

**UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA  
FACULTAD DE DERECHO**

**INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

Montevideo, 10 de junio de 2021

Señora Directora del Instituto de Derecho Administrativo

Prof. Dra. Graciela Ruocco

Presente

De mi mayor consideración:

Por la presente tengo el gusto de remitir a usted el informe solicitado en relación con la posibilidad jurídica de crear una institución con competencia de regulación y supervisión del sistema de seguridad social en su conjunto, incluyendo al Banco de Previsión Social (BPS), las personas públicas no estatales y los servicios centralizados en el Poder Ejecutivo a cargo de los regímenes previsionales militar y policial.

**I. INTRODUCCIÓN**

Como antes he expresado, el fenómeno de la regulación -que no es exclusivo de Uruguay, sino mucho más universal- arroja una luz nueva, que permite ver con perspectiva diferente a casi todas las instituciones del Derecho Administrativo, trayendo consigo una verdadera reformulación de esta rama del Derecho, sea por la vía de la redefinición de algunos de sus conceptos fundamentales, sea por la necesidad de un mayor énfasis en el tratamiento de otros.

Según se verá en este estudio, los orígenes de la regulación en el mundo aparecen ligados a la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, del ciudadano, en definitiva, tanto como el origen del Derecho Administrativo se encuentra vinculado con la defensa de los derechos públicos subjetivos y el nacimiento del Estado de Derecho.

Siguiendo la línea teleológica de aquellos orígenes, gran parte de las agencias reguladoras se crean con el objetivo primario de protección de dichos derechos particulares, al que se subordinan finalidades instrumentales como la eficacia, la eficiencia, o la sostenibilidad de los sistemas respectivos, entre otros.

En el caso, se consulta sobre la posibilidad jurídica de una agencia con potestades de regulación y supervisión en el sector de la seguridad social, cuya finalidad primaria sería la gobernanza del sistema con sostenibilidad como expresión particular del interés general, clave de bóveda del Derecho administrativo.

A los efectos del análisis requerido, se partirá de unas consideraciones preliminares sobre el concepto de regulación, sus orígenes en el mundo, y su evolución, con distinción somera entre regulación económica y social, continuando con un análisis del marco normativo con el que la agencia reguladora debería compatibilizar, en su caso.

## **II. CONCEPTO Y TIPOS DE AUTORIDAD REGULADORA**

Una primera cuestión a encarar es la de definir el alcance de la expresión “*autoridad reguladora*”, a los efectos de este análisis.

Si definimos como autoridad reguladora a toda autoridad que regula, la cuestión se traslada a definir qué entendemos por regulación.

### **II.1. Noción amplia de regulación**

De regulación podemos hablar en el sentido amplio empleado por Sayagués Laso cuando identifica a la regulación de la actividad privada como una de las categorías de su clasificación de cometidos estatales.

Según quedará desarrollado en el apartado VI. de la presente, dicho cometido de regulación de la actividad privada implica el dictado de normas y se cumple, en principio, en ejercicio de función legislativa<sup>1</sup>, como consecuencia de que están en juego derechos fundamentales.

El cometido de regulación mediante el dictado de leyes se complementa, explica Sayagués, con la realización de tareas concretas y prácticas, dirigidas a controlar, ayudar o encauzar las conductas de los particulares, con el objeto de ordenar y favorecer el desenvolvimiento de la actividad privada: actividad complementaria de

---

<sup>1</sup> SAYAGUÉS LASO, E., Tratado de Derecho Administrativo, Mont. 1974. En la nota 2 de la página 52, expresa el autor que la actividad privada individual se regula en nuestro régimen constitucional por ley, no por vía reglamentaria, salvo en la medida que lo autorice un texto legal, según la solución que emerge de los arts. 7 y ss., 36 y 85, incs. 1 y 3 de la Carta.

constatación (registros), estímulo (privilegios, subvenciones, primas), orientación (controles, autorizaciones), fiscalización (inspecciones), etc. Estas tareas de carácter complementario han sido denominadas por el autor, como “*aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada*”.

La regulación de la actividad privada en un sentido amplio tiene, según expresa Brito<sup>2</sup>, carácter multiforme, revistiendo las modalidades que van desde la regulación normativa -actos regla como la ley o el reglamento- hasta las operaciones materiales, pasando por disposiciones generales y actos subjetivos, contractuales y convencionales.

En la doctrina argentina, Cassagne define a la regulación como una de las funciones esenciales del Estado subsidiario<sup>3</sup>, “*que se configura básicamente -en su dimensión normativa- como una típica emanación del denominado poder de policía*”<sup>4</sup>.

Con un criterio formal que atiende al “*modus operandi*”, la noción de policía -tarea que constituye cometido esencial del Estado en la clasificación de Sayagués- se ha ido perfilando en relación con una actividad restrictiva de limitación y contralor de la vida privada, que emplea como medio la coacción, integrando una trilogía con las nociones de fomento y servicio público. En el fomento no se utiliza la coacción sino la persuasión; y la distinción con la noción de “*servicio público*” aparece por cuanto en éste, la actividad con vistas al fin público perseguido es cumplida directamente por la propia Administración o por su cuenta (prestación)<sup>5</sup>.

