
LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

Profesor de Derecho Laboral, Universidad de la República
Profesor de Seguridad Social, Universidad de la República
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

- I. SISTEMA JURÍDICO II. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA III. LA INCLUSIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICA.
IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA
VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL VIII. CONEXIÓN ENTRE
LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Referirse a la Seguridad Social sin agregado alguno es propio de economistas, sociólogos y políticos. En cambio si nos referimos al Derecho de la Seguridad Social aludimos clara y exclusivamente a un enfoque jurídico de la materia. Para efectuarlo, el concepto de relación jurídica de seguridad social es un instrumento central y como tal, objeto primario de estudio.

Conviene subrayar la importancia de un enfoque jurídico de las obligaciones y derechos, y de encararlas de acuerdo a la técnica habitual en otros campos y con la terminología adecuada, cosa que no suele cuidarse por las normas legales en el Derecho de la Seguridad Social. Se trata pues de jurisdizar esta área pero no para introducir innecesarios obstáculos sino precisamente para lo contrario. El esfuerzo que se ponga en el rigor terminológico, será bien recompensado luego, porque el primer paso para resolver los problemas es plantearlos bien. Poniendo cuidado en el uso de los términos, se sabrán distinguir mejor los conceptos y habrá más claridad para encontrar las soluciones¹.

Para Almansa Pastor la relación jurídica de seguridad social “debe concebirse como relación principal y compleja entre el Estado y el sujeto protegido, que engloba e integra en su contenido otras relaciones simples, subordinadas e instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones”².

I. SISTEMA JURÍDICO.

Esa relación engloba e integra a otras accesorias y entre todas conforman un sistema. El concepto de sistema jurídico de seguridad social alude al conjunto de varias relaciones jurídicas conectadas entre sí y ordenadas por un determinado objetivo: la protección de necesidades sociales.

De manera especial enfoca la conexión de las tres siguientes:

- Relación jurídica de *afiliación*,
- Relación jurídica de *cotización*,
- Relación jurídica de *prestación*, que es el núcleo del sistema y puede ser considerada la relación jurídica previsional.

La relación jurídica *asistencial* es una subespecie de la relación de prestación.

¹ El término “juridicidad” de un conjunto de normas puede usarse para señalar que determinada área está reconocida por el ordenamiento jurídico como verdadera rama del Derecho. Américo PLA RODRIGUEZ, (*La juridicidad del Derecho del trabajo* en rev. Derecho laboral, t. XXVII, n.136, p.677) considera que en relación al Derecho laboral resulta perogrullesco fundar que es derecho y sin embargo sale al paso de cierto descrédito que para algunos tiene, llamando la atención sobre la jerarquía que, del punto de vista jurídico, posee el Derecho laboral. Aquí no dudamos que el Derecho de la Seguridad Social forma parte del ordenamiento jurídico. Juridizar la Seguridad Social es simplemente considerarla desde una perspectiva jurídica. Darle juridicidad no significa aportar nada nuevo en su esencia pero sí en la perspectiva para encararlo buscando que el Derecho de la Seguridad Social sea técnicamente más preciso. Juan P. CAJARVILLE PELUFO usa el término “juridicidad” para significar existencia jurídica y no como sinónimo de “legitimidad”, sentido en que también es a veces utilizado (*Invalidez de los actos administrativos en la ley N. 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho*, Montevideo 1984, pág. 12). En el sentido mencionado, el acto administrativo adquiere juridicidad cuando, por contar con los distintos elementos que lo forman o constituyen, nace a la vida jurídica. Los elementos del acto administrativo se vinculan con su perfeccionamiento, su incorporación al orden jurídico.

² ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª. ed., Madrid 1991, pág. 117. Véase de manera especial el capítulo V.

Pueden enumerarse además de las anteriores, otras relaciones que vinculan entidades y ya no sujetos individuales, como:

- Relación jurídica entre el Estado y la entidad o entidades gestoras del sistema, incluyendo en Uruguay no sólo el Banco de Previsión Social como ente autónomo con su recaudación propia pero que depende financieramente de los ingresos que le provienen de rentas generales. También de esta clase es la relación del Estado con otras entidades que intervienen en el sistema de seguridad social (cajas paraestatales, administradoras de fondos de ahorro previsional –AFAP-, etc...)

- Relación jurídica entre las diversas entidades: Banco de Previsión Social con AFAPs, AFAPs con empresas de seguros, Banco de Previsión Social con instituciones de asistencia médica colectiva, etc...

Podemos presentar lo anterior en forma de tabla que nos servirá además de guía para el resto del estudio.

		Sujetos	Objeto	Normas uruguayas
1	Relación jurídica de prestación	Beneficiario y Entidad gestora	Prestación	Beneficios de pasividad y actividad
2	Relación jurídica de afiliación Distinta del alta Diferente de la inclusión (Ley 12.138 de 13.X.54: cuatro elementos)	Afiliado y afiliante Diferente de sujeto protegido	Acto administrativo de afiliación (Historia laboral)	Decreto 40/998 Ley 16.190 de 20.VI.91, art.2
3	Relación jurídica de cotización Relación jurídica asistencial	Sujeto pasivo y ente recaudador Los mismos que en la primera	CESS No existe la conexión que la primera tiene con la segunda y la tercera	Ley 16.713, título IX.
	Relación jurídica entre el Estado y las entidades de gestión			
	Vínculos jurídicos entre diferentes entidades que integran el sistema.			

