

4. CONCEPTOS GENERALES.

4.1. Noción de seguridad social.

4.1.1. Aunque la idea de seguridad social es ampliamente recibida en el mundo, abarca una gran diversidad de concepciones, fundamentos y técnicas jurídicas. La expresión “seguridad social” es encontrada en textos jurídicos nacionales e internacionales, lo que manifiesta una voluntad de universalización de las instituciones protectoras, pero lo que gana en extensión, la noción lo pierde en precisión.

4.1.2. Los sistemas de seguridad social pueden concebirse como instituciones tendientes a paliar las disfunciones generadas por el desarrollo capitalista en un marco de creciente desarrollo político y movilización social. La masificación del trabajador asalariado, por un lado, y la extensión de los derechos civiles y políticos, por otro, conducen al planteamiento de la “cuestión social”.

Para Karl Polanyi, la economía de mercado disuelve los lazos primarios de protección, y ésta es asumida a través de las instituciones políticas. La problemática que se busca resolver es la de encontrar las vías de una conciliación entre el desarrollo del capitalismo y los imperativos de protección y seguridad económica del ser humano. La protección social se articula con la protección del trabajo asalariado (legislación laboral, negociación colectiva).

4.1.3. Los sistemas de protección social integran al Estado y a la empresa, pero también a la familia. Cada sistema de seguridad social implica una definición del rol de cada uno de estos actores sociales, y por lo tanto, del nivel de protección en el empleo, las obligaciones familiares y la protección estatal.

Para alcanzar los objetivos de protección económica de los individuos y de las familias, los modelos nacionales han establecido instituciones que estructuran un Derecho de la seguridad social en torno a algunos principios específicos de organización.

4.1.4. *Las técnicas de base.* El Derecho de la seguridad social es un derecho sincrético (Dupeyroux) que se ha construido integrando, en dosis variables según cada diseño nacional, técnicas jurídicas preexistentes. Es un derecho que adapta, transforma y adecua instituciones de la esfera privada, de la economía y de la política.

a) las técnicas del Derecho civil: i) la ayuda mutua en el plano familiar (obligaciones alimentarias) o en asociaciones sin fines de lucro; ii) la responsabilidad, que supone tomar a cargo las consecuencias dañosas de un riesgo que se ha creado; cuando el riesgo es “social” la indemnización corresponde a toda la sociedad;

b) las instituciones de base contractual, civil o mercantil: i) el ahorro, ii) el seguro, iii) el mutualismo, iv) el patronazgo (con sus cajas de retiro, sus compensaciones por cargas familiares, etc.);

c) los principios constitucionales: la ciudadanía civil y política, que deviene también ciudadanía social y se integran al conjunto de los derechos fundamentales.

4.1.5. *Definición de seguridad social.* Si se examinan las diversas definiciones elaboradas por la doctrina, es posible encontrar algunos elementos comunes:

a) la noción de sistema de Seguridad Social alude a un conjunto de *instituciones políticas y jurídicas* de la sociedad;

b) fundadas en la *solidaridad social*;

c) dirigidas a dar cobertura a las personas frente al acaecimiento de *contingencias o riesgos sociales* que suponen la pérdida de la capacidad de generar ingresos o los vuelven insuficientes;

d) mediante *prestaciones* en dinero o en especie;

e) con la finalidad de alcanzar un nivel entidad *suficiente* para satisfacer las necesidades individuales y familiares y promover el desarrollo pleno del individuo y de la sociedad, con igualdad de oportunidades.

4.2. El riesgo o contingencia social.

4.2.1. La noción de riesgo proviene de los seguros: el riesgo es aquel acontecimiento que provoca un daño al asegurado, cuya probabilidad se conoce, y cuyas consecuencias económicas el seguro está dirigido a atender, mediante el pago de una indemnización. En los seguros sociales, el riesgo asegurado es la pérdida o la disminución de la capacidad de generar ingresos suficientes, por vejez, invalidez, fallecimiento, enfermedad, accidente, maternidad o desempleo forzoso. El riesgo es social por sus efectos sobre el individuo y la sociedad en su conjunto.

4.2.2. Acaecida la contingencia, el seguro social provee de ingresos parcialmente sustitutivos, que aseguran la continuidad de los recursos necesarios para la existencia (una “indemnización” en la terminología de los seguros).