Con un criterio material que atiende a su contenido, la policía ha sido definida como aquella actividad que tiene por objeto el mantenimiento del orden público<sup>6</sup>, entendido éste como un estado de hecho en que se realizan los valores de seguridad, salubridad

---

<sup>2</sup> BRITO, M., Administración y regulación de la actividad privada, en Régimen administrativo de la actividad privada, Mont., 1990, pags. 225 y ss.

<sup>3</sup> En el Tomo I de su curso de Derecho Administrativo (Bs. As., 1998, pag. 63), el autor destaca como rasgo predominante del Estado subsidiario, el ser “*una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce las funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación) pertenecientes al Estado como comunidad perfecta y soberana, unidad que se completa al propio tiempo con otra, mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos).*”

<sup>4</sup> CASSAGNE, J. C., El servicio público y las técnicas concesionales, La Ley, 10/7/995, cit. por NALLAR, D., El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Bs. As., 1999, pag. 114.

<sup>5</sup> BARBÉ DELACROIX, J., Actividad administrativa de fomento, concepto, en Régimen administrativo de la actividad privada, Mont., 1990, pags. 19 y ss. Vid., asimismo, VÁZQUEZ, C., Actividad administrativa de fomento - Modalidades, en Régimen jurídico administrativo de la actividad privada, Curso de Graduados 1989, Mont. 1990, pags. 31 y ss.

<sup>6</sup> ROTONDO, F., Policía, Mont., 1979, pag. 20.

y tranquilidad públicas<sup>7</sup>. La seguridad refiere a la protección de la persona en su vida y patrimonio; la salubridad tiene que ver con la protección de la salud humana, animal y vegetal, y del medio ambiente; la tranquilidad refiere a la prevención de alteraciones a la normalidad de las vías y lugares públicos.<sup>8</sup>

Como surge de lo que viene de exponerse, la actividad regulatoria se relaciona, en cuanto implica dictado de normas, con lo que Sayagués denomina regulación de la actividad privada y sus aspectos administrativos. Por una parte, la regulación podría verse, asimismo, como manifestación de esa actividad de policía concebida en un sentido muy amplio, operando en ocasiones mediante el uso de la coacción. No obstante, por otra parte, y si atendemos a su contenido de orientación de la actividad regulada mediante incentivos, la actividad regulatoria se nos presenta, también, vinculada al concepto de fomento y su “*modus operandi*”: la persuasión.

Un alcance tan amplio de la noción de regulación expande notablemente también el elenco de las autoridades que podemos llamar reguladoras.

## **II.2. Noción restringida de regulación**

Sin embargo, recientemente se ha reservado la expresión “*autoridades reguladoras*” para designar a ciertas autoridades a las que el propio ordenamiento jurídico positivo ha nombrado en esa forma. Estas autoridades reguladoras desarrollan actividad de regulación en un sentido más restringido que el explicado por Sayagués.

En este sentido y siguiendo a Ariño Ortiz<sup>9</sup>, puede definirse a la regulación como “*la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos.*”

Con un enfoque similar, Cases Pallares<sup>10</sup> señala como una de las características de esta actividad, su objetivo de corregir las disfunciones del mercado. El autor agrega su naturaleza altamente especializada y técnica.

---

<sup>7</sup> Señala REAL, A. R., que se trata de una actividad fundamentalmente preventiva, excepcionalmente represiva, en Derecho administrativo policial, Mont., 1946, pags. 68 y ss.

<sup>8</sup> La latitud del concepto determina la existencia de diversas policías: sanitaria, bromatológica, de prevención y represión de delitos económicos, aduanera, de control de pesas y medidas, del trabajo, del tránsito y el transporte, cambiaria y crediticia, de la higiene ambiental, del orden, del fuego, de inmigración, aérea, marítima y fluvial, de control de calidad, de las profesiones y actividades, entre ellas las industrias, etc., incluyendo en este último caso, a la industria eléctrica.

<sup>9</sup> ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado, Madrid, 1993.

<sup>10</sup> CASES PALLARES, L., Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, 1995.

Desde la doctrina económica, la regulación ha sido definida como el modo de influir sobre el mercado, mediante la creación de un sistema de incentivos que naturalmente debería crear la competencia, guiando o restringiendo las decisiones económicas para conformarlas al interés público<sup>11</sup>. Ante la existencia de fallas del mercado (externalidades, monopolios naturales, asimetrías informativas, competencia excesiva, desigual poder de negociación), el Estado debe subsanarlas mediante incentivos.

Destaca Nallar<sup>12</sup>, que el concepto económico refiere a los efectos de la actividad: creación de incentivos, suplencia de fallas; en tanto que el concepto jurídico identifica los instrumentos: dictado de reglas. Pero en ambos conceptos aparece el mismo objetivo final: protección de la actividad regulada y sus actores.

El autor define la regulación como *“actividad de naturaleza esencialmente reglamentaria, que interfiere mediante el establecimiento de reglas, directivas e incentivos sobre determinado sector del mercado, a los efectos de orientar decisiones procurando concretar por su intermedio el bien común, siendo sus características la subsidiariedad y la transitoriedad.”* Es subsidiaria porque actúa cuando el mercado no puede salvar el problema por sí mismo y transitoria porque debe retirarse una vez salvada la falla.