Como se advierte, estamos frente a una estructura de naturaleza compleja pero que presta gran utilidad para enfocar jurídicamente la materia. Vamos a considerar de manera especial las tres primeras, que son el triángulo central del sistema. Las demás presentan también aspectos jurídicos relevantes que merecen un estudio particular y cuyas patologías podrían ser asimismo objeto de un contencioso de seguridad social específico.

En efecto, del análisis de las diversas situaciones así como de la combinación entre ellas, se ve la necesidad de una jurisdicción especializada para todas estas relaciones jurídicas, dejando de lado la distribución actual de la competencia fragmentada entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil y los juzgados letrados de primera instancia en lo civil y en lo contencioso administrativo en su caso³.

³ GIGLIO, Wagner G., *Execucao das contribuicoes previdenciarias – Lei n. 10.035/2000 en rev. LTr*, junio 2001, p. 647, se pronuncia en contra de que la justicia laboral sea competente en los juicios para obtener la recaudación de aportes.

II. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA.

Para COUTURE la relación jurídica es “el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto a quien concretamente se asigna el poder y el sujeto a quien se impone el deber”⁴.

Por su parte afirma Giorgio DEL VECCHIO que la norma jurídica pone siempre en relación varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad, y la otra tiene una obligación correlativa. En esto consiste la relación jurídica, que puede definirse como el *vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada*⁵. De manera que, en el plano objetivo, es toda relación social disciplinada por el derecho y en el plano subjetivo, el vínculo entre dos o más individuos dotados de obligatoriedad.

Más modernas son las definiciones de Manuel ALBALADEJO⁶ para quien “*relación jurídica es aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico*”. Y agrega el autor español, que la relación tiene su origen en un hecho jurídico y engloba o puede englobar un conjunto, una trama de poderes, facultades, deberes, etc. que corresponden a las personas que en ella intervienen.

Es similar a la definición de Federico DE CASTRO, quien la considera como “*la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico*”⁷.

Desde ya podemos apreciar que el principio ordenador es, en el caso de la relación jurídica de seguridad social, el principio de solidaridad, ya que es objetivo primordial del orden jurídico en este campo, procurar el apoyo recíproco entre los individuos.

No debe confundirse relación jurídica con negocio jurídico. Este último, que es acto jurídico bilateral, constituye una relación jurídica obligacional, pero es especie dentro de un género. Quedan otras posibles fuentes de relaciones jurídicas.

Respecto de la obligación y la relación jurídica cabe citar la definición de la primera que nos aportan tres autores argentinos⁸ “*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación*”.

Y agregan estos autores que “*La relación jurídica obligacional es una de las varias relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana (por ej. relaciones jurídicas reales, de familia, etc.)*”. Se elige esa expresión y no de la situación jurídica porque denota adecuadamente la conexión de los sujetos activo y pasivo de la obligación.

“En la relación jurídica –con mucha nitidez, por lo menos, en la relación jurídica obligacional– se advierten, en situación bipolar, un *deber jurídico* y un *derecho subjetivo*. Aquél implica la sujeción a determinada conducta y éste la facultad o poder del sujeto activo”⁹.

La relación jurídica tiene una estructura:

Personas o sujetos. Uno activo y otro pasivo. El primero cuenta con un derecho subjetivo. El segundo está vinculado por un deber jurídico.

Objeto o materia social sobre la que versa la relación.

Contenido. constituido por la masa de poderes, facultades, deberes, etc. que la relación encierra. Pueden ser de igualdad, preeminencia o subordinación.

III. LA INCLUSIÓN.

Para ser precisos, en este campo es necesario distinguir los conceptos de inclusión (ámbito subjetivo), afiliación (acto de incorporación) y protección (sujetos protegidos).

Inclusión: es el efecto causado por una norma –generalmente legal– que declara cierta actividad dentro del sistema: quienes se desempeñan en ella están comprendidos en el régimen y por tanto obligados a afiliarse. Se produce de pleno derecho cuando se desempeña la actividad prevista por la norma dentro de

⁴ *Vocabulario jurídico*, Depalma, 5ta. Reimpresión, 1993, pág. 515.

⁵ *Filosofía del derecho*, y LUIS RECASENS SICHES. *Estudios de Filosofía del Derecho*, t. I México 1946, p. 313 y ss y 387 y ss (en este último sitio reseña la posición de Kelsen al respecto).

⁶ *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, t. I, vol. II, 14a. Ed., Barcelona 1996, pág. 9.

⁷ *Derecho civil de España*, Parte general, I, 3ª. ed. Madrid 1955, pág. 616.

⁸ Atilio Aníbal ALTERINI, Oscar José AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA: *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 2da. ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁹ ALTERINI y otros, cit. pág. 21.

ciertas condiciones y sin registraci3n previa. Los incluidos ser3n generalmente los amparados, pero no siempre.

Afiliaci3n: es el acto de inscribirse o registrarse dentro del sistema. El individuo o en su caso el empleador, est3 obligado a declararse tal y disponerse a generar una relaci3n jur3dica de seguridad social. Puede producirse de oficio¹⁰.

