# UNA SOLUCIÓN PARA LOS "CINCUENTONES" COMENTARIOS SOBRE PROYECTO DE LEY QUE TRATA LA DESAFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE JUBILACIÓN POR AHORRO INDIVIDUAL

DRA. MARÍA EMILIA MARECO

galante& martins

*María Emilia Mareco, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del departamento legal de Galante & Martins.*

## I. INTRODUCCIÓN

Por Ley No. 16.713 de fecha 3 de Setiembre de 1995 se creó un sistema previsional de cobertura de invalidez, vejez y sobrevivencia en el que pueden distinguirse dos regímenes, el régimen mixto y el régimen de transición.

En el régimen mixto, se reciben contribuciones y se otorgan prestaciones de forma combinada, mediante el sistema de solidaridad intergeneracional y el de jubilación por ahorro individual.

El primer sistema es administrado por el Estado a través del Banco de Previsión Social y se financia mediante aportes de trabajadores activos, de empleadores y de los tributos, así como la asistencia financiera proveniente del Estado. La cuantía de la prestación a percibir por concepto de jubilación es definida, se encuentra predeterminada por el organismo.

Por su parte, en el segundo sistema, el de ahorro individual, cada trabajador se afilia a una Administradora de Fondos de Ahorro de Previsión Social (AFAP). Los aportes del afiliado se acumulan en una cuenta personal siendo los únicos componentes de la cuenta el monto acumulado por sus ahorros personales y la rentabilidad que estos generan. Una vez configurada la causal jubilatoria los fondos se transfieren a una compañía de seguros elegida por el afiliado la que le abonará una prestación mensual, resultante de dividir el monto acumulado durante su vida laboral entre su expectativa de vida.

El sistema que venimos de ver comprende tres niveles o pilares de cobertura determinados según el volumen de ingreso mensual o "asignaciones computables" del afiliado. A quienes percibían $ 5.000[1] mensuales se les aplica el pilar de la solidaridad intergeneracional y a su vez se les da la opción de quedar incluidos en el régimen de ahorro individual obligatorio. Aquellos que computaban mensualmente entre $ 5.000 y $ 15.000[2] se les concedió la opción de quedar incluidos en el pilar de ahorro individual obligatorio por los aportes personales jubilatorios que corresponden al 50% de sus asignaciones computables, y por el otro 50% aportan al pilar de solidaridad intergeneracional. En último lugar, por el tramo de asignaciones computables que excedían de $ 15.000[3], el trabajador podría optar por aportar o no a la Administradora de Fondos por el excedente.

De lo que viene de decirse se desprende, que quedaron incluidos de forma obligatoria en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen mixto todos los menores de 40 años de edad al 1° de abril de 1996, y todos aquellos que a partir de esa fecha ingresaran por primera vez al mercado laboral.

En cuanto al régimen de transición, el mismo comprendió a aquellos trabajadores que al 1° de abril de 1996 tuvieran 40 o más años de edad, estos afiliados debieron realizar sus aportaciones personales sobre el total de sus asignaciones computables mensuales únicamente al Banco de Previsión Social.

Ahora bien, aquellos trabajadores que quedaron incluidos de forma obligatoria en el "régimen mixto" cuando ya había transcurrido una parte importante de su trayectoria laboral, y que al 1° de Abril de 2016 con-

1 Los valores son los correspondientes al mes de Mayo de 1995.
2 Los valores son los correspondientes al mes de Mayo de 1995.
3 Los valores son los correspondientes al mes de Mayo de 1995.

taban con 50 a 59 años de edad, advirtieron que sus jubilaciones serían menores a las obtenidas por los trabajadores comprendidos en el "régimen de transición". Esta desventajosa situación ha sido exteriorizada por diversas organizaciones políticas y sociales, además de particulares que entienden ser directamente perjudicados.

## II. FRUSTRADO INTENTO POR OBTENER LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE VARIAS DISPOSICIONES DE LA LEY NO. 16.713

Un amplio colectivo integrado por aquellos afiliados que se consideraban directamente afectados por la aplicación práctica de la Ley No. 16.713, presentó ante la Suprema Corte de Justicia una solicitud de declaración de inconstitucionalidad sobre varias disposiciones de la misma, basados en una presunta violación de los Artículos 8[4] y 67[5] de la Constitución.