En una acepción restringida de regulación, ésta aparece dirigida a actividades que se desarrollan en sectores con las particulares disfunciones antes mencionadas. Entre las actividades que presentan estas características, algunas de las primeras en que se institucionaliza la regulación son las llamadas *“public utilities”*, expresión empleada originariamente en los Estados Unidos de América para designar a actividades de interés público, creándose órganos administrativos con amplias atribuciones para regularlas<sup>13</sup>. La determinación de qué actividades constituyen *“public utilities”* corresponde al legislador, y normalmente recae en aquellas que tienen las características de monopolio natural, indispensabilidad del bien o servicio, incidencia económica general en el mercado o sector, necesidad de continuidad, regularidad y no discriminación en el acceso.

La denominación que, en español, recogería el sentido de la expresión en inglés es la de *“actividades de utilidad pública”*.

---

<sup>11</sup> Conf. VICKERS, J. y YARROW, G., *Privatization: an economic analysis*, 1998, The MIT Press, cit. por NALLAR, D., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Bs. As., 1999, p. 111.

<sup>12</sup> NALLAR, ob. cit., pag. 118.

<sup>13</sup> MALJAR, D. E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Bs. As., 1998, pags. 159 y ss.

El legislador que sanciona el marco normativo de las entidades reguladoras busca alejarlas del poder político y de los intereses de determinados sectores vinculados con dicho poder. Con esa finalidad se las dota de independencia funcional, intentando asegurar la imparcialidad en sus decisiones y su calidad de agencias serias y transparentes.

En el sentido expresado, la doctrina norteamericana afirma que la regulación debe ser separada de la política y entregada a una *“administración profesionalizada de expertos no partidistas”*<sup>14</sup>.

A efectos de evitar conflictos de interés, el rol regulador se separa del rol de diseño de las políticas sectoriales y de la prestación del servicio<sup>15</sup>, sin perjuicio de la necesaria coordinación.

La importancia del interés público comprometido, que define la necesidad de regulación, queda de manifiesto en los fundamentos del *“leading case”* en la materia, *“Munn vs. Illinois”* (1876). En dicho fallo, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América hace caudal de la tradición histórica del ejercicio de poderes de control sobre actividades de utilidad pública. La sentencia recoge la siguiente idea: *“cuando la propiedad privada es afectada por un interés público, cesa de ser Derecho privado solamente ... Cuando se consagra la propiedad a un uso en el cual el público tiene un interés, se ha, en efecto cedido al público un interés en ese uso, y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común”*.

La primera agencia administrativa federal fue creada en 1887 con la denominación de Comisión de Comercio Interestatal (Federal Trade Commission).

También suelen citarse como ejemplo de entidades reguladoras, las comisiones independientes europeas, que actúan en cada Estado miembro de la Unión Europea y sujetan su accionar a las directivas comunitarias.

Las agencias reguladoras surgen en el Derecho comparado, con una pretensión de autonomía respecto de los poderes del Estado. En general, los tribunales han respetado dicha autonomía, limitándose a revisar sus decisiones ilegítimas o irrazonables. Sus poderes de regulación y control suelen ser muy amplios: autorización de inversiones, control de razonabilidad de costos y beneficios, determinación de estándares técnicos, autorización de enajenación o alteración sustancial de los bienes afectados al servicio,

---

<sup>14</sup> FREEDMAN, The administrative process and american government, cit. por Maljar, pag. 161.

<sup>15</sup> Conf. FOSTER, V., Modernización y reforma del sector de agua potable y saneamiento, en Conferencia regional sobre reforma y modernización de los servicios de agua potable y saneamiento para México, Centroamérica, Haití y la República Dominicana, San Pedro Sula, Honduras, 29 -30 setiembre y 1º de octubre de 1996.

facultad de garantizar la obligatoriedad y no discriminación de la prestación, inspección de las cuentas e imposición de un sistema de contabilidad normalizado, aprobación previa de ampliaciones de capital, y potestad reglamentaria para establecer sus procedimientos<sup>16</sup>.

Finalmente, corresponde destacar la tendencia a la creación de autoridades reguladoras en sectores con características diferentes a los mencionados, como es el caso de los mercados financieros, la actividad en el área de la salud o la educación, y aún cabe mencionar la regulación en materias completamente ajenas a los mercados antes aludidos, como puede ser el caso de la regulación en relación con la protección de datos personales o incluso, con las compras estatales.

### **II.3. La regulación social**

Algunas de las circunstancias señaladas, que plantean como necesaria la regulación, pueden presentarse en el ámbito de la seguridad social, sobre el que recae la consulta. Para ámbitos como éste, alguna bibliografía distingue la categoría de "*regulación social*", más allá de que no existe total consenso sobre el alcance a dar a dicha noción. Ello se explica, en parte, porque muchas veces existen importantes puntos de convergencia entre regulación social y regulación económica, sin perjuicio de las especialidades que puedan anotarse.<sup>17</sup> Es así como en un mismo sector o diseño regulatorio pueden encontrarse objetivos especiales de la regulación social a los que se suman objetivos de regulación económica, y viceversa.

Ya en la segunda mitad de la década de los setenta aparece la referencia a esta especie dentro del género, en virtud de las primeras regulaciones en materia ambiental, de ordenamiento territorial, de vivienda o de seguridad social, entre otras.

La condición que parece esencial en este tipo de regulación es la de su impacto directo sobre la población, en relación con el más indirecto que deriva de la regulación económica y que, como hemos expresado, opera fundamentalmente mediante incentivos para corregir disfunciones de los mercados.

