asimilados) y en diversos Regímenes Especiales (de Trabajadores Autónomos, de la Minería del Carbón, de Trabajadores del Mar, de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia) no contra- viene el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, al estar justificada esa división en regímenes por peculiaridades históricas, socioeconómicas, laborales y productivas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero “cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico”. Por consiguiente, la comparación de distintos regímenes de Seguridad Social no es posible al no constituir términos de comparación homogéneos, siendo claras las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre los trabajadores incluidos en unos y otros<sup>38</sup>. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no ha descartado que, aun tratándose de la comparación entre personas ubicadas en distinto Régimen de la Seguridad Social, pudiera darse una diferencia de trato inconstitucional cuando tal diferencia esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2)<sup>39</sup>.

En cualquier caso, cuando se aducen diferencias de trato en materia de Seguridad Social, hay que tener presente, una vez más, que al Tribunal Constitucional no le corresponde valorar la oportunidad del criterio adoptado por el legislador, sino únicamente comprobar si el trato diferenciado es “razonable” y “justificado” y no depara unas consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida<sup>40</sup>. El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato en materia de Seguridad Social, sino aquella en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Se hace preciso, en suma, que la relación entre la medida legislativa adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos<sup>41</sup>.

De esta manera, con base en ese canon de control constitucional limitado, el Tribunal Constitucional ha considerado contrario a la Constitución, entre otras cosas, la inembargabilidad absoluta de sueldos y pensiones sin valorar su cuantía, origen y circunstancias personales de los perceptores (STC 113/1989, de 22 de junio)<sup>42</sup>; la exigencia a los hijos adoptivos de condi-

38. Vid., SSTC 189/1987, de 24 de noviembre; 173/1988, de 3 de octubre; y 39/1992, de 9 de marzo, rechazando la comparación entre el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

39. En igual sentido, SSTC 128/2009, de 1 de junio, FJ 4; 75/2011, de 19 de mayo, FJ 5; 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3; y 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5.

40. En tal sentido, SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFIJ 9 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 165/2009, de 2 de julio, FJ 4.

41. Vid., STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ 5.

42. Esa sentencia fue seguida de las SSTC 113/1989, de 22 de junio; y 158/1993, de 6 de mayo.

cionamientos adicionales para ser beneficiarios de la pensión de orfandad (SSTC 46/1999, de 22 de marzo, y 200/2001, de 4 de octubre); la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del periodo de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas (STC 253/2004, de 22 de diciembre)<sup>43</sup>; la exigencia del requisito de existencia de “hijos en común” para acceder a la pensión de viudedad en supuestos especiales, al suponer una discriminación por causa de orientación sexual, al no poderse cumplir por parejas del mismo sexo, y también por producir una desigualdad de trato para parejas de distinto sexo que sean infértiles (STC 41/2013, de 14 de febrero)<sup>44</sup>; o, en fin, la existencia de distintos requisitos de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en función de su lugar de residencia (STC 40/2014, de 11 de marzo)<sup>45</sup>.

Por el contrario, ha negado que resultase contrario a la Constitución el establecimiento de jubilaciones forzosas, tanto legal (STC 22/1981, de 2 de julio) como por negociación colectiva (STC 58/1985, de 30 de abril), cuando el cese conlleve la percepción de una pensión de jubilación y quede vinculada la decisión a la política de empleo; la denegación de la pensión de orfandad al adoptado simple, en tanto que es la adopción plena la que se equipara a la filiación (STC 33/1983, de 4 de mayo); la utilización de la edad como criterio diferenciador para otorgar un incremento en la pensión de invalidez (STC 137/1987, de 22 de julio); la exigencia del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad antes de que el legislador extendiese en el año 2007 el derecho a las parejas de hecho, sobre la base de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (STC 184/1990, de 15 de noviembre)<sup>46</sup>; la división de la pensión de viudedad prorratea temporis entre distintos beneficiarios en casos de separación y divorcio (STC 186/2004, de 2 de noviembre); o, en suma, la denegación de la pensión de viudedad a miembro de pareja homosexual por la inexistencia de vínculo matrimonial antes de que fuera legalmente posible el matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 92/2014, de 10 de junio).

---

43. Sentencia seguida de las SSTC 49/2005, de 14 de marzo; 50/2005, de 14 de marzo; y 61/2013, de 14 de marzo.

44. En el mismo sentido, vid., STC 188/2014, de 17 de noviembre.

45. En igual sentido, SSTC 44/45 y 51/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo.

46. Doctrina reiterada en SSTC 29/1991, de 9 de marzo; 30/1991, 31/1991 y 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; y 66/1994, de 28 de febrero.



*Publicado en “Revista de derecho laboral  
y seguridad social” n° 14 Abeledo y Perrot*

# Caracteres constitucionales del derecho a la Seguridad Social<sup>1</sup>

---

Mario Paganini<sup>2</sup>

---

---

1. Abogado, Secretario Académico del Consejo Federal de Previsión Social (COFEPRES) y Asesor externo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Santa Fe de la Rep. De Argentina. Actual secretario académico del Consejo Federal de Previsión social (COFEPRES) de la Rep. Argentina. Actual asesor externo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Santa Fe, Rep. Argentina.

2. Primera versión en Julio de 1990 “JURIS”.

*La intención de este artículo es destacar, desde un punto de vista analítico aunque no totalmente puro, las características de los derechos a la seguridad social que lo incluyen dentro del concepto de derechos fundamentales.*

- I. En la Argentina, los derechos sociales adquirieron carácter constitucional con la reforma de 1957<sup>3</sup>. Su art. 14 bis dice que el Estado (E) otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable.

Como toda norma constitucional, es una regla que contiene principios<sup>4</sup>, sin discutir su calidad prescriptiva porque aún en el caso que se la considere programática o directiva, regula conductas que deben cumplirse<sup>5</sup>. Generalmente son categóricas<sup>6</sup> o téticas<sup>7</sup> porque su condición de aplicación es su propio contenido o porque no poseen un supuesto de hecho jurídico (aunque políticamente lo tengan<sup>8</sup>). Se constituyen así como las razones o justificaciones de las normas de menor jerarquía, que serán desarrollos de los contenidos de los principios.

Esto no es ninguna trivialidad sino que es fundamental. Las formas de gobierno, que también son definidas por las constituciones, podrán decidir lo que consideren conveniente y oportuno según los procedimientos establecidos pero sus disposiciones no pueden violar los contenidos de las normas constitucionales. Esto se traslada al control constitucional de la legislación y la administración.

En ese marco intentamos pensar lo que podría entenderse de la redacción del art. 14 bis de la Constitución Nacional (CN)

3. En un primer tiempo las constituciones fueron reservas o vallas de los individuos frente al poder del estado. La secularización de la sociedad con la rev. Francesa llevó a la igualdad garantizada. Aunque en dicha revolución hubo iniciativas de protecciones sociales, fue principalmente después de la 2da. Guerra mundial que las constituciones fueron incluyendo los derechos sociales. Esta distinción no quiere decir que los derechos sociales no sean barreras frente al poder.

4. ZAGREBELSKY, G “El derecho dúctil”, Trotta Madrid 1999, p.111. GUASTINI, R.- “Teoría e ideología de la interpretación constitucional” - Edit. Minima Trotta – Madrid, p. 10.

5. Por lo menos lo es en nuestra constitución porque el artículo expresamente manda que “...otorgará los beneficios...” . Por consiguiente es una prescripción que contiene un deber ser y no una descripción.

6. ARANGO, R. “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Legis, Colombia, 2005, p. 132.

7. FERRAJOLI, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid 2001 Tética: puesta, afirmada, no derivada como efecto de actos negociables o de actos ilícitos. “téticas...cualquier norma que atribuya inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos”; hipotéticas: “cualquier norma que predisponga situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis”.

8. Sin dudas que dichas normas tienen supuestos políticos ya que se establecen con motivo de la coexistencia en sociedad que se organiza de acuerdo a algún criterio o idea de lo que se piensa ser en comunidad.

II. Obligación del Estado. En primer lugar lo dispuesto es un deber u obligación positiva (de hacer) y no negativa (de no hacer; en todo caso por la negativa sería que tiene prohibido no hacer) del E. Por tanto, el E tendrá que dictar la legislación adecuada y organizar la administración competente para su cumplimiento (art. 14 bis: "...la ley establecerá..."). Es una prescripción y no sólo una directiva de manera que si el E no lo hace habría una omisión<sup>9</sup> de sus obligaciones. Considerarlo de esta manera es importante por la alteridad del derecho que se verá más adelante.

Podría objetarse que diga que "... otorgará los beneficios..." ya que esa expresión tiene el matiz de la concesión de algún favor o ayuda. No obstante puede suponerse que lo hace de esa manera porque entiende que la asistencia social es una parte de la seguridad social (SS)<sup>10</sup>. Los convencionales del 1957 no mencionaron la asistencia social sino que se limitaron a decir que "...la seguridad social es una cosa y los seguros sociales es otra.. (Giordano Echegoyen). Por su parte, el convencional Jaureguiberry afirmó que "... La seguridad social comprende tanto el seguro como la previsión" haciendo una distinción discutible. Tal vez hubiera sido más correcto disponer que el E garantizará o instituirá los derechos de la SS (propuesta rechazada de Ghioldi) porque de esa forma estaría más claro que es un derecho<sup>11</sup>.

En los convencionales parece que había cierta confusión entre SS, seguros sociales y previsión y no se mencionaba la asistencia social. También había ambigüedad entre la SS y sus instrumentos y modos. Si unos decían que los seguros sociales eran modos de la SS otros sostenían que eran instrumentos y había quiénes opinaban que eran cosas distintas o que tenían identidades diferentes. Aún hoy, para algunos, persiste la confusión cuando definen la SS como el conjunto de instituciones o instrumentos para cubrir las contingencias sociales. La SS no son los instrumentos sino que es una política originada en la incerteza o insuficiencia del ingreso por las vicisitudes de la vida y no solamente por los riesgos originados en el mercado de trabajo. El derecho de la seguridad social recoge el fin que es el bienestar mientras que los recursos, instrumentos y modos, son sus medios.

---

9. FERRAJOLI, L. "Derechos y garantías" Trotta, Madrid 1999, P. 25.

10. El término puede incluir al seguro social, a la asistencia social, a los regímenes de prestaciones mutuales, a los fondos de previsión y a otros sistemas, de conformidad con la legislación y práctica de cada país.

11. Vale la crítica que hace FERRAJOLI, L. ("ob.cit.", 2001, p. 50): "... El desarrollo del Welfare State en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos...". Más correcta es la Constitución de Santa Fe que (art.21) "Instituye un sistema de seguridad social..."

### III. Naturaleza del derecho. El artículo tiene referencias de forma y contenido que es conveniente pensarlas.

Es cierto que los derechos sociales ingresaron en las constituciones debido a la materialización<sup>12</sup> del derecho<sup>13</sup>. De esa manera los derechos sociales, en los que se incluye la SS, son derechos fundamentales<sup>14</sup> aunque con la importante función de ser condicionantes de los derechos personales o los que posibilitan la realización de los derechos individuales<sup>15</sup>. Pero nuestro propósito es darle un fundamentación analítica porque de esa manera se puede encontrar la lógica de la estructura positiva de los derechos sociales.

Los derechos fundamentales tienen las siguientes características<sup>16</sup>: a- universalidad, en sentido lógico de cuantificación de la clase de sujetos; b- son normas generales y abstractas: como ya se dijo, téticas en oposición a hipotéticas; c- indisponibles e inalienables; por tanto, sustraídos al intercambio mercantil y a la decisión del legislador ordinario. Si los derechos sociales son fundamentales, participan de esas características y si bien el art. 14 bis no las menciona, es posible deducirlas de la integralidad e irrenunciabilidad.

La conectiva “e” significa que integralidad e irrenunciabilidad, son notas conjuntas de la SS. Visto gramaticalmente, integralidad e irrenunciabilidad están en singular y los beneficios en plural; por lo tanto, estarían refiriéndose a la SS en su totalidad como una entidad única y no a los beneficios que son varios según la contingencia social que cubran<sup>17</sup>. Así lo da a entender

12. FERRAJOLI, L. - “Un debate sobre el constitucionalismo” - Edit. Marcial Pons – Madrid, p. 168 - “...el cambio del “paradigma” respecto del llamado viejo positivismo es afirmar que en el constitucionalismo garantista se somete la producción normativa a normas no sólo formales sino también materiales del Derecho positivo. ...se “positiviza” no sólo el “ser”, sino también el “deber ser” del Derecho. El Derecho ahora ve reguladas no sólo las “formas” (“como en el viejo paradigma formalista del paleo-positivismo”), sino también los “contenidos”, mediante los límites y vínculos que le impone el paradigma constitucional”. ERIKSSON, Lars, “Tendencias conflictivas en el derecho moderno”, en Aarnio Aulis, “La normatividad del derecho”, Gedisa, Barcelona 1997. P. 114. HABERMAS, J. “Facticidad y validez”, Trotta, Madrid 1998. P. 485. TEUBNER, Gunther. “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, en Bourdieu, Pierre y Teubner Gunther, “La fuerza del derecho”, Uniaandes, Bogotá, 2000 p.84; 99.

13. Maurizio Fioravanti - “Constitución” - Edit. Trotta - Madrid - España, p. 150. Zagrebelsky, G. “El derecho dúctil”, Trotta, Madrid 1999, p. 93.

14. HABERMAS, J. “ob.cit.”, p. 189. Luigi FERRAJOLI - “ob.cit.” - Edit. Marcial Pons – Madrid, p. 357

15. DAHRENDORF, Ralf, “Oportunidades vitales”, p. 171; HERCHS, J. “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, p. 158; LO VUOLO, R. “Contra la exclusión”, p15 -HABERMAS, J. “ob.cit. 1998.p. 480; ESPADA Jao Carlos “Derechos sociales del ciudadano” Acento, Madrid 1996, 154; CASTEL R- HAROCHE, C - “Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo” - Edit. HomoSapiens - Santa Fe -Argentina, p. 19 - LAZZARATO, M - “Políticas del acontecimiento” - Edit. Tinta Limón – Argentina, p. 198 -ARANGO, R. - “El concepto de derechos sociales fundamentales” - Edit. Legis S.A. Bogotá – Colombia, p. 251 -PISARELLO, G. - “Los derechos sociales y sus garantías” - Edit. Trotta – Madrid, p. 11 -RITTER G. ““El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional”, Ministerio de Trabajo y seguridad social-España, 1991, p. 109; LUHMANN, N- “Sociología del Riesgo” - Edit. Universidad Iberoamericana – México, p. 117 -PETRUCCIANI, S - “Modelos de filosofía política” - Edit. Amorrortu - Buenos Aires Madrid, p. 134; PAGANINI, M. “Prestaciones previsionales –el 68 y no el 82%- Revista de Derecho Laboral – Actualidad 2011-2012, p. 107.

16. FERRAJOLI, L. “ob.cit.”, Trotta, Madrid 2001, 292.

17. La Constitución de Santa Fe es más clara porque dice que el sistema de seguridad tiene carácter de integral e irrenunciable.

el convencional Jaureguiberry cuando sostiene que “...aquí hemos condensado muchas fórmulas para llegar a una enunciación más simple” coincidiendo con A. Ghioldi.

IV. Integralidad. Puede tener tres entendimientos:

- a. Como ya se dijo, la comprensión de la asistencia social y los seguros sociales en la SS;
- b. Como la cobertura del conjunto de la población y en la totalidad del territorio;
- c. Como la manera de relacionar el conjunto de los seguros sociales dadas sus diferencias en cuanto a las distintas contingencias cubiertas<sup>18</sup>.

Cuando se sanciona la reforma constitucional de 1957, la SS estaba fragmentada en múltiples regímenes previsionales, de coberturas de enfermedades y accidentes. De allí se entiende que el artículo tuvo en cuenta la realidad existente ya que se refiere a los seguros sociales (en plural: art.14bis “...a cargo de entidades...”) pero dentro del marco de la SS.

1. Seguridad social y seguros sociales. Se dice “que el E. otorgará” los beneficios de la seguridad social y “en especial la ley establecerá” los seguros sociales. Si por especial se entiende lo particular, lo singular, la peculiaridad, la cualidad, el carácter o la distinción, se pueden obtener las siguientes conclusiones:
  - a) Tomando particular, singular, peculiar o distintivo como sinónimos, se podría afirmar que la ley establecerá pluralidad de regímenes.
  - b) Si es la cualidad o el carácter, posiblemente quiera decir que la seguridad social se prestará en el modo de los seguros sociales.
  - c) Si es lo destacado o lo privilegiado, significa lo preferente pero sin excluir otras maneras.

---

18. Conf. PAYÁ, F Y MARTIN YAÑEZ, MT. “ob.cit.”, p. 15 y ss.

No habría contradicciones entre las distintas interpretaciones sino diferencias de enfoques o perspectivas. Una indica la singularidad de los distintos seguros sociales, individualidad que puede diferenciarse por la ubicación territorial de los adheridos, la distinta actividad u oficios o el tipo de contingencia protegida; mientras que las otras podrían decir que de los modos de prestar la cobertura se prefiere (en iguales circunstancias de las alternativas se elige una cualquiera) el seguro social, o que esta manera goza de primacía (salvo la existencia de elementos seleccionados, siempre se elige una). Con ese entendimiento se deduce que SS y seguros sociales no se excluyen sino que una, la SS, es la mención de una materia de la política y lo otro, los seguros sociales, son modos de realizarla.

2. La discusión en la Convención Constituyente no ofrece elementos suficientes como para aclarar la cuestión. De ella se desprendería que las coberturas sociales podrían prestarse de distintas formas, siendo una el seguro social pero reconociendo la mayor amplitud de la SS. El artículo redactado por la comisión decía que “... *la ley establecerá la seguridad social integral e irrenunciable mediante el seguro social obligatorio*”. Este texto sugiere la idea que el único medio (así el secretario de la comisión y el convencional A. Ghioldi) para las coberturas es el seguro social, quedando el término SS como expresión sintética de las protecciones de las distintas carencias sociales, ratificada, según algunos (Jaureguiberry) por el calificativo integral. Pero este convencional entiende que los seguros sociales son un modo pero no el exclusivo, de prestar las coberturas, aunque los entiende como medio para llegar a la seguridad social o como parte de esta última: “*La seguridad comprende tanto el seguro como la previsión*”.
3. Si la SS estaba fragmentada, la integralidad indica que los distintos institutos deberán constituir una totalidad coordinada de coberturas. Lo integral como completo y total es lo contrario a lo parcial, defectuoso, fragmentado o insuficiente, por lo que la diversidad de hecho existente en esa época, deberá tener un modo u organización que haga a los regímenes compatibles y coherentes entre sí para la realización de algo que se considera un “bien”. Si este bien es la superación de las carencias sociales mediante las prestaciones de la SS (la Constitución llama “*beneficios de la seguridad social*”), todos los instrumentos sociales deben confluir hacia su realización. Volviendo a los convencionales, según Jaureguiberry “... *El seguro no es nada más que una parte de la seguridad...no es más que un medio para llegar a la seguridad social. La seguridad social comprende tanto el seguro como la previsión*”, “*El seguro social ..(es) un medio de protección de todas las actividades humanas*” (coincidiendo con el convencional H. Thedy).

Habría entonces una relación horizontal entre los distintos regímenes de SS y otra que vincularía a todos ellos con un objetivo público. Parece, entonces, que la integralidad es, por un lado relación de cada uno de los regímenes con los demás y, por otro, factor para la obtención del “bien” perseguido.

Por tanto, la integralidad de la SS estaría vinculada con la universalidad, es decir, de todas las actividades de protección de carencias que, sumadas, constituyen el bien recogido por la Constitución. Dicho de otro modo: todas las consecuencias sociales<sup>19</sup> de la vejez, la enfermedad, el accidente, la muerte, la desocupación, etc., deben ser coordinadas para conseguir la plenitud de la existencia humana en una determinada sociedad.

## V. Irrenunciabilidad.

1. La discusión llevada a cabo en oportunidad de la reforma constitucional de 1957, es un poco confusa. En el comienzo del artículo se dice que el E “*otorgará*” de manera que es una obligación del E. Según la alteridad del derecho, a las obligaciones le corresponden derechos, o sea, los beneficios. A éstos los califica de irrenunciables. Por lo tanto, hay una obligación del E pero también una restricción del sujeto puesto que no le está permitido el no beneficio (~ (no) “p” (permitido) ~ “x” (derecho). Pero este impedimento en la conducta del sujeto titular del derecho ¿implica una obligación del mismo a utilizarlo? Es decir, si se hace una diferenciación entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo, ¿la titularidad lleva consigo la práctica de ese deber? Que una obligación se convierta en derecho de cumplirla es imaginable (el deudor tiene el derecho de pagar, el E tiene el derecho de hacer para satisfacer su obligación de prestar servicios) pero que un derecho se convierta en un deber es más dudoso. Este interrogante se verá más adelante.
2. ¿Por qué son irrenunciables? Ferrajoli<sup>20</sup> sostiene que los derechos fundamentales son irrenunciables porque sus titulares no disponen de ellos y no pueden violarlos los poderes, tanto públicos como privados. Normativamente irrenunciable (~r) es equivalente a prohibido renunciar (phr). La renuncia es un acto por el que se desiste de algo que se tiene o se puede tener; en este caso, de una facultad o derecho. El sujeto no tiene la alternativa de elección entre tener o no tener. Como se dijo en el párrafo III son normas téticas y no hipotéticas y la obligación correspondiente se encuentra en la misma norma ya que no necesita la suposición de un hecho. Esa obligación la tiene el E que se con-

---

19. PAGANINI, M., “Concepto de contingencia social”, ZEUS, T.33, Rosario 1983.

20. FERRAJOLI, L. “Derecho y razon”, Trotta, Madrid 2004p. 861.

vierte en atribución o competencia “de hacer”. La diferencia entre el derecho del sujeto y la obligación del E en una norma tética se encuentra en que en el primero la conducta omisiva no altera el derecho mientras que en el segundo tiene consecuencias jurídicas porque al ser una obligación aparece el derecho como su contracara.

3. Analíticamente irrenunciabilidad tiene una relación biunívoca con la universalidad (si son irrenunciables son universales y si son universales son irrenunciables). Lo que ocurre es que la universalidad implica la igualdad y si alguien renunciara ya no sería igual, extinguiendo la universalidad<sup>21</sup>. Por eso se declara que son indisponibles e inalienables, tanto activa como pasivamente, limitando la esfera de lo decidible. Por tanto, al ser la SS irrenunciable es universal, como corresponde a los derechos fundamentales.

Esto no quiere decir que en la práctica los derechos se usen o no porque en los hechos el sujeto puede adoptar una conducta contraria no gestionando su jubilación u oponiéndose a intervenciones médicas por alguna razón personal, salvo que haya un interés de la salud pública. En esos casos, podría el beneficio no utilizarse por algún tiempo, pero existiría la posibilidad de ejercerlo en cualquier momento porque el derecho subsiste aunque ocasionalmente no se lo use. No hay contradicción con lo dicho anteriormente ya que el análisis del derecho se hace en dos niveles: uno es el de la dogmática jurídica en donde es correcto que se diga que se tiene el derecho y otro el de la pragmática en donde se puede actuar o no esa facultad. El titular no tiene la posibilidad de elegir o no el derecho porque dogmáticamente lo tiene pero sin embargo tiene la opción de actuarlo sin que la omisión produzca el decaimiento del derecho.

- a. El convencional Jaureguiberry confunde, por lo menos desde nuestro planteo, cuando afirma que “... *Puede haber medidas de seguridad social obligatorias que pueden ser renunciables*”... “*Una pensión o una jubilación, ambas medidas de previsión social, son obligatorias pero también son renunciables...*”. Si tomamos “medidas” como “disposiciones” haríamos referencia a “regímenes” y, si es así, nos remitiríamos a los “seguros sociales”. Pues bien, los seguros sociales serían los dispuestos en cumplimiento de la obligación del E. Estos definirían los grupos, sus titulares y las obligaciones de los adherentes. Entonces, los derechos de los sujetos titulares serían irrenunciables, ejercidos o no, pero las obligaciones emergentes de los regímenes no podrían abandonarse. Confunde aún más cuando dice “... *no enunciábamos derechos y deberes al propio tiempo porque entendíamos que los deberes eran correlativos de los derechos*”. Es cierto que por la alteridad del derecho a las obligaciones corresponden derechos y a éstos obligaciones

---

21. FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001, 31, 35, 142 .

incluso, como ya se dijo, en las normas téticas, pero unido a los párrafos anteriores mezcla dos y tal vez tres niveles distintos. En efecto: a los derechos de la SS irrenunciables les corresponden las obligaciones primarias del E de organizar las instituciones o los regímenes para satisfacerlos. Establecidas estas instituciones, que son los seguros sociales, sus derechos siguen siendo irrenunciables pero son obligatorios para sus adherentes, ahora por normas hipotéticas ya que el supuesto es “dada la situación de Tizio” tiene el deber de afiliación, sin alternativa de incumplimiento. En la forma de seguro social de la SS, irrenunciabilidad del derecho y obligación sin alternativas se corresponden. Dicho de otro modo: los seguros sociales son instituciones internas de la SS. Si es así, la SS sería lo englobante de los seguros sociales y si aquella prohíbe, lo englobado no puede permitir.

Luego vienen las obligaciones secundarias establecidas por los regímenes a los afiliados de los seguros sociales. El derecho de la norma tética se determina en la legislación que define la contingencia logrando de esa manera la individualización del derecho. Con ella surgen deberes como son las condiciones para acceder a los beneficios (edad, servicios, muerte, etc.) que constituirían el derecho de los titulares, ahora hipotéticos.

- b. La obligatoriedad de los seguros sociales reconoce una razón técnica ya que en ellos se actúa colectivamente<sup>22</sup> porque la incertidumbre de la ocurrencia de los hechos de la contingencia y, principalmente de sus consecuencias<sup>23</sup>, generalmente no pueden ser enfrentadas individualmente. Al ser obligatorios<sup>24</sup> se supera el problema de la elección adversa<sup>25</sup> evitando que los sujetos de altos ingresos con bajos riesgos no cubiertos en forma equivalente (en el seguro social<sup>26</sup> no rige la igualdad sinalagmática) puedan desafiarse. Si no fueran obligatorios, quienes tienen probabilidades de mayores carencias

---

22. SALCEDO MEGALES, D. “Elección social y desigualdad económica” “Anthropos, Barcelona 1994, p.160; SMITH, A. Teoría del bienestar”, p. 341

23. Por eso no es correcto el argumento de que la vejez no es un hecho incierto porque lo importante es la situación en que se encuentre el sujeto en ese momento cuya presunción en el largo plazo es eventual. Separar las jubilaciones y pensiones de los seguros sociales fundados en que las primeras son “previsiones” en las que no existiría “la prevención” de lo incierto o el riesgo que justifica los seguros sociales, es un error. Y lo es por dos motivos: 1- la incapacidad y la muerte son hechos inciertos que normalmente no llegan a ser cubiertos con sólo previsión; 2- también es incierta la situación en que se puede encontrar el sujeto al final de su carrera laboral. En un espacio amplio de tiempo son muchas las circunstancias que pueden ocurrir que coloquen al sujeto sin recursos.

24. ROVAGNATI, A. “Sulla Natura dei diritti social”, G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 12. La obligatoriedad viene de tan lejos como desde los últimos treinta años del 1800. Ejemplo clásico son los seguros sociales de Bismarck. DE TORRES, M, “Teoría de la política social”, Madrid s/f..p.213; EWALD, F. “L’Etat providence”, 331.

25. POSNER, R.” Análisis económico del derecho”. FCE, México 1998. 441.

26. PAGANINI, M. “Constitución nacional y la seguridad social”, Juris, Rosario, Julio de 1990. De TORRES, M, “ob.cit.”, p., 213; para este autor se diferencia de los privados por: 1- coacción; 2- pago parcial de la prima por el asegurado; 3- limitación personal; 4- carácter público asegurador. Para ALMANSA PASTOR, J.M, “Derecho de la seguridad social”, Tecno, Madrid 1977, p. 63, se caracteriza por: 1- no es a favor propio; 2- responsabilidad objetiva; 3- público obligatorio; 4- función económica social; 5- régimen para cada uno de los riesgos sociales.

comprarán seguros en grandes cantidades elevando las tasas y haría al seguro poco atractivo para quienes no sufran esas eventualidades, lo que a su vez incrementaría las tasas y muy probablemente colocaría al seguro fuera del alcance de quienes más lo necesitan<sup>27</sup>.

- VI. Nos interesaba destacar las notas de los derechos a la SS que lo constituyen como derechos fundamentales desde un punto de vista analítico pero teniendo conciencia que no existe el análisis puro porque toda abstracción<sup>28</sup> siempre tiene una razón substancial. La integralidad y la irrenunciabilidad nos llevaron a la universalidad y ésta a la indisponibilidad y la obligatoriedad. Por consiguiente, la lógica de su estructura los coloca en un terreno de razonamiento fuera del mercado (relaciones autónomas de intercambio) y los diferencia de otros derechos.

---

27. OFFE, C. "Contradicciones en el estado del bienestar", Alianza Universidad, Madrid 1990. P. 187; DE TORRES, M., "ob.cit"., p. XIII; SMITH, A., "ob.cit.", p. 335; COHEN, G.A. "Alternativas al capitalismo", M. DE TR. Y SS., Madrid 1993.p. 170.

28. La abstracción nunca es total porque es una actividad mental que pretende separar lo que en la realidad está unido.

# O Princípio da *sustancialidad* e a seguridade social no Brasil

---

Tereza Aparecida Asta Gemignani<sup>1</sup>

Daniel Gemignani<sup>2</sup>

---

- 
1. Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas, São Paulo, Brasil. Doutora em Direito do Trabalho pela USP- Universidade de São Paulo- membro da ABDT- Academia Brasileira de Direito do Trabalho- cadeira 70; Professora Universitária.
  2. Daniel Gemignani é Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Auditor-Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego (AFT/MTE). Especialista em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, (UFRGS).

## Resumo

O artigo traça o histórico pontual do início da previdência social no Brasil e sua evolução um século depois. Explicita os principais marcos constitucionais do sistema e os preceitos legais em vigor, com destaque para a formatação do princípio da *sustancialidade* no direito brasileiro e as interpretações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

## Palavras chave

Sistema de seguridade social no Brasil. Princípio da sustancialidade.

## Introdução

As ideias sobre seguridade social lançadas por Otto Von Bismarck na Alemanha do século XIX só encontraram eco no Brasil nas primeiras décadas do século XX, quando o Decreto Legislativo nº. 3.724/19 instituiu a obrigatoriedade do seguro de acidentes de trabalho e o Decreto Legislativo nº. 4.682 de 1923, que passou a ser conhecido como Lei Eloy Chaves, delineou o primeiro modelo de previdência social no Brasil.

Um país de economia agrária e população predominantemente localizada nas áreas rurais sofreu transformação radical no decorrer do último século, com a intensa migração para a área urbana, a formação de um parque industrial amplo e diversificada gama de prestação de serviços, atividades econômicas organizadas em torno de um sofisticado sistema bancário que movimentava altos valores.

As alterações impactaram de forma significativa a organização do trabalho e a vida social, trazendo novos desafios para o sistema previdenciário e a necessidade de repensar o modelo de seguro social até então existente, a fim de preservar as bases da solidariedade necessária para manter a coesão da vida em sociedade.

Para celebrar o 60º aniversário da Organização Iberoamericana de Seguridade Social, este artigo se propõe a analisar o princípio da sustancialidade e sua evolução no sistema previdenciário do Brasil sob os métodos analítico e histórico.