> *"Un amplio colectivo integrado por aquellos afiliados que se consideraban directamente afectados por la aplicación práctica de la Ley No. 16.713, presentó ante la Suprema Corte de Justicia una solicitud de declaración de inconstitucionalidad sobre varias disposiciones de la misma, basados en una presunta violación de los Artículos 8y 67 de la Constitución."*

Los accionantes fundaron su legitimación en cuanto sujetos incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, más precisamente por imperio de lo dispuesto por el Artículo 2 inciso primero[6].

En concreto, alegaron que la norma implica una violación concreta al principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna, ya que por aplicación de la impugnada, quienes se ubicaban en la franja etaria que quedó comprendida por el régimen mixto, han sufrido una situación más desfavorable respecto a aquellos incluidos tanto en el régimen de transición como los que ingresaron al sistema de ahorro individual obligatorio con menos edad que los comparecientes.

Según indicaron, de los dos regímenes jubilatorios descriptos en el punto I el suyo sería el menos beneficioso, dado que implica que su ingreso por jubilación sea menor que el resultante de los demás sistemas. Esto es así por dos razones; en primer lugar, el periodo de capitalización en la cuenta personal por ahorro individual teniendo más de 30 años de edad y una trayectoria laboral considerable será menor que el de aquellas personas que transcurren toda su vida laboral en vigencia del sistema. En segundo lugar, pese a que realizaron los mismos aportes que los incluidos en el régimen de transición en el periodo previo a la vigencia de la Ley, estos no fueron vertidos en su totalidad al Banco de Previsión Social, por lo tanto no se capitalizaron en sus cuentas individuales, y tampoco serán tomados en cuenta para el cálculo de la pasividad que recibirán del Banco de Previsión Social. Consideran que también se infringe el principio de igualdad *"por habérseles impuesto una carga que debió soportar toda la sociedad".*

En particular expresaron que *"…las pasividades a generarse a partir de Abril de 2016 son sensiblemen-*

4 Artículo 8º de la Constitución.- "*Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes*".

5 Artículo 67 de la Constitución.- "*Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán 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. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales. Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central. Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de: (A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y (B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario*".

6 Artículo 2º de la Ley No. 16.713.- (Ámbito subjetivo de aplicación). "*El nuevo sistema previsional comprende obligatoriamente a todas las personas que sean menores de cuarenta años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, en ningún caso afectará derecho alguno de quienes gozan hoy de pasividad, han configurado causal jubilatoria o la configuren hasta el 31 de Diciembre de 1996. Quedan obligatoriamente comprendidas las personas que, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, cualquiera sea su edad, ingresen al mercado de trabajo en el desempeño de actividades amparadas por el Banco de Previsión Social*".

*te inferiores (aproximadamente un 30% inferiores) a las que tendrán derecho quienes están comprendidos en el llamado "régimen de transición". También son menores a quienes se jubilen habiendo podido ahorrar en su cuenta personal durante toda su vida laboral".*

Adicionalmente plantean que la ley habría sido dictada con desviación de poder, pues el fin perseguido fue distinto al invocado, el que consistía en sanear el sistema de previsión social, *"en los hechos, la política adoptada determinó la creación de un sistema previsional que está en buena medida en manos del sistema financiero, bajo un régimen de derecho privado y que, sin embargo, obtiene sus fondos de aportes que históricamente eran recibidos por el sistema público de previsión social fundado en la solidaridad intergeneracional".*

> *"En cuanto a la legitimación activa para impugnar el Artículo 108 de la Ley No. 16.713 se entiende que ninguno de los comparecientes alegó estar comprendido en el supuesto de hecho contemplado en el mismo. La ley regula de forma igual a los iguales, es decir, los diversos regímenes establecidos por la ley se componen de sujetos alcanzados por una misma situación, sin distinciones y tratamientos diversos entre ellos."*

Por último, sostienen que el régimen creado por la Ley No. 16.713 es inconstitucional por prescindir de los aportes patronales para la financiación del sistema, lo que violaría flagrantemente el artículo 67 inciso tercero, literales A y B de la Constitución.