---

<sup>16</sup> ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado, siguiendo a WELCH y BAUER, cit. por MALJAR, ob. cit., pags. 178 y ss.

<sup>17</sup> LILLEY, William y Miller, James C. – The new "social regulation", en <https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e/1a4/c3c/58e1a4c3c40a6424510355.pdf>.

En cuanto a la institucionalidad, existen en el Derecho comparado diversos modelos de entidades con potestades de regulación social y supervisión, entre las que pueden mencionarse las siguientes:

En España, estas atribuciones están a cargo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP)<sup>18</sup>, órgano directivo y regulador al que no se ha dado naturaleza jurídica de agencia independiente, sino que se lo ha colocado en la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por Real Decreto N° 139/2020 de 28 de enero de 2020. Dicha Dirección General supervisa y controla el sector de seguros y fondos de pensiones, con el objetivo de protección de los derechos de los beneficiarios del sistema. Su estructura y cometidos se definen en el Real Decreto N° 403/2020, de 25 de febrero de 2020, dividiéndose en cinco subdirecciones: Regulación y Relaciones Internacionales; Inspección; Solvencia; Autorizaciones, Conductas de Mercado y Distribución; y Organización, Estudios y Previsión Social Complementaria.

En Bolivia, la supervisión, fiscalización, control y regulación de los actores de la seguridad social y del mercado de seguros, resguardando los derechos de asegurados y beneficiarios, se encuentra a cargo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS)<sup>19</sup>, *“bajo tuición del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas”*, a la que se dota de potestad inspectiva y sancionatoria. El Sistema Integral de Pensiones, que asigna competencia a dicho órgano, se encuentra regulado por el artículo 163 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

En Chile, la Superintendencia de Pensiones (SP)<sup>20</sup> es el organismo de contralor, habiendo sido diseñado como entidad autónoma, cuya máxima autoridad se encuentra en el Superintendente. Se relaciona con el gobierno a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por intermedio de la Subsecretaría de Previsión Social. La SP fue creada por la Ley N° 20.255 de marzo del 2008, como sucesora y continuadora legal de la Superintendencia Administradora de Fondos de Pensiones, creada por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980. Su estatuto orgánico se halla contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 101 de 1980. Su cometido es la protección de los derechos previsionales de las personas, contribuyendo al buen funcionamiento del sistema de pensiones y del seguro de cesantía.

---

<sup>18</sup> <http://www.dgsfp.mineco.es/es/Paginas/Iniciocarrousel.aspx>.

<sup>19</sup> <https://www.aps.gob.bo/pensiones/entidades-fiscalizadas-pensiones>

<sup>20</sup> <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-propertyvalue-5990.html>



En Costa Rica<sup>21</sup>, la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) se ha diseñado como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central, por la Ley N° 7523 de agosto de 1995, con sus modificativas, la última de las cuales es la Ley No. 9746 de octubre de 2019. Esta entidad autoriza, regula, supervisa y fiscaliza los planes, fondos, gestores y regímenes contemplados en el marco normativo que regula el Sistema Nacional de Pensiones, supervisa los regímenes básicos de pensiones, los complementarios y el fondo de capitalización laboral, atiende denuncias y consultas y autoriza productos relacionados con pensiones (planes, contratos y comisiones, entre otros).

En México<sup>22</sup>, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR) se encarga de la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro. Se ha constituido como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas, con competencia funcional propia, por la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro de mayo de 1996 y sus modificativas, la última de las cuales es de enero de 2014. Establece las reglas para el funcionamiento adecuado del sistema, vigila el buen resguardo de los recursos de los trabajadores, supervisa las inversiones de acuerdo a parámetros definidos, y ejerce potestad sancionatoria.

En República Dominicana<sup>23</sup>, la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) es también una entidad estatal autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargada de velar por la transparencia y el cumplimiento de la Ley N° 87-01 de mayo de 2001 (que crea el Sistema de Seguridad Social), y sus normas complementarias, de proteger los intereses de los afiliados, de vigilar la solvencia financiera de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y de contribuir a fortalecer el Sistema Previsional. Entre sus principales atribuciones se encuentra garantizar la solvencia y eficiencia de los entes del Sistema Previsional.

### **III. AUTORIDADES REGULADORAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO**

Puede decirse que, con la sanción de la Ley de Marco Regulatorio del Sistema Eléctrico Nacional N° 16.832 de 17 de junio de 1997 -que creara la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE)- el Derecho positivo uruguayo inaugura la era de las unidades, agencias o autoridades reguladoras, incluyendo por primera vez en su nombre, una referencia a la actividad de regulación. La regulación en energía y agua está

---

<sup>21</sup><https://www.supen.fi.cr/web/supen/funciones>

<sup>22</sup> <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>

<sup>23</sup> <https://www.sipen.gob.do/index.php/sobre-nosotros/quienes-somos>

actualmente encargada a la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), originalmente creada por la Ley N° 17.598 de 13 de diciembre de 2002.

Lo expresado es sin perjuicio de la existencia de otros precedentes normativos de asignación de competencia regulatoria.

En la materia de las telecomunicaciones, el Regulador es la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), originalmente creada en el artículo 70 de la Ley de Presupuesto Nacional N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, con competencia de regulación también en servicios postales.

Creadas como órganos con desconcentración no privativa, URSEA y URSEC tienen hoy -en virtud de la LUC- la naturaleza jurídica de Servicios Descentralizados.