## 1. Aspectos gerais sobre a seguridade social e a previdência social no Brasil

No Brasil o atual sistema nacional de Seguridade Social foi formatado em suas linhas mestras pela Constituição Federal de 1988, complementada pelas Emendas Constitucionais nº. 20 de 1998 e nº. 41 de 2003, constituindo um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

A norma constitucional atribuiu ao Poder Público a competência para organizá-lo de maneira suficiente para atender aos seguintes objetivos, nos termos do artigo 194, parágrafo único:

1. Universalidade da cobertura e do atendimento;
2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
4. Irredutibilidade do valor dos benefícios;
5. Equidade na forma de participação no custeio;
6. Diversidade da base de financiamento.
7. Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A seguridade social, nos termos da Constituição Federal de 1988, divide-se em três grandes áreas, quais sejam: (i) saúde; (ii) assistência social; e, (iii) previdência social. Cada um desses ramos da seguridade social, por seu turno, encerra princípios e características próprias.

A saúde é considerada como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

São considerados de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Dispõem os artigos 196 a 198 da Constituição Federal que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada que propicie atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas. As ações e serviços de saúde no Brasil são delineados, em âmbito infraconstitucional, pela Lei nº. 8.080/1990.

A Assistência Social está focada na política social que provê o atendimento das necessidades básicas da população, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

O artigo 195 da Constituição Federal de 1988, acrescido das alterações estipuladas pela Emenda Constitucional nº. 42 de 2003, teve o propósito de disciplinar a questão orçamentária, determinando que o sistema de seguridade social deveria ser financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Também imputou o recolhimento da contribuição social ao empregador, empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

Para evitar a evasão de recursos, estabeleceu que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Porém, concedeu isenção da contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social desde que atendam às exigências legais.

Atenta às peculiaridades do trabalho prestado no meio rural, estabeleceu que o produtor, parceiro, meeiro, arrendatário, pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. Tal estipulação de reveste de nítido caráter protetivo e assistencial porque o montante arrecadado por este critério é bem inferior aos benefícios concedidos, o que tem levado a um déficit que causa prejuízo ao sistema.

Visando diminuir o custo do fator trabalho para algumas atividades econômicas que são consideradas estratégicas para impulsionar o desenvolvimento sustentável do país, o sistema admite que as contribuições sociais poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Por ter estabelecido um sistema de benefícios de natureza universal, num país de dimensão continental e população superior a 200 milhões de habitantes, um dos seus grandes problemas reside na questão orçamentária. Por isso, determinou a Constituição Federal que as receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios destinadas à seguridade social deverão constar dos respectivos orçamentos, distintos da União. Além disso, estabeleceu que a proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

A fim de manter o equilíbrio orçamentário, estipulou que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Por outro lado, também determinou o recolhimento da contribuição social pelo trabalhador e demais segurados da previdência social, estipulando diferentes alíquotas para diferentes níveis salariais, conforme dispõe a Lei nº. 8.212/1991.

## 2. Os fundamentos do sistema

O artigo 201 da Constituição Federal estabelece que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atendendo a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, proteção à maternidade e ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, pensão por morte do segurado ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A Lei nº. 8.212/1991, que estabelece o plano de custeio do sistema de seguridade social, estatui que o regime de Previdência Social tem por finalidade assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, observando aos seguintes princípios e diretrizes, nos termos do artigo 3º, parágrafo único:

- a) universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição;
- b) valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário mínimo;
- c) cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente;
- d) preservação do valor real dos benefícios;
- e) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.

A previdência social, sob uma perspectiva ampla, encerra dois grandes regimes, o regime próprio de previdência e o regime geral de previdência social.

Aqui, especificamente, trataremos do regime geral de previdência social, o qual não só alcança um maior número de pessoas, como é aquele aplicável aos trabalhadores em geral<sup>3</sup>.

A previdência social tem por seu braço executivo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que gere grande parte dos benefícios previdenciários<sup>4</sup>.

Por isso, explica Wladimir Novaes Martinez<sup>5</sup>, quando são cumpridos regularmente os requisitos fixados em lei o trabalhador adquire o direito de obter a prestação previdenciária, pois além de econômica e, “basicamente social, a relação de seguro social é jurídica”.

Como explica Wladimir Novaes Martinez<sup>6</sup>, a previdência social “surgiu quando o homem teve a compreensão de que, sozinho, ou mesmo em família, isoladamente, não podia suportar o peso dos encargos produzidos pelos riscos sociais”.

### 3. O princípio da sustancialidade no sistema brasileiro

O denominado “princípio da sustancialidade” foi acolhido no sistema brasileiro como garantia constitucional. Por todo Texto Maior pode-se encontrar reflexos da assunção desse princípio.

O artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal prevê a irredutibilidade do salário enquanto o inciso IV estabelece que o salário mínimo deve ser estipulado em valor suficiente para atender às diversas necessidades do trabalhador e de sua família, para tanto determinando “reajustes periódicos” que preservem seu poder aquisitivo.

Seguindo nesta senda, o artigo 194, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira estabelece a “irredutibilidade do valor dos benefícios” como diretriz para toda a seguridade social.

---

3. Utiliza-se a expressão “trabalhadores em geral” no sentido específico de trabalhadores sujeitos à legislação trabalhista cujo centro é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual se aplica tanto aos trabalhadores da iniciativa privada, como para parte dos empregados públicos.

4. Diz-se que o INSS gere parte dos benefícios ditos previdenciários, pois nem todos eventos cobertos pela previdência são alcançados por benefícios administrados pelo INSS. Nesse sentido, tem-se o seguro desemprego (artigo 201, inciso III, da Constituição Federal de 1988). Por outro lado, há benefícios que não são da previdência social, mas que são geridos pelo INSS, como o denominado Benefício de Prestação Continuada (BPC).

5. Martinez, Wladimir Novaes- *Princípios de direito previdenciário*- 5ª edição, São Paulo, Editora LTr 2011., pag. 161.

6. Martinez, Wladimir Novaes- *Princípios de direito previdenciário*- 5ª edição, São Pau, Editora LTr 2011., pags. 74 e seguintes.

Em relação aos servidores públicos o §8º do artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 41 de 2003, prevê o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real.

Quanto aos demais trabalhadores, os §§2º, 3º e 4º do artigo 201 garantem que todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados na forma da lei, sendo que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo, assegurando expressamente “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Nota-se, assim, que a proteção do valor real –ou, noutro giro, do poder aquisitivo– dos salários e benefícios previdenciários é tema dos mais centrais, precisamente por se tratar da fonte de subsistência do ser humano, num momento de fragilidade provocado por diferentes fatores.

Em decorrência disso “o benefício é protegido contra redução do montante”, explica Wladimir Novaes Martinez<sup>7</sup>, ressaltando tratar-se de “princípio constitucional específico e sob esse aspecto... objeto do direito adquirido”.

Na mesma senda envereda o pensamento de Frederico Amado<sup>8</sup>, ao destacar que o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios está atelado ao cocneito de segurança jurídica “vedando o retrocesso securitário”.

Em relação a tal questão, a Lei nº. 11.430 de 2006<sup>9</sup> alterou o anteriormente disposto na Lei nº. 8.213/1991<sup>10</sup>, para estabelecer que:

7. Martinez, Wladimir Novaes- *Curso de Direito Previdenciário*- 4ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2011 pag 783.

8. Amado, Frederico- *Direito e processo previdenciário sistematizado*, 3ª edição, Salvador, Editora Juspodivm, 2012, pag. 40.

9. Importante registrar que a Lei nº. 11.430/2006 veio realizar as seguintes alterações: “Altera as Leis nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a Medida Provisória no 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei no 10.699, de 9 de julho de 2003.”

Ainda, em seu artigo 7º, inciso II, revogou o artigo 41 da Lei nº. 8.213/1991, que regulamentava, até o advento do artigo 41-A, a forma de reajustamento dos valores de benefícios.

10. Referida artigo 41-A também sofreu alterações em seus demais parágrafos pela Lei nº., alterações essas, contudo, não diretamente relacionadas ao tema deste estudo.

Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§1º. Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário-de-benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos.

Assim, pode-se verificar que, ao longo de todo o texto constitucional, são estipuladas condições para a devida e necessária atualização de salários e benefícios. Referidas disposições, fundadas no princípio da *sustancialidad*, visam a manutenção de condições mínimas de vida de seus beneficiários, mormente quando se tem em consideração aspectos inflacionários.

Nesta senda, e em que pesem as diferentes disposições constitucionais acima citadas, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) confere ao texto constitucional é mais restritiva, por entender que o escopo dos preceitos legais anteriormente referidos foi preservar o valor nominal dos benefícios e salários, e não seu valor real, como se nota das seguintes decisões:

Reajuste de benefício de prestação continuada. Índices aplicados para atualização do salário-de-benefício. Arts. 20, §1º e 28, §5º, da Lei 8.212/1991. Princípios constitucionais da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV) e da preservação do valor real dos benefícios (art. 201, §4º). Não violação. Precedentes. Agravo regimental improvido. Os índices de atualização dos salários-de-contribuição não se aplicam ao reajuste dos benefícios previdenciários de prestação continuada. (AI 590.177-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-3-2007, Segunda Turma, DJ de 27-4-2007.)

Recurso. Extraordinário. Benefício previdenciário. Reajuste. Plano de Custeio e Benefícios. Lei 8.213/1991. Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios (Art. 194, IV, da CF). Não violação. Precedentes do STF. Agravo regimental improvido. O critério de reajuste dos benefícios previdenciários, previsto no inciso II do art. 41 da Lei 8.213/1991, substituído pelo §1º do art. 9º da Lei 8.542/1992, e, pelo §4º do art. 29 da Lei 8.880/1994, não viola o princípio estampado no art. 194, IV, da CF. (AI 548.735-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-12-2006, Segunda Turma, DJ de 23-2-2007.)

Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8.542/1992, 8.700/1993 e 8.880/1994. Inconstitucionalidade da palavra ‘nominal’ contida no inciso I do art. 20 da Lei 8.880/1994, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. (RE 313.382, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-9-2002, Plenário, DJ de 8-11-2002.). No mesmo sentido: AI 587.822-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 3-11-2010; AI 720.695-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010; ADI 2.536, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009.

Ao determinar que ‘os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com as suas respectivas datas, com base na variação integral do INPC’, o art. 41, II, da Lei 8.213/1991 (posteriormente revogado pela Lei 8.542/1992), não infringiu o disposto nos arts. 194, IV, e 201, §2º, CF, que asseguram, respectivamente, a irredutibilidade do valor dos benefícios e a preservação do seu valor real. (RE 231.395, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-8-1998, Primeira Turma, DJ de 18-9-1998.) No mesmo sentido: AI 779.912-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; RE 569.738-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 24-9-2010; AI 545.011-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-8-2010, Segunda Turma, DJE de 17-9-2010; AI 754.999 AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-9-2009, Segunda Turma, DJE de 23-10-2009; AI 594.561-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009. Vide: AI 548.735-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-12-2006, Segunda Turma, DJ de 23-2-2007.

Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o disposto no art. 201, §4º, da Constituição do Brasil, assegura a revisão dos benefícios previdenciários conforme critérios definidos em lei, ou seja, compete ao legislador ordinário definir as diretrizes para conservação do valor real do benefício. Precedentes. (AI 668.444-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-11-2007, Segunda Turma, DJ de 7-12-2007.) No mesmo sentido: ARE 648.042, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 2-02-2012, DJE de 21-03-2012; AI 689.077-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.

Reajuste de benefício de prestação continuada. Índices aplicados para atualização do salário-de-benefício. Arts. 20, §1º e 28, §5º, da Lei 8.212/1991. Princípios constitucionais da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV) e da preservação do valor real dos benefícios (art. 201, § 4º). Não violação. Precedentes. Agravo regimental improvido. Os índices de atualização dos salários-de-contribuição não se aplicam ao reajuste dos benefícios previdenciários de prestação continuada. (AI 590.177-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-3-2007, Segunda Turma, DJ de 27-4-2007.)

Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, §4º; Lei 8.212/1991, art. 12: aplicação à espécie, ‘mutatis mutandis’, da decisão plenária da ADI 3.105, rel. p/ ac. Peluso, DJ de 18-2-2005. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da CF ‘remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios’” (RE 437.640, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-9-2006, Primeira Turma, DJ de 2-3-2007.)

No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 4-10-1994, recebendo, através do benefício 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei 9.032/1995. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).” (RE 415.454 e 416.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-2-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007.) No mesmo sentido: RE 603.344-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; RE 574.433-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 16-4-2010; RE 540.513-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009; AI 676.318-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; AI 576.400-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-4-2009, Primeira Turma, DJE de 29-5-2009.

A adoção do INPC, como índice de reajuste dos benefícios previdenciários, não ofende a norma do art. 201, § 4º, da Carta de Outubro. (RE 376.145 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 28-10-2003, Primeira Turma, DJ de 28-11-2003.) No mesmo sentido: AI 754.999 AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-9-2009, Segunda Turma, DJE de 23-10-2009.

A presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional realizadora do reajuste previsto no art. 201, § 4º, CF, somente pode ser elidida mediante demonstração da impropriedade do percentual adotado para o reajuste. Os percentuais adotados excederam os índices do INPC ou destes ficaram abaixo, num dos exercícios, em percentual desprezível e explicável, certo que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços do setor empresarial brasileiro. (RE 376.846, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-9-2003, Plenário, DJ de 2-4-2004.) No mesmo sentido: AI 676.547-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 24-9-2012; AI 792.131-AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 10-3-2011; AI 543.787-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-3-2010, Segunda Turma, DJE de 16-4-2010; AI 746.487-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009.

Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8.542/1992, 8.700/1993 e 8.880/1994. Inconstitucionalidade da palavra ‘nominal’ contida no inciso I do art. 20 da Lei 8.880/1994, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994.” (RE 313.382, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-9-2002, Plenário, DJ de 8-11-2002.). No mesmo sentido: AI 587.822-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 3-11-2010; AI 720.695-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010; ADI 2.536, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009.

Por derradeiro, e de forma a apresentar decisão que encerra os argumentos que sustentam a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>11</sup>, tem-se:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.**

11. Site eletrônico do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado nos dias 29, 30 e 31 de agosto de 2014.

1. O artigo 41, II, da Lei nº. 8.213/91 não infringiu o disposto nos artigos 194, IV, e 201, §2º, da Constituição Federal que asseguram, respectivamente, a irredutibilidade do valor dos benefícios e a preservação do seu valor real. Precedentes.
2. A revisão dos benefícios previdenciários não pode ser atrelada à variação do salário mínimo, após a implantação do plano de custeio e benefícios. Precedentes.
3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PREVIDÊNCIA SOCIAL - REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 260 DO TFR OU DO ART. 58 DO ADCT DA CF/88 - SÚMULAS Nº 20 E 21 DO TRF/1ª REGIÃO - APLICAÇÃO DO ART. 41 DA LEI Nº 8.213/91, ALTERADO PELO ART. 9º DA LEI Nº 8.542/92 - PRIMEIRO REAJUSTE DE BENEFÍCIO CONCEDIDO APÓS 05/10/88, DE ACORDO COM A DATA DE SEU INÍCIO (ART. 41, II, DA LEI Nº 8.213/91) - CONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA Nº 36 DO TRF/1ª REGIÃO. I. Inexistia, até o advento do art. 58 do ADCT da Constituição Federal de 1988, disposição legal determinando a manutenção da proporcionalidade do número de salários mínimos percebidos à época da concessão do benefício. II. O critério de reajuste de benefício, previsto no art. 58 do ADCT da CF/88, aplica-se apenas aos benefícios mantidos em 05/10/88, sendo a referida atualização de benefício devida e paga a partir de 05/04/89, nos termos do art. 58 e parágrafo único, do ADCT da CF/88 e da Súmula nº 20 do TRF/1ª Região, mantendo-se tal critério de reajustamento de 05/04/89 a 04/04/91, quando passou a incidir o critério do art. 41, II, da Lei nº 8.213/91, que deve ser observado até janeiro de 1993, quando o INPC passou a ser substituído pelo IRSMÍndice de Reajuste do Salário mínimo, observando-se, ulteriormente, seu substituto (art. 20 da Lei nº 8.880, de 27/05/94 e legislação subsequente). III. A pretensão de pagamento de benefício concedido posteriormente à implantação dos planos de custeio e benefícios da Previdência Social, pelo mesmo número de salários mínimos da data de sua concessão, encontra óbice no art. 7º, IV, da Constituição Federal (RE nº 201.472-9/SP, 1ª T. do STF, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, in DJU de 27/09/96, pág. 36.175). IV. A Súmula nº 260 do TFR –aplicável aos benefícios concedidos até 04/10/88 (Súmula nº 21 do TRF/1ª Região)– firmou entendimento no sentido de que, no primeiro reajuste do benefício, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês de sua concessão, em face de a legislação vigente à época não prever a aplicação de índice proporcional de aumento, no primeiro reajuste do benefício, de vez que o art. 67, § 2º, da Lei nº 3.807/90, em sua redação original - que previa reajuste proporcional do benefício, levando-se em conta a data de sua concessão - foi alterado pelo Decreto-lei nº 66/66,

que não mais reproduziu aquela previsão legal. V. No caso de benefício concedido em 14/07/91, os reajustamentos regem-se pelos arts. 41 e 145 da Lei nº 8.213/91, com as alterações do art. 9º da Lei nº 8.542/92 e legislação subsequente. VI. Prevendo o art. 41, II, e § 2º, da Lei nº 8.213/91, no primeiro reajustamento do benefício, a aplicação de índice proporcional, de acordo com a data de seu início, pela variação integral do INPC, criando, ainda, um reajuste extraordinário, para recompor o valor real do benefício, na hipótese de se constatar perda de poder aquisitivo com a aplicação dos critérios de reajustamento nele previstos, com vistas ao atendimento do disposto no art. 201, §2º, da Constituição Federal, inexistente vício de inconstitucionalidade no aludido dispositivo legal, bem assim no art. 9º da Lei nº 8.542/92, que manteve a mesma proporcionalidade do primeiro reajuste do benefício, pela variação do IRSM. Precedentes do TRF/1ª Região e do STJ (REsp nº 85.663-RS, Rel. Min. Edson Vidigal). VII. O critério fixado para o primeiro reajuste de benefício concedido na vigência da CF/88 representa uma opção legítima do legislador para manter atual o valor do benefício, desde a sua concessão, encontrando justificativa no fato de que, quanto mais recente for a concessão do benefício, menor desgaste sofreu em sua renda mensal inicial, pelo efeito inflacionário, e mais elevados os salários-de-contribuição que integraram o período básico de cálculo, para apuração do salário-de-benefício, resultando em renda mensal inicial de valor mais elevado, de vez que o art. 31, da Lei nº 8.213/91 determinou a atualização monetária dos salários-de-contribuição computados no cálculo do valor do benefício concedido a partir de 05/10/88, pela variação integral do INPC, “referente ao período decorrido a partir da data da competência do salário-de-contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais”. VIII. Quis o legislador constituinte tratar desigualmente situações desiguais, quando fixou critérios diversos de reajuste de benefícios para os de valor mínimo e os de valor superior ao salário mínimo (art. 201, §5º, da CF/88, art. 58 do ADCT), pelo que incabível invocação de ofensa ao princípio da isonomia pelo art. 41, II, da Lei nº 8.213/91. IX. “O inciso II do art. 41, da Lei nº 8.213/91, revogado pela Lei nº 8.542/92, era compatível com as normas constitucionais que asseguram o reajuste dos benefícios para preservação de seu valor real.” (Súmula nº 36 do TRF/1ª Região). X. Apelação improvida.”

4. Agravo de instrumento a que se nega seguimento. (AI 776.724 / MG, Rel. Min. LUIZ FUX, primeira turma, julgamento em 25/09/2012, publicado em 09/10/2012, processo eletrônico)

Em que pese as disposições atualmente constantes na Constituição Federal, nota-se que o tema é de há tempos objeto de discussão. Tanto assim é que se pode verificar interessante disposição do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que em seu artigo 58, dispõe:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

A diretriz hermenêutica restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) está lastreada na necessidade de que todo o sistema previdenciário, fundado na contributividade, mantenha seu equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos do artigo 201, “caput”, da Constituição Federal, assim direcionando os julgamentos lastreados no §2º do mesmo artigo:

Previdenciário. Revisão de benefício. Autoaplicabilidade do art. 201, §2º (ant. § 5º), da Constituição da República. (RE 597.022-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 20-11-2009.)

Longe fica de transgredir a Carta da República pronunciamento judicial que implique a satisfação dos proventos considerado o valor representado pelo salário mínimo. (AI 482.810-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.)

Após a edição das leis de custeio e benefícios da previdência social, impossível a revisão de benefícios previdenciários vinculada ao salário mínimo. (AI 594.561-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009.)

Já no que tange ao artigo 201, §3º, assim tem entendido o STF:

Aposentadoria. Cálculo do benefício. Arts. 201, §3º, e 202, *caput*, da CF. Art. 58 do ADCT. Conforme precedentes do STF, o disposto nos arts. 201, § 3º, e 202, *caput*, da CF, sobre o cálculo do benefício da aposentadoria, não é autoaplicável, pois, dependente da legislação, que posteriormente entrou em vigor (Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24-7-1991). Precedentes: MI 306; RE 163.478; RE 164.931; RE 193.456; RE 198.314; RE 198.983. (RE 201.091, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 18-4-1997, Primeira Turma, DJde 30-5-1997.)

Assim, pode-se verificar que a concretização do princípio da sustancialidade, por meio de sua densificação, é dos temas mais centrais quando se está a analisar o sistema nacional de seguridade social.

Em um primeiro momento, verificou-se a tentativa do constituinte originário de restabelecer um patamar mínimo para os benefícios até então pagos pelo sistema nacional de seguridade social brasileiro, conforme se depreende do artigo 58 do ADCT. Posteriormente, e em um segundo momento, enfrentou-se a aplicação diuturna das disposições constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam o princípio da sustancialidade, verificando-se, nessa toada, a disparidade entre aquilo expressamente constante do texto constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, em que pese a clareza do princípio da sustancialidade, que no Brasil é analisado sob as perspectivas da irredutibilidade do valor dos benefícios e da preservação do seu valor real, tem-se por certo que a sua concretização não se mostra singela, haja vista não só a miríade de possibilidades de densificação legislativa - como se verifica nas diversas alterações legislativas perpetradas na Lei nº. 8.213/1993 -, como as externalidades que a manutenção do valor real de salários e benefícios acarreta, bastando, para tanto, a constatação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, impossível desconsiderar que a Constituição Federal de 1988 edificou a República Federal do Brasil como Estado Democrático de Direito, fundado no valor do bem-estar social<sup>12</sup>, focado no objetivo de concretizar a Justiça Social, conforme definido em seu artigo 3º, o que torna oportuno trazer à colação as reflexões de Amartya Sen<sup>13</sup>, ao considerar direitos como liberdades

12. Balera, Wagner e Raefray, Ana Paula Oriola- coord.- *Processo Previdenciário- Teoria e Prática*- São Paulo, Editora Conceito Editorial 2012, pags. 255/256.

13. Sen, Amartya- *A idéia de Justiça*- tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo Cia das Letras Editora, 2011, pag 401.

## Conclusões

Após quase um século de sua implantação, o sistema de seguridade social no Brasil está carecendo de melhor estruturação para que possa alcançar os objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988. Um país de dimensões continentais, em que persistem bolsões de pobreza, nos quais faltam condições mínimas de sobrevivência, necessita de maiores recursos para garantir o cumprimento do princípio da sustancialidade, a universalidade da rede de proteção destinada a garantir o bem-estar e a justiça social. O caminho está bem traçado e as condições atuais do Brasil são favoráveis, porém ainda insuficientes, pois dependentes de uma efetiva estabilidade econômica e desenvolvimento social sustentável para poder atingir este escopo.

## Referências

- AMADO, Frederico. *Direito e processo previdenciário sistematizado*- 3ª edição Salvador, Editoria Juspodivm, 2012.
- BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5ª edição, São Paulo, Editora Ltr, 2009.
- BALERA, Wagner e RAEFFRAY, Ana Paula Oriola- coordenadores. *Processo Previdenciário- Teoria e Prática*, São Paulo, Editora Conceito Editorial, 2012
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17ª edição Editora Impetus, 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes.
- *Princípios de direito previdenciário*, 5ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2011
- *Curso de Direito Previdenciário*, 4ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2011.
- SEN, Amartya- *A idéia de Justiça*- tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes- São Paulo, Cia das Letras Editora, 2011.
- Referências de jurisprudência do site eletrônico do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado nos dias 29, 30 e 31 de agosto de 2014.



# Breve historia de las cajas de compensación y los servicios sociales en Colombia

---

Juan Carlos Cortés González<sup>1</sup>

---

---

1. Entre otros cargos ha ocupado el de Viceministro de Empleo y Pensiones del Ministerio del Trabajo de Colombia, es abogado y Magister en Administración, Especialista en Derecho Administrativo y Posgrado en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales

## Resumen

El subsidio familiar, desde sus orígenes, se ha caracterizado por ser uno de los más progresivos al buscar aliviar las cargas familiares de los trabajadores. Su origen consensado y de reconocimiento acerca de la importancia del mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores, hicieron que el mismo tuviera un avance relativamente rápido y que sigue en progreso hacia la universalidad e integralidad de sus prestaciones, siendo hoy por hoy un elemento esencial en la consolidación de una política pública.

## Abstract

Child benefit, since its inception, has been characterized as one of the most progressive in seeking ease dependents of workers. Its consensus and recognition of the importance of improving the quality of life of workers, made the same origin have a relatively fast forward and still in progress towards universality and comprehensiveness of its services, today being an element essential in the consolidation of public policy.

## Palabras claves

Cajas de Compensación familiar, subsidio familiar, servicios sociales

## I. Introducción

En el marco de las sociedades capitalistas, los cambios sociales, políticos y culturales son una constante, que han generado una serie de cuestionamientos a las teorías neoliberales incorporadas en América Latina de principios de la década del 80<sup>2</sup>, acerca de la función de las fuerzas del mercado y la capacidad de las leyes de la oferta y la demanda para dar respuesta a dichos cambios. Estos aspectos toman especial importancia teniendo en cuenta los altos niveles de subdesarrollo y la imposibilidad que han presentado los mercados latinoamericanos para competir en esquemas globalizados sobre todo por los altos niveles de pobreza y de pobreza extrema que se presentan en la región.

---

2. MARTÍNEZ, Miguel Angel. *El Neoliberalismo en América Latina (historia contemporánea de América Latina)*. Cuadernos de sociología. En <http://www2.uacj.mx/ICSA/Carreras/Sociologia/Sociologia/Bookle-America...pdf> consultado el 30 de agosto de 2014.

La empresa social se ha convertido entonces en un mecanismo capaz de aliviar estas nuevas imposiciones sociales y generar mecanismos alternos al capitalismo, que, sin derrotarlo, sí intentan contrarrestar una de sus grandes problemáticas consistentes en la superación de la pobreza extrema<sup>3</sup>. De esta manera, las empresas sociales, lejos de ser incompatibles con el sistema capitalista, permiten la incursión a los mercados de los sectores más marginados de la sociedad eliminando así los altos índices de pobreza.

Este reconocimiento acerca de la importancia de la incursión de las empresas sociales en los mercados capitalistas, junto con la lucha de los trabajadores por el mejoramiento de sus condiciones de trabajo, fueron determinantes para la creación y fortalecimiento de los servicios sociales en Colombia así como de la incursión de las Cajas de Compensación en la economía local.

A partir de la importante labor que han cumplido las Cajas de Compensación Familiar en Colombia y su incidencia en la superación de los niveles de pobreza y pobreza extrema, al haberse logrado constituir como un sistema altamente progresivo, es importante resaltar sus inicios y resaltar el momento histórico de su incorporación en el país así como su incidencia en la creación y fortalecimiento de los servicios sociales en el país.

La presente reseña busca entonces realizar un breve análisis de los antecedentes de las Cajas de Compensación Familiar denotando su importancia para el fortalecimiento de los servicios sociales en Colombia.

## II. La cuestión social y su influencia en el surgimiento de los servicios sociales en Colombia

Las asignaciones familiares, concretadas en el proceso de inicio y consolidación del sistema capitalista en el siglo XX en Europa, surgieron gracias a la doctrina social de la iglesia y se concretaron por el auge del socialismo en el viejo continente<sup>4</sup>.

En América Latina las asignaciones familiares, entendidas bajo el concepto de “salario social”, mediante las cuales se buscaba el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y sus familiares, tienen orígenes remotos como las cofradías en épocas de la Colonia y todas las acti-

---

3. ESQUINCA BARRIGA, Edgar. *La empresa social: ¿cura o paleativo para la pobreza?* Revista CONfines. 5/9 enero-mayo 2009. ISSN 1870-3569 115-118.

4. CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Sistema de Subsidio Familiar y Servicios Sociales en Colombia*. Ed. Legis, 2012. p 40-46.

vidades mutuales y de cooperación que existieron a favor de los trabajadores. Cabe citar igualmente el rol de las entidades de caridad y la actuación del Estado en los sistemas de beneficencia que buscaron el mejoramiento de las condiciones de vida de los más desfavorecidos.

Las tradiciones liberales y católicas sobre el socialismo que imperaban a mediados del siglo XIX en Europa, fueron incursionando en Colombia a través de las corrientes ideológicas de los partidos conservador y liberal. Para el primero, con referencia a los desmanes que había producido en el viejo continente y para el segundo como una teoría que desde el Estado podía reformar las dinámicas sociales que se experimentaban en la época.

La adopción del catolicismo de algunas de las doctrinas socialistas en lo referente a la denominada “cuestión social”, generaron a finales del siglo XIX la promulgación de la encíclica *Rerum Novarum* lo cual permitió la incursión en la acción social por parte de la Iglesia. Los liberales, como se mencionó anteriormente, por su parte establecieron la teoría de “el socialismo de Estado” pregonado por el General Rafael Uribe Uribe en 1904 y el cual no tuvo mayor incidencia sino hasta la reforma social generada en 1936 por Alfonso Lopez Pumarejo<sup>5</sup>.

Esta reforma, fue una de las más importantes en la historia nacional y sin duda un referente esencial en la comprensión de las dinámicas sociales de toda América Latina, ya que, en primer lugar, estableció el rol de intervención del Estado principalmente en la función social de la propiedad:

*“Artículo 9: Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”.*

La discusión frente al rol de la asistencia pública no fue de menor importancia: durante las discusiones de la reforma, se plantearon las problemáticas acerca de la asistencia social principalmente por su arraigo con las instituciones caritativas de la iglesia católica, las cuales fueron modificadas por la incursión, por primera vez en la historia colombiana, de las políticas sociales. En este marco, se buscó el empoderamiento de la clase obrera como un actor esencial para el emprendimiento de la “revolución en marcha”<sup>6</sup>, lo cual fue afianzado posteriormente por gobiernos liberales sucesivos:

---

5. ARCHILA NEIRA, Mauricio. *Quimera del pensamiento socialista colombiano*. En *Historia de las ciencias sociales en Colombia*. Credencial Historia ISSN 0121-3296 Octubre 1998, Edición No. 106.

6. BOTERO, Sandra. *La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia*. Anuario Colombiano de la Historia y de la Cultura. No. 33, 2006 pp 85- 109.

*“Artículo 17: El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado. Artículo 20: Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias al orden legal (...)*

*Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.*

Este empoderamiento de la clase obrera colombiana sería determinante para el desarrollo de los servicios sociales en Colombia e iría aparejado con el nacimiento de los seguros sociales en el país.

Es posible entonces determinar, que la cuestión social ha sido objeto de debate en la historia política colombiana, principalmente a partir de las discusiones presentadas por los partidos conservador y liberal durante la primera mitad del siglo XX. Sucesos históricos como la matanza de las bananeras y el magnicidio de Jorge Eliecer Gaitán (quien sería el que denunciaría su ocurrencia y esbozaría fuertes críticas al sistema capitalista), harían inminente el surgimiento de las asociaciones de la clase obrera, en demanda por el mejoramiento de las condiciones de empleo en el país y se constituiría sin lugar a dudas en un referente esencial para el surgimiento de los servicios sociales en Colombia.