Con fecha 8 de Mayo de 2017 la Suprema Corte de Justicia resolvió por Sentencias, Sentencia S.C.J. No. 443/017[7] y Sentencia S.C.J. No. 580/017[8]: *"Desestimar la pretensión de declaración de inconstitucionalidad deducida por vía de acción (…)".*

Los fundamentos esgrimidos por la Corporación para desestimar el accionamiento son los siguientes:

En cuanto a la legitimación activa, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia consideran que se debe analizar la misma a la luz de cada uno de los artículos de la ley que fueron impugnados. En este sentido consienten la legitimación para impugnar los artículos 2 inciso 2, 8 inciso 3[9], 44 literales A y C[10] y 45 literales A y B[11], reconociendo que los

7 Sentencia S.C.J. No. 443/2017 de 8 de Mayo de 2017. Ministro redactor Dra. Elena Martínez Rosso. Ministros firmantes Dra. Elena Martinez Rosso, Dr. Jorge Omar Chediak (Presidente), Dr. Felipe Javier Hounie, Dr. Eduardo Julio Turell, Dr. Ricardo Cesar Pérez Manrique.

8 Sentencia S.C.J. No. 580/2017. Ministro redactor Dr. Jorge Omar Chediak. Minsitros firmantes Dra. Elena Martínez Rosso, Dr. Jorge Omar Chediak (Presidente), Dr. Felipe Javier Hounie, Dr. Eduardo Julio Turell, Dr. Ricardo Cesar Pérez Manrique.

9 Artículo 8º.- (Derecho de opción y situaciones especiales). Los afiliados activos del Banco de Previsión Social cuyas asignaciones computables se encuentren comprendidas en el primer nivel referido en el artículo anterior, podrán optar por quedar incluidos en el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio por sus aportaciones personales correspondientes al 50% (cincuenta por ciento), de sus asignaciones computables. Por el restante 50% (cincuenta por ciento), dichos afiliados aportarán al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional. Quienes, habiendo realizado la opción antedicha, lleguen a percibir mensualmente asignaciones computables entre $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos) y $ 7.500 (siete mil quinientos pesos uruguayos) aportarán al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, solamente por el 50% (cincuenta por ciento) de sus asignaciones computables comprendidas en el tramo de hasta $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos); por sus restantes asignaciones computables aportarán al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional. Los afiliados que al inicio de su incorporación a los regímenes, perciban asignaciones computables que superando los $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos) no excedan los $ 7.500 (siete mil quinientos pesos uruguayos) aportarán al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio únicamente por el 50% (cincuenta por ciento), de sus asignaciones computables comprendidas en el tramo de hasta $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos). Por las demás asignaciones computables aportarán al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

10 Artículo 44.- (Alcance del régimen). El régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio alcanza a los afiliados activos del Banco de Previsión Social en las siguientes situaciones: A) Por el tramo de las asignaciones computables superiores a $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos) y hasta $ 15.000 (quince mil pesos uruguayos) mensuales. B) Por las asignaciones computables o tramo de las mismas, hasta los $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos) mensuales, siempre que hubieren realizado la opción prevista en el artículo 8º de la presente ley. C) En los casos previstos en el inciso tercero del artículo 8º de la presente ley.

11 Artículo 45.- (Recursos del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio). Las cuentas de ahorro individual a cargo de las entidades administradoras, tendrán los siguientes recursos: A) Los aportes personales jubilatorios de los trabajadores dependientes y no dependientes, sobre las asignaciones computables superiores a $ 5.000 (cinco mil pesos uruguayos) hasta $ 15.000 (quince mil

accionantes son titulares de un interés con las notas de directo, personal y legítimo.

El carácter de directo de dicho interés ha sido cuestionado por el Sr. Fiscal de Corte, en este sentido argumentó que al no haber configurado causal jubilatoria bajo el régimen mixto, el régimen que en definitiva se impugna, los accionantes no tendrían un interés directo. La Corporación no ha decidido en la misma dirección puesto que consideró que negarles la legitimación a los impugnantes implicaría *"habilitar al legislador a seleccionar un grupo de personas y gravarlas, sometiéndolas a un estatuto en contradicción con normas constitucionales sin permitirles acudir a la tutela de la Justicia Constitucional para repeler tal situación".* Comparte la Suprema Corte de Justicia la posición del Dr. Pérez Manrique en cuanto considera que el interés futuro siempre que sea inequívoco habilita a proponer una cuestión de inconstitucionalidad. Asimismo, indicó que el carácter de directo del interés implica la certeza de que la norma impugnada será aplicada al excepcionante. Dichas cuestiones se configuran claramente en el caso por lo que no quedaría más que reconocer la legitimación activa de los promotores de la acción.