Protecci3n: es el estado en que se encuentran los que actualizaron su derecho a percibir las prestaciones. Los sujetos protegidos, o amparados, pueden ser terceros que no est3n comprendidos en una relaci3n jur3dica de afiliaci3n o cotizaci3n pero con los cuales exista s3, una relaci3n jur3dica de protecci3n.¹¹ Esta nace de la conexi3n con un sujeto incluido. Donde se ve mejor la diferencia entre el concepto de incluido y el de protegido es en el campo de las prestaciones familiares. Otro ejemplo que muestra la diferencia es el beneficiario de pensi3n que resulta causada por un incluido en el sistema, con el cual aquel tiene lazos familiares. Y otro m3s todav3a, es el de la renta servida al causahabiente de un fallecido por accidente de trabajo.

En este apartado veremos la inclusi3n, en el siguiente la afiliaci3n y el restante cuando encaremos la relaci3n jur3dica prestacional o asistencial.

A) ¿La inclusi3n es ya una relaci3n jur3dica?

La ley identifica ciertas situaciones de hecho para otorgarles consecuencias jur3dicas. De ese modo, en la norma que dispone la inclusi3n a la seguridad social hay una situaci3n de vida preexistente, que el derecho toma como supuesto. El acaecimiento de la situaci3n de hecho descrita, configura el supuesto de la inclusi3n. Quien realiza determinada actividad queda incluido en el sistema. El efecto de la inclusi3n, que se produce por llevar a cabo tal actividad, es el deber jur3dico de afiliaci3n.

Seg3n se vio, inclusi3n en la seguridad social y afiliaci3n a la misma, son dos cosas diversas. La doctrina espa1ola considera como relaci3n jur3dica s3lo a la afiliaci3n¹². Sin embargo podr3amos preguntarnos si la inclusi3n en el sistema no es ya en s3 misma una relaci3n jur3dica. A favor de esta posici3n se puede advertir que se dan los diversos elementos de la relaci3n:

Sujetos: persona incluida y entidad gestora del sistema;

Objeto: inserci3n en el sistema que le conceder3 protecci3n, satisfacci3n de necesidades sociales;

Contenido: obligaci3n impuesta a un particular de afiliarse (trabar una Relaci3n de afiliaci3n) y de cotizar (Relaci3n jur3dica contributiva).

Pero ¿existe ya un sujeto activo y un sujeto pasivo?. Si la respuesta es afirmativa tambi3n es cierto que habr3a ya una relaci3n jur3dica en el momento que el supuesto de hecho considerado por la ley se produzca.

Se puede afirmar en contra que hay un deber jur3dico de afiliarse por el sujeto pasivo pero no hay un derecho subjetivo de nadie para hacerlo exigible. La entidad gestora no tiene un derecho subjetivo a que el incluido se afilie. Tiene una situaci3n jur3dica activa diversa, an3loga a las dem3s en las que el Estado debe exigir que los particulares cumplan las obligaciones establecidas en forma imperativa¹³.

T3ngase en cuenta que las relaciones jur3dicas originan derechos subjetivos a favor de las personas que en ellas intervienen. No es el caso aqu3, donde hay un deber jur3dico de particulares pero no hay un derecho subjetivo de alguien para hacerlo exigible.

La entidad gestora puede controlar que el obligado a afiliarse, porque su actividad est3 incluida, lo haga. Pero el que est3 incluido o no, es resorte de la ley. No hay una relaci3n jur3dica porque no hay un sujeto activo, s3lo un obligado por la ley a afiliarse en virtud de desempe1ar una actividad con inclusi3n en el sistema de seguridad social.

La inclusi3n no es pues una relaci3n jur3dica, y debe ser considerada una situaci3n jur3dica propia del derecho p3blico. Aquella persona que configura el hecho previsto por la ley para ser incluido, tiene en su momento el deber jur3dico de afiliarse y cotizar.

El hecho que est3 en la base de la inclusi3n es por eso un hecho jur3dico. En cambio, en la base de las dem3s relaciones jur3dicas que conforman el sistema, -afiliaci3n, cotizaci3n, prestaci3n- hay actos jur3dicos.

¹⁰ Cfr. DE LOS CAMPOS, Hugo, *Manual de Derecho Jubilatorio y Pensionario*, F.C.U. Montevideo 1990, p3g. 19.

¹¹ Al respecto v. PLA RODRIGUEZ, Am3rico, *Personas protegidas, asegurados y beneficiarios*, en Estudios de la Seguridad Social, F.C.U., Montevideo 1999, p3g. 341.

¹² Cfr. ALMANSA PASTOR, cit. p3g. 260 y ss.

¹³ V. Luis Raul ROSSI BAETGHEN: *Introducci3n al estudio de las situaciones jur3dicas*, F.C.U., Montevideo 1998, p3g. 33.

Así por ejemplo, la afiliación es un acto administrativo mediante el cual la entidad de seguridad social reconoce la condición de incluida en el sistema de seguridad social a la persona física que por primera vez realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo.

Sea como sea -situación jurídica o relación-, corresponde de todos modos tratar la inclusión antes que la relación jurídica de afiliación. Y ello porque ésta última depende de que aquella exista.

B) La inclusión en el Derecho uruguayo.

En el régimen uruguayo la llamada ley de actividades lícitas establece la inclusión jubilatoria residual a la entonces Caja de Jubilaciones de Industria y Comercio, de toda aquella actividad que no estuviera comprendida antes en otro organismo.