### III. Surgimiento de las cajas de compensación familiar y los servicios sociales en Colombia

Dada la naturaleza del subsidio familiar en Colombia, como un elemento esencial para el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores con menores ingresos y sus familias, y dado su carácter altamente progresivo, no es posible concebir su existencia sin considerar la seguridad social. En este sentido, para comprender los orígenes de las Cajas de Compensación Familiar y los servicios sociales en Colombia, resulta fundamental comprender las dinámicas que los seguros sociales tenían al momento de su constitución.

El salario social, o salario indirecto, fue implementado en otros países de América Latina (vg. Uruguay) hacia 1943, bajo el postulado de garantizar al trabajador, no solamente la protección básica procedente del salario mínimo, sino una prestación adicional para atender los requerimientos familiares y mejorar la calidad de vida de los trabajadores con menores

ingresos<sup>7</sup>. En la misma década, se encontraba Colombia en el debate acerca de la importancia de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y bajo el gobierno de Mariano Ospina empezaron a plantearse los primeros esquemas de salario social<sup>8</sup>.

El desarrollo posterior del Sistema de Subsidio Familiar, va emparejado con el desarrollo del Sistema de Seguridad Social. Al respecto Arenas<sup>9</sup>, establece cuatro fases en la construcción del Sistema de Seguridad Social en Colombia: una primera fase de organización, un periodo de expansión, la fase de institucionalización y por último el periodo de reformas estructurales.

- *Fase de organización de la seguridad social (1945-1961<sup>10</sup>)*: Esta fase se caracteriza, en materia de seguridad social, por el surgimiento de nuevas entidades especializadas en el aseguramiento de los riesgos sociales como fueron Cajanal y el Instituto de Seguros Sociales. De igual forma, es durante esta fase que se consolida el subsidio familiar a partir de la creación de las cajas de compensación familiar como se detallará a continuación.

Una de las características más importantes del subsidio familiar en Colombia, tiene que ver precisamente con su origen. Distinto a lo que sucedió con los otros mecanismos de protección social, la mayoría de origen legal o gubernamental, el subsidio familiar nace en Colombia impulsado principalmente por la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) bajo la égida de su presidente en aquel entonces Dr. Juan Guillermo Restrepo Jaramillo, quien, basado en las doctrinas de la iglesia, promueve la implementación del salario social. En 1949, los trabajadores de la Sociedad del Ferrocarril de Antioquia pactaron el pago de un subsidio voluntario adicional de \$3 pesos para los trabajadores que tuvieran hijos menores de 15 años a cargo<sup>11</sup>.

Este primer referente haría esencial la constitución de una entidad que agrupara las empresas pertenecientes a la ANDI para el otorgamiento del subsidio adicional, por lo que en 1954 se crea la primera Caja de Compensación Familiar del país (aún existente) bajo el nombre de “*Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA*” creada como una

7. MARIÑO, Natalia. NOBOA, Cecilia. PARADA, Cecilia. Las asignaciones familiares como salario indirecto. Una aproximación a su incidencia distributiva en el largo plazo. Asociación uruguaya de Historia Económica. En [http://www.audhe.org.uy/Boletin\\_Audhe/Boletin\\_8/Boletin\\_AUDHE\\_2009\\_Marino- Novoa&Parada\\_pp\\_38-52.pdf](http://www.audhe.org.uy/Boletin_Audhe/Boletin_8/Boletin_AUDHE_2009_Marino- Novoa&Parada_pp_38-52.pdf) consultado el 31 de agosto de 2014.

8. Op, cit. CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. p 51.

9. MONSALVE ARENAS, Gerardo. *El sistema de subsidio familiar en la seguridad social colombiana*. Revista Universitas. Universidad javeriana, 24 de noviembre de 2003. pp 456-504.

10. Cabe anotar en este punto que ARENAS MONSALVE, describe esta etapa hasta 1967, pero para efectos del presente artículo se tomará el periodo comprendido hasta 1961 ya que en 1962 empieza el proceso de expansión de las Cajas de Compensación Familiar.

11. MARROQUÍN ESCOBAR, Gonzalo. *Análisis legal de las Cajas de Compensación Familiar en el Sistema de Seguridad Social. Justicia, No. 18 - pp. 106-121 - Diciembre 2010 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441.*

entidad gremial a favor de los trabajadores<sup>12</sup>. En este momento, cabe resaltar que se trata de un servicio voluntario cuyas prestaciones no eran obligatorias ni se encontraban reguladas por el Estado; por el contrario en esta primera fase prevalecen las intenciones del sector empresarial por contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores.

No obstante lo anterior, cabe destacar el rol de la Unión de Trabajadores de Colombia UTC en la consolidación de este proceso de instauración del Sistema de Subsidio Familiar en Colombia y quienes durante la década de los 50 propendieron por el reconocimiento universal por hijos a cargo del subsidio familiar.

Este reconocimiento se lograría bajo el gobierno del General Rojas Pinilla, quien en 1956 impulsaría el Decreto 180 para avanzar en el reconocimiento del subsidio familiar por hijos a cargo. Posteriormente, y con la expedición del Decreto 118 de 1957, se regula el subsidio familiar de manera obligatoria para todos los empleadores, quienes se encontraban facultados para constituir Cajas de Compensación Familiar o aumentar el 10% de los salarios de los trabajadores<sup>13</sup>. De igual forma, se crea mediante este Decreto el SENA y se regula el régimen de aportes a cargo del empleador a estas entidades. Desde la expedición de la Ley 90 de 1946, se previó que la organización de las Cajas de Compensación Familiar estaría a cargo del Instituto de Seguros Sociales<sup>14</sup>.

Así las cosas, esta época reviste una especial importancia en la consolidación de los servicios sociales en Colombia, al haber surgido no solamente las Cajas de Compensación Familiar sino el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, como una institución de enseñanza laboral técnica en favor de los trabajadores, producto igualmente de las demandas de la UTC y de la CTC<sup>15</sup>.

- *Periodo de expansión de la seguridad social colombiana (1962-1977)*<sup>16</sup>: Esta fase se reconoce por el fortalecimiento de los beneficios de las cajas así como de su vigilancia y control.

---

12. TARAZONA ACEVEDO, Álvaro. *Las Cajas de Compensación Familiar en Colombia. Marcos normativo, organizacional y socio-económico en su consolidación*. En <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/6312/1/16-%20Las%20cajas%20de%20compensación%20familiar%20en%20Colombia.pdf> consultado el 31 de agosto de 2014.

13. HURTADO RODRÍGUEZ, Guillermo. *El subsidio familiar, eje fundamental de la protección social*. Revista más es vida. Asocajas. En <http://asocajasrevistamasvida.asocajas.org.co/index.php/revista-mas-vida-no-10/104-el-subsidio-familiar-eje-fundamental-de-la-proteccion-social> consultado el 30 de agosto de 2014.

14. Op, Cit. ARENAS MONSALVE, Gerardo. p. 458.

15. Historia del SENA en: <http://mgportal.sena.edu.co/Portal/EI+SENA/Historia/> consultado el 01 de septiembre de 2014.

16. Ver cita 9.

En 1962 se expide el Decreto 3151, mediante el cual se inicia un proceso de universalización de los servicios sociales y la expansión progresiva de las Cajas de Compensación Familiar, no solamente en la afiliación obligatoria de todos los empleadores que lo solicitaran, sino de la expansión de los niveles de intervención de estas entidades. Así las cosas, todas las Cajas de Compensación Familiar que no tuvieran un carácter gremial, no podían negar la afiliación de los empleadores que así lo solicitaran<sup>17</sup>.

De igual forma, estableció la norma la facultad de las Cajas de invertir en “obras de beneficio social” a favor de los trabajadores (artículo 9 Decreto 3151 de 1962), lo cual inició la gran carrera que hoy tienen estas entidades en la prestación de servicios sociales en el país.

Así las cosas, los servicios de las Cajas se irían expandiendo de manera progresiva en términos de cobertura, servicios prestados, áreas de influencia y por su puesto en obligatoriedad. En este sentido, a partir de la expedición de la Ley 58 de 1963, se incorporó al régimen de subsidio familiar a los trabajadores del sector público y a las empresas con patrimonio superior a 50 mil pesos<sup>18</sup>.

En materia de administración de servicios sociales, a partir de la competencia general otorgada desde el año 1962, las Cajas de Compensación Familiar fueron avanzando en este sentido, por lo que para 1964 contaban con la autorización legal para organizar e invertir en servicios a favor de los trabajadores y de su núcleo familiar, lo que conllevó posteriormente a la expedición del Decreto 2937 de 1964 obligando a las Cajas a someter a autorización previa del Ministerio del Trabajo los planes y presupuestos de las obras y servicios que en esta materia se pretendieran ejecutar.

La expedición de la Ley 56 de 1973 daría un vuelco al sistema, mediante la orientación dirigida no solo al otorgamiento del subsidio familiar en dinero sino a la prestación de servicios sociales, por lo que los requisitos para la constitución de las Cajas de Compensación Familiar empezaron a modificarse, requiriendo, para su conformación, quinientos (500) empleadores obligados a pagar el subsidio familiar, y agrupar un número de empleadores que tengan a su servicio un mínimo de diez mil (10.000) trabajadores beneficiarios del mismo<sup>19</sup>.

---

17. Op. Cit. CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. p. 59.

18. Op. Cit. TARAZONA ACEVEDO, Álvaro. p. 19.

19. ARANGO VELÁSQUEZ, Gabriel. *Inducción al Sistema de Compensación Familiar*. Comfenalco Antioquia, enero de 2012. p. 6.

Esta Ley es la que igualmente permite la incursión de las Cajas de Compensación Familiar en los programas de vivienda sujetas a la inspección y vigilancia de la superintendencia de Cooperativas:

*“Artículo 20. Separadamente o en colaboración con otras Cajas, patronos, sindicatos o instituciones especializadas, las Cajas de compensación Familiar podrán realizar planes de construcción y financiación de viviendas individuales o multifamiliares, a fin de mejorar las condiciones habitacionales de los trabajadores, de acuerdo con la reglamentación que dicte el Gobierno nacional.*

*Paragrafo. En los planes de vivienda podrán incluirse programas de préstamo para mejoras, ensanche o reparaciones de las viviendas de los afiliados, según las necesidades de cada familia”.*

La precitada normatividad, reviste un carácter esencial en la comprensión de la naturaleza jurídica del subsidio familiar y es un referente ineludible al referirnos a los servicios sociales en Colombia; lo anterior, toda vez que define el subsidio familiar a través de las siguientes características:

1. Es una prestación social, lo cual indica que es todo aquello que el empleador debe al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador y se diferencia del salario por no ser retributivo de la prestación del servicio<sup>20</sup>.
2. Tiene como objetivo favorecer la integración y el fortalecimiento económico, moral y cultural de la familia como núcleo básico de la sociedad.
3. No es salario, no es gravable fiscalmente, es inembargable excepto en juicio de alimentos. Los pagos efectuados son deducibles del impuesto de renta.

Así las cosas, durante este periodo, se logró la consolidación de los servicios sociales de las Cajas de Compensación Familiar y se avanzó en términos de cobertura, no solamente en la ampliación de la población beneficiaria sino de los servicios que se otorgaban a los trabajadores con personas a cargo y con bajos ingresos.

---

20. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 18 de 1985.

- *Periodo de cambios y crisis (1977- 1990)*: Según Arenas, este periodo se caracteriza por el crecimiento del sistema, con algunas desviaciones administrativas de las cajas. Tras un fuerte debate entre el Estado y las entidades del sistema, se institucionalizó una importante intervención del Estado en el sistema.

Desde el año 1981, se inaugura en Colombia una nueva fase en la historia del subsidio familiar. Con la expedición de la Ley 25 del mismo año, se creó la superintendencia del subsidio familiar, siendo la entidad responsable de la inspección, vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar. Esta normatividad, se vio reforzada posteriormente mediante el control más estricto por parte de la Ley tras la expedición del Decreto 2463 de 1981 que estableció el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios, directores, administradores y revisores de las Cajas.

Posteriormente sería expedida la Ley 21 de 1982 orgánica del subsidio familiar, vigente hasta hoy día y que introduce el concepto relacionado con los porcentajes de destinación de los recursos del subsidio familiar y reorganizando los programas de salud, nutrición, educación integral y continuada, crédito de fomento para industrias familiares, recreación social y mercadeo.

Esta etapa finaliza entonces con grandes cambios en materia de subsidio familiar que dirigirían en adelante las actuaciones de las Cajas de Compensación Familiar y sobre todo se regiría por una gran intervención estatal no solo en lo referente a la obligatoriedad del subsidio familiar y la ampliación de coberturas, sino en el uso y administración de los recursos.

Aunque esta década ha sido denominada como de crisis dentro del Sistema de Seguridad Social, debido principalmente a la baja cobertura que presentaban los servicios ofrecidos dentro del mismo, sucedió lo contrario al interior del subsidio familiar, en cuyo interior se lograron ampliar de manera progresiva las coberturas y cuya administración no enfrentó las contingencias que hasta el momento se evidenciaban en el Instituto de Seguros sociales.

- *Etapas de reformas estructurales (1990-2014)*: Esta nueva etapa, que inició con la expedición de la Constitución Política de Colombia en 1991, implicó para las Cajas la formación de estrategias públicas para la atención de necesidades sociales. En esta etapa se destacan principalmente los siguientes avances:

1. Ampliación de la cobertura en salud para el régimen subsidiado
2. Creación del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social
3. Subsidio de escolaridad en dinero
4. Participación en EPS, IPS, agencias de viajes y marcas propias para la comercialización de productos y servicios.
5. Programas de salud ocupacional
6. Ejecutoras de la Cooperación Internacional

La constitucionalización del derecho de la seguridad social implicaría para las Cajas la asunción de nuevos programas sociales y la consolidación del Sistema de Subsidio Familiar como un elemento esencial para la disminución de la pobreza y la pobreza extrema, así como su alto contenido progresivo, que la siguen haciendo hoy por hoy una de las entidades que mayor incidencia tiene para la construcción de los servicios sociales del Estado.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 789 de 2002 el Sistema de Subsidio Familiar incursionó en el eje de la protección social, y junto con la Ley 920 de 2004 se establecieron nuevas prestaciones a favor de los trabajadores afiliados a las Cajas:

1. Atención integral a la niñez
2. Jornada escolar complementaria
3. Protección al desempleado
4. Promoción al empleo
5. Actividad de intermediación financiera especial

Estos nuevos cambios vinieron aparejados de nuevas regulaciones en cuanto a la destinación de los recursos de las Cajas y una disminución importante en los gastos de administración.

Por último, desde el año 2013 con la expedición de la Ley 1636, se crea el Mecanismo de Protección al Cesante, cuyo fin consiste en proporcionar mecanismos para que el trabajador que ha perdido el empleo pueda reinsertarse en el mercado laboral, siendo las Cajas de Compensación Familiar uno de los órganos de administración y financiación.

Recientemente, se encuentran reformas tendientes a ampliar aún más el ámbito de protección de las Cajas de Compensación Familiar hacia nuevos grupos poblacionales, entre las cuales se destacan las siguientes:

- Decreto 721 de 2013, por el cual se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar. Esta norma busca la incursión de esta población a los servicios ofrecidos por el Sistema, de manera que tengan acceso integral a los beneficios tanto económicos como en especie ofrecidos por las Cajas de Compensación Familiar.
- Decreto 682 de 2014, por el cual se establecen mecanismos de protección social para los colombianos migrantes y sus familias en Colombia. Esta normatividad establece que los colombianos residentes en el exterior pueden afiliarse de manera voluntaria a las Cajas de Compensación Familiar teniendo como base de cotización dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. Los beneficios consisten en servicios en especie para sus familias y el acceso a los programas especiales de acogida.
- Decreto 867 de 2014, por el cual se reglamenta acceso de pensionados a Cajas de Compensación Familiar. Mediante esta norma, sin cotización alguna, se garantizan los servicios en especie hacia los pensionados con menos de 2 salarios mínimos y se establece la posibilidad de realizar aportes adicionales para que los mismos accedan de manera íntegra a la totalidad de las prestaciones.

Así las cosas, durante este periodo el sistema se encuentra enfrentando grandes cambios, convirtiéndose las Cajas de Compensación Familiar en actores ineludibles al referirnos a los cambios sociales y culturales que enfrenta la sociedad, así como en grandes aliados del Estado en la consecución y adecuada ejecución de políticas sociales acordes con los programas de gobierno que en esta materia se han implementado.

## IV. Conclusiones

El desarrollo histórico y normativo de las Cajas de Compensación Familiar, ha sufrido diferentes modificaciones desde su inicio especialmente por su amplio marco de intervención en las políticas públicas desde la esfera de la protección social.

El subsidio familiar revela desde sus orígenes, el gran interés que presenta el trabajador considerado desde su esfera humana, para el desarrollo social y económico del país. Solo a partir de este reconocimiento, es que se logra establecer el mejoramiento de sus condiciones de vida y las de su familia, como un requerimiento urgente que debían atender no solamente los empleadores sino las políticas públicas.

Es así como las Cajas de Compensación Familiar se han convertido en actores esenciales dentro la generación de políticas sociales y han logrado una administración acertada de los recursos que las permitió superar las grandes crisis que presentó el Sistema de Seguridad Social en la década de los 80.

Los antecedentes históricos nos demuestran entonces una institución que ha resultado fortalecida a pesar de los múltiples debates que han surgido desde sus procesos de administración, y que tiende cada vez más a la universalización de sus prestaciones en condiciones de igualdad y calidad.

## V. Bibliografía

- ARCHILA NEIRA, Mauricio. Quimera del pensamiento socialista colombiano. En Historia de las ciencias sociales en Colombia. Credencial Historia ISSN 0121-3296 Octubre 1998, Edición No. 106.
- BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia. Anuario Colombiano de la Historia y de la Cultura. No. 33, 2006 pp 85-109.
- CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Sistema de Subsidio Familiar y Servicios Sociales en Colombia. Ed. Legis, 2012.
- ESQUINCA BARRIGA, Edgar. La empresa social: ¿cura o paleativo para la pobreza? Revista CONfines. 5/9 enero- mayo 2009. ISSN 1870-3569 115-118.

- Historia del SENA en: <http://mgiportal.sena.edu.co/Portal/El+SENA/Historia/> consultado el 01 de septiembre de 2014.
- HURTADO RODRÍGUEZ, Guillermo. El subsidio familiar, eje fundamental de la protección social. Revista más es vida. Asocajas. En <http://asocajasrevistamasvida.asocajas.org.co/index.php/revista-mas-vida-no-10/104-el-subsidio-familiar-eje-fundamental-de-la-proteccion-social> consultado el 30 de agosto de 2014.
- MARIÑO, Natalia. NOBOA, Cecilia. PARADA, Cecilia. Las asignaciones familiares como salario indirecto. Una aproximación a su incidencia distributiva en el largo plazo. Asociación uruguaya de Historia Económica. En [http://www.audhe.org.uy/Boletin\\_Audhe/Boletin\\_8/Boletin\\_AUDHE\\_2009\\_Marino-Novoa&Parada\\_pp\\_38-52.pdf](http://www.audhe.org.uy/Boletin_Audhe/Boletin_8/Boletin_AUDHE_2009_Marino-Novoa&Parada_pp_38-52.pdf) consultado el 31 de agosto de 2014.
- MARROQUÍN ESCOBAR, Gonzalo. Análisis legal de las Cajas de Compensación Familiar en el Sistema de Seguridad Social. Justicia, No. 18 - pp. 106-121 - Diciembre 2010 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441.
- MARTÍNEZ, Miguel Angel. El Neoliberalismo en América Latina (historia contemporánea de América Latina). Cuadernos de sociología. En <http://www2.uacj.mx/ICSA/Carreras/Sociologia/Sociologia/Bookle-America....pdf> consultado el 30 de agosto de 2014.
- MONSALVE ARENAS, Gerardo. El sistema de subsidio familiar en la seguridad social colombiana. Revista Universitas. Universidad javeriana, 24 de noviembre de 2003. pp 456-504.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 18 de 1985.
- TARAZONA ACEVEDO, Álvaro. Las Cajas de Compensación Familiar en Colombia. Marcos normativo, organizacional y socio-económico en su consolidación. En <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/6312/1/16-%20Las%20cajas%20de%20compensación%20familiar%20en%20Colombia.pdf> consultado el 31 de agosto de 2014.

# Pensiones y sistemas jurídicos

---

Óscar José Dueñas Ruiz<sup>1</sup>

---

---

1. Abogado, Magister en Seguridad Social y en Servicios Sociales y especializado en Administración Pública en la Universidad de Alcalá de Henares. Profesor universitario, Ex Magistrado. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

## Palabras claves<sup>2</sup>

*Constitución:* Norma de normas que contiene una parte orgánica y otra con derechos, valores y principios, ubicando en el centro al hombre con sus necesidades.

*Dialéctica:* Pensar en bipolaridad, con unidad de contrarios, teniendo en consideración el movimiento, tanto del mundo exterior como del pensamiento.

*Garantismo:* comportamiento de los jueces en el cual el principio rector es el *pro homine*, dando prevalencia a quienes están en condición de indefensión.

*Humanismo:* Cosmovisión cuyo objetivo es la valoración de las necesidades de la práctica social, para lograr una vida digna.

*Ideología:* Conjunto de creencias, comúnmente aceptadas, con el objetivo de validar algún proyecto, bien sea para mantener el statu quo, o para subvertirlo.

*Neoliberalismo:* Doctrina económica que, en ocasiones, pasó a ser modelo de Estado y que terminó siendo ideología, según la cual la liberación de las leyes económicas conlleva, entre otras características, empequeñecimiento del Estado, privatizaciones, flexibilización laboral.

*Pensión:* Derecho fundamental que tienen las personas, bien sea por vejez, por invalidez o por muerte de quien dependían. Es uno de los pilares del Estado del bienestar.

*Precedente jurisprudencial:* cultura que surge de un proceso siempre dinámico, producto del método inductivo, elaborado por las altas Cortes y que no se puede confundir con criterios de coyuntura.

*TIC:* Tecnologías de la información y de las comunicaciones. Revolución del mundo contemporáneo. Han creado diferencia entre generadores de conocimientos y tecnologías y buscadores, por un lado, y los usuarios en el otro extremo.

---

2. Las definiciones que se dan, corresponden a la proyección que tendrán los conceptos dentro del presente escrito.

*Tutela*: Acción jurisdiccional que garantiza los derechos fundamentales. Sus características principales son: celeridad, informalidad, prevalencia del derecho material. En la mayor parte de los países se conoce como “amparo”.

## 1. Planteamiento del tema

Hoy, cuando el derecho se ha constitucionalizado e internacionalizado<sup>3</sup>, en el discurso jurídico dominante, aparece la pretensión científica de suplir la norma por la jurisprudencia.

¿Se trata de suplantarlo tradicional e implantar un nuevo credo?, ¿Se desplaza el sistema jurídico romano germánico?, ¿El fetichismo de la ley se ha cambiado por el fetichismo de la jurisprudencia?, ¿Se cocina, en los centros de pensamiento, la supremacía del sistema jurídico anglosajón?, ¿Pragmatismo de organismos o compañías transnacionales al considerar más práctico convencer a unos pocos magistrados que a numerosos legisladores?, ¿Son veleidades del mundillo académico?

Parecería, más bien, que tanto a la ley como a la jurisprudencia se le atribuyen poderes mágicos y se acude a cualquiera de ellas según las conveniencias de la economía de mercado.

En todo caso, al menos en Colombia, se le ha dejado el camino expedito especialmente al modelo norteamericano. Por eso, en la doctrina y en la práctica la teoría de las fuentes del derecho ha desplazado momentáneamente a la teoría del derecho<sup>4</sup>.

La pregunta es si la jurisprudencia tendrá la contundencia necesaria para convertirse en vinculante, llegando a una metodología de casos y dejando de lado la autonomía judicial, la verdadera democracia, convirtiéndose los jueces de las altas Cortes en tutores de unos ciudadanos que serían sus pupilos.

En un afán reduccionista, se ha generalizado el hábito de copiar el antecedente jurisprudencial y, para bien o para mal, cada vez menos se acude a la aplicación gramatical de la norma.

---

3. Internacionalización que llega al extremo de solucionar controversias mediante justicia privada lejana a la normatividad nacional (tribunales de arbitramento).

4. Esta realidad le da importancia a la hermenéutica de segundo nivel (interpretar la interpretación, jurisprudencia en el mundo jurídico).

Claro que en el escenario jurídico, tan importante como expedir la norma es interpretarla. El inconveniente se plantea cuando interpretar la norma vale más que expedirla.

Sería tajar el sol con las manos si se hiciera caso omiso a la agresividad de la jurisprudencia, como fuente del derecho.

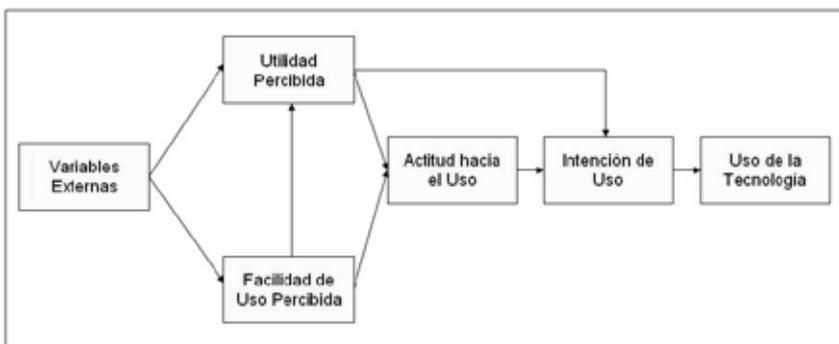
No es extraño escuchar que debe existir igualdad en el trato interpretativo y que las tecnologías de la información y de la comunicación divulgan en segundos las jurisprudencias que contienen expresa o tácitamente la norma y expresamente su interpretación.

¿Lo anterior quiere decir que hay vía libre para enterrar el modelo jurídico continental europeo, central en la historia de Iberoamérica?<sup>5</sup>

El intérprete autorizado es un generador de conocimiento, eso es sano, sin embargo, lo prudente es salirle al paso a inconvenientes que surgen recientemente:

**Universo de simples usuarios.** Miles de jueces, litigantes, estudiosos del derecho y ciudadanos se convierten en usuarios de lo que señalan las jurisprudencias, en el entendido, equivocado, de que son los magistrados los únicos que se pueden catalogar como creadores de conocimiento jurídico.

Es interesante ver cómo las TIC, en una etapa muy elemental, pueden llevar a un universo de simples USUARIOS. Esto lo explica el Modelo TAM: Modelo de Aceptación Tecnológica, en el siguiente cuadro:



5. La verdad es que el modelo romano-germánico poco ha servido para lograr sociedades justas.

Es dentro de este modelo simplista que se está moviendo la política judicial, un ejemplo de ello es Colombia<sup>6</sup>.

Las nuevas tecnologías, especialmente las de las TIC, han simplificado la labor en todas las ciencias y las artes y por supuesto en la justicia. Como es natural, en los juzgados ya no se trabaja con máquina de escribir sino con computadora. Se acelera la prestación del servicio. El almacenamiento de datos, la enorme cantidad de información, la velocidad para el acceso han creado una ideología al rededor de la computadora que ha transformado al mundo y cambian el comportamiento de las personas. No puede pasarse por alto que el hombre modifica sus instrumentos de trabajo pero, a su vez, los instrumentos de trabajo modifican el comportamiento humano. Sin embargo, ha aumentado la distancia entre los generadores de conocimiento y de tecnologías y los usuarios de ellas, aspecto este último que afecta la creatividad del operador jurídico y, en muchas ocasiones, soslaya el correcto reconocimiento de lo justo.

**La ideología.** El segundo inconveniente es que si el intérprete responde a la ideología neoliberal, (lo cual es común, en la actualidad) entonces, el Derecho queda capturado por la economía de mercado y se deshumaniza por completo. Este último peligro se visualiza con claridad por el giro que tomaron varios países a raíz de la crisis económica de 2008<sup>7</sup>. En ese año, el sistema adopta la estrategia de proteger al victimario, es decir, al capital financiero causante del descalabro. Consecuencia práctica, el recorte de los derechos de los trabajadores y de los pensionados. Lo anterior se da en un contexto donde las nacionalidades principian a tener más fuerza que los estados y en donde la “bancanización” quiere sustituir el *Homo Sapiens* por el *Homo Economicus*. Realidades que plantean, inclusive, el interrogante de si se está en un momento de crisis de la civilización.

En esa confrontación de sistemas jurídicos el tem de las pensiones se convierte en escenario.

---

6. Ya existen formatos de sentencia, que se emplean en los juzgados y tribunales. Generalmente están hechos para negar los derechos sociales. Y, se quiere imponer, a como dé lugar, la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional.

7. Vale la pena recordar que la crisis del capitalismo en 1929 planteó en Europa la modificación de las estructuras del Estado Liberal, para evitar el desplazamiento masivo de los trabajadores hacia el socialismo. Surgió un modelo, el Estado del Bienestar, que se edificó sobre tres pilares: salud, pensiones y educación. Se protegió a las víctimas de la crisis del veintinueve y no a los victimarios.

## 2. El ejemplo de Norte América

La jurisprudencia, al convertirse en un objeto del conocimiento conlleva, para quien la aprehende, varios comportamientos, sobre todo para el juzgador:

- *“El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión”*,<sup>8</sup>
- El juez *“puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo”*,<sup>9</sup>
- El juez está obligado a *“resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo”*<sup>10</sup>

Tener como camisa de fuerza la obligatoriedad del precedente es dudar de su esencia persuasiva, es como si la teoría normativista kelseniana ya no fuera para la ley sino para la jurisprudencia, es convertir a ésta en estática cuando su esencia es dinámica.

En el caso norteamericano, podría decirse que un método histórico empleado durante casi todo el siglo XIX (fallar en materia constitucional teniendo en cuenta el pensamiento de los Padres Fundadores de los EE.UU.), fue remplazado a finales de dicho siglo por una jurisprudencia analítica (análisis de los numerosos casos), basada en el “complejo metodológico” (método científico-experimental-inductivo, con la premisa de que el derecho es una ciencia)<sup>11</sup>; y, luego, se convirtió en jurisprudencia de conceptos (quizás, por eso, actualmente se habla de líneas), pero que corría el peligro de ser una jurisprudencia mecánica, es decir, algo intocable, repetitivo.

En ese modelo norteamericano, paralelamente se desarrolló el activismo jurídico, donde el juez es un actor que interpreta lo que ha escrito un autor (legislador), interpretación que enriquece o desvirtúa el texto normativo. Ronald Dworkin, sumo pontífice en muchas facultades de derecho en Colombia, desde finales del siglo XX, abogó por un juez constitucional activo.

---

8. CROSS y HARRIS, *El precedente en el derecho inglés*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 24.

9. CROSS y HARRIS, pág. 24.

10. CROSS y HARRIS, pág. 24.

11. En ese “complejo metodológico”, asimilándose las ciencias sociales a las ciencias naturales, los norteamericanos abogaron por el evolucionismo de Darwin, o sea una jurisprudencia dinámica, y no por el mundo perfecto de Newton, en el cual o la ley o la jurisprudencia o ambas se tornarían estáticas.

Dworkin dice que la Constitución establece conceptos, no concepciones, que el concepto no tiene importancia, es una cuestión moral, mientras que “*formular mi concepción de la justicia, responde a ella*”<sup>12</sup>. Se trata de una visión elitista, que le fija al juez un rol para ubicarlo en la esfera dominante. Por eso, buena parte de los seguidores del “nuevo derecho” creen que el juez constitucional es quien determina el contenido de los conceptos jurídicos y orienta a las sociedades. En este discutible planteamiento, las decisiones de un Tribunal Constitucional se tornan superiores a las decisiones del legislador e inclusive del constituyente y, por supuesto, del propio pueblo y su conciencia histórica. En ese activismo también se siguió al juez Holmes, quien fue Presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos. Él, en el caso *South Pacific Vs. Jensen*, 1917, 244 US, dijo “*Reconozco sin vacilación alguna que los jueces no solo legislan sino que deben legislar*”. No se ha tenido en cuenta que el Juez Frankfurter, también del Tribunal Supremo, dijo: “*La piedra angular de la constitucionalidad es la Constitución misma, y no lo que nosotros decimos con respecto a ella*” (Caso *Graves Vs. New York*, 306 US).