En cuanto a la legitimación activa para impugnar el Artículo 108[12] de la Ley No. 16.713 se entiende que ninguno de los comparecientes alegó estar comprendido en el supuesto de hecho contemplado en el mismo. La ley regula de forma igual a los iguales, es decir, los diversos regímenes establecidos por la ley se componen de sujetos alcanzados por una misma situación, sin distinciones y tratamientos diversos entre ellos.

Respecto de la alegada violación del principio de igualdad por la imposición de un régimen de seguridad social menos beneficioso la Corporación considera que no se configura tal vulneración *"El principio de igualdad reconocido por la Constitución impide imponer por vía legal un trato desigual a aquellos que son iguales, pero ello no implica que la ley no pueda regular en forma desigual a quienes no son iguales".*

> *"De acuerdo con los Ministros no se advierte irracionalidad o arbitrariedad en la técnica legislativa "los intereses en juego –el subjetivo de los titulares y el colectivo de la sociedad- fueron balanceados adecuadamente por las disposiciones impugnadas". En la misma línea expresa "Los Artículos 7 y 72 de la Constitución Vigente son garantes de los derechos fundamentales de los individuos, pero cuando existen motivos que atañen a los intereses de la comunidad, el legislador puede disponer limitaciones a esos derechos."*

Para analizar la constitucionalidad de una norma presuntamente violatoria del principio de igualdad se considera, en primer lugar que los sujetos incluidos en la categoría sean alcanzados de forma igualitaria por la ley, sin distinción, y en segundo lugar, que ese grupo abarcado por las disposiciones de la ley haya sido delimitado de forma razonable y no arbitraria, lo que no puede ser juzgado sin tomar en consideración el objeto de la ley. En este sentido la Corporación explica *"En primer lugar es notorio que la grave situación financiera del sistema de seguridad social administrado por el BPS fue la causa principal de la reforma del sistema de seguridad social instaurado por la Ley No. 16.713"(…) "El Instituto Nacional de Estadística había advertido que, de mantenerse el régimen entonces vigente, el sistema avanzaría "rápida y progresivamente hacia una situación de crisis irresoluble en la primera década del siglo próximo"(…) "En segundo lugar, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley No. 16.713, es claro que el medio utilizado que aquí se cuestiona, el aplicar el sistema de ahorro obligatorio a aquellas personas menores de 40 años "cotizantes" al sistema de BPS a la vigencia de la ley, tiene una relación positiva con la finalidad recibida".*

pesos uruguayos) mensuales. B) Los aportes personales jubilatorios de quienes hayan hecho la opción de acuerdo al artículo 8º de la presente ley de quienes estén comprendidos en el inciso tercero del citado artículo. C) La contribución patronal especial por servicios bonificados prevista en el Artículo 39 de la presente ley. D) Los depósitos voluntarios que realice el afiliado. E) Los depósitos convenidos que realice cualquier persona física o jurídica a nombre del afiliado. F) Las sanciones pecuniarias por infracciones tributarias sobre los aportes destinados a este régimen (artículo 93 del Código Tributario); G) La rentabilidad mensual del fondo de ahorro previsional que corresponda a la participación de la cuenta de ahorro individual en el total del mismo, al comienzo del mes de referencia, sin perjuicio de las transferencias desde y hacia el Fondo de Fluctuación de Rentabilidad y desde la Reserva Especial.

12 Artículo 108.- (Asignación de Administradora). Si el afiliado no realizare la elección de Administradora, la asignación de la misma será efectuada por el Banco de Previsión Social, en forma proporcional a los afiliados incluidos en cada una de ellas a la fecha de incorporación.

De acuerdo con los Ministros no se advierte irracionalidad o arbitrariedad en la técnica legislativa *"los intereses en juego –el subjetivo de los titulares y el colectivo de la sociedad- fueron balanceados adecuadamente por las disposiciones impugnadas".* En la misma línea expresa *"Los Artículos 7 y 72 de la Constitución Vigente son garantes de los derechos fundamentales de los individuos, pero cuando existen motivos que atañen a los intereses de la comunidad, el legislador puede disponer limitaciones a esos derechos".*

Por su parte, en atención a la infracción del principio de igualdad por la imposición de una carga que debió soportar toda la sociedad, se expidió la Corporación alegando que dicha carga no vicia las disposiciones legales que se impugnan, las cuales suponen la creación de una categoría de obligados de forma razonable y no arbitraria, motivada en razones de interés general.