Existió un proceso de inclusión progresiva que terminó con la mencionada ley que llevó el n° 12.138 del 13 de octubre de 1954. Esta norma incluyó en la Caja de Industria y Comercio, al resto de las actividades remuneradas que hasta esa fecha no habían sido incluidas por ley especial en ningún organismo jubilatorio. En 1957, con la ley n° 12.380 del 12 de febrero se agregan dos elementos: que se trate de tareas desempeñadas en forma habitual o profesional; y que constituya para el trabajador su principal medio de subsistencia.

De manera que se establecen cuatro elementos o características que debe reunir el trabajo:

- Licitud,
- Carácter remunerado,
- Profesionalidad,
- Medio principal de subsistencia.

Pero el proceso de sucesivas incorporaciones no llegó a un alcance general para todo trabajo. Se requiere la presencia simultánea de las cuatro características mencionadas.

La primera de ellas deviene de la aplicación del artículo 10 de la Constitución de la República, que indica que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Mientras que no exista prohibición legal de trabajar en algo, se trabajará en algo lícito.

La segunda, excluye el trabajo benévolo o familiar. Por trabajo benévolo se entiende en Derecho laboral aquella actividad prestada por motivaciones altruistas como pueden ser las religiosas, filantrópicas, sindicales, ideológicas, políticas, etc. En esos casos no existe una motivación onerosa a la hora de desarrollar una tarea. La persona se mueve por razones diversas a las habituales de quien presta un servicio con fin de obtener una retribución. No quiere decir que se excluya íntegramente toda ventaja económica, o toda posibilidad de que lo económico esté subyacente o implícito, o que se trate de actividades en donde no se maneje dinero, o medios económicos. Se pueden recibir donaciones de diferente especie pero eso nunca colocará a quien presta el servicio en una dependencia respecto del donante.

La tercera característica sirve para señalar que sólo está comprendido en el sistema público de seguridad social el trabajo profesional y habitual. Con esta exigencia la ley de actividades lícitas excluye a las relaciones no durables¹⁴. Eso deja al margen de los sujetos protegidos a los trabajadores eventuales.

Finalmente, por la cuarta característica se requiere que la actividad constituya el medio de subsistencia de la persona que la realiza. Cabe preguntarse si esta nota se refiere al mayor ingreso o a un ingreso esencial para subsistir. Podría tratarse de un funcionario que tiene su medio de vida en el ejercicio de la profesión pero que de tanto en tanto vende un cuadro con suceso, y obtiene una importante retribución; tendría dos profesiones lícitas pero solamente una de ellas es la principal.

* La inclusión se realiza por el ejercicio de un trabajo. La mayor parte de los incluidos y por tanto de quienes tienen obligación de afiliarse, son trabajadores dependientes o subordinados. Si quien desempeña la actividad no es subordinado tiene un régimen diferente.

Para señalar cuando estamos frente a un trabajador a efectos previsionales, la existencia en su vínculo de las notas de subordinación y ajenidad son criterios determinantes. En la legislación española hay una preferencia expresa en el uso del término "trabajadores por cuenta ajena", sobre "trabajadores subordinados".¹⁵ Ello tiene origen en una ley de accidentes de trabajo. Pero en Seguridad Social no hay una definición expresa de trabajador: el concepto lo suministra el Derecho Laboral.

En virtud de estas normas sobre inclusión, queda al margen según quedó dicho, el *trabajo benévolo*, por ejemplo el de los religiosos.¹⁶ Lo propio ocurre con el trabajo familiar, aunque para el cónyuge colaborador existen ciertas regulaciones específicas.

¹⁴ Por otro lado no son contratos de trabajo en la posición de PLÁ RODRÍGUEZ que exige la durabilidad como un elemento típico, *Curso de Derecho Laboral*, tomo II, vol. I.

¹⁵ ALMANSA, cit. pág. 134.

En el caso de los *profesionales universitarios* existe una inclusión específica por la ley 12.597 del 28 de noviembre de 1961. Tenerlo presente es indispensable antes de considerar si frente a un vínculo que importe prestación de servicios con ellos, estamos o no frente a un hecho generador que da lugar a una relación de cotización con otra. El análisis de la inclusión es lógicamente previo al examen de esta última. Si no queda encuadrada la actividad en una Caja, no podrá analizarse si estamos o no frente a un hecho generador y a materia gravada.

Por citar sólo otro de los ejemplos posibles, cabe mencionar a quienes se desempeñan en *zonas francas*. La ley 15.921 de 17 de diciembre de 1987, art. 20 inc. 2, admite que cuando el personal extranjero que trabaje en zona franca exprese por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de seguridad social vigente en la República, no tendrá obligación de realizar los aportes correspondientes.

El régimen vigente para trabajadores *extranjeros* fue recordado por el Banco de Previsión Social en un comunicado de prensa publicado en los diarios de la capital el 13.V.95¹⁷. Existen otras normas que configuran la situación jubilatoria según razones de nacionalidad incluyendo exigencias de índole migratoria y documental¹⁸.

IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN.

Consiste en una obligación del particular con la administración legalmente impuesta. En realidad son tres los *sujetos*: afiliante, afiliado y entidad gestora.

El *objeto* es el acto administrativo de afiliación.

El *contenido* son los derechos, intereses y deberes de tal afiliación.