Un momento culminante en ese comportamiento de un poder casi tiránico del juzgador ocurrió cuando se profirió la sentencia *Lochner Vs. New York* (1905)<sup>13</sup>. Para perjudicar a los trabajadores y no permitir el control del horario de trabajo, el Tribunal Supremo invocó el derecho a la libertad (libertad personal, libertad para contratar, independencia de juicio, sin tener en cuenta la condición dominante del empleador, ni la angustia del trabajador para no quedar desempleado)<sup>14</sup>.

### 3. La seguridad social, escenario para el complejo de Icaro

Antes, los temas de contenido laboral, ahora los de la seguridad social, (preferentemente en cuanto a pensiones) son la disculpa para manipular teorías de contenido jurídico-económico que repercuten en el fortalecimiento de la cultura del precedente.

Un ejemplo para ilustrar es la jurisprudencia norteamericana del *laissez faire*, antes mencionada. Otro ejemplo, el cambio que ha tenido la jurisprudencia constitucional colombiana, en algo muy concreto: el derecho fundamental a la pensión y su protección mediante la tutela (acción de amparo).

---

12. CHRISTOPHER WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1991, página 459.

13. La línea jurisprudencial fue la del debido proceso sustantivo económico.

14. Por el contrario, uno de quienes salvó el voto, el juez Holmes, indicó que la XIV Enmienda (sustento invocado por la mayoría de los magistrados) no autorizaba el pensamiento de Hebert Spencer, ni una Constitución se puede inclinar por una teoría económica particular y mencionó al *laissez faire*.

En los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional<sup>15</sup>, la jurisprudencia en pensiones fue garantista<sup>16</sup>. Y ha sido, hasta ahora, garantista, por excelencia, en la protección al derecho a la salud<sup>17</sup>. Esos comportamientos proyectaron a la Corte Constitucional como una de las instituciones del Estado más gratas para los ciudadanos. Los contenidos de la jurisprudencia eran altamente humanistas y normativamente también se sustentaban en Instrumentos internacionales, lo cual era una novedad en Colombia<sup>18</sup>.

Ocurre que, debido a los buenos contenidos, se fue creando y fortaleciendo la estructura para pasar del modelo continental europeo, aplicable durante siglos, a un modelo norteamericano en el cual la cultura del precedente es un aspecto central.

Aconteció que, en los últimos años, el marco estructural se tornó inmutable pero se cambió el contenido.

El garantismo inicial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (producido, especialmente, en la década de 1990 y principios de este siglo) fue sustituido, en los últimos años, por consideraciones de índole financiera, (con los fantasmas de una hecatombe si no se recordaban los derechos) y, entonces, la jurisprudencia no garantista de la actualidad paradójicamente queda blindada por una estructura que se elaboró cuando sí se protegían los derechos fundamentales. De paso, se ubicó en el cuarto de San Alejo al artículo 17 del Código Civil colombiano<sup>19</sup>, copia del artículo 5° del Código Civil Napoleónico, base del modelo francés, que voló por los aires sin necesidad de ser derogado. Hoy, la Corte Constitucional hace todo lo contrario de lo que el mencionado artículo prohíbe: en sentencias de tutela da órdenes ge-

15. La Corte Constitucional fue una creación de la Constitución de 1991.

16. Se garantizaba, de manera plena, la mesada pensional, los regímenes especiales, los regímenes exceptuados, el régimen de transición, los reajustes, la indexación, los derechos adquiridos y, mediante tutela, se ordenaba que los organismos gestores de la seguridad social en pensiones reconocieran el derecho cuando había lugar a ello.

17. Mediante sentencias de tutela se ordenaban los procedimientos y los medicamentos que los médicos tratantes determinaban y que las empresas prestadoras del servicio se negaban a practicar o entregar.

18. Entre otros:

- a. La declaración Universal de los Derechos Humanos que en sus artículos 22 y 25 caracterizan el derecho a la seguridad social;
- b. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el artículo 12 establece el derecho a disfrutar del mas alto nivel posible de salud física y mental;
- c. En el caso de los países americanos, el protocolo de San Salvador que ordena la progresividad presupuestal y la destinación hasta el máximo de los recursos disponibles para los derechos sociales, entre ellos la seguridad social; dicho Protocolo fue aprobado en Colombia por la ley 319 de 1996 y revisado por la Corte Constitucional (C-251/1997);
- d. En los países Latinoamericanos, a título de ilustración, el Código Iberoamericano de la Seguridad Social; sus artículos 4 y 9 también hablan de la elevación progresiva del nivel mínimo de seguridad social; dicho Código tiene en nuestro país aprobación legislativa, Ley 516 de 1999, revisada en la Corte Constitucional (C-125/2000);
- e. La teoría de la seguridad social, que era muy avanzada. Y, *la no regresividad, sentencia del 28 de febrero de 2003 de la CIDH.*

19. Dice el art. 17 del Código Civil colombiano: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

nerales sobre políticas públicas, y en sentencias de inconstitucionalidad, sin acudir a un previo debido proceso, afecta los derechos adquiridos y no acepta lo ya decidido judicialmente (ejemplo, sentencia C-258 de 2013 y su desprecio por las decisiones anteriores).

Para probar lo dicho, se pueden mencionar, a manera de ejemplo, los siguientes dos temas:

### A. Respecto a las pensiones (en su aspecto sustantivo)

Bajo la bandera de la sostenibilidad financiera y unas teorías “novedosas”, se llega a una situación en la cual el jubilado le tiene más temor al presente que al futuro. ¿Qué ha acontecido?:

- Se afectó la pensión gracia (C-741/12);
- Con invocación economicista se seleccionaron sentencias de tutela, favorables a trabajadores de ECOPETROL, en las cuales se habían protegido pensiones convencionales; la selección se hizo porque el Presidente de la Corte Constitucional de la época adujo que como los derechos de los pensionados fueron reconocidos, entonces ello “*genera un detrimento al patrimonio público y al de los accionistas de la empresa condenada*”<sup>20</sup>.
- En otro fallo se dijo que la jurisprudencia anterior que garantizaba las pensiones de los parlamentarios, (casi todos mayores de 80 años) no estaba conforme a derecho, T-120/12;
- Se revocaron sentencias de instancia que habían protegido a trabajadores de las ESE<sup>21</sup>, cambiándose jurisprudencia reiterada, SU-897/12;
- Se dijo, en la C-965 de 2012, que el decreto 4121 de 2011 sobre COLPENSIONES no era inconstitucional y que no se requería ley estatutaria para lo allí determinado (ubicación dentro del estatuto financiero y otras determinaciones propias de leyes estatutarias);

---

20. Página 16 del fallo T-718 de 2011. La Corte pasó por alto que existe en Ecopetrol un fondo para pagar pensiones de once billones de pesos (dinero que está en fiducias y que por efectos de la jurisprudencia no se ha destinado para las pensiones.

21. Establecimientos que prestaban la atención en salud que antes le correspondía a los Seguros Sociales.

- En la sentencia T-353 de 2012, se propuso una nueva condición para el régimen de transición: estar el interesado desempeñando el cargo protegido por el régimen especial el 1° de abril de 1994. La Corte dijo que la jurisprudencia anterior sobre el régimen de transición que no exigía tal condición era errónea. La misma sentencia T-353 de 2012, al referirse a la anterior jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional, dijo que era una aplicación irracional del principio de favorabilidad;
- En la C-258 de 2013, so pretexto de atacar a las altas pensiones y con la disculpa del “derecho viviente”, sin fórmula de juicio se redujeron las mesadas, aunque se sustentaran en sentencias judiciales ejecutoriadas;
- En la sentencia SU-555 de 2014, después de hacerse una gran alabanza de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y expresarse que tenían fuerza vinculante, la Corte acudió a la teoría del “margen de apreciación”, dando vía libre para que el gobierno y los jueces no cumplan con tales Recomendaciones (se obedece, pero no se cumple)<sup>22</sup>.

## B. Respecto a la tutela (como acción procedimental)

La tutela fue la joya de la corona de la Constitución de 1991 que, además, incluyó un extenso catálogo de derechos. Pero, con el paso del tiempo, la economía de mercado afectó a los derechos.

Durante muchos años los jueces de instancia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional garantizaron, sin mayores obstáculos, los derechos fundamentales. La regla era la procedencia de la acción de tutela, la excepción su improcedencia.

Sin cambiar una sola coma del texto constitucional, artículo 86, con una simple palabra: “improcedente”, manejada hábilmente por la jurisprudencia nacional, (aunque ha habido un replanteamiento, como se indicará posteriormente), el amparo a los derechos fundamentales de contenido prestacional se disminuyó ostensiblemente.

---

22. Organizaciones sindicales han formulado QUEJA ante la OIT porque consideran que la Corte Constitucional violó de los Convenios 98 y 87.

Se ha escamoteado la razón de ser del artículo 86 de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela. En ellos expresamente se estableció, como regla general, la protección a los derechos fundamentales, por eso, en el artículo 5° del citado decreto se reiteró la procedencia de la tutela (basada en los dos primeros incisos del artículo 86 de la Constitución Política); y, para salvar la antinomia que planteó el inciso tercero de dicha norma constitucional (que planteó la subsidiariedad), en el artículo 6° del mencionado decreto se consagraron unas taxativas causales de improcedencia. Dentro de tales causales de improcedencia se estableció, en el mencionado artículo 6°, que la tutela operaba siempre y cuando no existiera otro medio judicial de protección, pero la norma precisó (ahí se le dio solución a la antinomia) que el mecanismo judicial pertinente se aprecia en concreto dentro de las circunstancias del caso a examinar, viendo cuál acción judicial es la más efectiva para la inmediata protección de los derechos fundamentales; así se trabajó la acción de amparo durante 15 años. Resulta que en el siglo XXI, la existencia de otro medio judicial entró a apreciarse en abstracto, como generalidad y, es obvio, que hay otras acciones judiciales que dejarían a la tutela convertida en un saludo a la bandera<sup>23</sup>. Y, sin ningún respaldo normativo, la jurisprudencia dejó de hablar de causales de improcedencia, las cambió por causales de procedencia, muy pocas por cierto, No era un juego de palabras, era la estrategia para restringir el amparo. Y, como si fuera poco, en la sentencia T-760 de 2008, en tema muy sensible como es el de la salud, se le quitó fuerza al cumplimiento del derecho<sup>24</sup>.

Fueron duros golpes a la garantía tutelar y a los derechos subjetivos, considerados como los derechos reclamables ante los jueces.

Los magistrados, productores de esas recientes jurisprudencias, en el ejercicio del poder, vuelan como Icaro. Es indudable que tener las alas del Icaro de la mitología griega es mejor que no tenerlas. Pero, según el consejo de Dédalo, no se puede volar tan alto porque el calor del sol derretirá la cera que sostiene las plumas. Lo mismo pasa con la jurisprudencia, la pretensión de acercarse al sol puede ser nociva.

---

23. Sentencia T-744 de 2012, radicalizó la subsidiariedad de la tutela.

24. Lo pertinente, en la T-760/2008 es lo siguiente: "... el derecho a la salud supone obligaciones de tres tipos, obligaciones de (i) respeto, obligaciones de (ii) protección y obligaciones de (iii) cumplimiento (denominadas también de garantizar). La Sala de Revisión advierte que actualmente existe una discusión abierta en la jurisprudencia y la doctrina con relación a cuáles son las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental. Existe un relativo acuerdo en lo que se refiere al tipo de obligaciones que estarían comprendidas en las dos clasificaciones iniciales, las obligaciones de respetar y de proteger, pero no así con la última. Las obligaciones de cumplir, denominadas por algunos autores como de garantía, de asegurar o de satisfacer, no se han caracterizado de forma pacífica".

## 4. Configuración de una nueva estructura

¿Cómo se logró, en Colombia, en menos de dos décadas, que la garantía tutelar a la pensión, terminara casi en una realidad virtual y sirviera de Caballo de Troya para entronizar un nuevo modelo jurídico, diferente al tradicional?

Para este cambio de paradigma, la Corte Constitucional le abrió la puerta al modelo jurídico norteamericano, al sembrar la idea de la creación del derecho por parte de los jueces. Se elaboró, con el paso del tiempo, un marco teórico-práctico en cuyos cuatro costados se encuentran:

- i) En una de las columnas, como elemento vertebral, el derecho a la igualdad de trato en la interpretación (lo cual deriva en la reiteración de jurisprudencia)<sup>25</sup>.
- ii) La otra columna la constituye el acudimiento obligado a las nuevas tecnologías, útiles y fáciles, que reproducen con rapidez lo ya consignado en el sistema computarizado y, por supuesto, esto viabiliza mecánicamente la reproducción de la jurisprudencia; es un indiscutible elemento objetivo.
- iii) Desde la iniciación de la producción de la Corte Constitucional, el techo del marco, por diversas circunstancias, fue el activismo judicial, calcado de lo norteamericano, acompañado del propósito de un pensamiento único en una sociedad globalizada.
- iv) Como consecuencia o como tergiversación de ese activismo, en la base del marco que hoy sustenta en Colombia la cultura del precedente, fue tomando cuerpo el efecto vinculante que se le ha venido dando a la jurisprudencia, pese a que la Constitución dice que la jurisprudencia es una fuente auxiliar, que el juez es autónomo y que la misma Corte dijo en la sentencia C-131 de 1993 que era inexecutable la obligatoriedad que el artículo 23 del decreto 2067 de 1991 le había dado a la jurisprudencia constitucional. Pero, ahora se dice que hay un “alcance nuevo” que se ve palpable en la Sentencia T-859 de 2012, que dice, en algunos de sus apartes: *“Desde entonces han surgido también nuevos argumentos que propugnan por la obligatoriedad del precedente constitucional, entre ellos se destaca aquél que indica que no es posible separar la aplicación de la ley como fuente*

25. La igualdad de trato es sólida, está fundamentada en el artículo 13 de la C. P. y en la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (en armonía con los artículos 1, 2, 93, 334, 336, 366 y el Convenio 111 de la OIT). La igualdad hace parte del orden justo y asegura el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (sentencia T-025 de 2004).

*de derecho, del entendimiento que se realiza de la misma mediante la creación de la jurisprudencia. Es decir, que la norma está unida inescindiblemente a la interpretación que esta Corte realiza, hasta el punto que no es posible aplicar la una sin desconocer la otra. Otro argumento en pro de la obligatoriedad del precedente constitucional, se desprende de su efecto útil, en cuanto su acatamiento permite garantizar la coherencia del sistema jurídico, su estabilidad y el respeto del principio de igualdad*". Lo extraño es que, en cuanto a la interpretación que dan otras Cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado) no es tan exigente la "obligatoriedad" porque supedita la interpretación de las leyes ordinarias al "alcance que le ha impreso el control de constitucionalidad" y, dicho control, lo tiene precisamente la Corte Constitucional.

Dentro de esa estructura, marco de la cultura del precedente, se ubicaron, durante un buen tiempo, innumerables conceptos orientados a la protección de los derechos fundamentales. Como era de esperarse y ya se dijo, se logró el fortalecimiento del marco, que vino a caracterizar la doctrina del precedente jurisprudencial. Pero, creado y blindado el marco, se retiraron los contenidos garantistas por parte de la misma Corte Constitucional.

## 5. La importancia de la dialéctica

El ejemplo de lo acontecido en Grecia, en las últimas elecciones, indica que la paciencia se puede agotar. El cambio de la jurisprudencia, de garantista a no garantista, es algo inhumano. Sin embargo, de todas maneras, el no garantismo, tiene contradicción. La dialéctica no se puede menospreciar.

¿Qué otras situaciones han acontecido en Colombia a raíz del recorte de los derechos a los pensionados para que pueda decirse que surge una contradicción dialéctica?

- a. En la misma Corte Constitucional, a raíz de la sentencia SU-555/2014, tres magistrados salvaron el voto, anotando que hubo un "Retroceso constitucional" y que "la Corte Constitucional presenta un ciclo involutivo en la realización efectiva de las libertades de asociación, de sindicalización, de negociación colectiva y de acceso a la seguridad social". Y, "Respecto al desalentador panorama de las libertades sindicales en Colombia, los derechos humanos laborales se han quedado en simples proclamaciones retóricas".

- b. No obstante las críticas que se le pueden formular a la SU-555/2014, de todas maneras, la sentencia se remite a la T-261 de 2012, en la cual se dijo que cuando lo que se persigue es “*amparar los derechos fundamentales colectivos radicados en cabeza del sindicato accionante, desde la óptica de los Convenios y las Recomendaciones de un organismo internacional*” es la acción de tutela el mecanismo judicial efectivo. Por consiguiente, se activa la competencia del juez de tutela: “ (i) cuando los demás medios judiciales no sean idóneos ni efectivos, bien sea porque los jueces ordinarios, quienes son los primeros llamados a aplicar los postulados de la Carta Política, incluido el bloque de constitucionalidad, desconocen sus mandatos, los inaplican o les dan un alcance equívoco; (ii) cuando el contenido de las normas que desarrollan derechos fundamentales es contrario a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en los instrumentos internacionales; (iii) cuando se busque amparar los derechos fundamentales colectivos radicados en cabeza del sindicato accionante, desde la óptica de los convenios y las recomendaciones de un organismo internacional<sup>26</sup>, o (iv) cuando el ordenamiento jurídico no establece un procedimiento particular y específico para obtener el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales” . (Lo resaltado, fuera de texto).
- c. Ante el comportamiento de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado se lanzó presuroso a ser garantista, en la sentencia de unificación de 12 de septiembre de 2014<sup>27</sup>. Pareciera que con este y otros fallos que últimamente ha dictado el Consejo de Estado se estuviere construyendo una tercera vía, diferente a la tradicional (fetichismo de la ley) y a la de la Corte Constitucional (fetichismo de la jurisprudencia, cuyos pilares son un activismo judicial desbordado, una aplicación indebida del derecho viviente y el acudimiento a la teoría reaccionaria del margen de apreciación). El Consejo de Estado resalta el mandato constitucional de la autonomía judicial respetuosa de la ley, pone en su sitio una verdadera cultura del precedente<sup>28</sup>, recuerda, sin mencionarlo expresamente, que las sentencias no tienen efecto retroactivo y no pueden perjudicar a los derechos adquiridos, reseña por escrito las contradicciones en que incurrió la Corte Constitucional y, en cierta forma, deja por el suelo el esfuerzo mediático que se tejió al publicitarse el borrador de la sentencia C-258 de 2013<sup>29</sup>.

---

26. Sentencia T-261 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio

27. Magistrado: Gustavo Gómez Aranguren.

28. Cross y Harris, en su libro *El precedente en el derecho inglés*, editorial Marcel Pons, 12 edición, dice: “... si un abogado inglés quiere conocer cuál es el régimen jurídico aplicable a un caso, lo primero que debe hacer es averiguar si el tema ha sido regulado por una ley, y si ello es así, él mismo deberá ocuparse de consultar la normatividad relevante, habida cuenta de que –de acuerdo con la doctrina de la soberanía del Parlamento– los jueces están obligados a dar efecto a las leyes del Parlamento”. Solo después es que se investiga lo realizado por la jurisprudencia.

29. Se ha vuelto costumbre, en Colombia, “filtrar” los borradores de sentencias de impacto.

- d. Inclusive, tratándose de esa camisa de fuerza llamada “precedente jurisprudencial”, la misma sentencia que proclama su obligatoriedad, la T-859/2012, reconoce lo siguiente: *“Ahora puede suceder que en especiales ocasiones un juez quiera apartarse del precedente constitucional e incluso del horizontal (sic) pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones contundentes para distanciarse válidamente de los precedentes vinculantes, tales como i) que los mismos sean contrarios a la Constitución; ii) que se trate de una equivocación jurisprudencial y iii) que generen una interpretación que anteriormente fuertemente positiva pero que no sea adecuada en la actualidad para resolver conflictos, debido a los cambios históricos producidos y las consecuencias inaceptables que pueden derivarse de allí”*. Pese a que en la cultura jurídica nacional existen muchos elementos que permiten una contradicción dialéctica creadora entre lo anterior (sistema jurídico continental europeo) y lo que quiere imponerse actualmente (modelo norteamericano), la verdad es que eso no se profundiza cuando la justicia es mediática. Sea lo que fuere, la evidente crisis judicial en Colombia solo tiene respuesta adecuada en la lucha por los derechos. El problema de fondo sigue en pie: paralelamente a la expedición del texto constitucional se incrementó el modelo económico neoliberal y esto planteó una tremenda contradicción entre la norma jurídica y la estructura económica. Inicialmente, la contradicción se definió a favor de lo justo, ahora a favor del economicismo. Solo el regreso a un humanismo real podría ser la salida a tamaño desafío. Un humanismo que, entre otras cosas, fue básico en generaciones anteriores colombianas y latinoamericanas, no obstante al subdesarrollo en que se estaba.

El punto central a discutir es el de garantizar los derechos humanos concretos. El camino está abierto para algo más serio, que supere la consigna de que el derecho lo hacen los jueces. Se debe buscar algo contra la pésima experiencia que ha dejado el neoliberalismo. Se está ante la posibilidad de conformar un pensamiento crítico y tener como objeto del conocimiento el Derecho (descolonizado y desmercantilizado) y no solamente la legislación o la jurisprudencia. A la sentencia y lo que ella expresa se le debe dar un enorme valor pero no convertirla en tótem.

Como ya se indicó, en Colombia, ha surgido la inclinación (antes no era así) de tener a la jurisprudencia como obligatoria, de manera que la expedición de la norma pasa a lugar alejado. Se viven tiempos de un “neoinstitucionalismo” llevado al extremo. Por eso es conveniente aclarar que aunque el modelo norteamericano es digno de estudio, de ahí no se colige que sea la panacea.

No tiene sentido, ni es justo, que el juez tome una determinación y para ello copie y pegue jurisprudencia, sin ningún rigorismo científico. Conviene recordar que el precedente jurisprudencial es una proposición jurídica<sup>30</sup> elaborada por la cultura jurídica de un país, que merece ser respetada por las altas Cortes y que no es conveniente ni históricamente explicable que de un momento a otro se modifique bien sea porque llega un nuevo magistrado, bien sea porque los detentadores del poder económico, empleando muchas veces los medios de difusión que son de ellos, presionen una determinada solución, bien sea porque la ideología dominante implique determinadas decisiones, bien sea porque el objeto de una argumentación que aparece en una sentencia busque, preferencialmente, idealizar un lenguaje artificioso como descriptor de fenómenos teórico-jurídicos.

Queda sobre el tapete la conveniencia del activismo judicial. Un activismo que en Estados Unidos, “*En los años 70 parecía ya difícil que algún asunto pudiera escapar a la intervención de algún juez federal en alguna parte para establecer el derecho aplicable*”<sup>31</sup>. “*Derecho aplicable*” que no escapa a la tentación de adquirir cada día más poder. Por supuesto que hay contradictores, por eso, en Estados Unidos, han acusado al Tribunal Supremo de “*haber cometido actos tiránicos durante el período del laissez-faire*”.<sup>32</sup> A su vez, el notable historiador Eric Hobsbawm, es muy duro al juzgar la institucionalidad norteamericana, ya que califica a la Constitución de Filadelfia como un corsé que se mantiene por la exégesis de los Magistrados, una especie de teólogos de la república, que expresan sus opiniones en forma “*talmúdica*”.

Ante esta realidad, la respuesta no puede ser regresar a lo anterior. Tampoco puede ser olvidar lo anterior. El respeto a la memoria es un prudente acercamiento a la verdad.

La filosofía, la epistemología, las TIC permiten una hermenéutica para la democracia. La dialéctica no le tiene miedo a la contradicción porque trabaja con base en su existencia. Una hermenéutica holística que tenga como objetos del conocimiento tanto la norma (hermenéutica de primer nivel) como la jurisprudencia (hermenéutica de segundo nivel) y que se ejercite no por conveniencias sino para aplicar debidamente la justicia.

---

30. Una proposición jurídica que se recoge en pocas palabras, que surge de una investigación rigurosa, este si es el verdadero precedente. No olvidando que lo importante no es interpretar al mundo, sino transformarlo.

31. WOLFE Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Editorial Civitqas, 1ª Edición, 1991, Madrid, pág. 21

32. WOLFE, *ibídem*, pág. 27.

## Principal bibliografía

- ARANGO Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, 1ª Edición, Bogotá, 2005.
- CODIGO CIVIL de Colombia.
- CONSEJO DE ESTADO, Colombia, sentencias.
- CONSTITUCION POLITICA de Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia, sentencias.
- CROSS y HARRIS, *El precedente en el derecho inglés*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DUEÑAS RUIZ Oscar, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, editorial de la Universidad del Rosario, 7ª edición, Bogotá, 2015.
- WOLFE Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Editorial Civitas, 1ª Edición, 1991, Madrid.
- WATSON Peter, *Ideas, historia intelectual de la humanidad*, Editorial Crítica, 3ª edición, 2007, Barcelona.



# Administraciones independientes de regulación y supervisión para la mejora de los Sistemas de Salud y Seguridad Social en América Latina

---

Gabriel Fernández Rojas<sup>1</sup>

---

---

1. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Constitucional y Politología en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, Economía en London School of Economics and Political Science y Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

## Resumen

Garantizar la calidad, eficiencia y confianza de los ciudadanos en los Sistemas de Salud y Seguridad Social en los países desarrollados depende de la solidez, transparencia y neutralidad de las administraciones independientes de regulación y supervisión. Ofrecemos este estudio, con el fin de ahondar en el conocimiento de las administraciones independientes de regulación y supervisión. Se trata de una institución que, considerando su influencia en las reformas en curso en los más diversos sistemas jurídicos, seguirá protagonizando una serie de transformaciones de primera magnitud, en el porvenir de las instituciones jurídicas contemporáneas y en la mejora permanente de nuestros Sistemas de Salud y Seguridad Social.

## Palabras clave

Salud y Seguridad Social, Regulación, Supervisión, Administración independiente, Autoridades administrativas independientes, Agencias reguladoras

## Introducción

La necesidad de incrementar la autonomía de las administraciones de regulación y supervisión, ha sido una de las principales tesis defendidas en el III Congreso de Órganos Reguladores y Control de los Sistemas de Salud, desarrollado desde la perspectiva de “La Regulación en los sistemas de Protección Social en América Latina”. Este Congreso analizó con detenimiento los retos de las instituciones de regulación y supervisión de los sistemas de salud y protección social en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay<sup>2</sup>.

Por ello, conviene destacar que las grandes reformas administrativas puestas en marcha en los últimos años en diferentes países de América y Europa, han dirigido sus esfuerzos hacia la creación de autoridades administrativas independientes, encaminadas a regular y supervisar sectores trascendentales de la sociedad, que abarcan desde la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, la participación democrática, y la investigación científica y académica, hasta la regulación y supervisión de los sectores productivos de la economía.

---

2. AA.VV. *Las tendencias de los marcos reguladores de los sistemas de salud en América Latina*. Págs. 13, 16, 19, 73, 79, 80, 81, 85, 92 y 94. Asociación de Organismos Reguladores y de Fiscalización en Salud de la Región de la Américas. Santiago de Chile. 2010.

A través de este esfuerzo de síntesis, queremos ofrecer al lector las herramientas fundamentales que contribuyen a entender, en primer lugar, la naturaleza de esta institución, su justificación y adecuación a la tradición jurídica estadounidense, de la cual es originaria esta institución (numeral I). En segundo lugar, su adecuación a los lineamientos constitucionales de la tradición jurídica continental (numeral II), y en último lugar, su previsible expansión en el sistema de salud y seguridad social en América Latina y en el derecho comunitario europeo (numeral III).

## I. Las administraciones independientes de regulación y supervisión en los Estados Unidos

Siguiendo con el orden propuesto y en aras a la brevedad requerida, debemos indicar que estamos ante una de las instituciones más importantes del Derecho Público estadounidense, cuya naturaleza viene definida con nitidez por el extraordinario nivel de autonomía que el legislador les otorga, con el fin de limitar las potestades ordinarias que garantizan al ejecutivo federal su condición de suprema autoridad administrativa.

Desde su nacimiento, a finales del siglo XIX, hasta sus más recientes desarrollos, el mundo jurídico norteamericano se ha dividido en torno a dos tesis contrapuestas, que describen la esencia misma de la institución.

Dos tesis contrapuestas siguen siendo objeto de debate y demuestran que el desarrollo de ciertas instituciones jurídicas no siempre refleja el esfuerzo sistematizador de la academia, obedeciendo su trayectoria, en la práctica, a una serie de decisiones *ad hoc*, fundadas en factores coyunturales de naturaleza marcadamente política, que revisten de abundantes particularismo y matices, una abrumadora cantidad de administraciones o agencias independientes<sup>3</sup>.

La primera de las dos tesis enfrentadas fue defendida por los juristas que encabezaron en los Estados Unidos el denominado *Movimiento Progresista* y, la segunda tesis, por los juristas partidarios del *Movimiento Unionista*.

---

3. Edles, G.J. and Breger, M.J. *Independent Agencies in the United States: Law, Structure and Politics*. Oxford University Press. 2015; Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. *Understanding Regulation*. Oxford University Press. 2012; AA.VV. *Agency Governance in the EU* (Coords.) B. Rittberger and A. Wonka. Journal of European Public Policy Series. 2012; AA.VV. *Government Agencies. Practices and lessons from 30 countries*. MacMillan. 2012; AA.VV. *The agency phenomenon in the European Union* (Coords.) M. Busuioac, M. Groenleer and J. Trondal. Manchester University Press. 2012; Breger, M. & Edles, G. *Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*. Adm.L.R. Fall 2000. págs.1115, 1234.

Ambas tesis resumen el núcleo mismo del debate jurídico en torno a la adecuada incorporación del sistema de administraciones independientes, dentro de un orden constitucional que garantiza la primacía del Ejecutivo como suprema autoridad administrativa.

### A. “Movimiento Progresista”

La primera tesis, es decir, la promovida por el *Movimiento Progresista*, defiende la creación de administraciones o agencias independientes de regulación y supervisión como instrumento de control a las indebidas injerencias políticas del gobierno sobre la administración, y como pieza fundamental para fortalecer una administración pública profesional, técnica y confiable, fundada en el análisis científico, y regida por los principios de estabilidad, eficiencia y autonomía.

Entre los estudios parlamentarios que defienden esta tesis, sobresalen los correspondientes al primer y segundo informe *Hoover* de 1949 y 1953, así como el informe *Harris* de 1959 y el *Estudio del Senado sobre la Regulación Federal* de 1977. Todos ellos aportan reflexiones valiosas acerca de la constitucionalidad y eficacia práctica de las administraciones independientes.

Al amparo de esta tesis y, gracias al buen desempeño e idoneidad de estas administraciones en el ejercicio de sus competencias de regulación, supervisión y resolución de conflictos, se observó un crecimiento exponencial de las mismas, tras la Gran Crisis del 29 y a lo largo de todo el siglo XX. Entre estas estaría, precisamente, la *Social Security Administration (SSA)*, tras recuperar a partir del 31 de marzo de 1995, su estatus como administración independiente de regulación y supervisión de los programas de seguridad social en los Estados Unidos.

Su autonomía se garantizó a través de mecanismos que limitan las facultades discrecionales del presidente de los Estados Unidos e imponen, con relación a estas administraciones, (i) la elección calificada de los miembros directivos, (ii) la consagración de un estricto régimen de incompatibilidades e inhabilidades, (iii) el señalamiento de términos preestablecidos de mandato, (iv) un mecanismo reglado de remoción que contempla causas tasadas por el legislador, (v) el ejercicio de iniciativa tanto legislativa como presupuestaria por parte de estas instituciones, (vi) la asignación de recursos propios adquiridos mediante el sistema de tasas, (vii) elevados niveles de autonomía para proferir actos administrativos de regulación y supervisión, (viii) el reconocimiento del derecho de postulación ante los tribunales y (ix) les concedió el derecho a desatender, e incluso contravenir, las instrucciones presidenciales proferidas a través de Órdenes Ejecutivas.