En el área de servicios financieros, la regulación está a cargo de la Superintendencia de Servicios Financieros (SSF) del Banco Central del Uruguay, creada por el artículo 36 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, con la redacción dada por el artículo 9° de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008.

También se han asignado potestades de regulación en otros sectores de actividad, como los ya aludidos del control de datos personales, a través de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP), creada por la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008, y el de las compras estatales, con la creación de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), en la Sección V (Eficiencia del Estado), Capítulo IV (artículos 329 y siguientes) de la Ley de Urgente Consideración (LUC) N° 19.889 de 9 de julio de 2020.

#### **IV. GOBERNANZA Y SOSTENIBILIDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL URUGUAYA**

Hemos tenido a la vista el Informe producido por la Comisión de Expertos en Seguridad Social (Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo).

El documento describe en forma detallada la evolución jurídico-institucional del sector, desde la creación del primer esquema jubilatorio que recogió el modelo de los seguros sociales, en 1896, hasta la creación del BPS en la Constitución de 1967, analizando las vicisitudes determinadas por el gobierno de facto; la reinstitucionalización de dicho Banco y la devolución de las personas públicas no estatales de seguridad social (que cubren a bancarios, escribanos y profesionales universitarios) a su estado "ex ante", con el retorno a la democracia; la reforma del artículo 67 de la Constitución en 1989; la creación del régimen mixto con la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995, y sus modificaciones (en especial Leyes N°s 18.395 de 24 de octubre de 2008, 19.162 de 1°

de noviembre de 2013 y 19.590 de 28 de diciembre de 2017). También alude a los servicios estatales a cargo de los Ministerios de Defensa Nacional y del Interior.

En lo que a esta opinión resulta más relevante, el documento destaca lo siguiente:

- a) El sistema plantea desafíos que deben encararse en procura de un programa universal e integral de protección social adecuado a las cambiantes condiciones de la población y el mundo del trabajo.
- b) Los diversos programas de seguridad social se encuentran insuficientemente integrados *“y, algunos de ellos, pobremente regulados y supervisados. Estas debilidades institucionales contribuyen a generar inequidades, rigideces, fallas o lentitud en la detección de problemas y vulnerabilidades de los programas.”*
- c) El desafío es usar eficazmente los recursos, inevitablemente limitados, para articular propuestas equilibradas, que permitan avanzar en un proceso de desarrollo sostenible e integrador.
- d) La sostenibilidad financiera es un requisito de cualquier propuesta seria de reforma, con balance entre los objetivos del sistema de manera compatible con una cobertura tendiente a la universalidad, niveles adecuados de beneficios y sostenibilidad, que deben atenderse en forma conjunta.

Entre las asimetrías que debieran corregirse, se señala la heterogeneidad de derechos y obligaciones entre los diferentes regímenes, incluso al interior del BPS, lo que se traduce en que cada aporte genera beneficios de diferentes cuantías y características, según el sector de que se trate. Del mismo modo, la posibilidad de seguir trabajando luego de la jubilación también difiere entre sectores de afiliación.

Específicamente, en el Anexo VIII del documento, titulado *“Regulación y supervisión de la Seguridad Social”*, se consigna lo siguiente:

- a) La necesidad de supervisión en la seguridad social, con finalidad de una adecuada *“accountability”*, no existiendo en Uruguay, como sí ocurre en otros países y como recomienda la Asociación Internacional de Seguridad Social en sus directrices sobre una buena gobernanza, un organismo que realice una supervisión externa e integral del sistema.
- b) Existe una multiplicidad de instituciones vinculadas a la seguridad social: prestadores de servicios, como el BPS, las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAPs), el Banco de Seguros del Estado (BSE), los Servicios de Retiros policial y de las Fuerzas Armadas, las tres Cajas Previsionales (Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios

– CJPPU, Caja Notarial de Seguridad Social - CNSS y Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias - CJPB), así como Sociedades Administradoras de Fondos Complementarios de Previsión Social.

- c) También existe una pluralidad de órganos y organismos con potestades de regulación y supervisión: Poder Ejecutivo (en especial, en virtud de los artículos 197 y 198 de la Constitución), Banco Central del Uruguay (BCU) a través de su Superintendencia de Servicios Financieros (SSF), Tribunal de Cuentas de la República (TCR), Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (MTSS), y Auditoría Interna de la Nación (AIN).
- d) Esto determina evidente heterogeneidad en la regulación y supervisión del sistema.

## **V. COMETIDOS Y ATRIBUCIONES PROYECTADOS PARA UNA EVENTUAL ENTIDAD DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN**

En el requerimiento recibido, se formula consulta sobre la posibilidad jurídica de crear una entidad de regulación y supervisión para el sector, con **cometidos** de **evaluar** la suficiencia y cobertura de todas las prestaciones, tanto como la sostenibilidad del financiamiento; de **velar** por un adecuado diseño de los regímenes de ahorro y desacumulación individual, coordinando acciones con la SSF; así como de **promover** el desarrollo de productos adicionales y el conocimiento de los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones.

A los efectos de cumplir con tales cometidos, las atribuciones de dicha entidad incluirían **regular y supervisar a los organismos prestadores**, en relación con la administración de ingresos, reservas y recursos; los derechos y prestaciones; el requerimiento de información; el diseño de fondos y productos; el establecimiento de parámetros actuariales necesarios y del régimen informativo contable a aplicar por las entidades supervisadas; y la publicación periódica de informaciones de dichas entidades supervisadas.