Consiste en una relación preliminar, e instrumental de la relación jurídica previsional¹⁹. Si bien lo es, se trata de la primera relación jurídica que se produce. Vincula al individuo con el sistema de Seguridad Social de un país concreto. Se trata de una obligación jurídica del individuo y/o del empresario (según el caso), que deriva del simple hecho de encontrarse inserto en la esfera de aplicación de las leyes de Seguridad Social de ese determinado país y que establece el deber de darse de alta y/o afiliarse y cotizar a ese sistema de protección social. Esta primera situación jurídica es la que ocasiona la pertenencia o entrada en la esfera de protección del sistema de Seguridad Social de los estados y sin la cual, la protección no se materializa si se produce algún riesgo.²⁰

Según se ha visto antes, encarar la relación jurídica de afiliación no es lo mismo que tratar del *ámbito subjetivo* de aplicación del régimen, o de los *sujetos protegidos* por el mismo.

En el derecho uruguayo, el artículo 2 de la ley 16.190 de 20 de junio de 1991 puso a cargo de los empleadores la obligación de solicitar la afiliación de sus trabajadores dependientes que no registren incorporación previa, así como comunicar el alta o la baja para los casos de los trabajadores que registren afiliación al sistema, dentro de los plazos que fije la reglamentación.

¹⁶ V. al respecto DE LOS CAMPOS, cit., pág. 33.

¹⁷ Lo transcribimos aquí:

1. Los trabajadores extranjeros residentes en el país tienen el derecho y la obligación de afiliarse al sistema de Seguridad Social.
 - 1.1. La prohibición en cuanto a que las empresas no podrán tomar a su servicio extranjeros indocumentados, no libera a las mismas de las obligaciones tributarias que como contribuyentes y agentes de retención la ley les impone.
 - 1.2. El no cumplimiento de tales deberes así como las transgresiones y ocultamientos que puedan producirse determinarán la aplicación de las sanciones que el ordenamiento vigente establece.
2. El Banco de Previsión Social no está habilitado a dar trámite a ninguna solicitud o gestión de reconocimiento de servicios o de concesión de las prestaciones a su cargo sin que se acredite previamente la obtención de la Cédula de Identidad.
 - 2.1. Sin perjuicio de lo expuesto, se recibirán y tramitarán las denuncias que los trabajadores extranjeros indocumentados puedan presentar, no obstante lo cual el Banco no podrá proceder al pago de las sumas o porcentajes sobre las multas que en definitiva pueden corresponder mientras no se obtenga la regularización de su residencia.
3. Quedan exceptuados de lo precedentemente establecido:
 - a. Los representantes diplomáticos y consulares debidamente acreditados ante el Gobierno de la República, los representantes y los funcionarios de los organismos internacionales, y los familiares de unos y otros cuando sean extranjeros.
 - b. Los trabajadores que al amparo de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por la República se acojan al régimen de traslado temporario, quienes continuarán vinculados a los regímenes de Seguridad Social de sus respectivos países por un período determinado.
 - c. El personal extranjero que trabaje en zonas francas cuando expresen por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de Seguridad Social vigente en la República.

¹⁸ Decretos 28.II.947, y 441/001 del 13 de noviembre de 2001. Puede mencionarse también el art. 5 del decreto 392/980. En relación a la cédula de identidad la ley 14.768 del 23 de marzo de 1978, de manera especial su artículo 20, que la exige para dar curso a jubilaciones.

¹⁹ PERSIANI, cit. p. 72.

²⁰ Cfr. SAGARDOY & ABOGADOS: *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona 2002, pág.60.

El decreto 40/998 de 11 de febrero de 1998 dictó las normas reglamentarias para la afiliación, altas y bajas de los trabajadores dependientes. En su Resultando I expresa que “la afiliación es el acto por el que se establece el vínculo jurídico entre el trabajador y el Banco de Previsión Social que cubre las contingencias sociales amparadas por el sistema; el alta es el acto por el cual dicha institución toma conocimiento que el trabajador desempeña una actividad incluida en el amparo; y la baja es el correspondiente cese de esa actividad”.

V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA

Constituye la base de lo que puede llamarse el Derecho tributario de la seguridad social.²¹

Vincula a *sujetos* pasivos del tributo y entidades receptoras. Estas no necesariamente serán las gestoras del sistema, ya que podrían ser recaudadoras de tributos en general.

El *objeto* es la contribución especial de seguridad social. En España se habla de cuota y en otros países se usa también el término cotización para esta prestación en dinero. Su naturaleza jurídica, como una especie dentro del género de los tributos, no está en discusión en Uruguay.²²

Hay un **hecho generador** del tributo que es el desempeño de determinada actividad, cuya inclusión en el sistema, ha sido declarada por ley. Generalmente se trata de trabajo dependiente, aunque no en forma exclusiva.

A partir de la realización de esa actividad por alguna persona, surge la obligación tributaria apoyada en determinada **materia imponible**, que suele ser el salario percibido –aunque no siempre lo es–, sobre el cual se aplica una alícuota o porcentaje de aportación.

El sujeto pasivo, o en su caso el agente de retención, debe inscribirse en la entidad receptora.²³ No se debe confundir este registro con la afiliación del individuo. Se trata aquí de inscribir a la empresa o en su caso, al cotizante, que puede no ser empresa.

* Debe subrayarse que el hecho generador es el desarrollo de una actividad laboral. Hay que cuidar pues de distinguir “trabajo” como hecho generador, de “salario” como materia imponible. Ocurre que ese hecho generador puede tener según algunos, ciertas condiciones para perfeccionarse. ¿Se trata del “trabajo” a secas, o del “trabajo remunerado”?