(i) La elección calificada de los miembros directivos

La elección calificada de los miembros directivos es una constante que está presente en todas las administraciones federales que pueden considerarse independientes. Es un rasgo importante, sin llegar a ser la característica que condiciona más drásticamente las relaciones entre las administraciones independientes y el gobierno.

Los miembros de los órganos colegiados que dirigen las administraciones independientes –denominados genéricamente *commissioners*–, son elegidos con el concurso del presidente y el Senado de los Estados Unidos, de conformidad con el sistema común de nombramiento de altos cargos para la administración federal.

Al presidente le corresponde nominar a los candidatos que aspiran a ser miembros del máximo cuerpo colegiado de las agencias, y someterlos a la consideración del Senado, que deberá confirmar o rechazar sus nombramientos. No está de más recordar que el Senado tampoco puede nombrar *commissioners* o altos directivos sin el concurso del Presidente, como ha señalado la Suprema Corte a partir de la sentencia *Buckley v. Valeo* de 1976.

Una vez elegidos por el Senado, no podrán ser cesados por el presidente, a menos que se verifique una de las causales legalmente dispuestas para ello.

Por otra parte, es importante distinguir entre los *commissioners* o altos directivos de las agencias, y el director de las mismas, ya que, generalmente, corresponde al presidente la facultad de nombrar y remover o destituir, aquí sí con absoluta libertad, al director de las agencias independientes, seleccionándolo entre sus altos directivos. En ciertos casos el director es un *primus inter pares*, sin facultades decisorias distintas de las que le corresponde en cuanto miembro directivo de la agencia, y es escogido por el presidente para premiar con esta dignidad la fidelidad de los directivos más cercanos al gobierno. En otros, su valor simbólico se ve reforzado en virtud de la ley, con el voto de calidad en la toma de decisiones de la agencia.

(ii) La consagración de un estricto régimen de incompatibilidades e inhabilidades

La mayoría de las leyes de creación de las administraciones independientes, señalan un profuso repertorio de incompatibilidades e inhabilidades para los miembros de sus consejos directivos.

Las incompatibilidades e inhabilidades que pesan sobre la generalidad de las administraciones federales son reforzadas por disposiciones especiales que determinan las relaciones entre las administraciones o agencias independientes y el gobierno.

A pesar de ello, se reclaman con insistencia mayores restricciones que condicionen las calidades de los candidatos gubernamentales a los altos cargos de las administraciones independientes, toda vez que su procedencia de los sectores regulados y supervisados, cuestiona su neutralidad y propicia la captura de las agencias por parte de estos, comprometiendo su función y razón de ser, como ha puesto en evidencia la desafortunada y larga lista de escándalos que han proliferando no hace muchos años.

Hemos de mencionar otro elemento que nos permitirá seguir avanzando en la comprensión del fenómeno.

Este último aspecto que afecta las relaciones entre el gobierno y las administraciones independientes desde una perspectiva o criterio personal, se traduce en la restricción legal que limita la presencia de *commissioners* afiliados a un mismo partido político, entre los altos directivos de las agencias. En este sentido, los *commissioners* pueden estar afiliados a partidos políticos, pero cuando ello sucede, la ley suele exigir que no más de la mitad pertenezcan a una misma formación, a fin de contribuir a garantizar la independencia de las agencias.

(iii) El señalamiento de términos preestablecidos de mandato

Existen períodos preestablecidos relativos a la duración del mandato de los *commissioners*, que el gobierno está obligado a respetar.

Esta es una de las más importantes características de las que condicionan verdaderamente las relaciones entre el gobierno y las administraciones independientes. Constituye uno de los rasgos tradicionalmente considerados imprescindibles, para saber si estamos en presencia de una auténtica administración independiente.

Asimismo, la duración del mandato suele exceder en varios años el período presidencial, y sus relevos están dispuestos de manera escalonada para permitir la renovación gradual de los miembros directivos de la institución y contribuir de esta manera, a garantizar no sólo

la estabilidad de la agencia, sino la pluralidad política de sus directivos. Tal es el caso, entre otras, de la *Social Security Administration* (SSA), cuyos altos directivos son elegidos por un período legalmente establecido de 6 años.

(iv) Un mecanismo reglado de remoción que contempla causas tasadas por el legislador

Como corolario de lo anterior, es decir, de la existencia de un período predeterminado en el mandato de los altos directivos de las administraciones independientes, la segunda de las características que realmente determinan o condicionan las relaciones entre el gobierno y las administraciones independientes, consiste en que el presidente no puede remover a los miembros directivos a su arbitrio.

Al decir de los profesores K. C. Davis y R. Pierce, “*La característica que más nítidamente distingue a las agencias independientes es la existencia de un límite legal al poder presidencial de remoción del director o miembros directivos de la agencia*”. Estamos pues, ante uno de los rasgos que diferencian más claramente la institución de las administraciones o agencias independientes, frente a las demás administraciones del orden federal, particularmente en contraste con las agencias ejecutivas ordinarias.

La Suprema Corte ha declarado constitucionales las limitaciones a las facultades presidenciales de remoción de los miembros directivos de la administración federal. No sólo la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* permitió consolidar esta segunda característica. Son varias las sentencias que han venido afianzando la constitucionalidad de la limitación de dichas facultades. Merece especial mención el caso *Wiener v. United States* de 1958 –mediante el cual la Suprema Corte concluyó que la agencia en cuestión realizaba funciones consideradas *cuasi-judiciales*, y en ausencia de cláusula legal expresa, podía inferirse el propósito del legislador de condicionar las facultades presidenciales de libre remoción de los altos funcionarios de la administración federal, mediante la exigencia de las tradicionales causas justificadas que la ley suele señalar en supuestos semejantes–, cuyo espíritu se mantuvo y consolidó en sentencias como las proferidas dentro de los casos *FEC v. NRA Political Victory Fund* de 1953 y *Swan v. Clinton* de 1996.

Debemos tener muy presente, sin embargo, que ciertos sectores de la judicatura abogan por atenuar la rigidez de las causas legales de remoción. La influencia de la tesis *Unionista* ha posibilitado que, como veremos más adelante, por primera vez en muchos años se pueda llegar a considerar como causal de destitución, la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por los directivos de las administraciones independientes.

En todo caso, la *Social Security Administration* (SSA), es una de las múltiples agencias independientes que se ven expresamente salvaguardadas por un mecanismo reglado de remoción de sus altos directivos, de acuerdo con la causas tasadas por el legislador.

(v) El ejercicio de iniciativa tanto legislativa como presupuestaria por parte de estas instituciones

Como principio general, la legislación vigente concede al presidente de los Estados Unidos la competencia para conocer y modificar los proyectos de ley realizados por las agencias, con anterioridad a su presentación en sede parlamentaria, a efectos de armonizar su contenido con las políticas gubernamentales.

A pesar de ello, diversas disposiciones legales, entre las cuales sobresale el *United States Code*, establecen a este respecto varias excepciones de importancia a favor de la independencia de estas entidades.

Tal es el caso de algunas administraciones independientes como la *Security and Exchange Commission* (SEC), el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS) y la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), habilitadas para presentar directamente al Congreso sus proyectos de ley, sin que el presidente pueda hacerles ningún tipo de requerimiento, a efectos de conocer, revisar o aprobar sus contenidos, antes de su radicación en las comisiones parlamentarias.

(vi) La asignación de recursos propios adquiridos mediante el sistema de tasas

La relación entre las administraciones independientes y el gobierno desde la perspectiva de un análisis *financiero*, gira en torno a dos aspectos fundamentales cuya mención nos permitirá comprender sin dificultad, la gran importancia de este factor.

El primer aspecto consiste en que del contenido del proyecto de presupuestos federales depende en gran medida no sólo el funcionamiento, sino incluso la existencia misma del sistema de administración por agencias independientes.

El segundo aspecto es que la competencia para confeccionar, presentar y defender posteriormente dicho proyecto ante el Congreso, suele corresponder al gobierno de los Estados Unidos, si bien es cierto que el legislador tiene plenas competencias para realizar y aprobar las necesarias enmiendas parlamentarias.

Para elaborar los presupuestos, el gobierno actúa principalmente a través de su *Office of Management and Budget (OMB)* –también coordinadora de la regulación general proferida por las administraciones–, quien recibe los proyectos presupuestarios presentados por las agencias, y los aprueba, transforma o suprime, para adecuarlos a las prioridades y políticas presidenciales<sup>4</sup>.

Entre las múltiples administraciones independientes, tal vez la *Security and Exchange Commission (SEC)* y la *Federal Trade Commission (FTC)* –dos de las más prestigiosas agencias independientes–, sean los ejemplos más diáfanos del implacable control gubernamental que puede llegar a ejercerse sobre ellas, a través del diseño y asignación presupuestaria.

Hasta años recientes las administraciones independientes han experimentado una importante disminución presupuestaria, lo cual se ha interpretado como una forma de llamar al orden a las menos afines con las políticas presidenciales. Casos como el cese de actividades en 1980 de la *Federal Trade Commission (FTC)* por falta de presupuesto, o las plazas vacantes en la *Consumer Product Safety Commission (CPSC)* en 1987, por falta de recursos, ilustran la relevancia del factor financiero como una variable fundamental en las relaciones entre ellas y el gobierno federal.

Por otra parte, la ley suele también reconocer a algunas administraciones independientes la antigua prerrogativa de enviar y defender directamente ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, con todo lo que ello supone para diseñar y desarrollar una política pública de regulación y supervisión independiente del gobierno. Este es el caso de importantes agencias como la *Federal Communications Commission (FCC)*, el *Board of Governors of the Federal Reserve System (BGFRS)*, la *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* y la *Commodities Trading Futures Commission (CFTC)*, que presentan directamente ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, sin que estos puedan ser previamente examinados por el gobierno federal –si bien tiene derecho a conocerlos, simultáneamente a su radicación ante el Congreso–.

---

4. Conviene recordar que antes de la *Budget and Accounting Act* de 1921, que crea el *Bureau of Budget* –inmediato precedente de la OMB y con similares tareas de coordinación–, todas las administraciones independientes sometían directamente sus presupuestos al Congreso para su estudio y eventual aprobación.

El gobierno conserva, en todo caso, intactas sus facultades para controvertir y cuestionar en sede parlamentaria, la totalidad de los proyectos presupuestarios presentados por ellas.

Además de la vía presupuestaria, algunas administraciones independientes disponen de fuentes adicionales de financiación, que corresponden, principalmente, a los ingresos que éstas perciben por los servicios realizados en régimen de contraprestación.

El caso más destacado de esta modalidad de financiación es, probablemente, el del *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), cuya más importante fuente de recursos son las tasas que percibe de los bancos miembros del sistema federal, convirtiéndole en una agencia con un régimen extraordinario que, a su vez, le permite incrementar considerablemente, su cota de independencia frente al gobierno.

(vii) Elevados niveles de autonomía para proferir actos administrativos de regulación y supervisión

La relación del presidente con las administraciones independientes también se caracteriza por la ausencia, casi absoluta, de facultades que le permitan revocar las disposiciones particulares proferidas por aquellas, y por la imposibilidad de ejercer, de esta forma, un control a *posteriori* directo sobre las mismas.

La importancia de esta variable, que disminuye la influencia presidencial sobre las agencias y contribuye a configurar su autonomía, se verifica no sólo frente al gobierno, sino que también se evidencia –dicho sea de paso– mediante la imposibilidad que tiene el Congreso de revocar las decisiones particulares proferidas por las ellas, como quedó de manifiesto desde el fallo emitido por la Suprema Corte, con ocasión del caso *Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha* de 1983.

Con relación a estas administraciones, las atribuciones presidenciales se limitan a realizar tareas de supervisión para garantizar la legalidad de sus actuaciones en la práctica totalidad de ámbitos relevantes, es decir, la ejecución presupuestaria y el uso de las dependencias y bienes públicos, hasta el desarrollo de sus políticas laborales y de recursos humanos. Si llegase a detectar alguna posible irregularidad, deberá ponerla en conocimiento de la autoridad judicial, o iniciar los protocolos de control legalmente establecidos ante las instancias competentes.

Para tal efecto, el gobierno dispone de la colaboración de algunas de sus agencias ejecutivas, entre las cuales se destacan la *Office of Management and Budget* (OMB), la *General Services Administration* (GSA) y la *Office of Personnel Management* (OMP).

(viii) El reconocimiento del derecho de postulación ante los tribunales

Durante las primeras décadas del siglo XX, la mayoría de las administraciones independientes gozaron de poder autónomo de postulación ante los tribunales.

Con el transcurrir de los años ello ha cambiado, y como regla general en la administración federal contemporánea, la dirección de la política de representación de las agencias ante los tribunales, descansa en las facultades que para tal efecto le han sido otorgadas al gobierno, a través de su *Attorney General*.

Sin embargo, excepcionalmente el legislador ha permitido que administraciones independientes de la importancia de la *Federal Communications Commission* (FCC), la *Security and Exchange Commission* (SEC), la *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) y la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), entre otras, asuman directamente su representación judicial ante determinadas instancias, y bajo los supuestos materiales y procesales señalados en la ley.

(ix) Derecho a desatender, e incluso contravenir, las instrucciones presidenciales proferidas a través de Órdenes Ejecutivas

El escaso poder vinculante que sobre las administraciones independientes tienen las disposiciones proferidas por el gobierno –básicamente a través de *Executive Orders*–, es otro de los elementos que han permitido identificarlas con precisión, y diferenciarlas frente a las restantes administraciones federales.

La inobservancia de las órdenes presidenciales por parte de las administraciones independientes, no compromete la validez jurídica de sus actuaciones, ni ha constituido –hasta el momento– una causal jurídica suficiente para que el presidente pueda disponer la remoción de sus directivos, a pesar de que, como hemos señalado, esto podría estar cambiando, pues una de las consecuencias del *Movimiento Unionista* ha sido la progresiva aceptación –en algunos círculos judiciales–, de las tesis que consideran como *causa justificada* para la remoción de sus directivos, la grave y reiterada discrepancia entre las administraciones independientes y el gobierno federal en el diseño y ejecución de la política pública.

Asimismo, conviene recordar nuevamente, que la poca fuerza vinculante de las disposiciones presidenciales sobre las administraciones independientes, ha sufrido una progresiva transformación a favor de la autoridad presidencial, originada en la decisión voluntaria de algunas administraciones independientes, de adecuar sus políticas a las trazadas por el presidente de los Estados Unidos, como veremos a continuación.

## B. “Movimiento Unionista”

La segunda tesis, es decir, la defendida por el *Movimiento Unionista*, es contraria a la gestión mediante el modelo de las administraciones o agencias independientes, y favorable a un control pleno y directo del gobierno sobre la administración federal.

Esta tesis critica la deficiente legitimidad democrática y la casi nula responsabilidad política de estas administraciones a pesar de diseñar políticas públicas, y en algunas ocasiones, de la facultad de hacerlo desafiando las políticas trazadas por los gobiernos democráticamente elegidos. Al decir de la tesis Unionista, esto sería no sólo políticamente irresponsable, sino jurídicamente inconstitucional.

A lo largo de varias décadas han surgido estudios patrocinados por el gobierno de los Estados Unidos, decisivos para configurar el nuevo equilibrio constitucional alcanzado a partir de los años 90. El temprano informe *Brownlow* de 1937, realizado bajo la administración Roosevelt, se haría célebre por su severa crítica al fenómeno de la administración por agencias independientes. El informe concluye describiendo muy crudamente la realidad de las administraciones o agencias independientes, al definir las como una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional. La crítica del gobierno federal se acentuaría –aún más– con el nacimiento de nuevas e importantes administraciones independientes, durante los años sesenta y setenta. Informes presidenciales como los *Redford* y *Landis* (1960), *Ash* (1971), *Grace* (1983) y *Gore* (1993), seguirían manteniendo la tesis *Unionista* de la inadecuación constitucional del sistema de administraciones independientes. En su conjunto, tales informes responden a las aspiraciones gubernamentales por vincular, de una manera u otra, la mayoría de agencias independientes a la autoridad presidencial, con el fin de asegurar la supremacía del gobierno sobre la administración federal. Para comprender las renovadas iniciativas presidenciales manifestadas a través de estos informes, es necesario recordar que algunas de las administraciones independientes originadas a lo largo de dichas décadas, como la *Equal Employment Opportunity Commission* (1964), la *Environmental Protection Agency*

(1970), la *Consumer Product Safety Commission* (1972) y la *Nuclear Regulatory Commission* (1977), se crearon no sólo para regular y supervisar sectores altamente sensibles de la sociedad –lo cual de por sí ya reviste una gran importancia–, sino que además, gracias a la escasa densidad normativa de las leyes reguladoras, y al auge de una notable deferencia judicial, fueron revestidas de amplísimas facultades discrecionales que, finalmente, les conferían competencias para diseñar aspectos muy delicados de las políticas públicas sectoriales.

Incluso, algunos de los estudios parlamentarios que defendieron con mayor firmeza la existencia de administraciones o agencias independientes, tales como los mencionados primer y segundo informe *Hoover* de 1949 y 1953, reconocieron la necesidad de articular algunos mecanismos para prevenir situaciones de exigua –o inexistente– coordinación entre dichas administraciones y los programas políticos del gobierno y del poder ejecutivo.

Ello se tradujo en múltiples episodios de confrontación para reconducir las administraciones o agencias independientes a la categoría de agencias ejecutivas, plenamente controladas por el gobierno federal.

Los reclamos, las técnicas y las estrategias presidenciales para garantizar la autoridad presidencial sobre las administraciones independientes, se convertirían en una práctica permanente. Además de la promulgación de directivas y circulares presidenciales de público conocimiento, ciertos gobiernos elegían actuar al amparo de la discreción y el sigilo. Incluso, llegaron a exigir la firma anticipada de una carta abierta de renuncia elaborada con carácter previo a la designación del candidato a directivo de las agencias independientes, a fin de asegurar su fácil remoción en caso de convertirse en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental. Igualmente, se llegó a destituir sin respeto al proceso legalmente establecido, a los directivos de administraciones independientes contrarias a las políticas promovidas por el gobierno de los Estados Unidos.

Esta última intervención presidencial sobre las administraciones independientes de orden federal en los Estados Unidos, dio origen a la célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, que permitiría a la Suprema Corte pronunciarse a favor de la constitucionalidad del sistema de agencias o administraciones independientes.

Concretamente, la destitución del director de la *Federal Trade Commission* (FTC), William F. Humphrey, fundada en su desacato reiterado a los requerimientos gubernamentales para someterse a la política presidencial, dio lugar a que, tras su fallecimiento, el albacea testamentario instaurara ante los tribunales un proceso civil declarativo contra la administración federal, exigiendo los salarios dejados de percibir desde su destitución, al haber sido cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de una agencia independiente.

La Suprema Corte profirió, con ponencia del juez Sutherland y el voto unánime de la Corte, una sentencia histórica que se convertiría en la piedra angular a favor de la legitimidad constitucional de las administraciones o agencias independientes.

Para seguir manteniendo la perspectiva histórica en la valoración del fenómeno, hay que decir, brevemente, que la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935 no era la primera sentencia proferida por la Suprema Corte en relación con el sistema de agencias independientes.

A decir verdad, *Humphrey's Executor v. United States*, constituye el contrapunto de la tesis anteriormente sostenida por la misma Corte, a través de la sentencia *Myers v. United States* de 1926.

Ambas sentencias, en su conjunto, translucen la esencia de la polémica.

La sentencia *Myers v. United States* de 1926, sostuvo la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente de los Estados Unidos remover libremente de sus cargos a los *executive officers*, y permitió a la Suprema Corte afirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la administración. Esta sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia significó, para algunos, un primer paso hacia la anhelada reunificación de funciones administrativas en cabeza del presidente. Nueve años después, la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, matizaría el alcance de aquella, al sostener que, en ciertos casos, el poder presidencial de remoción podría verse seriamente condicionado. La Suprema Corte destacó en esta sentencia que las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, podrían ser limitadas legalmente –sin que ello significara violentar el orden constitucional–, cuando dichas administraciones desempeñasen además, funciones de naturaleza *cuasi-legislativa* –regulación– o *cuasi-judicial* –resolución de conflictos técnicos y jurídicos–.

De esta forma, en 1935 la Suprema Corte inauguraba a través de la sentencia *Humphrey's Executor v. United States*, el gran momento de la institución, la que podría considerarse como edad dorada de las administraciones o agencias independientes, que se prolongaría hasta las décadas finales del siglo XX, en medio de la indignación de los defensores de la tesis *Unionista* y especialmente, del gobierno federal.

A lo largo del siglo XX, el reclamo de los unionistas parece haber moderado algunos caracteres distintivos de este sistema de administración, y redefinido algunas de las características que rigen las relaciones entre las administraciones independientes y el gobierno federal, en favor de este último. Sin embargo, la pretensión suprema del gobierno federal de suprimir las administraciones o agencias independientes, no sería finalmente atendida.

La influencia de los *unionistas* se ha notado fuertemente en múltiples cambios de actitud por parte del Congreso, los tribunales y las propias administraciones independientes, con relación al equilibrio de poderes con el ejecutivo federal.

Concretamente, el Congreso ha optado por suprimir algunas administraciones independientes consideradas hasta entonces incuestionables, como la *Civil Aeronautics Board (CAB)* –cuyas funciones se desplazaron a partir del 1° de enero de 1985 al *Department of Transportation*–, o la *Interstate Commerce Commission (ICC)* –pionera de la institución a nivel federal, y cuyas facultades se trasladaron a la *Surface Transportation Board (STB)*, integrada también en el *Department of Transportation*, en virtud de la *ICC Termination Act* de 1995–.

Asimismo la influencia de los *unionistas* ha llegado a los tribunales, los cuales han contribuido a rediseñar la institución a lo largo de los últimos años del siglo XX y primeros del nuevo siglo, gracias a una creciente preocupación por amparar al gobierno en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

La nueva tendencia que irradian los pronunciamientos jurisprudenciales de la Suprema Corte refleja su compromiso por proteger las facultades del presidente de los Estados Unidos.

Dicho compromiso se proyecta a través de dos transformaciones radicales: de un lado, se invierte el sentido de la línea argumental, y de otro, se relaja la tradicional rigidez al apreciar las causas legales a las que se limitan las facultades presidenciales para remover los altos directivos de las agencias independientes.

La primera de estas transformaciones experimentadas en sede judicial, es decir, la inversión del sentido en que se desplaza el proceso argumental, significa que en el examen de constitucionalidad de las administraciones independientes ya no subyace el propósito de defenderlas de la injerencia presidencial, al considerarla una institución madura y perfectamente consolidada dentro del sistema constitucional norteamericano. El nuevo razonamiento, que se iniciara con las sentencias proferidas dentro de los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, se desplaza en sentido inverso, y tiene como propósito salvaguardar, en primer término, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes.

La segunda transformación o evolución jurisprudencial, es decir, la atenuación en la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las administraciones independientes, ha significado que las causas legales tradicionalmente previstas para ello, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse multiplicadas por vía de interpretación jurisprudencial, a través de la adición de causas antes desconocidas, como la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las administraciones independientes.

Finalmente, las tesis defendidas por los *unionistas* también se han hecho sentir en el funcionamiento de las propias agencias independientes. Podría decirse que han protagonizado un giro sorprendente, desde la perspectiva tradicional de la institución.

Este giro, conviene recordar, viene dado por el sometimiento voluntario de las administraciones independientes a las *Executive Orders* gubernamentales, con el ánimo de asegurar una mayor armonía con las políticas públicas del gobierno.

El acatamiento manifestado voluntariamente por las administraciones independientes que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas *Executive Orders*, lo cual supone un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes, y significa un paso —desde el punto de vista de la tesis *Unionista*— hacia la consolidación institucional de la supremacía administrativa del gobierno.

### C. Un nuevo equilibrio

La tesis defendida por el *Movimiento Progresista* ha obtenido el respaldo de la Suprema Corte de los Estados Unidos en dos etapas y con matices muy distintos.

En una primera etapa, ha obtenido el apoyo de los tribunales al amparo de la naturaleza heterogénea de sus atribuciones. Es decir, ejercen competencias que superan lo estrictamente administrativo y se adentran, desde la perspectiva del sistema estadounidense, en atribuciones de carácter cuasi-judicial y cuasi-legislativo.

En una segunda etapa –y ante la obsolescencia del anterior argumento, en la medida que la generalidad de administraciones tanto independientes como ejecutivas fueron adquiriendo competencias de naturaleza cuasi-judicial y cuasi-legislativa–, cobra peso en el estudio de su adecuación constitucional la teoría abierta, abstracta y jurídicamente indeterminada, del Equilibrio de Poderes, de pesos y contrapesos (*checks and balances*), con el fin último de prevenir una desmedida concentración de poderes en manos de un Ejecutivo dotado, cada vez más, de atribuciones que exceden las estrictamente administrativas y que corresponden a las denominadas cuasi-judiciales y cuasi-legislativas. La trascendencia de este renovado criterio, dominante a día de hoy, para apreciar la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, ha quedado contrastada, no sólo por los tribunales, sino incluso por el Congreso, como aconteció cuando en el año 1993 –a pesar de estar ampliamente dominado por el partido de gobierno– se negó a modificar o suprimir aspectos esenciales de algunas administraciones independientes –como la *Federal Reserve System* (BGFERS), la *Federal Communications Commission* (FCC) y la *Interstate Commerce Commission*<sup>5</sup> (ICC)– toda vez que, retomando el criterio jurisprudencial que respalda la constitucionalidad de las administraciones independientes, consideró que la ley que las suprimiese sería probablemente inconstitucional en la medida que rompe el principio fundamental del equilibrio de poderes, mediante la concentración extraordinaria de competencias en cabeza del Ejecutivo Federal.

A su vez, la tesis defendida por el *Movimiento Unionista* ha contribuido a moderar, como se ha analizado, los niveles de independencia que caracterizaron la institución durante gran parte del siglo XX.

---

5. Finalmente suprimida el 31 de diciembre de 1995 y relevada en sus funciones por la *Surface Transportation Board* (STB), más próxima al gobierno federal y dependiente del Departamento de Transportes.

Por último, hay que señalar un hecho relativamente novedoso en el proceso de consolidación de las administraciones independientes, que se desprende de una reciente tendencia surgida en el seno del gobierno federal en los últimos años.

Tal hecho consiste en que, a pesar de su lucha por avanzar en el control sobre las agencias independientes, el gobierno parece haber descubierto –no sin cierta ironía, como lo hacen constatar algunos analistas–, una especial utilidad política tanto en la preservación de un moderado sistema de administraciones independientes, como en la defensa de su constitucionalidad.

La razón por la cual el propio gobierno federal ha moderado también su firmeza en la defensa de sus atribuciones como suprema autoridad administrativa, a través de la reconducción de las administraciones a la unidad en torno al presidente, parece hallarse en dos fundamentos: por una parte, la confianza que deposita en su capacidad de persuasión real sobre ellas, mediante una elaborada y sutil política, que podría considerarse de alianza y negociación y, por otra, en la posibilidad –nada despreciable– de difuminar las responsabilidades políticas gubernamentales en ámbitos electoralmente sensibles.

Una vez hecha esta necesaria y sucinta reflexión en torno a la primera de las tres etapas en la evolución de las autoridades administrativas independientes de regulación y supervisión, centraremos nuestro esfuerzo de síntesis, sobre la segunda etapa correspondiente a la incorporación de esta institución en la tradición jurídica continental.

## II. Las administraciones independientes de regulación y supervisión en la tradición jurídica continental

Al igual que en la tradición jurídica estadounidense, la característica esencial que define nítidamente a las numerosas autoridades administrativas independientes en el derecho continental, y muy particularmente en Europa, es su extraordinaria autonomía en el ejercicio de sus competencias, en detrimento de las facultades jerárquicas y de tutela que le asisten al gobierno en sus relaciones ordinarias con la Administración<sup>6</sup>.

---

6. Vid. García Álvarez, G. *La Unión Europea como "Estado Regulador" y las Administraciones Independientes*. Rev. de Adm. Pca. nº194. Mayo-agosto 2014. AA.VV. *Agency Governance in the EU* (Coords.) B. Rittberger and A. Wonka. Journal of European Public Policy Series. 2012; AA.VV. *The agency phenomenon in the European Union* (Coords.) M. Busuioc, M. Groenleer and J. Trondal. Manchester University Press. 2012; Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. *Understanding Regulation*. Oxford University Press. 2012.

## A. El ineludible deber de reconstruir la legitimidad institucional

El sistema de administraciones independientes en la tradición continental, y su contribución en términos de profesionalidad, transparencia y neutralidad de la administración pública, halla gran parte de su justificación en la exigencia de dar una acertada y oportuna respuesta a tres desafíos fundamentales que no difieren en gran medida de los que determinaron la evolución de la institución en el marco jurídico estadounidense:

- i. El imperativo mandato constitucional de mejorar los mecanismos institucionales que garanticen el respeto a los derechos y libertades fundamentales, la defensa del mercado y la competencia, la protección de la salud pública o la preservación del medio ambiente.
- ii. El ineludible deber de optimizar la calidad y la eficiencia de las administraciones públicas dentro de un contexto institucional competitivo, y
- iii. La inexcusable responsabilidad de reconstruir la legitimidad institucional puesta en entredicho por la manipulación partidista de las administraciones públicas.

Estas tres justificaciones que han impulsado la creación de administraciones independientes –y que podrían responder en último término a lo que se ha calificado como el derecho fundamental a una buena administración pública–, coinciden también con las investigaciones e iniciativas promovidas desde diversas instituciones internacionales –y muy especialmente con los principios rectores que orientan el derecho comunitario europeo y el proceso de construcción de la Unión– donde el recíproco reconocimiento de los estados impone la ineludible responsabilidad permanente de analizar, estudiar y refinar sus instituciones nacionales. Especialmente, aquellas instituciones sobre las cuales pende una parte nada despreciable de la defensa de los derechos y las libertades fundamentales, la participación democrática y el orden económico.

## B. Elevada independencia y adecuación constitucional

La gran influencia que el sistema de administraciones independientes de regulación y supervisión ha ejercido sobre las reformas del derecho público continental se refleja en la creación de un nutrido conjunto de agencias independientes en el Derecho Comunitario Europeo; autoridades administrativas independientes y *autorités administratives indépendantes* desarrolladas en el derecho público español y francés; *ministerialfreie räume* extendidas en el régimen jurídico alemán, y las administraciones italianas comprendidas bajo la denominación institucional de *autorità amministrative indipendenti*.

También hemos de recordar que las *quasi autonomous non governmental organisations* (*Quangos*), tan características de las últimas reformas emprendidas en el Reino Unido, conservan en muchos aspectos, una mayor similitud con las autoridades administrativas independientes del derecho continental, que con las *Independent Agencies* o *Independent Regulatory Agencies* del derecho norteamericano.

En el derecho continental, el crecimiento exponencial de las mismas se ha reflejado tanto en las administraciones independientes del rango constitucional, como en las de orden legal.

La expresa consagración constitucional de algunas de estas administraciones, hace que su adecuación normativa en el sistema jurídico continental discorra por cauces completamente diferentes a los de aquellas administraciones independientes creadas por el legislador.

Es en el segundo de estos órdenes, es decir, en el correspondiente a las administraciones independientes de configuración legal, donde radica toda la complejidad jurídica que ha generado una valiosa reflexión sobre la constitucionalidad de estas instituciones y su notable limitación a las facultades tradicionalmente atribuidas al gobierno como suprema autoridad administrativa.

Tal y como sucedió a lo largo de todo el siglo XX en los Estados Unidos, cuando se debatió intensamente la adecuación constitucional de las administraciones o agencias independientes del derecho norteamericano, en los países de tradición continental, especialmente en América y Europa, ha surgido una intensa reflexión que fluctúa entre dos tesis.

Por una parte, la tesis que afirma su plena adecuación constitucional. Tesis expuesta en un primer momento en los estudios iniciales del Consejo de Estado francés en torno a esta figura.

Y, por otra, la tesis dominante, recogida más recientemente por el propio Consejo de Estado francés y por las máximas instancias constitucionales, judiciales, legislativas y académicas, tanto en el ámbito europeo como americano.