Incluirían, asimismo, la **evaluación periódica** de la situación económico-financiera de las entidades, del cumplimiento de las normas vigentes y de la calidad de su gestión. También se las dotaría de **potestad sancionatoria**, de suscribir **acuerdos de cooperación**, de **atender reclamos de los consumidores** de las entidades supervisadas y de **asesoramiento al Poder Ejecutivo y al Parlamento** en las materias de su competencia, sea mediante la difusión de los informes que le exige la ley, como a solicitud de parte.

## VI. VALORACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD PROYECTADA, A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

**Asumiendo que la creación institucional proyectada se llevará a cabo a través del dictado de una ley nacional, el análisis de juridicidad solo debe pasar la prueba de su constitucionalidad.**

El primer conjunto de disposiciones constitucionales a ser consideradas es aquel que constituye límite para toda actividad regulatoria, ya mencionado brevemente en el apartado II.1. de la presente.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 10 de la Constitución de la República: *“Ningún habitante está obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Esta disposición recoge los principios de libertad y legalidad que rigen la condición de las personas. Toda persona tiene derecho a desenvolverse libremente dentro de los límites que fija la Ley.

En el mismo sentido expresa la Carta: *“Todos los habitantes tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”* (artículo 7°). Expresa, además: *“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita”* (artículo 36).

Es así como la Carta reserva a la Ley en sentido orgánico-formal -esto es al acto sancionado por los órganos parlamentarios, y promulgado por el órgano Poder Ejecutivo, siguiendo las formas y procedimientos que ella prevé- cualquier limitación a la libertad.

Vale tener presente que la Constitución emplea la palabra *“ley”* para referir al acto legislativo que se aprueba conforme a sus artículos 133 a 146<sup>24</sup>, y ella determina que ciertas materias, incluidos específicamente los derechos fundamentales, solo pueden ser reguladas mediante dicho acto legislativo. Es lo que se denomina *“materia de reserva legal”*.

---

<sup>24</sup>El propio título de la Sección VII se denomina *“De la proposición, discusión, sanción y promulgación de las leyes”*.

Al respecto expresa Jiménez de Aréchaga: “[L]as tradiciones y doctrinas que han inspirado todo nuestro derecho público desde los más antiguos tiempos determinan que las limitaciones a los derechos fundamentales tienen que ser por ley”.<sup>25</sup>

Y más precisamente agrega Jiménez de Aréchaga<sup>26</sup>: “¿Qué quiere decir la palabra ‘Ley’?, ¿Se ha tomado en el sentido de Ley formal o Ley material? ¿Se refiere simplemente a los actos-regla o, por el contrario, establece que los derechos fundamentales sólo pueden ser disciplinados por actos-reglas emanados de la Asamblea conforme a los procedimientos establecidos en la sección VII de la Constitución? Yo entiendo que esa es la conclusión. (...) [L]os poderes de libertad han sido siempre confiados al Parlamento, no solo atendiendo al hecho de que el Parlamento actúa normalmente por vía de actos-regla, sino por haberse considerado tradicionalmente que el Parlamento, por su composición es el órgano de gobierno que representa para los ciudadanos una más efectiva protección de derechos (...) [L]a regulación de la libertad no puede hacerse por vía de actos-regla emanados del poder administrador ni de ningún otro centro de autoridad, sino por vía de actos-regla emanados del órgano parlamentario

Para explicar el ámbito de reserva de ley, el autor alude a los llamados poderes de libertad (incluida la económica), de institución (creación, modificación y supresión de instituciones) y de bolsa (en relación con lo presupuestario y tributario).

En el mismo sentido Sayagués Laso dice que existe una materia propia de la ley: “Hay, pues, una zona reservada exclusivamente a la Ley. Ello surge expresamente de la Constitución, que exige Ley en gran número de casos<sup>27</sup>.” Y cita, entre los casos en los que nuestra Constitución exige expresamente la ley, a los artículos 7º, 10 y 36 ya aludidos.

Al igual que los autores antes mencionados, en el pasado he señalado que “toda medida limitativa específica de los derechos fundamentales, a ser adoptada por la Administración, requerirá de norma legal habilitante”<sup>28</sup>.

Aguirre Ramírez, por su parte, explica: “Llámase reserva de ley al conjunto de materias cuya regulación la Constitución comete exclusivamente a la Ley y que, por consiguiente, no pueden ser regidas por actos jurídicos de rango inferior ... Solo la Ley,

---

<sup>25</sup>JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. - La Constitución Nacional, Tomo I, Ed. Cámara de Senadores, Mont., 1992.

<sup>26</sup>JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución Nacional cit.

<sup>27</sup>SAYAGUÉS LASO, E. - Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8ª Edición, puesta al día a 2002 por Daniel Hugo MARTINS. Montevideo, FCU, 2002, pág. 106.