4.2.3. Las contingencias a ser cubiertas son las enumeradas en la normativa nacional e internacional, y en los pronunciamientos de los órganos de control de las convenciones internacionales (Convenio 102 de OIT, Observación 19 del Comité de DESC, etc.). El concepto de riesgo o contingencia social es dinámico, y varía con la evolución de la sociedad y la aparición de nuevos riesgos.

4.3. Seguridad social, seguro social y asistencia social.

A su vez, dentro del Derecho de la seguridad social, es posible distinguir aquellos instrumentos que se basan en la inserción laboral, como el seguro social, y son de carácter contributivo -en el sentido que forman parte del estatuto protector derivado de la actividad, que supone la obligación de contribuir solidariamente al sistema-, de aquellos que atienden la situación de necesidad, y son de carácter asistencial o no contributivo.

Junto al seguro social y la asistencia social, podemos encontrar regímenes universales de atención de la contingencia, independientes de la contributividad y de la demostración de la carencia de recursos.

4.4. Seguridad social, protección social y política social.

4.4.1. En la seguridad social, aparece la contingencia o riesgo social como elemento característico.

Pero las situaciones de pobreza o insuficiencia de ingresos no se deben exclusivamente a una incapacidad para trabajar o al desempleo temporario. Aparecen nuevos fenómenos sociales, como el desempleo de larga duración, la exclusión, etc.

Para enfrentar esas situaciones, aparecen nuevos instrumentos de ayuda social, de naturaleza alimentaria y de reinserción social, que dan lugar a una nueva rama del Derecho (Derecho de la ayuda y la acción social) que, junto al Derecho de la seguridad social, es posible englobar como Derecho de la protección social.

4.4.2. La seguridad social forma parte de las políticas sociales, propias del Estado social de derecho. Entre las políticas sociales encontramos la educación, la vivienda, y en general, los servicios sociales a la población.

4.5. La seguridad social como derecho humano fundamental.

4.5.1. El derecho a la seguridad social es reconocido como un derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en instrumentos regionales. Cada Estado Parte se compromete a implementar estos derechos progresivamente, esto es, a dar pasos hacia la plena realización de los derechos “hasta el máximo de sus recursos disponibles”, y a asegurar la protección inmediata contra la discriminación.

La Recomendación N° 202 sobre pisos de protección social también reafirma que el derecho a la seguridad social es un derecho humano y una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso.

4.5.2. El reconocimiento del derecho a la seguridad social como derecho humano fundamental tiene las siguientes consecuencias:

- a) la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias a fin de lograr progresivamente, la plena efectividad del derecho;
- b) la consecuente prohibición de regresividad;
- c) la responsabilidad internacional del Estado en caso de infracción a dichas obligaciones, incluido el derecho a la reparación;
- d) la incorporación del derecho a la seguridad social dentro del “bloque de constitucionalidad”;
- e) la interpretación favorable a la mejor protección de la persona;
- f) la interpretación conforme a la doctrina de los órganos de control de aplicación de las normas internacionales en la materia (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, Corte Interamericana de Derechos Humanos);
- g) el derecho a un recurso judicial efectivo para la tutela del derecho, incluyendo procedimientos simples y rápidos, la gratuidad del procedimiento y de la asistencia jurídica;

h) la imprescriptibilidad del derecho, sin perjuicio de la prescripción de los créditos que se hubieren generado, luego de un plazo razonable.

4.5.3. *El Convenio N° 102 de la OIT.* El impacto de este convenio, y de los convenios especiales para las distintas contingencias, no debe ser medido únicamente a través del número de ratificaciones; a lo largo del tiempo, el Convenio N° 102 ha tenido una sustancial influencia en el desarrollo de la seguridad social en varias regiones del mundo. Las actividades técnicas de cooperación de la OIT están basadas en sus principios. Muchos países toman en cuenta sus previsiones, aunque formalmente no lo hayan ratificado.

El art. 67 del Convenio N° 102 establece que los beneficios deberían “ser suficientes para mantener la familia del beneficiario en condiciones decentes y saludables”. El párrafo 8 de la Recomendación N° 202 establece que la seguridad básica en el ingreso debería permitir una vida digna. Los niveles mínimos establecidos a nivel nacional pueden corresponder al valor monetario de un conjunto de bienes y servicios necesarios, líneas nacionales de pobreza, umbrales de ingresos fijados para el acceso a la asistencia social u otros umbrales comparables establecidos por la ley o la práctica nacionales. Los niveles de las garantías básicas de seguridad social deberían ser periódicamente revisados a través de un procedimiento transparente establecido en la legislación nacional. Las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y, cuando sea apropiado, representantes de otras organizaciones de interesados deberían ser consultadas en el establecimiento y revisión de los niveles de esas garantías.