Esta tesis dominante defiende la validez jurídica y técnica de las administraciones independientes de regulación y supervisión –particularmente en los procesos de modernización de las administraciones públicas– a condición de que no vulneren –individualmente o en su conjunto– las atribuciones constitucionales del gobierno como suprema autoridad administrativa.

Las dos características esenciales que definen a las denominadas administraciones independientes en la tradición continental son, por una parte, su naturaleza de administración activa, es decir, que reconoce derechos e impone obligaciones a los particulares y, por otra –a diferencia de la administración general del Estado y los organismos públicos funcionalmente descentralizados– su extraordinaria autonomía en el ejercicio de sus competencias, en detrimento de algunas de las facultades de dirección que le asisten al gobierno en sus relaciones ordinarias con la administración.

A pesar de su contribución técnica a la transparencia, eficacia y neutralidad política de la administración, la institución de las administraciones independientes parece desdibujar su relación vicarial frente al gobierno y alterar seriamente la tradicional supremacía del gobierno sobre la administración.

Las limitaciones que la nueva institución supone para las competencias gubernamentales son múltiples y de la mayor trascendencia.

Limitan las facultades discrecionales del gobierno en el nombramiento de los altos cargos de las administraciones a través de sistemas de elección cualificada de sus miembros directivos, e introducen una nueva lectura de las atribuciones y responsabilidades gubernamentales al hacer imperativa la participación –vinculante en algunas ocasiones– de otras instancias del Estado o de la sociedad civil, en la designación de sus responsables.

Y no sólo limitan las facultades discrecionales de elección a través de mecanismos de designación cualificada de sus directivos, sino que también incorporan garantías de permanencia en el cargo por un mínimo predeterminado, y consagran causas y procedimientos reglados, abiertos y estrictos, que limitan las facultades discrecionales del gobierno como suprema autoridad administrativa.

Las limitaciones que la nueva institución representa para las competencias gubernamentales también se extienden al ejercicio de sus facultades para regular jurídicamente sectores enteros de la sociedad<sup>7</sup> y ejercer atribuciones supervisoras de autorización<sup>8</sup>, vigilancia<sup>9</sup> y sanción<sup>10</sup>, resolución de conflictos<sup>11</sup>, elaboración de informes<sup>12</sup>, presentación de dictámenes y recomendaciones.

- 
7. En España la atribución legal de competencias normativas a las administraciones independientes es un elemento común a estas instituciones. Su ejercicio permite a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo de Seguridad Nuclear y, en mayor medida, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, proferir normas jurídicas generales para la organización de sectores complejos de la sociedad, entre los cuales se encuentran aquellos dedicados al sistema de seguros y pensiones de jubilación ofrecidas por el sector financiero. Las disposiciones reglamentarias del gobierno vinculan jurídicamente a las administraciones independientes, siendo ésta una de las características que más claramente las distingue frente a las *independent regulatory agencies* del derecho norteamericano. Su adecuación constitucional está condicionada por el carácter subordinado de sus competencias normativas frente a la potestad reglamentaria del gobierno. El Banco de España es un caso excepcional en el panorama de las administraciones independientes, al disponer de facultades normativas para actuar con plena independencia frente al gobierno y, como miembro del Sistema Europeo de Banca Central, establecer la política sectorial a través de las *circulares monetarias*.
8. Dentro del régimen jurídico español algunas administraciones como el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como la Agencia de Protección de Datos, sobresalen por el ejercicio de importantes facultades para autorizar operaciones de relevancia sectorial. Ya la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tenía competencias para otorgar —o negar— títulos habilitantes para la prestación de servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, y asignar licencias individuales y autorizaciones generales, de conformidad con los términos estrictamente reglados en la Ley. Análogamente, la Agencia de Protección de Datos controla la cesión de ficheros de datos a terceros países, constatando que éstos garantizan una protección equiparable a la ofrecida por el ordenamiento jurídico español.
9. Además de las competencias de autorización, la totalidad de las administraciones independientes españolas —y la generalidad de las europeas— disponen de notables facultades de vigilancia, para contribuir a garantizar la eficiencia de las normas sectoriales, incluyendo las correspondientes al sistema de seguros y pensiones de jubilación ofrecidas por el sector financiero. En especial, gozan de la potestad de inspección que les permite abrir investigaciones y acceder a la documentación relevante para su desarrollo; comprobar y examinar la legalidad y veracidad de los soportes; citar y tomar declaraciones, e inspeccionar las sedes de los operadores sectoriales. En definitiva, supone que la administración lleve a cabo su misión de vigilancia mediante la observación directa de la realidad controlada, si bien, en algunas oportunidades la colaboración activa del gobierno se hace imprescindible, particularmente para el ejercicio de ciertas facultades de inspección desempeñadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Asimismo, y sin que ello signifique aún el ejercicio de sus facultades sancionadoras, estas autoridades están habilitadas para reconvenir y exigir el íntegro acatamiento a las normas vigentes, y advertir sobre posibles desviaciones de los principios que rigen las buenas prácticas sectoriales. De igual manera, pueden proferir las necesarias medidas para restablecer o garantizar la normalidad administrativa de las entidades, e iniciar los procedimientos correspondientes cuando no se allanen a acatar las advertencias formuladas y, si corresponde, abrir los expedientes sancionadores dentro del ámbito de su competencia o, en su caso, poner en conocimiento de las autoridades competentes, las irregularidades que den lugar a la intervención de otras instancias administrativas o judiciales del ámbito nacional e internacional. Igualmente, las autoridades administrativas independientes, en desarrollo de sus funciones de vigilancia, están revestidas de una serie de facultades menos —o nada— imperativas, que les permiten orientar y, llegado el caso, negociar y pactar con las entidades vigiladas, estrategias destinadas a prevenir futuras crisis empresariales o perfeccionar sus métodos de financiación, organización y gestión.
10. En el sistema de Estado Regulador, las competencias sancionadoras son el lógico correlato de las facultades de autorización y vigilancia. Todas las administraciones independientes creadas legalmente en España disponen de facultades sancionadoras en el ejercicio de sus propias atribuciones, salvo el Consejo de Seguridad Nuclear, que sólo pueden llegar a proponer la apertura de expedientes sancionadores y preparar los informes pertinentes a lo largo de su instrucción. La atribución de facultades sancionadoras a las administraciones independientes ha sido un punto delicado y controvertido. Su ejercicio deberá garantizar un escrupuloso respeto al debido proceso y los principios de proporcionalidad, tipicidad, y favorabilidad que rigen el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Las sanciones podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tratándose de aquellas impuestas por el Banco de España como miembro del Sistema Europeo de Banca Central. El amplio espectro de facultades sancionadoras atribuidas a las administraciones independientes comprende, en mayor o menor medida, desde resoluciones de amonestación, multa, destitución y nombramiento de administradores especiales, hasta las más severas de cierre y liquidación. Algunas de las más importantes facultades sancionadoras, no obstante, son tradicionalmente compartidas con la administración gubernamental, a la cual compete sancionar las conductas tipificadas como muy graves por el ordenamiento legal en los ámbitos del mercado bursátil y crediticio, con base en los informes preceptivos elaborados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España.
11. En el derecho español la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es una de las administraciones independientes legalmente autorizadas para resolver conflictos entre particulares, mediante procedimientos de arbitraje en derecho o en equidad, en los términos previstos por las leyes que disciplinan cada uno de los sectores regulados, siguiendo con carácter supletorio los procedimientos consagrados por la Ley de Arbitraje, y con sujeción a los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.
12. En España el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Agencia de Protección de Datos, están obligadas a realizar informes,

Concretamente, los actos jurídicos de las administraciones independientes proferidos en virtud de las facultades mencionadas no pueden ser sometidos a recurso de alzada propio o impropio y, por lo tanto, sus actuaciones pondrían fin a la vía gubernativa, teniendo la virtualidad de ser recurribles exclusivamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>13</sup>.

El gobierno no puede revisar de oficio las disposiciones o actos particulares proferidos por estas administraciones y tampoco está habilitado para emitir instrucciones, ordenes de servicio o circulares con el fin de orientar el ejercicio general de sus competencias<sup>14</sup>.

Igualmente, los actos del gobierno pueden ser judicialmente impugnados por las administraciones independientes cuando vulneran sus atribuciones legales.

No obstante, y a pesar del extenso repertorio de limitaciones a las facultades del gobierno como suprema autoridad administrativa, las competencias reguladoras deben ejercerse dentro del marco señalado por los reglamentos gubernamentales.

---

dictámenes, recomendaciones y tareas de asesoramiento y apoyo al gobierno, el parlamento, las administraciones y los ciudadanos en general, en cuanto instituciones técnicas, especializadas y conocedoras de las realidades sectoriales. En relación con el gobierno, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al Banco de España, presentar a su consideración los informes preceptivos para adoptar resoluciones de autorización y sanción, cuando sean competencias atribuidas al gobierno. Incluso, dichos informes pueden convertirse en vinculantes, como es el caso de los presentados por el Consejo de Seguridad Nuclear, cuando condicionan, limitan o prohíben la resolución favorable de los expedientes de autorización. Por otra parte, corresponde a la Comisión Nacional de la Energía, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, presentar reportes periódicos al legislativo, explicando su desempeño en el ejercicio de atribuciones normativas y de supervisión, y transmitiendo sus consideraciones en torno a eventuales reformas sectoriales. Igualmente, deben atender las consultas formuladas en cualquier momento por las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las administraciones de justicia, dentro del ámbito de sus competencias.

13. Respecto de las facultades gubernamentales para controlar las administraciones independientes mediante la resolución de recursos de alzada, los países europeos han optado con carácter general, por limitar su ejercicio y preservar la autonomía de aquellas frente al gobierno. En España —como norma— no cabe recurso administrativo alguno frente al gobierno y, por lo tanto, sus actos pondrían ser recurribles exclusivamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, en algunos casos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, se verifica un régimen mixto, es decir, algunas de sus actuaciones agotan la vía gubernativa y contra ellas sólo cabe recurso contencioso administrativo, en tanto que otras pueden ser recurridas en vía gubernativa ante el ministro de Economía. Ejemplo de esto, son los recursos de alzada que pueden ser interpuestos contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de Valores que ordenan una especial intervención en las entidades vigiladas —como podría ser la remoción de sus administradores—.

14. Las competencias del gobierno para dirigir las administraciones públicas a través de instrucciones u órdenes de servicio en el ordenamiento jurídico español, derivan necesariamente de una expresa habilitación legal al gobierno. Así, en España el reconocimiento legal de estas facultades, le permitiría al gobierno dirigir instrucciones y órdenes de servicio a la administración general del Estado y los Organismos públicos instrumentales. Por el contrario, ninguna de las normas que disciplinan las administraciones independientes, reconoce al gobierno la facultad de dirigir instrucciones u órdenes de servicio. Todo lo contrario. Aquellos casos en los cuales se hace referencia a estas facultades, es con el fin de resaltar expresamente su prohibición. Es por esto que puede concluirse que, a partir de la interpretación comprensiva y sistemática de las leyes que dan soporte a las administraciones independientes, el gobierno carece de competencias para orientarlas a través de instrucciones u órdenes de servicio que puedan condicionar sus resoluciones. No obstante, hace algunos años, una parte de la doctrina afirmó que al Gobierno si le asiste la competencia para emitir instrucciones u órdenes de servicio, ya que dicha prohibición debería constar expresamente en la ley al ser una limitación de las competencias directivas del gobierno sobre la administración, como lo hace expresamente la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en relación con la Agencia de Protección de Datos, y, finalmente, podría vulnerar la supremacía del gobierno sobre la administración, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución Española.

En este sentido, es necesario señalar que la adecuación constitucional de estas administraciones está inevitablemente condicionada por el carácter subordinado de sus competencias normativas frente a la potestad reglamentaria del gobierno, y sus atribuciones deberán estar lo suficientemente definidas por el legislador para evitar que puedan llegar a configurar políticas públicas al margen del gobierno.

He aquí la distinción fundamental que marca el punto de inflexión entre la primera y la segunda generación de administraciones independientes, es decir, entre las administraciones o agencias independientes del derecho estadounidense y las administraciones independientes en Europa y, en general, en la tradición jurídica continental<sup>15</sup>.

En su conjunto, la existencia creciente de administraciones independientes ha venido generando una fructífera producción doctrinal y jurisprudencial, orientada a esclarecer el nuevo marco de responsabilidades del gobierno como suprema autoridad administrativa.

Política, jurídica y constitucionalmente, su responsabilidad por el buen funcionamiento de estas administraciones, difiere de aquella que le cabe por el desempeño de los cargos superiores y directivos de la administración general del Estado y de las instituciones funcionalmente descentralizadas.

En adelante, las responsabilidades constitucionales del gobierno en cuanto suprema autoridad administrativa, se verán legalmente limitadas (i) al cumplimiento de su obligación de seleccionar adecuadamente sus directivos cuando así le corresponda, (ii) supervisar el desempeño de la totalidad de administraciones independientes, para –llegado el caso– (iii) impulsar los mecanismos de control de legalidad de sus actos jurídicos y (iv) poner en marcha –con carácter obligatorio– los mecanismos legales que permitan verificar las condiciones establecidas por el legislador para la remoción de sus responsables –principalmente, el incumplimiento jurídico grave de sus obligaciones, la condena por delito doloso y la incompatibilidad o incapacidad sobrevenida– y (v) proceder, si así corresponde, a la destitución de los directivos y gestores de las administraciones independientes de regulación y supervisión.

---

15. Salvo excepciones debidamente amparadas por la respectiva Constitución, como es el caso de todos y cada uno de los bancos miembros del Sistema Europeo de Banca Central, según se ha señalado.

### C. Una institución dinámica y en evolución

Es necesario señalar que si bien el sistema de administraciones independientes tiene un arraigo creciente en los países de tradición continental, reviste abundantes matices y particularismos.

Esta es una institución dinámica y en permanente evolución. Los más recientes estudios internacionales sobre esta institución suelen coincidir en que hay tres niveles diferenciados en cuanto al mayor o menor grado de autonomía otorgado a las administraciones independientes de orden nacional.

El primer nivel lo encabezaría Alemania, Francia, España, Suiza y gran parte de los países miembros de la Unión Europea.

El segundo nivel lo integran Panamá –gracias a la elevada independencia de su Superintendencia de Bancos– y México –con una muy activa Comisión Federal de Mejora Regulatoria–, seguidos a cierta distancia de Uruguay, Chile, Argentina, Perú y Ecuador.

El tercer nivel lo lideran Colombia, Venezuela y Honduras, caracterizados por el fuerte control político del gobierno sobre sus administraciones de regulación y supervisión. Es probable, sin embargo, que el sistema de administraciones independientes en Latinoamérica cobre un mayor protagonismo en los próximos años, como tendremos la oportunidad de ver en el siguiente apartado de este estudio.

## III. Previsible expansión del sistema de administraciones independientes de regulación y supervisión

### A. Hacia una necesaria independencia de las administraciones de regulación y supervisión de los sistemas de salud y seguridad social en América Latina

Como señalamos al inicio de este estudio, la tesis que afirma la debilidad de los ministerios de salud y la necesidad de incrementar la autonomía de las administraciones de regulación y supervisión ha sido una de las principales conclusiones reflejadas en “*Las tendencias de*

*los marcos reguladores de los sistemas de salud en América Latina*”, publicado con ocasión del III Congreso de Órganos Reguladores y Control de los Sistemas de Salud: La Regulación en los sistemas de Protección Social en América Latina, en el cual se analizan los retos los sistemas de regulación y supervisión de los sistemas de salud en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay<sup>16</sup>.

Dicho estudio reitera que los organismos de regulación y supervisión del sistema de salud se encuentran “en casi todos los países”, sometidos a presiones de las coyunturas propias del quehacer político, carecen del grado de autonomía necesaria para desempeñar su rol sin indebidas interferencias políticas del gobierno, y se encuentran ante “la necesidad de avanzar hacia un perfeccionamiento de estas instituciones que les permita tener mayores grados de independencia de la autoridad política”.

Igualmente, analiza los mecanismos que se requieren para fortalecer la institucionalidad reguladora, utilizando como ejemplos aquellos que ya muchos países utilizan en el campo de la economía, el sistema asegurador o los bancos centrales, generando autoridades profesionales las cuales luego de procesos rigurosos de selección, “sean propuestas por el ejecutivo al poder legislativo para ser designados por períodos más prolongados que los gobiernos de turno”, y “con procesos de suspensión de funciones que respondan a razones poderosas y que aseguren ecuanimidad y estabilidad para que realmente ejerzan su rol al sistema público y privado”.

Esta mejora en la autonomía institucional supondría otorgar, al menos, mayor estabilidad a las autoridades y el personal que las integran, mejorar los “sistemas públicos de concurso para todos los cargos en los organismos fiscalizadores, incluyendo los cargos de superintendentes” y garantizar su designación por un término fijo establecido en la ley, con causas tasadas para su remoción.

Asimismo, “se propone que el presupuesto de los entes fiscalizadores debe ser financiado en parte por los propios entes fiscalizados”, con el fin de hacerles más autónomos frente a la injerencia política del gobierno en los procesos de elaboración presupuestaria.

---

16. AA.VV. Las tendencias de los marcos reguladores de los sistemas de salud en América Latina. Págs. 13, 16, 19, 73, 79, 80, 81, 85, 92 y 94. Asociación de Organismos Reguladores y de Fiscalización en Salud de la Región de la Américas. Santiago de Chile. 2010.

En todo caso es oportuno recordar que el nivel de autonomía efectiva de las entidades de supervisión de los sistemas de salud varía según las circunstancias particulares de cada régimen jurídico. Y que al interior de un mismo régimen de supervisión del sistema de salud, hay ámbitos más expuestos a una posible injerencia política del gobierno, como podría ser la prestación de los servicios de sanidad, especialmente cuando su responsabilidad recae sobre entidades prestadoras de titularidad pública, ya que “es difícil transparentar los reales niveles de calidad de los establecimientos del sector público y mucho más lo es llegar a sancionar a dichos establecimientos, llegando incluso al cierre de algún establecimiento”. Otros ámbitos más protegidos de tal injerencia, en términos relativos, podrían ser los correspondientes al mercado asegurador, dadas las particularidades propias de los sistemas de supervisión de los sectores financieros.

Conviene señalar, igualmente, que la tesis que afirma, desde la academia y los organismos gubernamentales, la debilidad de los ministerios de salud y la necesidad de incrementar la autonomía de las administraciones de regulación y supervisión, ha sido expresada en sede parlamentaria y con rango de ley. Tal es, por ejemplo, el caso de la Ley 1450 de junio 16 de 2011 que establece en Colombia el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Concretamente, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 hace algunas afirmaciones de la máxima trascendencia para el objeto de nuestro estudio<sup>17</sup>.

Al referirse a la Superintendencia Nacional de Salud, el Plan Nacional de Desarrollo reconoce que cuenta “*con un deficiente sistema de regulación, inspección, vigilancia y control*”, no desarrolla una función de “*evaluación del riesgo*”, carece de una estructura funcional acorde con la dimensión de su responsabilidad, no cumple con su tarea de protección a los usuarios del sistema nacional de salud y urge, finalmente, a “*rediseñar el esquema institucional de supervisión, vigilancia y control*”.

Y lo hace en un contexto en el cual, el Plan Nacional de Desarrollo formula recomendaciones para otorgar un mayor nivel de autonomía a las diferentes superintendencias del ordenamiento jurídico colombiano.

Con relación a la Superintendencia de Industria y Comercio, el Plan Nacional de Desarrollo recoge la preocupación manifestada por algunos sectores, ante la escasa independencia para “tomar decisiones sobre las prácticas e integraciones potencialmente restrictivas de la competencia”. Y hace dos afirmaciones muy importantes a este respecto.

---

17. Vid. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Págs.79, 80, 81, 83, 143, 147, 199, 292, 299, 301, 489.

Primero, reconoce que “encuentra un límite en el hecho de que los cargos de Superintendente de Industria y Comercio y Superintendente Delegado de Protección de la Competencia son de libre nombramiento y remoción”.

Y, en segundo lugar, señala la necesidad de reforzar su independencia, confiando sus funciones como administración activa de regulación y supervisión, a un “órgano colegiado” integrado por expertos “nombrados por períodos fijos” y de manera escalonada para evitar que su designación sea coincidente con el período de gobierno del Presidente de la República.

Igualmente, con relación a la Superintendencia Financiera, el Plan Nacional de Desarrollo hace tres afirmaciones de la máxima importancia.

En primer lugar, señala que “el diseño institucional actual puede no ser el que mejor se adapte a las necesidades del mercado financiero”.

En segundo lugar, recuerda que “la independencia del Regulador y el Supervisor de la actividad financiera, bursátil y aseguradora para hacer, implementar y supervisar la regulación es un medio fundamental para poder alcanzar los objetivos propuestos en la legislación”.

Y, finalmente, señala el camino hacia una eventual reforma del sistema de regulación y supervisión a través de las superintendencias, para hacerlas más independientes del gobierno mediante el nombramiento, por un período mínimo preestablecido, tanto del Superintendente como de un órgano colegiado, adecuado a la necesidades de independencia y estabilidad de la institución, situando a las superintendencias fuera del estrecho control que actualmente ejerce el gobierno sobre las mismas<sup>18</sup>.

Todo lo anterior hace pensar que se abre paso la necesidad, advertida hace algunos años, de revestir de mayores niveles de independencia a las máximas administraciones de regulación y supervisión.

---

18. En este sentido, posiblemente Panamá ha sido uno de los primeros países en el contexto latinoamericano en poner en funcionamiento un sistema de regulación y supervisión del sistema financiero a través de administraciones independientes, cuando en el año 1998, y bajo la tradicional denominación de Superintendencias, estableció legalmente que el Superintendente fuera elegido por un término de 5 años, y sus directores por 8 años a partir de su nombramiento. Una vez nombrados, la ley establece que no podrán ser removidos sino por las causas legalmente establecidas, y según decisión de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Judicial.

Igualmente, es importante señalar que en el futuro inmediato es altamente probable que en el contexto internacional esta institución cobre mayor protagonismo. Concretamente, en el marco de la Unión Europea, como detallaremos brevemente.

## B. Nuevas administraciones independientes de carácter supranacional

Hemos señalado que en el conjunto de sistemas jurídicos de tradición continental, los países europeos cuentan con administraciones independientes de regulación y supervisión revestidas de los más elevados niveles de autonomía.

Actualmente hay reformas en marcha que van dirigidas a mejorar e incrementar el nivel de independencia de estas instituciones en varios de los países miembros de la Unión.

Siendo esto muy importante para el devenir de la institución, lo más significativo es que a nivel internacional, la Unión Europea en su conjunto ha dado grandes pasos –y previsiblemente lo seguirá haciendo– hacia el federalismo europeo –al menos en determinados sectores– mediante el fortalecimiento del sistema europeo de administraciones independientes.

La crisis económica de la Zona Euro ha puesto de relieve la necesidad de fortalecer el funcionamiento de una amplia Red Europea de Administraciones Independientes de Regulación y Supervisión –de estructura informal y carente de fuerza jurídica hasta fechas muy recientes–.

Un primer paso para mejorar esta Red, ha sido la creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera, conformado por cuatro grandes supervisores correspondientes a la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Junta de Riesgo Sistémico y la Autoridad Bancaria Europea. Todas ellas se configuran dentro de un modelo que podríamos llamar de administraciones independientes de regulación y supervisión. A modo de ejemplo, conviene señalar que la Junta de Supervisores de la Autoridad Europea Bancaria, está conformada por el máximo representante de las administraciones independientes de regulación y supervisión del orden nacional, un representante de las recientemente creadas Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Junta Europea de Riesgo Sistémico y del Banco Central Europeo. Esta Junta está presidida por un Consejero nombrado por la propia Junta de Supervisores por un término fijo, reservándose excepcionalmente el Parlamento Europeo el poder de veto si, con carácter previo a su nombramiento, considera que no ofrece las garantías de prestigio e imparcialidad necesarias.

Dicho Sistema Europeo de Supervisión Financiera, que incorpora la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, como se ha señalado, entró en vigor el 1º de enero del año 2011 y dotó a esta institución de estructura formal y fuerza jurídica para supervisar la aplicación de las normas de regulación y supervisión en todos los países miembros de la Unión con importantes atribuciones recientemente ratificadas mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2014 (asunto C-270/12) *Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea*.

De esta forma, se alcanza el objetivo propuesto por la Estrategia Europa 2020, recogida en la Comunicación de la Comisión Europea del 3 de marzo de 2010 para “un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, que señala la trascendencia de poner en práctica las reformas acordadas de supervisión de varios de los sectores más sensibles para la sociedad, incluyendo, desde dicha perspectiva, los sistemas nacionales de seguros y pensiones de jubilación.

#### IV. Conclusión

Algunas de las grandes reformas administrativas puestas en marcha en los últimos años en América y Europa, han centrado sus esfuerzos en la creación de autoridades administrativas independientes, encaminadas a regular y supervisar sectores trascendentales de la sociedad. Sectores que comprenden desde los Sistemas de Salud y Seguridad Social, la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, la participación democrática y la investigación científica y académica, hasta regulación y supervisión de los sectores productivos de la economía.

Hemos querido, en primer lugar, destacar algunas de las características que identifican a la *Social Security Administration* (SSA) como administración independiente sin desligarla del contexto general en el cual nacen y se desarrollan las administraciones independientes en la tradición jurídica estadounidense.

En segundo lugar, hemos ofrecido al lector las claves fundamentales que han facilitado su implantación en algunos de los regímenes jurídicos más representativos de la tradición continental; su naturaleza –capaz de limitar seriamente la tradicional supremacía del gobierno sobre la administración– y su adecuación a los lineamientos constitucionales de la tradición jurídica continental –si bien no todas las administraciones independientes de regulación y supervisión cuentan con grados semejantes de autonomía en el ejercicio de sus atribuciones–.

Y, finalmente, hemos constatado que el modelo de administración por autoridades independientes de regulación y supervisión tendrá, previsiblemente, un renovado protagonismo tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho público latinoamericano, con el fin de garantizar la calidad, eficiencia y confianza de los ciudadanos en los Sistemas de Salud y Seguridad Social, mediante la solidez, transparencia y neutralidad de las administraciones de regulación y supervisión.

## V. Breve resumen bibliográfico

- AA.VV. *Agency Governance in the EU* (Coords.) B. Rittberger and A. Wonka. Journal of European Public Policy Series. 2012.
- AA.VV. *The agency phenomenon in the European Union* (Coords.) M. Busuioc, M. Groenleer and J. Trondal. Manchester University Press. 2012.
- AA.VV. *Las administraciones independientes*. Monografías nº654. (Coords.) Cristina Pauner y Beatriz Mallén. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- AA.VV. *Oxford Handbook of Regulation*. (Coords.) Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. Oxford University Press. 2010.
- AA.VV. *La Administración reguladora y supervisora*. (Coords.) J. Ma. Abad Liceras y F. Irurzun Montoro. Dykinson. Madrid. 2009.
- BALDWIN, R., CAVE, M. and LODGE, M. *Understanding Regulation*. Oxford University Press. 2012.
- BARTH, J., CAPRIO, G. & ROSS L. *Guardians of Finance. Making Regulators Work for Us*. MIT. 2012.
- EDLES, G.J. and BREGER, M.J. *Independent Agencies in the United States: Law, Structure and Politics*. Oxford University Press. 2015.

- EGEBERG M. and TRONDAL, J. *EU-level Agencies. New executive centre formation or vehicles for national control?* Centre for European Studies. University of Oslo. Working Paper n°.12, November 2010.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La Unión Europea como “Estado Regulador” y las Administraciones Independientes.* Rev. de Adm. Pca. n°194. Mayo-agosto 2014.
- RITTBERGER, B. & WWONKA, A. *Agency Governance in the EU.* J. of European Public Policy. 2012.

# Principio de descentralización administrativa Uruguay

---

Adriana López López<sup>1</sup>

---

---

1. Abogada, funcionaria pública y docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (grado 1) en la carrera Abogacía-Notariado y de Seguridad Social (grado 2) en la carrera Relaciones Laborales, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

## 1. Presentación de la seguridad social de Uruguay desde el punto de vista de su estructura institucional

Uruguay cuenta con un órgano coordinador de la seguridad social, que es el Banco de Previsión Social creado por la Constitución de 1967. Por una cuestión metodológica, para mostrar la estructura institucional del país en materia de seguridad social, se puede distinguir entre el régimen de pasividades (o de cobertura de las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia) y las prestaciones de actividad (desempleo, enfermedad, maternidad y asignaciones familiares). Los afiliados (trabajadores de la actividad privada y funcionarios públicos, con excepciones) al Banco de Previsión Social reciben de éste la cobertura de las contingencias referidas.

La cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales se hace a través de un seguro mercantil obligatorio<sup>2</sup> a cargo de un banco estatal, el Banco de Seguros del Estado, que tiene el monopolio de esta cartera.

Existen a la vez tres cajas paraestatales, –se trata de instituciones privadas pero con un fin público– que cubren a los escribanos públicos o notarios (Caja Notarial de Seguridad Social regulada por las leyes n° 17.437 de 20 de diciembre de 2001 y 18.239 de 27 de diciembre de 2007), a los profesionales universitarios (Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios regulada por la ley n° 17.738 de 7 de enero de 2004) y a los bancarios - tanto funcionarios públicos como empleados privados (Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias regulada por la ley n° 18.396 de 24 de octubre de 2008). Estos tres regímenes fueron reformados a fin de adecuarse al régimen general establecido por la ley n° 16.713, aunque en ninguno de ellos se ha establecido un régimen de ahorro individual.

Los policías se encuentran cubiertos a través del Servicio de Retiros y Pensiones Policiales (que fue reformado por ley n° 18.405 de febrero de 2008) dependiente del Ministerio del Interior, y los militares a través del Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas dependiente del Ministerio de Defensa Nacional (que aún no ha sido reformada), ambas al margen del régimen general.

---

2. El 21 de julio de 2014 se cumplieron 100 años de la ley n° 5.032, aún parcialmente vigente, que regula los aspectos de prevención de los accidentes de trabajo. La ley n° 10.004 de 28 de febrero de 1941 crea el seguro mercantil obligatorio a cargo del Banco de Seguros del Estado, que fue reformada por la ley n° 16.074 del 10 de octubre de 1989, aunque manteniendo el seguro con las características mencionadas.

Tampoco se puede desconocer la actuación del Ministerio de Desarrollo Social, que brinda prestaciones o provee el dinero para que el B.P.S. pague prestaciones a personas que no son cubiertas estrictamente por la Seguridad Social, pero que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. De hecho, una de sus líneas de acción es la construcción de una Red de Protección Social de naturaleza no contributiva, de forma de amparar a todos los grupos sociales y en particular a aquellos sectores socioeconómicos que tienen restringidas sus oportunidades de incorporarse al mercado de empleo, así se incluyen las asignaciones familiares para a niños y adolescentes que integran hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica, y el subsidio a la vejez para las personas que aún no pueden acceder a la prestación no contributiva por vejez que otorga el Banco de Previsión Social.

La ley n° 16713<sup>3</sup> de 3 de setiembre de 1995 refiere a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia a cargo del Banco de Previsión Social. Esta norma crea un régimen mixto (de reparto o solidaridad intergeneracional y de ahorro individual obligatorio) aplicable a los menores de 40 años al 1° de abril de 1996 y a aquellos que ingresen por primera vez al mercado de trabajo; y establece un régimen de transición, donde se mantiene el sistema de reparto, para aquellos mayores de 40 años al 1° de abril de 1996, y que dentro del plazo de 180 días de vigencia de la norma no hubieran hecho la opción por el régimen mixto. Esta opción a la fecha es posible dejarla sin efecto, en el caso de cumplir ciertos requisitos indicado por la ley n° 19.162 de 1° de noviembre de 2013. La creación en 1995 del régimen multipilar descrito llevó a la aparición de nuevos actores en esta materia, así tenemos las administradoras de los fondos de ahorros previsionales, las empresas aseguradoras y el Banco Central del Uruguay en tanto órgano de control de la actividad de unas y otras.