<sup>28</sup>VÁZQUEZ, C. - Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada, en Revista de Derecho Público, año 8, N° 16, Montevideo, 1999, pág. 54.

históricamente, puede regular las libertades individuales y limitarlas. Por dos razones: 1º) Porque esa regulación debe hacerse en normas generales, sin alterar la igualdad entre los hombres; 2º) Porque, políticamente, tales limitaciones solo pueden emanar de los Parlamentos, como garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes ... Afirmamos desde ya, enfáticamente, que los Gobiernos Departamentales no son competentes para regular los derechos individuales por decretos de sus Juntas Departamentales ... Cuando la Constitución se refiere a las leyes o a la ley, particularmente en su Sección II pero también en el resto de su articulado, alude a dichas leyes formales y no a estos decretos legislativos. La materia constitucionalmente reservada a la ley no puede, pues, ser regulada por decretos de los Gobiernos Departamentales ... la lectura objetiva del texto de la Constitución -y el análisis de su contexto- lleva inequívocamente a la conclusión de que los derechos individuales -las libertades públicas, como a veces se les llama- no pueden ser regulados ni limitados sino por leyes formales, sancionadas por el Poder Legislativo.”<sup>29</sup>

También Risso Ferrand<sup>30</sup> afirma: “La reserva legal, en lo que refiere a los derechos humanos, significa que sólo por ley, y en los casos en que la Constitución lo permite, podrán limitarse los derechos humanos. O en otras palabras, mediante un acto administrativo o un acto jurisdiccional no podrá establecerse una limitación o restricción en los derechos fundamentales. La limitación debe surgir siempre de la ley”.

En igual sentido, ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo: “... “atendiendo a la materia, hay todo un ámbito de materias excluido de la potestad reglamentaria (...) la reserva de ley, que puede esquematizarse en los siguientes rubros: la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes y de los ciudadanos; (...). En una expresión todavía más esquemática con palabras de Aréchaga: los poderes de bolsa, de institución, de libertad. Estas son materias vedadas al reglamento como normación inicial...”<sup>31</sup>

En otra sentencia afirma el Tribunal: “En nuestro Derecho, la limitación de derechos es por imperio constitucional materia reservada a la ley.”<sup>32</sup>

Y más concretamente en relación con Decretos Legislativos Departamentales que limitan actividades en el ámbito de la libertad, el Tribunal expresa: “En definitiva, a juicio de la Corporación, el mencionado artículo del Digesto Municipal resulta, por un lado

---

<sup>29</sup> AGUIRRE RAMÍREZ, G. – Derecho Legislativo, Tomo I, Teoría General de la Ley, FCU, Mont., 1997.

<sup>30</sup> RISSO FERRAND, M. - Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos, 2ª ed., FCU, Mont., 2011, pág. 81.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 70/2014.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 753/2015.

*inaplicable a la situación de la actora, porque no se halla bajo su supuesto. Y aún, si lo estuviere, carecería del valor y fuerza para limitar el desarrollo de una actividad lícita porque conforme a la Constitución solamente una ley nacional puede quitar actividades del ámbito de la libertad.*<sup>3334</sup>

Cabe agregar que nuestro ordenamiento no permite la delegación legislativa, esto es la delegación de potestades asignadas al Poder Legislativo, en favor de otros órganos, por cuanto los poderes jurídicos son “*poderes-deberes*” y solo pueden transferirse cuando ello es facultado por una norma de igual o superior jerarquía que la que los ha atribuido. En efecto, como la potestad para dictar leyes ha sido asignada al Poder Legislativo por la Constitución de la República, dicha potestad no puede ser delegada en Uruguay, en ausencia de disposición constitucional que prevea dicha delegación, como sí es permitido en otros países.

La primera consideración de orden constitucional queda salvada, entonces, si la creación de una nueva institucionalidad para la regulación y la supervisión del sistema de seguridad social se recoge en norma de nivel legal conforme a la Carta.

**El siguiente paso es confrontar esta iniciativa con el conjunto de las disposiciones de la Constitución de la República que, específicamente, regulan el ámbito de la seguridad social.** Ellas son el artículo 67, el artículo 86 y el artículo 195.

El **artículo 67** citado formula **tres pilares**, que la Ley no podrá dejar de cumplir<sup>35</sup>:

---

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 594/2014.

<sup>34</sup> Alguna doctrina (es el caso de Pablo Balarini, en Rev. de Derecho Público N° 16, Mont., 1999, p. 147) ha admitido la posibilidad de limitar derechos fundamentales por acto legislativo departamental, y esta postura ha sido acogida por la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en sentencias 82/1991 y 287/2002.

En dicha perspectiva se ha sostenido que el Decreto Legislativo Departamental podría limitar derechos fundamentales si lo hiciera dentro del ámbito de la competencia departamental. Entiendo que la circunstancia de que se actúe dentro de tal competencia no legitima que se lo haga violentando el principio de legalidad. En efecto, que la Constitución haya asignado competencia al órgano legislativo departamental en una determinada materia, no significa que al ejercerla pueda vulnerar el principio de reserva de Ley consagrado con carácter general en la parte dogmática de la Carta.

Por otra parte, es claro que el constituyente ha utilizado la expresión “*Ley*” en un sentido estricto, no comprensivo de los Decretos de los Gobiernos Departamentales. Ello se advierte cuando incorpora ambas expresiones en disposiciones diversas, al regular el procedimiento para obtener la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos (artículo 256 para la Ley en sentido orgánico formal y artículo 260 para el acto legislativo departamental). Si al mentar a la “*Ley*”, quedara incluido el Decreto Legislativo Departamental, el artículo 260 sería innecesario.