4.5.4. *El principio de solidaridad en los convenios de la OIT.* Las normas de la OIT buscan fortalecer la cohesión social al promover la solidaridad entre miembros activos y no activos de la sociedad, entre ricos y pobres, y entre generaciones presentes y futuras.

El compromiso político de alta cobertura, beneficios adecuados y financiamiento sostenible sólo puede ser alcanzado a través del diálogo y el consenso. Cómo alcanzar ese balance es un componente central en los debates sobre las reformas necesarias para ajustar los sistemas de seguridad social a los cambios demográficos.

4.5.5. *El principio de universalidad de cobertura y la flexibilidad de las normas de OIT.* La Recomendación N° 202 subraya el principio de universalidad de la protección, basada en la solidaridad social. Sin perjuicio de esa extensión universal, los convenios de OIT proveen cláusulas flexibles y un rango de opciones de ratificación para aquellos países cuyo desarrollo económico no permite la plena implementación de los instrumentos considerados. El Convenio N° 102 establece que en su ratificación, cada Estado debe aceptar al menos tres de las nueve partes o ramas de la seguridad social, incluyendo al menos una de estas cinco: desempleo, vejez, accidente de trabajo, invalidez y sobrevivencia. Y puede posteriormente notificar a la OIT que ha aceptado otra o varias otras partes. El Convenio N° 128 sobre invalidez, vejez y sobrevivencia permite a los Estados aplicar una sola de estas tres ramas.

El Convenio N° 102, así como otros instrumentos posteriores, aceptan variados métodos para la provisión de la protección, ya sea a través del seguro social, la asistencia social o los regímenes públicos universales, de modo de dejar mayores opciones a los Estados miembros. Cada país puede aplicar el Convenio a través de una combinación de

beneficios contributivos y no contributivos, esquemas generales u ocupacionales, seguros obligatorios o voluntarios, y diferentes mecanismos para la administración de los beneficios.

La Comisión de Expertos de OIT ha considerado que la coexistencia en un sistema de seguridad social de esquemas públicos y privados no es incompatible con el Convenio N° 102, que permite que el nivel mínimo de seguridad social se alcance a través de diferentes mecanismos, pero debe garantizar la responsabilidad en última instancia del Estado y la participación de los interesados.

4.5.6. *El financiamiento y los principios de la OIT.* El Convenio N° 102 establece un marco general para el financiamiento de los beneficios: el costo de los beneficios y de su administración debe ser soportado colectivamente a través de contribuciones de seguridad social o impuestos. En los sistemas contributivos, el costo que recae sobre los trabajadores no debe exceder el 50 % del total de los recursos financieros asignados a la protección.

4.5.7. *El nivel mínimo de los beneficios.* A los efectos de establecer un umbral mínimo, las normas de OIT se basan en distintos métodos:

- a) el nivel mínimo de los beneficios debe corresponder, para un beneficiario estándar, a un porcentaje de las ganancias previas del beneficiario o su causahabiente;
- b) el nivel de los beneficios, para un beneficiario estándar, debe alcanzar un monto mínimo relacionado con el salario de un trabajador ordinario de sexo masculino;
- c) el nivel de los beneficios debe alcanzar una escala prescripta que puede depender de los otros ingresos de la familia del beneficiario, método que sólo puede ser usado para sistemas que cubren a todos los residentes, y su cuantía no debe ser inferior a la que resultaría de la utilización de los otros dos métodos.

4.6. Autonomía del Derecho de la seguridad social.

4.6.1. En sus orígenes, el Derecho de la seguridad social estuvo vinculado a la protección del trabajo asalariado, y por lo tanto estrechamente relacionado con el Derecho del trabajo, en un mismo estatuto protector.

Pero, desde mediados del siglo XX, y asumida la universalidad del derecho a la seguridad social, la protección se ha extendido a toda la población, ganando autonomía el DSS.

Ha operado en el mismo sentido, la tendencia a la publicización de esta rama del derecho.

4.6.2. Se entiende, en general, que una rama del Derecho es autónoma cuando su materia es suficientemente vasta como para merecer un estudio particular, y contiene principios y doctrinas propias que la distinguen de otras ramas.