En materia de salud es donde se puede apreciar y se ha hecho especial énfasis en el principio de descentralización, a partir de la reforma iniciada con la creación del Fondo Nacional de Salud en mayo de 2007, y posteriormente del Sistema Nacional Integrado de Salud, a través de la ley n° 18.211 de 5 de diciembre de 2007. El órgano rector del sistema es la Junta Nacional de Salud que cuenta con representación del Poder Ejecutivo, del Banco de Previsión Social, de los trabajadores de los prestadores de salud y de los usuarios, y que tiene por objetivos administrar el fondo referido<sup>4</sup> y velar por el cumplimiento de los principios del sistema. Hemos señalado que a través de éste, no se crea una nueva persona jurídica, sino que se trata de lograr la articulación y complementación de los distintos prestadores de salud<sup>5</sup>.

---

3. Las normas legales a que se hará referencia en el curso de este trabajo, se pueden consultar en <http://www.parlamento.gub.uy>.

4. La recaudación de las cotizaciones destinadas a este fondo las sigue realizando el Banco de Previsión Social, quien actúa por cuenta y orden de la Junta Nacional de Salud. A diferencia del seguro de enfermedad, donde los trabajadores de la actividad privada aportaban un 3% de su salario para éste, ahora la aportación es para financiar el Sistema Nacional Integrado de Salud, y en el caso de los trabajadores, las cotizaciones varían de acuerdo a sus ingresos y a sus cargas familiares.

5. López López, Adriana y Loustaunau, Nelson, "El nuevo Sistema Nacional Integrado de Salud" en revista *Derecho Laboral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007, tomo L, n° 228, octubre-diciembre.

## 2. Marco conceptual del principio de descentralización administrativa

Ermida ha señalado que “...en materia de administración de la seguridad social, estamos en el terreno de los “principios” accesorios o contingentes y no en el de los principios verdaderamente generales.” Señala que la idea de seguridad<sup>6</sup> social en el plan Beveridge nació con un concepto de unidad y centralización administrativa. Sin embargo en el “modelo de seguridad social” preconizado por la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social a partir de 1976, uno de los criterios rectores es la descentralización. Asimismo señala que en el Congreso de Ottawa organizado por la Asociación Internacional de Seguridad Social en 1979 se indicó que la opción entre centralización y descentralización depende de una opción política y se encuentra “...condicionada por aspectos objetivos, tales como el grado de complejidad de los servicios y el crecimiento y diversidad de la población asegurada.”

Carmelo Mesa-Lago al estudiar la evolución de los principios de unidad y uniformidad de trato señala que “Los antecedentes del principio de unidad de la seguridad social se remontan al famoso Informe de sir William Beveridge en 1942, el cual incluyó la unificación administrativa de un sistema público, a fin de promover su eficiencia y reducir sus costos a través de economías de escala (Beveridge, 1946).” Pero aclara que “La unidad no debería implicar centralización, ya que el sistema será descentralizado a través de agencias locales cercanas a los asegurados y que conociesen sus necesidades”.<sup>7</sup> Uruguay (junto Argentina, Chile, Cuba, Brasil y Costa Rica) formaba parte de lo que el autor denominó el grupo pionero-alto<sup>8</sup> caracterizado por establecer tempranamente los sistemas de seguros sociales en la región (décadas de los veinte y treinta del siglo XX) logrando la mayor cobertura y desarrollo de éstos, pero que a la vez adolecían de problemas tales como la estratificación, los altos costos, un déficit creciente y un desequilibrio financiero-actuarial. Mesa-Lago indica que la unidad en la gestión de la seguridad social en América Latina existía en pocos países y no era completa; en concreto Uruguay contaba en 1967 con 10 programas de seguros sociales de pensiones. La unificación o la creación de un organismo central a cargo de la administración, supervisión o coordinación se dará en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta. En Uruguay, ello ocurrirá con la reforma constitucional de 1967 que establece la creación de un ente estatal a cargo de la coordinación de la seguridad social.

6. Ermida Uriarte, Oscar, “Los principios de la seguridad social” en *La seguridad social en el Uruguay*, segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

7. “Estructura administrativa de los sistemas de jubilaciones y pensiones en América Latina: coexistencia de sistemas e instituciones múltiples” en *El nuevo derecho de las pensiones en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2005, Biblioteca CIESS 3.

8. La clasificación en grupos: pionero-alto, intermedio y tardío-bajo, se basaba en la fecha en que los países habían introducido sus primeros programas de jubilaciones y pensiones y en el grado de desarrollo alcanzado en éstos.

Plá Rodríguez en un artículo escrito en 1989 ya se planteaba el problema desde el título: “Una inversión de tendencias en materia de seguridad social: de la concentración a la desconcentración”<sup>9</sup> y señalaba que “Nadie puede negar las ventajas y las bondades de la concentración...pero lograda la unificación en un organismo responsable de la cobertura de todos los riesgos, para todos los trabajadores y en todo el país, empezaron a advertirse los inconvenientes derivados del tamaño del organismo, en relación la escala humana.”

Grzetich estudia el principio de unidad con referencia a la estructura orgánica y la gestión de la seguridad social y señala que se trata de un principio válido, donde lo que puede variar es la forma de llevarlo a cabo pero que no es incompatible con el pluralismo institucional.<sup>10</sup> Según este autor, “...en especial el principio de solidaridad, se halla implícita la idea de unidad o coordinación, necesaria para que la integración general al sistema solidario pueda efectuarse” y el principio de unidad surgió de la estructuración que impuso la ley n° 15.800 del 17.01.1986 de carácter fuertemente centralizado (esta norma supuso el regreso de la institucionalidad del Banco de Previsión Social, ya que durante la dictadura militar, el organismo de la materia fue la Dirección General de la Seguridad Social).

## 2.1. Desarrollo histórico del principio como componente de la Seguridad Social

El desarrollo de Uruguay en materia de legislación laboral y seguridad social hasta la década del 50 es reconocido por analistas de diversas áreas.

Se ha señalado que “...un rasgo distintivo del sistema era su marcada descentralización, dada la progresiva incorporación de sectores del trabajo por un lado, y de los diversos riesgos por otro, que llevó a una multiplicidad de instituciones estatales, paraestatales y privadas”<sup>11</sup>.

Henry Finch<sup>12</sup> sostiene que el sistema de seguridad social desarrollado en nuestro país hasta 1930 era avanzado y amplio en comparación con el resto de América Latina, pero adolecía de varias limitaciones: por ejemplo, beneficiaba casi exclusivamente a la población urbana, y

---

9. Plá Rodríguez, Américo, *Estudios de Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.

10. Grzetich, Antonio, *Derecho de la Seguridad Social*, segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, Parte General, Volumen 1.

11. Buchelli, Gabriel, “*Un intento por centralizar la administración de la seguridad social en Uruguay: la creación del BPS en 1967*” en *La Seguridad Social en el Uruguay. Contribuciones a su historia*. Montevideo, 2009.

12. *La economía política del Uruguay contemporáneo 1870-2000*, tercera edición, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 2014.

puso un mayor énfasis en el amparo a la vejez y las jubilaciones, que en la oferta de vivienda, asistencia médica o alimentos subsidiados a la clase trabajadora (en términos actuales diríamos que hay un predominio de las prestaciones de vejez sobre las prestaciones de actividad). Según este autor, las razones de la extensa legislación social se deben buscar en las necesidades del sistema político, ya que se buscaba la integración de la población inmigrante (que carecía de lazos de lealtad hacia los partidos políticos existentes) y el fortalecimiento del papel del Estado como protector de los sectores no privilegiados y mediador entre las clases sociales. Y en lo que tiene que ver con la administración y manejo del sistema de seguridad social, Finch señala que éste fue criticado casi desde su creación, por la generosidad en el otorgamiento de los beneficios, por la ineficiencia de la administración en la recaudación de fondos, y por los abusos de los beneficiarios y de los partidos políticos. En 1965, la Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico (CIDE) siguiendo las recomendaciones de la OIT, en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social propuso una serie de medidas para aliviar la situación de las cajas. Sin embargo, la única medida que se concretó fue la creación del Banco de Previsión Social que aglutinó a las tres principales cajas de jubilaciones estatales (Industria y Comercio, Civil y Escolar, Rural y Domésticos).

A modo de resumen y siguiendo a Grzetich<sup>13</sup>, se puede señalar que “...En su evolución histórica, se ha oscilado entre la centralización y descentralización en materia de gestión de jubilaciones y pensiones, manteniéndose hoy un sistema híbrido, con prestaciones jubilatorias relativamente unificadas en el ámbito del Banco de Previsión Social y cajas estatales y paraestatales fuera del sistema central. Mientras tanto, en materia de prestaciones de actividad, de una descentralización por riesgo y por actividad, hoy en día se mantiene la división por contingencia, pero prácticamente todas las actividades se integran en un sistema único.”

## 2.2. Impacto normativo del principio

En primer lugar debemos señalar que Uruguay ha ratificado recientemente el Convenio Internacional de Trabajo n° 102, lo que parece más bien una cuestión formal, ya que en realidad el país ha cumplido con los preceptos de éste. Pero de dicho convenio y en lo que hace al tema en análisis, nos interesa resaltar lo establecido en el artículo 72, en cuanto a la asunción por parte de cada país, de la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del convenio.

13. Grzetich, López, Nicolliello y Oiz, “*El conjunto de reformas en materia de protección social y su puesta a punto en contexto con el sistema de seguridad social actual*”, diciembre 2008, proyecto financiado por la Facultad de Derecho – Universidad de la República.

Se vinculan a este tema las Recomendaciones n° 67 y 69 de 1944. La primera en cuanto indica que: “La administración del seguro social debería unificarse o coordinarse dentro de un sistema general de servicios de seguridad social, y los cotizantes, por intermedio de sus organizaciones, deberían estar representados en los órganos que determinen o aconsejen la política administrativa y presenten proyectos legislativos o redacten reglamentos”, así como las sugerencias que se realizan para la aplicación de los principios en cuanto a la administración del seguro social. Y la segunda en cuanto está referida a la asistencia médica, sobre la que volveremos más adelante.

Asimismo la Recomendación sobre seguridad social adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo, 89° reunión, 2001, de donde corresponde resaltar que “...La función prioritaria del Estado es facilitar, promover y extender la cobertura de la seguridad social. Todos los sistemas deberían ajustarse a ciertos principios básicos. En especial, las prestaciones deberían ser seguras y no discriminatorias; los regímenes deberían administrarse de forma sana y transparente, con costos administrativos tan bajos como sea factible y una fuerte participación de los interlocutores sociales.”

Por último, no debemos olvidar la Observación General n° 19<sup>14</sup> del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en su interpretación del derecho a la Seguridad Social consagrado en el art. 9 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que hace referencia explícita en su párrafo 73 a la descentralización indicando que los Estados partes, aún cuando hayan recurrido a organismos regionales o locales para el ejercicio del derecho, siguen manteniendo la responsabilidad por el cumplimiento de éste y deben asegurar que dichos organismos no nieguen el acceso a los servicios y prestaciones por motivos discriminatorios.

En los próximos párrafos haremos referencia a las normas nacionales que consagran este principio, en particular las vinculadas al sistema nacional de salud, donde la descentralización en la ejecución de los servicios aparece como un eje central.

---

14. Publicada en la revista *Derecho Laboral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, Tomo LI, n° 230, abril-junio, pág. 361.

### 3. Contexto actual, vigencia y actualidad del principio en el sistema de Seguridad Social uruguayo

El principio de la descentralización aparece ampliamente recogido en el Sistema Nacional Integrado de Salud (en adelante SNIS) cuya creación e implementación se ha dado en varias etapas.

Grzetich ha señalado que en materia de salud durante mucho tiempo existió un sistema dual. Por un lado, dentro de la seguridad social, un régimen de seguro social que amparaba únicamente a los trabajadores dependientes y no dependientes (que cumplieran ciertas condiciones). Fuera de la seguridad social, como política social a cargo del Ministerio de Salud Pública y del Hospital de Clínicas (dependiente de la Universidad de la República), se atendía básicamente a las personas sin recursos. El resto de la población podía acceder a la cobertura de la salud a través de las instituciones de asistencia médica colectiva, o de seguros privados. La reforma introducida a partir del 1º de enero de 2008 ha ido ampliando la cobertura del seguro de salud que incluye a los trabajadores (dependientes y no dependientes, privados y públicos), a los hijos o menores a cargo de trabajador o de su cónyuge, a los cónyuges y concubinos de los trabajadores, y a los jubilados. Si bien la recaudación de aportes la hace el B.P.S., el órgano rector del sistema es la Junta Nacional de Salud, que cuenta con representación del Poder Ejecutivo, del Banco de Previsión Social, de los trabajadores de los prestadores de salud y de los usuarios, y que tiene por objetivos administrar el Fondo Nacional de Salud<sup>15</sup> y velar por el cumplimiento de los principios del sistema. Es en este ámbito, donde se puede apreciar y se ha hecho especial énfasis en el principio de descentralización.

Uno de los objetivos del sistema es el impulso a la descentralización de la ejecución en el marco de la centralización normativa para lo cual se promoverá la coordinación entre dependencias nacionales y departamentales, así como organizar la prestación de los servicios según áreas territoriales. Se busca fomentar la creación de redes de atención en salud y que los prestadores de servicios coordinen acciones dentro de un marco territorial definido a fin de brindar una asistencia adecuada y racionalización los recursos. La Junta Nacional de Salud se integra con representantes de los Ministerios de Salud Pública y de Economía, del Banco de Previsión Social, de los prestadores de servicios que integran el sistema, de los trabajadores de dichos prestadores y de los usuarios del sistema. La forma de elección e

15. La recaudación de las cotizaciones destinadas a este fondo las sigue realizando el Banco de Previsión Social, quien actúa por cuenta y orden de la Junta Nacional de Salud. A diferencia del seguro de enfermedad, donde los trabajadores de la actividad privada aportaban un 3% de su salario para éste, ahora la aportación es para financiar el Sistema Nacional Integrado de Salud, y en el caso de los trabajadores, las cotizaciones varían de acuerdo a sus ingresos y a sus cargas familiares.

integración de estos tres últimos representantes de los denominados sectores sociales, será dispuesta a través de la reglamentación, pero debe garantizar que existan mecanismos de selección democrática. Dicha reglamentación a la fecha no se ha dictado y la participación de los representantes de trabajadores y usuarios no ha estado exenta de críticas y conflictos durante el año 2014.

Hay que resaltar que está prevista la creación de Consejos Asesores Honorarios Departamentales y Locales, con la función de asesorar, proponer y evaluar a la Junta Nacional de Salud, dentro de sus respectivas jurisdicciones. A modo de resumen, el sistema busca la descentralización en la ejecución de la atención de la salud (a nivel territorial), pero dentro de un marco normativo central.

A través de la creación de este sistema se buscó lograr la articulación y complementación de los distintos prestadores de salud, con un órgano rector que debe administrar los recursos del Fondo Nacional de Salud (que se había creado por ley n° 18.131).

Respecto al prestador público de salud (la Administración de Servicios de Salud del Estado) se debe señalar que la ley n° 18.161 estableció que dejara de ser un organismo desconcentrado del Ministerio de Salud Pública, para convertirse en un organismo descentralizado, donde el relacionamiento con el Poder Ejecutivo se da a través de dicho ministerio. Dos de los cinco integrantes de su directorio deben ser representativos de los trabajadores y usuarios y se establece que debe brindar los servicios de salud a través de una organización que coordine a nivel nacional, departamental y local. También prevé la existencia de un Consejo Asesor Honorario Nacional y Consejos Asesores Honorarios Locales o Departamentales, con las mismas funciones que los consejos asesores de la Junta Nacional de Salud. Aquí la ley indica que el Reglamento General de ASSE debe garantizar la participación de sus usuarios y sus trabajadores. Por último, se debe considerar que el Directorio del organismo tiene entre otros poderes jurídicos el de "...Disponer –dentro de los límites que establezca el Reglamento General– la descentralización interna o las delegaciones que estime convenientes que permitan asignar a sus unidades asistenciales –regionales y locales– responsabilidades por el logro de objetivos, metas y resultados mediante convenios de gestión acordados, otorgándoles, para ello, suficiente autonomía en la gestión de sus recursos para el más eficaz y eficiente cumplimiento de los cometidos del organismo."

Sobre los procesos de descentralización y participación social en el sector salud, se ha sostenido que éstos introducen "nuevos elementos y actores que condicionan la gobernabilidad que tienen los sistemas de salud, debido a las fuertes tensiones políticas generadas por dichos

procesos de reforma y modernización del aparato público, las constantes y simultáneas demandas que plantean los gremios, inadecuados estilos de gerencia e insuficiente desarrollo de una cultura de gestión, y la ausencia de un efectivo liderazgo organizacional”<sup>16</sup>.

## Conclusiones

Es difícil establecer una perspectiva para este principio, que depende de decisiones políticas en cuanto a la gestión de la seguridad social. A lo largo de la historia de ésta en nuestro país, dichas decisiones han estado motivadas por cuestiones políticas (la unificación y centralización del sistema se ha dado en períodos de dictadura, mientras que la descentralización y la efectiva participación de los sujetos interesados se asocia a períodos democráticos) más que por la necesidad de brindar prestaciones adecuadas y eficientes a las personas que sufren alguna contingencia. A partir de la normativa internacional y nacional mencionada, es claro que el Estado uruguayo no puede desligarse de sus responsabilidades aún cuando pueda recurrir al mecanismo de la descentralización como una forma de hacer efectivos los derechos de las personas. Sí puede concluirse que el principio de descentralización en cuanto a la gestión de la salud, se encuentra sólidamente instalado, precisamente porque un problema a resolver ha sido siempre la centralización de servicios en la capital del país.

---

16. Pérez Lugo, Jorge Ernesto, “*La necesaria reforma de los Sistemas de Salud en América Latina*” en revista *Gaceta Laboral*, Venezuela, 2007, vol. 13, n° 1, enero-abril.

# Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina

---

Óscar Hernández Álvarez<sup>1</sup>

---

---

1. Profesor de derecho del Trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela. Profesor invitado varias universidades. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## Resumen

En el trabajo se parte de considerar que la seguridad social es gravemente deficitaria en la América Latina, no sólo por su baja cobertura, sino porque, en general las prestaciones son insuficientes, los pagos suelen ser tardíos y algunas contingencias no están adecuadamente cubiertas. Esta situación precaria crea un círculo vicioso: la precariedad se debe en buena parte a la baja cobertura pero al mismo tiempo desincentiva la afiliación. Se observa como en los recientes años se han alcanzado importantes éxitos en aspectos como la disminución de la pobreza y mejoras en la salud, pero que, sin embargo, ello no ha comportado un aumento proporcional de la cobertura de la seguridad social.

En materia de pensiones y ante las deficiencias del modelo tradicional de reparto, algunos sectores, especialmente empresariales, con el apoyo de los organismos financieros internacionales han promovido los sistemas de financiamiento individual en los cuales cada trabajador financia y crea un fondo particular, administrado por entidades privadas previamente autorizadas, las cuales invierten dichos fondos en los mercados financieros y otorgan a los beneficiarios una pensión en su vejez, cuyo monto no está previamente definido sino que se determina en función de los resultados de la inversión, de manera que tanto el costo del sistema como sus riesgos se trasladan al trabajador. Ello ha generado una serie de críticas a los sistemas privados, los cuales, por otra parte, han sido promovidos intensamente por sus propulsores. Esta controversia ha determinado que la alternativa entre solidaridad o financiamiento individual sea el gran tema del debate sobre seguridad social en América Latina.

El autor examina las bondades y defectos de los sistemas de reparto y de financiamiento individual y concluye que la necesidad de superar las deficiencias del sistema tradicional, no puede llevara a dejar a un lado la finalidad esencial de un sistema de pensiones, la cual es lograr que la generalidad de las personas de la tercera edad de una determinada sociedad puedan obtener, de una manera viable y permanente, los recursos necesarios para vivir una vejez digna, de manera que si un sistema de pensiones no cumple tal finalidad, no será adecuado, así constituya un elemento importante para el crecimiento económico.

## Palabras claves

Seguridad social, pensiones, reparto, solidaridad, financiamiento individual

## 1. América Latina. Comunidad Histórico-Cultural y diversidad nacional de una Región

Hablar de América Latina supone referirse a una región heterogénea, que comprende veinte países, que se extienden a lo largo y ancho de veinte y dos millones de kilómetros cuadrados y en donde habitan más de seiscientos millones de habitantes. Cada uno de estos países tiene su propia realidad. No obstante ello, todos vivieron un muy similar proceso de formación histórica y cultural, marcado por la conquista de esos territorios por potencias “latinas” de Europa y por el mestizaje étnico, cultural y religioso producido durante el proceso de conquista y colonización. Este proceso de formación histórica y cultural determinó la existencia de factores comunes al grupo de países, los cuales permiten hacer ciertos análisis generales sobre América Latina que pueden ser válidos, incluso tomando en cuenta la referida heterogeneidad. La existencia de importantes elementos culturales comunes, el predominio generalizado de una misma formación religiosa, la coincidencia de muchos aspectos en los procesos históricos de las distintas naciones y en los problemas económicos y sociales que ellas confrontan, la facilidad de comunicación lingüística, son, entre otras, circunstancias que crean un marco general. Dentro de esta perspectiva, intentaré señalar algunos problemas de los sistemas de pensiones latinoamericanos, debiendo hacer la advertencia de que mis comentarios no pueden ser aplicados de una manera radical a todos los países y en todas las etapas. Se trata más bien de tendencias que pueden relevarse del estudio del conjunto de la región, que se encuentra más presentes en unos países que en otros y en unos momentos históricos más que en otros.

## 2. La seguridad social: el gran déficit social de América Latina

América Latina está integrada por países en vía de desarrollo. Ninguna de sus economías puede considerarse totalmente desarrollada. Ni Brasil ni México, con una importante población y con economías consideradas entre las veinte más importantes del mundo, ni Chile quizás la economía más sólida de la región y con décadas de constante crecimiento, ni Venezuela cuyo fisco se ha beneficiado considerablemente de los altos precios petroleros de la última década, pueden considerarse ingresados al exclusivo club de los países “del primer mundo” industrializado y post industrial. Y es que incluso, en aquellos países latinoamericanos de mayor crecimiento industrial, pervive una economía “dualista”, en la cual coexisten sectores de avanzada, con sectores tradicionales e incluso atrasados. En algunos países existen sectores enteros de la industria que ni siquiera han agotado el fordismo-taylorismo. Así, es notable que en Brasil, que en muchas ocasiones ha sido considerado entre los diez países de mayor

desarrollo industrial con derecho a representación neta en el Consejo de Administración de la Organización Industrial del Trabajo, se señala el carácter parcial y reactivo del proceso de modernización, destacándose que el país se encuentra “distante de la frontera tecnológica internacional, presentando un desfase en relación a los países desarrollados o incluso en relación a los “tigres asiáticos”, siendo necesario recordar que a pesar de décadas de progreso, el nivel de desarrollo sigue siendo muy desigual en los diferentes sectores del país.

Las anteriores circunstancias gravitan necesariamente y en forma negativa, sobre los niveles de vida de la población y sobre el alcance y la eficiencia de las políticas públicas de protección social. No obstante ello, podemos afirmar que el derecho laboral latinoamericano, fuertemente inspirado por la acción de la O.I.T., es susceptible, en general, de ser objeto de una cómoda comparación con los sistemas jurídicos laborales de otras regiones más desarrolladas como Europa. Lo que es más, el nivel de tutela jurídica legislativa y judicial que los estados latinoamericanos prestan, en general, a las relaciones de trabajo dependientes, es mayor que el prestado en aquellos países desarrollados en los cuales se privilegia la acción autónoma de las partes y no la intervención estatal a través de la legislación. En realidad el gran déficit de las sociedades latinoamericanas en relación con sus trabajadores no se encuentra en relación a la existencia de una adecuada legislación laboral sino en la seguridad social. En aquellos sectores laborales de América Latina en los cuales las leyes laborales tienen un grado relativamente normal de aplicación –y la poca eficacia que esta legislación tiene en vastos sectores de la población es otro importante déficit– el trabajador goza de una relativa protección en cuanto al disfrute de su salario, a los descansos remunerados y al pago de diversos beneficios laborales establecidos legislativa o convencionalmente. Pero la gran dificultad que experimentan muchos trabajadores que, en general, disfrutan de la tutela legislativa laboral, aparece cuando deben afrontar contingencias que no pueden atender adecuadamente con su salario y demás beneficios legales o contractuales. Cuando el trabajador enferma, muere o entra en una desocupación crónica, cuando se hace viejo y pierde sus facultades productivas, el Derecho Laboral deja de ser un instrumento adecuado de ayuda. Es entonces cuando la Seguridad Social debería prestar al trabajador el auxilio que ya no le da el Derecho del Trabajo y es entonces cuando, desgraciadamente, la seguridad social en muchos países de la región latinoamericana aparece como bastante inadecuada para llevar a cabo esta importante misión.

Algunas cifras permiten evidenciar el carácter deficitario de la seguridad social en la región. Para el 2.010 el porcentaje de trabajadores activos de la región que cotizaba a la seguridad social era apenas del 42%, Esta cifra, que comporta una reducción de la que arrojaban las estadísticas para 1.990 (46%), supone un promedio que comprende desde los países con cober-

tura más amplia (Chile Costa Rica y Uruguay, con alrededor del 70%) hasta los de cobertura más baja (Paraguay y Perú con alrededor del 15%) Ocho de los 18 países latinoamericanos con que se cuenta información tiene una cobertura inferior al 30%.<sup>2</sup>

Siempre se señaló que la baja cobertura en la seguridad social se correspondía con la existencia de un alto porcentaje de la población que se encontraba por debajo de la línea de la pobreza, incluyendo un importante porcentaje que se encontraba en situación de indigencia. Para 1990, por ejemplo, los porcentajes de pobreza y de indigencia en la región alcanzaban al 45,3% y al 21,9%, respectivamente y el porcentaje de cobertura de la seguridad social era del 46%. Evidentemente había una correspondencia entre tales cifras, que evidenciaban que una porción importante de la sociedad era tan pobre que no tenía acceso a la seguridad social. Para 2002 los porcentajes de pobreza y de indigencia alcanzaban al 43,9% y al 19,3%, respectivamente y la cobertura de la seguridad social llegaba al 44%. En los primeros años del Siglo XXI la América Latina desarrolló efectivas políticas de combate a la pobreza. Para el final de la década los índices de pobreza y de indigencia se redujeron al 31% y 12,1%, respectivamente.<sup>3</sup> Pero, contrariamente a lo que pudiera esperarse, la cobertura de la seguridad social no aumentó en la misma medida en que la pobreza fue disminuyendo. Así, para 2010 la cobertura fue de del 42,2%, lo cual evidencia que la mayor parte de las personas que superaron la línea de pobreza, no por ello se afiliaron a la seguridad social.

De la misma manera, puede observarse que el no superado déficit en materia de seguridad social, no se corresponde con otros grandes logros importantes en otros ámbitos. Así, ha habido un notable aumento de la esperanza de vida en la mayoría de los países de la región durante las últimas décadas, el cual en el período 1970-1975 era de 61,4 años, mientras en el período 2005-2010 se había elevado a 73,3 y para el 2010-2015 a 74,3, siendo de observar que este logro, que comporta un envejecimiento relativo de la población, supone una mayor presión sobre el financiamiento de los sistemas de pensiones y de salud, pero no ha comportado un aumento de la cobertura de la seguridad social.<sup>4</sup>

---

2. Rofman, R., y L. Oliveri (2012) "La Cobertura de los Sistemas Previsionales en América Latina: Conceptos e Indicadores", *Serie de Documentos de Trabajo sobre Políticas Sociales 7*, Banco Mundial Buenos Aires, Argentina.

3. Comisión Económica Para la América Latina, (CEPAL) Panorama Social de América Latina, Santiago de Chile, varios años.

4. Ibidem.

### 3. Los grandes obstáculos: administración, cobertura, financiamiento e inflación

Diversas y muy variadas son las circunstancias que explican el retraso relativo de la seguridad social en América Latina. Un análisis detallado de las mismas tendría necesariamente que hacer referencia a las diversas realidades nacionales, lo cual rebasa los límites de esta exposición. Por ello y con el riesgo de caer en generalizaciones que un momento dado no sean aplicables a la específica realidad de un determinado país, me limito a señalar cuatro grandes obstáculos que han entorpecido el buen desarrollo de la seguridad social en la región: administración, cobertura, financiamiento e inflación.

- A) Importantes fallas han sido relevadas en los organismos que administran la seguridad social en la región. En general, los países han ensayado administraciones de naturaleza tripartita, pero no siempre este tripartismo ha funcionado en forma transparente, armónica y eficiente. En algunas ocasiones el tripartismo ha sido más una fachada que una realidad y es el gobierno quien ha ejercido el peso decisivo. En otras ocasiones, la confrontación de los representantes de las partes sociales en el seno de los entes administrativos no ha sido un factor de colaboración para la eficiencia de los mismos. Pueden observarse situaciones nacionales de una exagerada centralización en la gestión de la seguridad social, así como otras en donde impera una gran dispersión institucional. El manejo de los diversos fondos por parte de los entes administradores no siempre ha sido adecuado. En más de una ocasión los fondos de pensiones, por ejemplo, han sido utilizados para el pago de gastos corrientes, produciéndose una descapitalización de aquellos, lo cual ha incidido negativamente en el pago oportuno y correcto de las pensiones. Pero más allá de las fallas puntuales que pueden observarse en los organismos que tienen a su cargo la seguridad social, al analizar estos temas no puede soslayarse que históricamente la América Latina se ha caracterizado por una constante tensión entre tendencias autoritarias y libertarias, que ha dado lugar a que todos los países hayan vivido largos períodos de gobiernos autoritarios y personalistas, que, en general, han prestado poca atención a la vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales y han carecido de una verdadera política social. El desarrollo político marcado por el caudillismo militarista, que aun presenta en la región importantes, aun cuando cada vez más escasas, manifestaciones, no ha favorecido el desarrollo de la institucionalidad de los organismos que administran la seguridad social.

B) El tema de la cobertura tiene mucho que ver con la evolución del mercado de trabajo. Desde inicio de las noventa hasta la fecha la cobertura contributiva experimentó una importante reducción. En palabras de la CEPAL, “a esa baja contribuyeron tanto el aumento del desempleo como la escasa expansión del empleo asalariado, el incremento del empleo informal y la precarización laboral; esta última se refleja en el hecho de que la condición de asalariado ya no garantiza la cotización a la seguridad social.” En materia de pensiones, las estadísticas muestran que en algunos países (Bolivia, Ecuador, Argentina y Costa Rica, especialmente), han hecho importantes esfuerzos por acrecentar el número de ancianos que reciben pensión, pero que, en el conjunto de la región, la situación deja mucho que desear. En seis de los dieciocho países latinoamericanos de los que se tiene información, el porcentaje de ancianos que recibían algún ingreso de la seguridad social era inferior al veinte por ciento. En un segundo grupo de cuatro países solo el 30% de ancianos recibían pensiones. En un tercer grupo de cinco países el porcentaje era entre el 30% y el 50%. Y solo en cuatro países la seguridad social otorgaba pensiones a más del 50% de sus ancianos. El promedio ponderado para la región es del 60%. En esta situación, en varios países la protección a la tercera edad pasa a ser, mayoritariamente, un tema de asistencia familiar o de caridad, más que un tema de seguridad social.<sup>5</sup>

En fin, podemos concluir que la cobertura de la seguridad social en América Latina es precaria desde dos puntos de vista: por una parte grandes sectores de la población están excluidos de los regímenes protectorios y, por la otra, éstos no prestan una atención adecuada y suficiente a quienes si lo están.