El artículo 148 de la ley 16.713 recoge la segunda alternativa cuando establece bajo el nomen juris Principio de actividad, el concepto de hecho generador, y afirma que “*las contribuciones especiales de seguridad social destinadas al Banco de Previsión Social, se generarán por el desarrollo de actividad personal remunerada de cualquier naturaleza, comprendida en el ámbito de afiliación del citado Banco*”.

Se ha discutido entre nosotros acerca de si el salario como materia imponible será el devengado o el percibido.²⁴ Si se adopta el criterio de lo percibido, se está señalado una condición necesaria para perfeccionar el hecho generador: la existencia de una actividad laboral que haya traído consigo el pago del salario correspondiente.

Se sigue por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo el criterio de lo realmente percibido como materia imponible, no de lo devengado. Así lo expresó en ocasión de un asunto donde la entidad previsional exigió el pago de aportes por aguinaldo de un funcionario de alta jerarquía que no lo percibía efectivamente.²⁵ Si así fuera, la conexión con el Derecho laboral, tan importante a la hora de organizar el sistema, se quiebra puesto que, así como en el contrato de trabajo, habiendo actividad se genera directamente el crédito por salarios impagos y además, su no pago dará lugar en el momento del cobro, a reajustes e intereses, así en cambio, en la relación jurídica de cotización, la obligación de aportar aparecería en la medida que se produzca el pago efectivo de las partidas que constituyen materia gravada.

²¹ V. Ramón VALDES COSTA, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, p. 295 y ss. analiza el concepto de relación jurídica tributaria, prefiriendo ese término al de obligación, y señalando que tiene su fuente exclusiva en la ley, la que debe establecer todos los elementos necesarios para determinar la existencia y cuantía de aquella.

²² En España en cambio se suele encarar como prestaciones patrimoniales de carácter público y no se les proyecta directamente la disciplina general para los tributos; conf. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en SAGARDOY, ob. cit. p. 227.

²³ V. al respecto Informativo Seguridad Social de Cade, n 194, de 31.VII.97.

²⁴ V. Santiago PEREIRA CAMPOS: *Exigibilidad de la obligación tributaria en las Contribuciones Especiales de Seguridad Social: consolidación del criterio de “lo percibido”* (Resolución del BPS n.º 30-2/99) en Revista Tributaria, t. XXVII, núm. 156, p.307, mayo-junio 2000. En una postura claramente diferente, algunos autores –que además revisten como técnicos del BPS– sostienen que el criterio de la entidad previsional no ha variado: Héctor OLMOS CLÉRICO *Aportes se exigen según el “criterio de lo devengado”*, en rev. Aportes, setiembre 2000, n. 3 pág. 4 y Antonio GRZETICH *La financiación de la seguridad social*, Montevideo 2000, pág. 38 y ss

²⁵ Sentencia n. 545/95.

El Banco de Previsión Social siguió sosteniendo el criterio de lo devengado, aunque en la Resolución del Directorio 30-2/99 de 8.IX.99, se adoptó el criterio de lo percibido cuando se discute la forma de cálculo del beneficio. Eso ocurre por ejemplo en ocasión en las horas extras en días de descanso, si el incremento es de 250 o 350 % el monto de las mismas o en el caso del salario vacacional y el aguinaldo ²⁶. En la actualidad el Banco de Previsión Social sostiene un criterio intermedio entre lo devengado y lo percibido: el de la exigibilidad. Son exigibles las contribuciones cuando es exigible la partida laboral por el trabajador.

* La primera realización de la tutela previsional contemplaba exclusivamente al trabajador subordinado y como su fundamento era encontrado en el riesgo profesional, el pago de las contribuciones estaba a cargo de los empleadores de los sujetos protegidos. ²⁷ Así nace la contribución patronal.

La contribución del Estado a la financiación, que en Uruguay hoy deriva de un texto constitucional expreso, resulta primariamente de la necesidad de auxiliar a los entes respectivos y va concretándose en una manifestación de la solidaridad nacional respecto de los sujetos con necesidades.

En los modelos no contributivos o modelos presupuestarios la carga recae sobre los recursos del Estado, sean éstos los recursos generales o procedentes de impuestos especiales a estos efectos. En cambio, un sistema contributivo requiere que al abrirse el derecho expectante de las prestaciones se abra también la obligación inmediata de cotizar y contribuir económicamente al sistema. Estos modelos contributivos están básicamente financiados con cuotas de los asegurados y sus empresarios. ²⁸

VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN.

Puede ser considerada la verdadera relación previsional porque a través de ella se cumple el objetivo del sistema: la satisfacción de necesidades sociales. Sobre la misma se incardinan el resto de las relaciones jurídicas. Se le podría llamar también relación jurídica de protección o lisa y llanamente, previsional, como hace Persiani. Para Almansa Pastor va en camino de ser la única y confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social.

Los *sujetos* de esta relación jurídica de prestación, son los beneficiarios y las entidades gestoras.

El *objeto* lo constituyen las prestaciones o beneficios.

El *contenido* está integrado por la obligación de la entidad gestora de conceder la prestación y por el derecho del beneficiario a recibirla.