4.6.3. La autonomía de una rama del Derecho, y del DSS en particular, es relativa. Mantiene estrechos lazos con el Derecho público, el Derecho tributario, y el Derecho del trabajo. Según el diseño del sistema, puede mantener vínculos con el Derecho de los seguros, como ocurre en nuestro país con la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

4.7. Fuentes del Derecho de la seguridad social.

4.7.1. La Constitución.

- Arts. 67 y 72: el derecho a la seguridad social y los principios del Derecho de la seguridad social (universalidad subjetiva y objetiva, solidaridad, suficiencia)
- Art. 7: derecho a la seguridad
- Art. 42: protección de la maternidad
- Art. 44: derecho a la salud
- Art. 195: creación del BPS
- Disp. Especial M: integración del Directorio del BPS
- Art. 85 nral. 13: competencia del Poder Legislativo en materia jubilatoria y pensionaria
- Art. 86 inc. 2: iniciativa privativa del Poder Ejecutivo en materia jubilatoria
- Art. 168 nral. 3: competencia del Poder Ejecutivo en retiros civiles y militares
- Disp. Especial V: inconstitucionalidad de las normas de seguridad social contenidas en leyes presupuestales o de rendición de cuentas. ¿Norma transitoria? (jurisprudencia SCJ)

4.7.2. Las convenciones internacionales.

- convenciones sobre derechos humanos
- convenios OIT (102, 103, 118, 121, 128, 130)
- convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social

4.7.3. La Ley.

Es la fuente predominante, por la reserva legal de muchas de sus disposiciones, y por su carácter reglamentario de los derechos fundamentales.

¿Es el Acto 9 una norma de jerarquía legal? El Acto 19, que disponía que tanto el Acto 9 como las modificaciones del Acto 13 pasaban de tener jerarquía reglamentaria a fuerza legal, fue desconocido luego del retorno a la democracia. Las disposiciones del Acto 9 están implícitamente incorporadas a la ley 15.800 y otras.

4.7.4. Los decretos y reglamentos.

Los reglamentos de ejecución de la ley deben ser emanados del Poder Ejecutivo, bajo la forma de Decretos (art. 168).

El Directorio del BPS posee una competencia “reglamentaria autónoma” de organización y coordinación del sistema estatal de seguridad social.

Sin perjuicio de ello, los organismos de seguridad social dictan reglamentos, necesarios para establecer criterios uniformes en materia jurídica y de administración de los beneficios.

4.7.5. Los convenios colectivos.

Los convenios colectivos cumplen una doble función:

- a) en ocasiones, son el precedente negociado de una ley que crea una persona jurídica con cometidos de seguridad social;
- b) en otros casos, la ley se remite a ellos como requisito para la constitución de una persona jurídica privada y la creación de beneficios (“cajas de auxilios”).

4.8. Aplicación en el tiempo.

4.8.1. *Derechos adquiridos.* Cuando se han cumplido todos los requisitos para el perfeccionamiento del derecho (ej. causal jubilatoria o pensionaria), aunque no se haya iniciado el goce del mismo.

4.8.2. *Derechos en curso de adquisición.* Las prestaciones contributivas usualmente requieren un período de generación del derecho. El derecho parcialmente generado, aunque no constituye un derecho adquirido debe ser reconocido, a cuyos efectos se suele recurrir al prorrateo (convenios internacionales y acumulación de servicios)

4.9. Aplicación en el espacio.

4.9.1. *Principio de territorialidad.* Aplicación de la ley de realización de la actividad en los sistemas contributivos, y de la ley de residencia legal en las no contributivas (en estas últimas suele exigirse un período mínimo).

La Ley 18.250 en su art. 8, reconoce a las personas migrantes y sus familiares los derechos de seguridad social en pie de igualdad con los nacionales.

4.9.2. *Excepciones al principio de territorialidad.*

- a) funcionarios diplomáticos;
- b) funcionarios no diplomáticos de las misiones diplomáticas y consulares;
- c) personal de buques, aeronaves, transporte internacional terrestre;
- d) misiones temporarias.

4.10. Interpretación.

4.10.1. Proyecciones del *principio protector.* Interpretación más favorable a la persona amparada.

4.10.2. Importancia de los *pronunciamientos de los órganos internacionales de control* de aplicación de las convenciones internacionales.

4.10.3. Proyecciones del *principio de igualdad.* El valor del *precedente.*