C) Otros de los grandes obstáculos que afronta la seguridad social en América Latina tiene que ver con su financiamiento. El modelo latinoamericano tradicional, que introdujeron en América Latina los países pioneros, como Argentina, Chile y Uruguay y que posteriormente vino siendo adoptado en términos generales por otros países, parte de la concepción de repartir los costos de la seguridad social entre toda la población y de la manera más equitativa posible. Por ello estos sistemas tradicionales se caracterizan como de “reparto” o “solidaridad”. Todos los cotizantes, empleadores y trabajadores, contribuyen a un fondo colectivo el cual financia todos los beneficios de la seguridad social. En materia pensional, el sistema de seguridad social garantiza el derecho a disfrutar una pensión cuando el cotizante cumpla con determinado número de cotizaciones y alcance determinada edad. El monto de la pensión se predetermina en función de ciertos criterios legalmente establecidos, pero que para nada suponen la existencia particular de un “fondo maduro”, creado

---

5. Ibidem, 2013.

por las cotizaciones hechas por cada empleador y su respectivo patrono y que permitan financiar, con cargo a tal “fondo”, el costo de la pensión, De allí que en estos sistemas tradicionales se da y no infrecuentemente el caso, de pensiones que no se sustentaban, al menos totalmente, en las contribuciones hechas por el pensionado y su empleador, lo cual supone la necesidad de un aporte fiscal para su pago. En los sistemas tradicionales las exigencias suelen ser menores para las mujeres que para los hombres., lo cual implica necesariamente un aporte adicional del Estado para sostener las pensiones del sexo femenino. Estos sistemas funcionaron, con mayor o menor eficiencia, en sociedades jóvenes y relativamente despobladas. Por ser jóvenes poseían una población activa cotizante muy superior a la población pasiva pensionada. Siendo su número de habitantes muy inferior al que alcanzaron después de décadas en las cuales los niveles de salud subieron, los de mortalidad infantil descendieron y los flujos inmigratorios fueron importantes, los recursos fiscales eran destinados a la atención de un número de habitantes relativamente moderado. Todo ello daba al Estado un cierto margen para sufragar los gastos de la seguridad social. Cuando las condiciones cambiaron, se aumentaron las perspectivas de vida, crecieron los requerimientos de una población cada vez mayor y, además, los estados se enfrentaron a nuevos problemas como los del peso de la deuda y las crisis económicas, con sus componentes de recesión e inflación, a los estados latinoamericanos se les hizo cada vez más difícil el mantener el financiamiento del sistema de seguridad social y muy particularmente de los regímenes pensionales. En esta crisis de financiamiento, se encuentra el principal elemento impulsador de las reformas asumidas en esta materia en las últimas décadas.

- D) Las altas tasas de inflación que históricamente han estado presentes en la América Latina, aún cuando han venido siendo controladas en la mayoría de los países en las dos últimas décadas, salvo casos muy particulares como Venezuela y Argentina, han sido otro importante inconveniente para el buen desarrollo de la seguridad social. Los altos índices inflacionarios perjudican especialmente el sistema de pensiones, pues impiden la maduración adecuada de fondos que permitan financiar asignaciones monetarias capaces de adecuarse al aumento del costo de la vida.

#### 4. El principio de la universalidad y su relativa aplicación en América Latina: sectores privilegiados y sectores precarios

Uno de los principios que informan la seguridad social como disciplina y como régimen de protección social es el de la universalidad. Se parte de la premisa de que todo régimen de seguridad social debe proporcionar a todos los habitantes del país un mismo grado de pro-

tección básica ante las contingencias cubiertas por el régimen. Cada beneficiario o sector de beneficiarios está en la posibilidad de complementar el alcance y contenido de esa protección de la manera que lo crea más conveniente, pero la protección básica debe estar garantizada por la seguridad social a todos los habitantes del país.

Podemos afirmar que, en general, en América Latina el principio de la universalidad no ha funcionado adecuadamente, lo cual tiene mucho que ver con las grandes desigualdades que la caracterizan y que la hacen, de acuerdo a palabras de la CEPAL, la región con más desigualdad en el mundo. En efecto, estadísticas aportadas por este organismo ilustran la acentuada concentración del ingreso, al comparar la proporción que capta que del mismo capta el decil más rico de la población en relación al 40% más pobre. En el 2012 la diferencia más baja entre estos dos grupos se registró en Uruguay, país en que el décimo decil captó el 20,6% de los recursos nacionales, mientras que los cuatro primeros deciles captaron un 24,6. En el otro extremo se observa que en el 2012 en Brasil el 40% más bajo de la distribución percibía apenas el 14,% del total del ingreso, en tanto que el decil más rico recibía cerca de la mitad (41,8%). En promedio, el decil más rico recibe el 36,1% del ingreso de los hogares en los países de América Latina contra el 15,8 del 40% más pobre.

Esta situación de desigualdades, de privilegios y carencias, se ha manifestado en el campo de la seguridad social y, muy específicamente en el de las pensiones. Ante la existencia de una seguridad social caracterizada por su precariedad, por pensiones insuficientes y pagadas con retardo, los sectores profesionales con mayor poder de presión social fueron logrando, a través de legislaciones especiales o de negociaciones colectivas, un régimen de privilegio. Así, paralelamente al régimen general ofrecido por el Estado a la ciudadanía común, algunos grupos especialmente poderosos, fueron obteniendo para sí regímenes más ventajosos. Militares, trabajadores de la salud y trabajadores de la educación, entre otros sectores privilegiados, lograron un régimen pensional cuyos beneficios superan altamente al régimen ordinario. En estos casos es frecuente la existencia de pensiones que se otorgan a los veinte o veinticinco años de trabajo sin importar la edad del beneficiario, que montan el cien por cierto del último salario o del promedio de los últimos años, que se reajustan a los índices inflacionarios y que se después de la muerte del pensionado se siguen pagando a determinados parientes. Este régimen de privilegio generalmente es soportado por aportes fiscales del estado, por lo cual, no sólo es chocante con el régimen deficitario que corresponde a la generalidad de la población pensionada, sino que suele gravar notablemente los presupuestos de los diferentes organismos públicos, al punto de constituir un importante obstáculo para el mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus trabajadores.

## 5. Las perspectivas de los regímenes pensionales en América Latina: entre el reparto y el financiamiento individual, la prestación por el Estado o la privatización

En general, los primeros regímenes pensionales en América Latina, en su mayor parte concentrados en el sector público, comprendían pensiones pagadas directamente por el empleador con cargo a sus recursos financieros, previéndose, en algunos casos, una cotización parcial por parte del trabajador. Posteriormente y en la medida que la seguridad social se fue extendiendo, se pasó a un régimen de reparto o solidaridad intergeneracional, que preveía la constitución de fondos pensionales con aportes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado, en el concepto de que las generaciones activas, no solo contribuirían al financiamiento parcial de sus propias pensiones, sino también, siendo lo más importante, al de las generaciones pasivas. La ola de reformas iniciada en Chile dio prioridad a sistemas de cotización definida en los cuales cada trabajador financia y crea una cuenta individual, administrado por entidades previamente autorizadas y que le va a permitir gozar en su vejez de una pensión. Las perspectivas de este modelo pensional basado en el ahorro y financiamiento individual ha sido objeto de diversas observaciones que han dado lugar a la implantación de modelos mixtos, que combinan el financiamiento individual con la solidaridad y que dan lugar a la participación de entes públicos y privados en la administración de los fondos pensionales.

La irrupción de modelos de capitalización individual en la América Latina fué fundamentada en las críticas hechas a las deficiencias observadas en los regímenes tradicionales de reparto administrados por entes estatales y a las cuales nos hemos referido anteriormente. Un análisis más objetivo del problema nos lleva a considerar que el fundamento empleado para sustentar la implantación o la propuesta de modelos de financiamiento individual manejados exclusivamente por entes privados, no tomó en cuenta algunos matices importantes. Por una parte, ignora que históricamente pueden mostrarse ejemplos de funcionamiento adecuado de sistemas de solidaridad manejados por el estado. Por la otra, no considera que algunas de las deficiencias que han mostrado estos sistemas no tienen mucho que ver con el hecho de que tengan su fundamento en el reparto y no en el financiamiento individual. Temas como el del envejecimiento de la población, los problemas creados por los flujos emigratorios e inmigratorios, el alto costo de los regímenes de privilegio, afectan el funcionamiento de un sistema pensional, independientemente de que esté fundado en el reparto o en el financiamiento individual y de que esté manejado por entes públicos o privados. Además, se parte del falso supuesto de que la ineficiencia administrativa, los altos costos de funcionamiento y la corrupción son notas exclusivas del sector público.

El modelo de financiamiento o capitalización individual, establecido originariamente en Chile en 1981, promocionado entusiastamente por sus creadores y sostenedores en el resto de países latinoamericanos, sirvió de fuente de inspiración a varias de las reformas adelantadas por países latinoamericanos. La descripción sumaria de este modelo podría hacerse así: el monto de las pensiones se fija en el momento de su disfrute y en atención a las contribuciones pagadas por el beneficiario dependiendo de los salarios depositados y el rendimiento de las inversiones; el régimen de administración financiera es la capitalización en cuentas individuales y portables entre ocupaciones o sectores; los operadores del sistema son entidades financieras privadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que actúan comercialmente en un régimen de competencia, pues los afiliados pueden escoger libremente el ente que va a administrar sus fondos. Una vez establecido el nuevo modelo de financiamiento individual, se cierra, salvo las muy contadas excepciones que se establecen: militares y algunos empleados públicos civiles, la posibilidad de continuar afiliados al régimen de reparto. El papel del Estado se limita a la supervisión del funcionamiento del sistema y a garantizar el pago de una pensión mínima a aquellos trabajadores que aun habiendo cumplido con el número mínimo de cotizaciones no hayan logrado madurar un fondo capaz de producirles una pensión mínima.

En Bolivia y México, en 1977, en El Salvador, en 1998 y en República Dominicana en 2003 y 2005, se aprobaron reformas inspiradas en el modelo chileno.

En general las reformas favorecedoras de un régimen de capitalización individual no fueron producto de un consenso entre los actores sociales, sino de una decisión unilateral de los Gobiernos, usualmente con respaldo de los sectores empresariales y con el aliento, por no decir presión, de los entes financieros internacionales.

El modelo chileno, iniciador y paradigmático, de los sistemas de ahorro individual ha sido objeto de un profundo debate, no sólo al interior de Chile sino en toda la región. Sus adversarios no dejan de recordar que el modelo fue implantado autoritariamente, sin discusión alguna, durante la dictadura militar y que sin embargo las fuerzas armadas siguieron disfrutando del sistema tradicional de reparto. Afirman que “el régimen de capitalización no tiene una naturaleza compatible con la esencia solidaria de la seguridad social y que no está en condiciones, entre otras cosas, porque pareciera no ser su objetivo fundamental, de otorgar una protección universal y suficiente a la población ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Observan la existencia de una baja cobertura, de prestaciones insuficientes, ni siquiera amparadas por la garantía estatal de montos mínimos, de una administración basada en la competencia que sin embargo está construida por pocas empresas de estructura oligopólica;

de un costo de operación en el que inciden las administradoras de fondos de pensiones y compañías de seguros, quienes aparte de invertir en altos gastos de comercialización generan para sí utilidades manifiestamente desmedidas; en fin, de la incapacidad del sistema para resolver las situaciones de discriminación que afectan a las mujeres, a los jóvenes, a los temporeros, a los trabajadores por cuenta propia y en general a la gran mayoría de los chilenos que percibe bajos ingresos. La conclusión, según los críticos del modelo chileno, es que la mitad de la población está expuesta al desamparo absoluto, salvo que su indigencia extrema le dé cabida al menguado amparo asistencial creado por la reforma de 2008 que modera los lineamientos originarios del sistema, creando, al lado de las pensiones financiadas individualmente por capitalización, otras de carácter solidario, a ser pagadas a las personas de menos ingresos.. La otra mitad de la población, no obstante destinar casi una cuarta parte de su esfuerzo previsional a financiar los gastos de administración de las AFP, está hoy condenada, en un demasiado alto porcentaje, a ahorros insuficientes que no les permitirán obtener pensiones siquiera superiores a la pensión mínima; de este mayoritario sector de cotizantes una pequeña parte obtendrá garantía estatal para ajustar su pensión al monto mínimo, debido al fenómeno generalizado de bajas densidades. La mayor parte quedará, como decíamos, con la sola expectativa de calificar como indigente para aspirar a alguna ayuda extrema.” (Propuesta de La Asociación de Abogados Laboralistas respecto de la Reforma del Sistema de Pensiones. Laboral\_2004@ yahoogroups.com de fecha 29-05-2006).

Por su parte, los defensores del modelo, sin dejar de reconocer algunos de los problemas expuestos, aun cuando no con la magnitud, según ellos, exagerada en que los plantean los adversarios del régimen, señalan que el nuevo modelo ha superado, en general, las deficiencias propias del modelo tradicional y que ya hemos resumido en este trabajo. Afirman que además de cubrir en forma más adecuada con los objetivos del sistema pensional, el modelo de capitalización ha devenido en un importante factor para el aumento del ahorro y de la capacidad financiera nacional, estimulando el desarrollo de los mercados financieros. En este sentido recalcan que el nuevo modelo se ha constituido en uno de los pilares que han permitido el crecimiento económico constante experimentado en Chile durante las últimas décadas.

Tanto el Gobierno como la propia Asociación de Administradoras de Fondo de Pensiones han admitido que la mitad de los afiliados al sistema no alcanzará a ahorrar en su cuenta individual lo mínimo para alcanzar siquiera una pensión básica cuando llegue el momento de su jubilación: casi 50% de los afiliados a las AFPs recibirían una jubilación menor a la asistencial, que bordea los ochenta dólares mensuales.

Esta situación, aunada a las críticas sobre la alta rentabilidad de las AFP, de casi un 25% en los últimos 12 años., motivaron que en Enero de 2008 se aprobara una reforma que había sido considerada entre los puntos fundamentales de la propuesta electoral de la Presidente socialista Bachelet. La reforma mantiene a las AFP, pero diseña un sistema sobre la base de tres pilares, un pilar contributivo, un pilar solidario y un pilar de ahorro voluntario. Se contempla el disfrute de pensiones básicas solidarias, con financiamiento público, que beneficiarán al 60% de la población de menores ingresos. Aquellos que no han cotizado nunca podrán recibir, a partir del 1 de julio de 2008, una Pensión Básica Solidaria de 60 mil pesos (unos 120 dólares), que aumentará a 75 mil (150 dólares) en la misma fecha del 2009. El actual monto del beneficio no supera los 60 dólares. Por otra parte, aquellos que sí hayan cotizado pero, aun así, no lleguen al monto de imposiciones necesario para obtener una pensión por jubilación recibirán un Aporte Previsional Solidario que permitirá complementar las pensiones más bajas de manera proporcional a lo que cada quien haya cotizado en su vida laboral.

La ley establece también que las mujeres que cumplan 65 años recibirán una bonificación adicional por cada hijo nacido vivo.

En cuanto al funcionamiento de las AFP, el Parlamento no aprobó la propuesta presidencial de crear un ente estatal que participará en el negocio de gestión de las pensiones, razón por la cual el mismo sigue estando a cargo de entes privados. La reforma garantiza una mayor competencia entre las AFP, estableciendo, entre otras cosas, que la cuota de nuevos afiliados, unos 200.000 por año, se otorgará a aquella Administradora que, mediante licitación, aparezca como cobrando una menor comisión de servicio. Las modificaciones al funcionamiento de las AFP buscan aumentar su competitividad y regular el funcionamiento de estas instituciones a las que están obligados a afiliarse los trabajadores desde hace 25 años, con una cotización mensual que oscila entre el 10 y el 13 por ciento del salario mensual.

Las críticas que desde hace más de una década cuestionaron el modelo pensional chileno y que a la fin determinaron su modificación, influyeron para que en las reformas implantadas en otros países de la región, aún tomando ideas fundamentales del modelo chileno, hayan incorporado otros elementos para tratar de moderar los efectos negativos que le han sido observados. Así, en Perú, 1.993 y Colombia, 1.994 las reformas del régimen pensional se caracterizan por el establecimiento coyuntural de regímenes paralelos, que mantienen el componente de reparto pero incorporan, como alternativa, un componente de capitalización individual. En estos países el sistema público no se cerró sino que se reformó, creándose un nuevo sistema privado, de manera que los dos compiten entre sí por la afiliación de los trabajadores. Se ha señalado (CEPAL, ob. Cit) que la elección de esta modalidad responde

fundamentalmente a consideraciones fiscales y políticas. En la medida en que solo parte de los afiliados se traslada al sistema de capitalización, el costo fiscal de la transición es menor a corto plazo (con respecto a la opción en que todos los trabajadores se trasladan al sistema capitalizado). Por otra parte, dado que la decisión de afiliación queda en manos del propio trabajador, se reduce la oposición política a las reformas. Entre la reforma del sistema colombiano y la del sistema peruano hay algunas diferencias. Puede decirse, que, en general, la reforma colombiana fue mucho más amplia. Por otra parte, mientras en Colombia es posible que el trabajador pase de un sistema a otro, con un mínimo de cinco años de permanencia, en el Perú el trabajador que se integra al mercado laboral es libre de afiliarse al sistema de su elección y le está permitido trasladarse del público al privado. El proceso inverso solo está permitido, sin embargo, con causales justificadas.

Posteriormente a la reforma chilena, cuatro países (Argentina, 1994, Uruguay, 1996, Ecuador, 2001 y Costa Rica, 2001) adoptaron modelos que pueden considerarse mixtos en cuanto suponen la coexistencia, no de manera coyuntural como en Colombia y en Perú, sino de manera estable, de un régimen de reparto administrado por el Estado, que garantiza una pensión básica predeterminada que se complementa con régimen de capitalización individual, administrado por entes privados y que, al contrario del régimen público, supone una cotización predeterminada y unos beneficios variables en función de los resultados financieros de la inversión de los fondos individuales. En estos modelos mixtos son los propios afiliados, al ir estableciendo sus preferencias entre uno y otro sistema, los que van a decidir el debatido tema de cuanta importancia debe darse a la solidaridad y cuanta a las posibilidades de obtener individualmente mejores beneficios en función de la personal capacidad de ahorro de cada contribuyente. Ha observado la CEPAL que tanto en estos modelos mixtos como en los paralelos, persiste la necesidad de reformar el modelo de reparto de forma de garantizar su sostenibilidad financiera en el tiempo.

En cuanto al caso Argentino, es necesario anotar que en octubre de 2008 la Presidenta del Gobierno presentó un proyecto de Ley que estatiza las administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (diez en total, una española, una británica, una holandesa y siete locales), que en su conjunto administran fondos por cerca de treinta mil millones de dólares, constituyendo el principal inversor institucional del país. La justificación que dio el Gobierno es que estas Administradoras tenían invertido cerca del setenta por ciento de los fondos que administran en bonos y acciones, los cuales, con ocasión de la actual crisis financiera mundial, cayeron en alrededor del 45% de su valor, lo cual creó una incertidumbre en cuanto al futuro pago de pensiones. Con la medida, señaló el Gobierno, se pretendía proteger a los aportantes de la caída de rentabilidad que han sufrido los fondos privados de pensiones. El titular de

la Administración Nacional de Seguridad Social declaró que con la estatización se va a dar por terminado el experimento fracasado del régimen de capitalización individual. Algunos analistas, tanto argentinos como extranjeros, consideraron que la motivación principal de la medida era asegurar el financiamiento de la deuda pública, que para el año 2009 presentaba vencimientos por doce mil millones de dólares, cuyo pago se obstaculizaba por la escasa liquidez del gobierno y por las dificultades de acceso al crédito que se presentan con motivo de la actual crisis. En tanto, la medida afectó negativamente los índices bursátiles. El índice Marbal de la Bolsa de Buenos aires descendió en 10.99 puntos. En España la medida tuvo una repercusión negativa, ya que una de las principales administradoras pertenece al grupo español BBVA. Al día siguiente del anuncio, el índice IBEX de la Bolsa de Madrid acusó un descenso del 8,6% y las acciones BBVA del 9,1%. Varios años después, el tema de la deuda argentina impagada sigue ocupando lugar en las primeras planas de la prensa internacional.

No obstante las reiteradas críticas al sistema tradicional de reparto y las grandes expectativas que se han producido en torno a las reformas realizadas al sistema de pensiones que venimos de comentar, buena parte de los países latinoamericanos no han realizado reformas a sus sistemas pensionales o, en todo caso, se han limitado a realizar reformas muy puntuales (ampliación de cotizaciones, reducción de beneficios, aumento de edades mínimas, castigo a pensiones a temprana edad, estímulo a la postergación del disfrute de la pensión) que no modifican en su esencia al régimen pensional, sino que se limitan a cambiar alguno de sus elementos particulares, con la intención de hacer más adecuado y sostenible el funcionamiento del sistema de reparto. Es el caso de Brasil, Cuba, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela.

## 6. Conclusiones

Primera: En términos generales la región latinoamericana presenta un gran déficit de seguridad social. La cobertura de la misma alcanzaba para 2.010 apenas a un promedio del 42% de la población económicamente activa, lo cual comporta un repunte en relación a al porcentaje del 38,7% cubierto a mediados de la década, pero sigue siendo inferior al 46% cubierto a inicios de los noventa. Es de observar que algunos países como Costa Rica y Chile, este índice se sitúa alrededor del 70%. En general las prestaciones son insuficientes, los pagos suelen ser tardíos y algunas contingencias no están adecuadamente cubiertas. Esta situación precaria crea un círculo vicioso: la precariedad se debe en buena parte a la baja cobertura pero al mismo tiempo desincentiva la afiliación, pues muchos trabajadores perciben el pago de cotizaciones más como un impuesto que como una inversión para mejorar la calidad de su vida.

Segunda: Entre los grandes obstáculos que ha encontrado el funcionamiento de la seguridad social en América Latina podemos señalar la administración, la cobertura, el financiamiento y el impacto negativo de la inflación.

Tradicionalmente la administración de la seguridad social ha estado confiada a entes públicos. En muchos casos los mismos suponen una dirección tripartita, la cual, en la práctica, suele no funcionar o hacerlo inadecuadamente. El desarrollo político marcado por el caudillismo militarista, que aun presenta en la región importantes, aun cuando cada vez más escasas, manifestaciones, no ha favorecido el desarrollo de la institucionalidad de los organismos que administran la seguridad social. La ineficiencia administrativa y la corrupción han sido características frecuentes en estos organismos.

La cobertura de la seguridad social en América Latina, no solo es baja, sino que tiene una clara tendencia al descenso. De esta tendencia no se han escapado aquellos países que han modificado sus regímenes de seguridad social. Entre las causas de la misma pueden señalarse el aumento del desempleo, la expansión del empleo informal en detrimento del empleo asalariado y la precarización laboral.

El financiamiento de los sistemas de seguridad social tropezó serias dificultades a partir de ciertas condiciones que comienzan a presentarse en la segunda mitad del Siglo XX y que hacen crisis a partir de los años 80. El aumento de la perspectiva de vida, los flujos migratorios, el peso de la deuda y las crisis económicas, hicieron cada vez más difícil el mantener el financiamiento del sistema de seguridad social y muy particularmente de los regímenes pensionales.

América latina ha registrado altas tasas de inflación, especialmente en los años 80 y a principio de los años 90, las cuales impactaron negativamente a la seguridad social, especialmente a los regímenes de pensiones.

Tercera: El modelo de pensiones tradicional en América Latina consiste en un régimen de reparto o solidaridad intergeneracional, que prevé la constitución de fondos pensionales con aportes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado, en el concepto de que las generaciones activas, no solo contribuyen al financiamiento de sus propias pensiones, sino también al de las generaciones pasivas. Este modelo tropezó con las grandes dificultades experimentadas por la seguridad social a partir de los años sesenta, a las cuales se ha hecho referencia en este trabajo. En general su cobertura se hizo cada vez más baja y sus beneficios

insuficientes y pagados con retardo. Esta precariedad estimuló a los sectores profesionales con mayor poder de presión social a luchar para el logro a través de legislaciones especiales o de negociaciones colectivas, un régimen de privilegio, generalmente soportado por aportes fiscales del estado, por lo cual, no sólo es chocante con el régimen deficitario que corresponde a la generalidad de la población pensionada, sino que suele gravar notablemente los presupuestos de los diferentes organismos públicos, al punto de constituir un importante obstáculo para el mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus trabajadores y de la seguridad social del resto de la población.

Cuarta: Ante las deficiencias del modelo tradicional de reparto, algunos sectores, especialmente empresariales, con el apoyo de los organismos financieros internacionales han promovido los sistemas de financiamiento individual en los cuales cada trabajador financia y crea un fondo particular, administrado por entidades privadas previamente autorizadas que invierten dichos fondos en los mercados financieros y le otorgan una pensión en su vejez, cuyo monto no está previamente definido sino que se determina en función de los resultados de la inversión, de manera que tanto el costo del sistema como sus riesgos se trasladan al trabajador. Este sistema se estableció por primera vez en Chile y con importantes modificaciones, ha inspirado las reformas que se han producido en otros seis países de la región. Más allá de las bondades y defectos del modelo chileno, hay que reconocer que su implantación en dicho país y la fervorosa promoción que del mismo han hecho sus promotores en los otros países, la cual ha estado acompañada de una no menos fervorosa crítica impulsada muy especialmente por analistas chilenos adversos al modelo, han despertado en toda la región un inusitado interés por los temas de la seguridad social, estimulando, entre otras cosas, la convicción acerca de la necesidad de reformar la seguridad social.

Quinta: Planteadas así las cosas, puede concluirse que la alternativa entre solidaridad o financiamiento individual es el gran tema del debate sobre seguridad social en América Latina.

Para hacer algunas consideraciones personales en relación al mismo, parto de una interrogación que por elemental podría parecer intrascendente ¿cuál es la finalidad de la seguridad social? ¿qué se persigue con un sistema de pensiones? La superficialidad de tal interrogación es tan solo aparente, ya que quienes con tenacidad han promovido en la región el modelo chileno de pensiones —éste ha pasado, junto con el cobre, los vinos y las frutas, a ser uno de los principales productos de exportación del país austral— insisten permanentemente que el éxito económico que Chile ha alcanzado en las últimas décadas —puede decirse que la economía chilena es la que en la región presenta un crecimiento más constante, equilibrado y sólido— se debe en buena parte al papel positivo que los fondos de pensiones han desempeñado como

factor de crecimiento del ahorro y expansión de los mercados financieros. El objetivo de un régimen de pensiones es lograr que la generalidad de las personas de la tercera edad de una determinada sociedad puedan obtener, de una manera viable y permanente, los recursos necesarios para vivir una vejez digna. Si un sistema de pensiones no cumple tal finalidad, no será adecuado, así constituya un elemento importante para el crecimiento económico. Por otra parte, es necesario destacar que la experiencia demuestra si bien este tipo de reformas puede contribuir positivamente al desarrollo del mercado financiero y al crecimiento de la economía, sus efectos concretos en una determinada economía nacional dependerá de muchos factores que exceden de lo que es en sí el modelo de pensiones, tales como la estabilidad macroeconómica, la inflación, la estructura productiva y la política monetaria y cambiaria. Hay que tomar en cuenta, además, que dado el carácter privado de los entes administradores de fondos de pensiones, muchos de los cuales están de una manera u otra conformados o asociados a empresas transnacionales, una parte de los ahorros administrados son invertidos en el extranjero.

Otra observación que pueda hacerse al modelo de financiamiento individual tiene que ver con la menguada capacidad de ahorro que caracteriza a la mayor parte de los usuarios del sistema en América Latina. Ya hemos señalado los altos niveles de pobreza y de informalidad que imperan en la región. Pero se debe mencionar que aún en los sectores laborales que operan en la economía informal, la mayoría de los trabajadores devengan salarios mínimos que apenas les permiten lograr un nivel de subsistencia, pues generalmente dichos salarios están por debajo de los costos de la canasta alimentaria. En consecuencia cabe preguntarse ¿cómo exigir a estos trabajadores, que difícilmente pueden asumir los costos de su vida presente y la de su familia, que financien además su pensión de vejez? Un sistema de financiamiento individual sólo es viable para aquellos trabajadores que tengan ingresos que les permitan cubrir sus gastos de vida y, además, hacer algún ahorro. Por eso parecen más realistas y equitativos aquellos sistemas que mantienen el reparto o solidaridad como un sistema básico a cuyo financiamiento pueden contribuir trabajadores y empleadores pero que suponen un aporte fiscal hecho por el Estado por la vía de redistribución de los ingresos tributarios y que además prevén un sistema complementario y optativo de capitalización individual.

En fin, a mi personal juicio, se ha exagerado la bondad de que la administración del sistema estén en manos privados y no del Estado. Es cierto tradicionalmente en la América Latina el Estado ha presentado deficiencias en la gestión de las actividades que están a su cargo. Pero no es menos ciertos que las empresas privadas no están exentas de tal pecado. Lo que es más, en la región se han presentado de manera alternativa, en uno u otro país, crisis que han afectado la casi totalidad de los entes financieros privados y que han obligado al Estado

a financiar soluciones de emergencia para salvaguardar los intereses de los depositantes y que han comportado endeudamientos y devaluaciones monetarias. Por otra parte, los gastos de comercialización que comporta el funcionamiento de entes privados en dura competencia para captar los afiliados y las comisiones que estos entes devengan, aumentan onerosamente los costos de los regímenes pensionales.

Las anteriores consideraciones no me llevan sostener la intagibilidad del modelo tradicional de reparto. Es obvio que el mismo necesita reformas que lo hagan no solo más eficiente y adecuado, sino financieramente viable. Es igualmente obvio que la existencia de regímenes de privilegios que atentan contra el principio de universalidad comportan para el Estado altos costos financieros que le dificultan la atención adecuado del régimen general del resto de la población. Es claro que un sistema eficiente de seguridad social en países de economía de mercado no debería funcionar sobre la base de monopolios estatales que descarten la participación del sector privado. Pero por encima de todo, es necesario afirmar que la seguridad social y por ende los regímenes pensionales, deben funcionar, por su propia esencia, con base en el principio de solidaridad y atendiendo a la necesidad de dotar de adecuada protección a toda la población y no solo a aquella que esté en capacidad de financiarse individualmente tal protección. La salud de los habitantes de un país, la atención de los mismos ante contingencias que no pueden afrontar con sus recursos propios, la dignidad de la vida de quienes han llegado a la tercera edad, son desafíos que la sociedad no puede dejar al solo esfuerzo y capacidad individuales de sus miembros. Las deficiencias que en el Siglo XX mostró el Estado de Bienestar Social en el cumplimiento de las metas de equidad social que se propuso, no pueden ser justificación para que el estado del Siglo XXI desmonte todos los mecanismos de la protección social y deje a cada individuo en la difícil situación de protegerse a si mismo. En una economía de mercado que produce riqueza y en donde hay desigualdades, el papel del Estado es el de ser agente de distribución de esa riqueza para proveer a la tutela de los sectores menos favorecidos. La historia ha demostrado el fracaso de los regímenes colectivistas que pretendieron concentrar en el Estado todas las actividades esenciales de la sociedad. No nos sentemos a ver el fracaso de regímenes que, atendiendo a una dinámica pendular lamentablemente frecuente en la historia de la humanidad, pretendan desmontar todas las estructuras de solidaridad social y dejar al individuo como único factor de actuación y decisión ante problemas que competen a la sociedad entera.

Barquisimeto, febrero de 2015





**Edita: Secretaría General de la OISS**

C/ Velázquez, 105, 1.<sup>a</sup> planta  
Tels.: 91 561 17 47 / 91 561 19 55  
Fax: 91 564 56 33  
Correo electrónico: [sec.general@oiss.org](mailto:sec.general@oiss.org)  
28006 Madrid  
[www.oiss.org](http://www.oiss.org)

Diseño, maquetación e impresión:  
Addicta Diseño Corporativo  
[www.addicta.es](http://www.addicta.es)

**Diciembre 2015**





**Organización Iberoamericana de Seguridad Social**

Secretaría General  
c/ Velázquez, 105. 1.<sup>a</sup> planta  
28006 Madrid - España  
Correo electrónico: [sec.general@oiss.org](mailto:sec.general@oiss.org)  
**[www.oiss.org](http://www.oiss.org)**