<sup>35</sup> Vale recordar que la Disposición Transitoria y Especial V´), específicamente declara la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1º de octubre de 1992, disponiendo que la Suprema Corte de Justicia, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al



- a) La organización de las jubilaciones generales y los seguros sociales en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc., y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente; además de la pensión a la vejez.
- b) Los ajustes de las asignaciones de Jubilación y Pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.
- c) Las prestaciones se financiarán sobre la base de contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley, que no podrán ser afectados a fines ajenos a los mencionados; y la asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario.

El **artículo 86**, por su parte, define la necesidad de **iniciativa privativa del Poder Ejecutivo para la asignación o aumento de pensiones, el establecimiento o modificación de causales, cómputos o beneficios jubilatorios y la creación de retiros**. También esta disposición se erige, entonces, como referencia constitucional a ser considerada por la Ley que diseñe la nueva institucionalidad que se proyecta.

Por último, corresponde considerar el **artículo 195**, que crea el Banco de Previsión Social con carácter de Ente Autónomo, con el cometido de *“coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social”*. Dada esta creación con tal naturaleza jurídica, en el propio texto constitucional, estamos ante lo que la doctrina ha llamado *“Ente Autónomo necesario”*.

En relación con esta última norma, lo que corresponde verificar es que la nueva institucionalidad proyectada no resulte incompatible con las potestades de coordinación de servicios estatales de previsión social y de coordinación de la seguridad social, asignadas por el constituyente al BPS.

¿Qué cabe entender por la expresión ***“coordinar servicios estatales de previsión social”***?

El concepto de coordinación ha sido utilizado por la doctrina de Derecho administrativo, en especial por Sayagués<sup>36</sup> y Méndez, en el marco de la Teoría de la organización.

---

Poder Legislativo. Y agrega: *“Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia.”*

<sup>36</sup> SAYAGUÉS LASO, E. – Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, Mont., 1974. MÉNDEZ, A. - Sistemas orgánicos, y La jerarquía, Amalio M. Fernández, Mont., 1973.

Puede decirse que dicho concepto remite a la armonización para hacer compatible la unidad con la variedad en una organización, expresando la idea de un ordenamiento funcional con ánimo de dirección.

Específicamente, Sayagués la plantea como necesidad de la complejidad de la organización estatal, para dar unidad de acción a la misma.

Cabe entender, entonces, que el sentido de dicha coordinación de los servicios estatales de previsión social se cumple en lo que refiere a la integración de las ex Cajas (Civil, Industria y Comercio y Rural), al BPS, hace más de cincuenta años.

Más esquivada resulta la expresión constitucional que asigna al BPS ***“organizar la seguridad social”***.

Tomada la expresión *“seguridad social”* como conjunto de prestaciones reguladas por la ley mediante las que se procura dar al individuo *“un grado suficiente de bienestar para que desarrolle adecuadamente su personalidad en beneficio propio y de la sociedad”* - tal como la define el artículo 1° del Acto Institucional N° 9 de 23 de octubre de 1979 y resulta de los documentos de la OIT- surge que ese cometido de organización se ha venido cumpliendo por el BPS únicamente en relación con los servicios del sistema que lo integran.

La pregunta es, entonces, si de algún modo puede violentar la Constitución la creación de una entidad investida de potestades de regulación y supervisión de todo el sistema, con los cometidos y atribuciones detallados en el apartado V, que llegue para sumarse al escenario institucional como ha venido funcionando.

**Gran parte de dichas atribuciones y cometidos no plantea objeción alguna, encuadrando más bien en el concepto de *“administración consultiva”* o *“de contralor”*, con potestades vinculadas a la evaluación y a la información. Tal es el caso de aquellas actividades que se definen a través de los verbos nucleares *“evaluar”*, *“velar”*, *“promover”*, *“supervisar”*, *“cooperar”* o *“asesorar”*.**

**Tampoco se advierte dificultad para cometerle la defensa del consumidor en la materia.**

Más cautelosa deberá ser la asignación de atribuciones en lo que refiere a la actividad de regulación<sup>37</sup>, debido a lo antes expuesto con referencia al principio de legalidad. A este respecto, **lo recomendable es acotar la atribución de potestades de**

---

<sup>37</sup> En especial, todo lo relativo a la determinación de derechos y prestaciones de los regímenes de reparto debe ser regulado por la Ley.

regulación, a la “*regulación técnica*”, facultando a la entidad para elaborar proyectos en los temas que requieran ley según lo señalado, con respeto, obviamente, de la preceptiva del artículo 86 de la Carta sobre iniciativa privativa del Poder Ejecutivo cuando corresponda.

## VII. REFLEXIONES FINALES

1. En principio nada obsta a la creación de una entidad con competencia de regulación y supervisión como la que se propone.
2. Dicha creación deberá disponerse por Ley y con ajuste a las reglas de Derecho de jerarquía constitucional que regulan el sector, mencionadas en la presente.
3. En especial, la asignación de cometidos y funciones deberá ser respetuosa del principio de legalidad y reserva de ley, considerando que nuestra Constitución no habilita la delegación de potestad legislativa. Deberá considerar, asimismo, para el caso de asignación de atribuciones de formular proyectos, los temas para los que la Carta exige iniciativa privativa del Poder Ejecutivo.

Quedando a disposición por cualquier aclaración que se estime pertinente, saludo a usted muy atentamente.



Prof. Dra. Cristina Vázquez  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Coordinadora del Master de Derecho Administrativo y  
Coordinadora del Área de Derecho Público (Udelar)