Encarar esta relación jurídica en forma exhaustiva, de lo que no se trata aquí, importa hacer el análisis de cada uno de los beneficios previstos para los sujetos protegidos, tanto sean prestaciones de actividad como de pasividad ²⁹.

A pesar de constituir la razón de ser del sistema y su núcleo, la relación jurídica previsional no puede ser estudiada sin tener en cuenta las demás relaciones que forman parte del sistema y sin considerar los nexos que vinculan a todas.

El objeto de esta relación jurídica es la prestación de seguridad social, o prestación previsional, en su caso. La entidad gestora tiene obligación de suministrarla y el beneficiario tiene el derecho a recibirla y por tanto a exigirla. La naturaleza jurídica de la prestación previsional no puede ser vista como la contraprestación de un contrato sinalagmático, lo cual podría pensarse en una relación de seguro social. Persiani señala que tampoco debe buscarse en el salario, ni en la reparación de un daño. Según el autor italiano debe concebirse como una prestación administrativa reconocida a los particulares, servida por el Estado o un ente público en ejecución de una obligación específica para la tutela, no tanto del interés del beneficiario singular, cuanto del interés público general. ³⁰

La relación jurídica de protección se inicia una vez que se ha materializado alguna de las contingencias protegidas. Mientras ello no ocurra la situación jurídica del sujeto protegido es una situación de expectativa. ³¹ Sin embargo existe, antes del surgimiento del derecho a la prestación previsional, una tutela legal de

²⁶ De paso conviene tener presente que la IGSS ratificó recientemente su antigua posición y dijo que era un 250 % sobre la hora de día hábil y no sobre la hora ya doble del día de descanso o feriado.

²⁷ PERSIANI, cit. pág.49

²⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, en SAGARDOY, cit. pág. 61.

²⁹ Los diversos aportes del libro colectivo PLA RODRÍGUEZ, Américo y otros, *La Seguridad Social en el Uruguay* F.C.U. 2da. ed., Montevideo 1991, dan buena cuenta del punto.

³⁰ PERSIANI, Mateo, *Diritto della previdenza sociale*, Padova 1983, p.83. Véase los capítulos II, III y IV que interesan para un enfoque jurídico de esta índole.

³¹ ALMANSA PASTOR, ob. cit. pág. 129, distingue al sujeto protegido del beneficiario, afirmando que el primero es todo aquel que tenga un derecho potencial o un derecho actual, o un derecho potencial a algunas prestaciones y actual a otras. El término beneficiario alude en cambio sólo a quien actualizó ese derecho genérico a la prestación.

dicha posición, cuando se trata de una prestación de base contributiva. En Uruguay, la confección y el cuidado del Registro de la Historia Laboral, es un ejemplo de esa protección.³² Otras manifestaciones están ligadas a la vigilancia que respecto de la cotización puede efectuar el sujeto protegido o amparado. Este tiene derecho a denunciar que no se efectuó la aportación correspondiente en su cuenta personal, lo cual puede comprobar porque no aparece en la historia laboral, y al hacerlo genera derecho al 50 % de la multa³³.

VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL

La relación jurídica asistencial es propia de sistemas no contributivos. Se da cuando la relación jurídica de prestación no se apoya en, o mejor, no está conectada con, una relación jurídica de cotización subyacente.

En un sistema asistencial el pago de las prestaciones en dinero se realiza con cargo a las rentas generales de manera que la legislación reguladora de la relación de protección tendrá un marcado carácter territorialista. Pero si el sistema es contributivo o de seguro, la prestación dependerá de las cotizaciones abonadas y la legislación podrá tener un carácter personalista. En el primer caso será requisito imprescindible para tener derecho a la prestación, el "domicilio" o "residencia habitual" en dicho Estado, mientras que el segundo requerirá que se encuentre al corriente del pago de las cuotas.³⁴

Cuando la relación principal es la relación jurídica asistencial, se llegaría a un punto al cual la Seguridad Social siempre aspiró de alguna forma. Significa recoger el principio de solidaridad en estado puro: un estado en el cual se otorgan las llamadas prestaciones no contributivas. En este nivel, la relación jurídica de seguridad social se simplifica en una sola relación de protección, ya que la no contributividad hace desaparecer la relación de cotización y se puede llegar incluso a que la universalización subjetiva haga innecesario el control administrativo de la afiliación.

"Así, pues, la estructura de la relación jurídica asistencial comprenderá:

- Como *sujetos*, el Estado y su entidad gestora instrumental de una parte y el sujeto protegido de otra.
- Como *objeto*, el estado de necesidad real y efectiva, tipificado legalmente.
- Como *contenido*, la protección de la necesidad mediante prestaciones asistenciales.
- Como *principio jurídico*, la solidaridad genérica de toda la colectividad, en cuanto financiadas las prestaciones por los presupuestos generales del Estado."

Dice Almansa³⁵ que "cuando el ordenamiento establece un sistema de seguridad social asistencial, desaparecidas las obligaciones de afiliación y cotización, la relación jurídica de protección tiende a elevarse y a confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social, desapareciendo en su papel anterior de relación subordinada e instrumental".

Y agrega que "concebida como una relación jurídica principal y compleja, la de seguridad social, y otras subordinadas e instrumentales, entre éstas no existe reciprocidad ni sinalagmaticidad, genética ni funcional, porque cada una tiene sujetos propios, a veces coincidentes, pero con posiciones jurídicas subjetivas distintas; cada una de ellas tiene su propio objeto diverso, y cada una presenta un contenido obligacional distinto e independiente. No obstante, todas ellas se encuentran conectadas entre sí por el mismo principio fundamental inspirador y por la situación de instrumentalidad con respecto a la relación principal de seguridad social, que las cohesiona, aunque sin interdependencia".

VIII. CONEXIÓN ENTRE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Entre la relación jurídica contributiva y la relación jurídica de prestación no hay un vínculo sinalagmático estricto pero:

- a) Existe una **correspondencia** entre materia gravada y asignación computable; lo que llevó aportes es lo que se tiene en cuenta para calcular la prestación (se trata del llamado Principio de Congruencia

³² Ley n. 16.190, de 20 de junio de 1991, art. 7 y ley n. 16.713, de 3 de setiembre de 1995, arts. 86 a 91.

³³ Ley 16.244, de 30.III.92, art. 10 y decreto reglamentario 337/992 de 17.VII.92. V. Ponencia de Juan Fancisco DIESTE: *Consecuencias económicas derivadas de la extinción del vínculo laboral (Técnicas normativas para combatir al trabajo clandestino)* para Jornadas Rioplatenses de Derecho Laboral, mayo de 2.001. Se ha podido apreciar que existe un considerable número de denuncias por este tema, pero en la práctica no es fácil el cobro de lo estipulado.

³⁴ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, cit, pág. 61

³⁵ Ob. cit. p. 118

entre el monto de la cotización y el monto del beneficio, que está previsto en los arts. 11 y 146, inc. 1, de la ley n. 16.713)

- b) El aporte obrero puede ser visto como **una forma de pagar hoy el servicio** de mañana y también puede ser visto como un ahorro para constituir un capital que sea rentable en el futuro. .
- c) En relación al aporte personal del dependiente conviene tener presente también que si en cierto modo podría compararse con un impuesto a la renta, sobre todo cuando hay topes máximos de las prestaciones³⁶, la naturaleza jurídica correcta es la de un tipo de tributo específico: la **contribución especial** de seguridad social, y esta tiene por definición una conexión con un posible retorno en el futuro.

Téngase en cuenta que cierto carácter sinalagmático o cierta bilateralidad, se puede entrever también cuando se advierte que si el responsable de verter las cotizaciones no las vertió, el sujeto protegido no cobra los beneficios en el Banco de Previsión Social. En el campo jubilatorio no está prevista como en otros países,³⁷ la **automaticidad** de las prestaciones. Si es así, el beneficio se genera en el mismo momento que se configura la casual, sin averiguar si se efectuaron los aportes respectivos por los años de servicios que se reconocen. En Uruguay ello ocurre así en el régimen de accidentes de trabajo donde sí se pagan las prestaciones previstas. El régimen vigente prevé una relación directa entre el beneficiario y el ente asegurador que es el Banco de Seguros del Estado. Si bien la Relación jurídica de prestación no tiene total autonomía respecto de la Relación jurídica de cotización entre el ente y el empleador, el trabajador asegurado puede acudir directamente al Banco de Seguros y no sólo recibir asistencia médica sino también prestaciones en dinero. Será un beneficiario por el cual no se hicieron las cotizaciones previas. El hecho de que la Relación jurídica de prestación está conectada y depende de la Relación jurídica de cotización, se deduce de la posible acción del Banco de Seguros contra el empleador omiso en su deber de contratar el seguro.³⁸ En el caso de las prestaciones de pasividad, de todos modos, la prescripción decenal de los aportes opera quebrando el vínculo entre cotización y beneficio, ya que los períodos no cubiertos por las contribuciones –porque fueron prescritos–, deberían considerarse para el cálculo de las prestaciones.³⁹

La ausencia de relación automática entre cotización y prestación tiene un fundamento en el carácter contractual del sistema, que deriva de su configuración constitucional como función estatal y de naturaleza pública.⁴⁰ El Tribunal Constitucional español propugna la consideración plural de las relaciones jurídicas de Seguridad Social que diferencia la relación jurídica de cotización y de protección, respondiendo cada una a reglas propias y, en consecuencia aceptando la falta de reciprocidad o equivalencia entre ellas⁴¹.

³⁶ En el nuevo régimen previsional uruguayo, al estar topeado el monto por el cual se hacen aportes obligatorios (aproximadamente todo aquello que exceda de \$ 15.000 de 1996 -2.500 dólares de la época-), no es posible trasladar esa idea de cierta naturaleza de impuesto a la renta por que queda exenta buena parte en el caso de altos ingresos.

³⁷ v.g. PERSIANI cit. p. 35

³⁸ La naturaleza jurídica del seguro de accidentes ha quedado con esta modificación, más cerca de un seguro social que de una contratación mercantil. La prestación directa servida de este modo por el Banco de Seguros se acerca a una prestación de seguridad social no contributiva, propia de una Relación jurídica asistencial. De todos modos, el monto de la prestación directa en dinero, está topeado por una salario mínimo nacional. Está dispuesto en el art. 8 de la ley 16.704 que dice así:

El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que correspondan.

³⁹ PERSIANI cit. pág. 36.

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en Sagardoy, cit. pág. 227.

⁴¹ El autor desea expresar su agradecimiento especial a los Dres. Hugo de los Campos y Santiago Pereira Campos que han leído un trabajo preliminar y cuyas observaciones en buena parte han enriquecido diversas partes de este artículo.