En cuanto a la desviación de poder la misma fue desestimada por entender que se basaba en supuestos fácticos no probados. En lo relativo a la no previsión de los aportes patronales, se sostuvo que los accionantes están comprendidos en un régimen de ahorro individual obligatorio, pero además existe un pilar o nivel de cobertura basado en el régimen de solidaridad intergeneracional, donde están previstos dichos aportes.

## III. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

En el marco de arduas negociaciones y luego de un infructuoso intento por lograr la inconstitucionalidad de la Ley No. 16.713 ante la Suprema Corte de Justicia, con fecha 13 de Diciembre del pasado año se puso a estudio de la Cámara de Representantes una iniciativa del Poder Ejecutivo con un proyecto de ley que otorga el derecho de desafiliación al régimen de jubilación por ahorro individual creado por normativa referida. Con algunas modificaciones pero manteniendo la sustancia, dicho proyecto fue aprobado por la Cámaras de Representantes y la Cámara de Senadores, restando la sanción por parte del Ejecutivo (en adelante "el Proyecto").

### *A. Alcance subjetivo*

La descripción del alcance subjetivo se encuentra situada en el Artículo 1° del Proyecto y dispone, que la aludida desafiliación comprende a aquellas *"personas que contaban con cincuenta o más años de edad al 1° de Abril de 2016"*, dicha colectividad fue la incluida de forma preceptiva en el denominado "régimen mixto" creado por Ley No. 16.713, los integrantes de este grupo podrán realizar la opción *"siempre que no se encontraren en goce de alguna jubilación servida por el régimen de ahorro individual a la fecha de vigencia de la presente ley"*, sin perjuicio de lo que se dirá más abajo.

### *B. Efecto de la desafiliación*

La desafiliación tendrá carácter retroactivo a la fecha en que quedaron incorporados al denominado "régimen mixto". Por tanto, aquellas personas que ejerciten la mentada opción se considerarán comprendidas en el "régimen de transición" previsto en el Titulo VI de la Ley No. 16.713 y referido al inicio del presente.

### *C. Características*

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 2° del Proyecto la decisión de optar por la desafiliación o en su caso por la permanencia en el régimen mixto *"podrá realizarse por una sola vez, tendrá carácter retroactivo y se formalizará ante el Banco de Previsión Social"*, debiendo para ello, contar, en forma perceptiva con el asesoramiento del Banco de Previsión Social a los efectos de contemplar las proyecciones estimativas de las prestaciones que percibirá cada trabajador en uno u otro régimen ("régimen mixto" o "régimen de transición"), asegurando que el trabajador pueda prestar su consentimiento informado.

De acuerdo a lo definido por el Artículo 16 del Proyecto *"Quienes en virtud del Artículo 1° de la presente ley opten por desafiliarse y quedar comprendidos por el régimen de transición previsto por el Titulo VI de la Ley No. 16.713 de Setiembre de 1995, recibirán una asignación inicial de jubilación que será la resultante de aplicar dicho régimen, multiplicada por el coeficiente de ajuste 0,9."* Se dispone entonces el pago de hasta el 90% de lo que corresponde a cada uno de los trabajadores que opten por la desafiliación al régimen mixto. Por lo tanto la jubilación de estos trabajadores se verá disminuida en pro de obtener menores costos a la hora de poner en funcionamiento el proyecto. Este aspecto será de primordial consideración a la hora de recibir el asesoramiento por parte del Banco de Previsión Social, ya que para efectuar la comparación se tomara en cuenta, el monto por concepto de jubilación, que se podrá percibir en el régimen mixto así como el que correspondería por el régimen de transición.

### *D. Trámite*

El trámite está proyectado para llevarse a cabo y formalizarse ante el Banco de Previsión Social.

Según dispone el Proyecto en su Artículo 4, para su inicio se requiere presentar la solicitud de asesoramiento, operando la misma como la reserva del derecho de promover la desafiliación *"La presentación de la solicitud ante el Banco de Previsión Social para que éste brinde el asesoramiento a que refiere el artículo anterior, solo podrá efectuarse en la oportunidad prevista en el artículo siguiente y constituirá, al mismo tiempo, el único medio hábil para hacer reserva del derecho a efectuar la desafiliación correspondiente."*

*"Según dispone el Proyecto en su Artículo 4, para su inicio se requiere presentar la solicitud de asesoramiento, operando la misma como la reserva del derecho de promover la desafiliación "La presentación de la solicitud ante el Banco de Previsión Social para que éste brinde el asesoramiento a que refiere el artículo anterior, solo podrá efectuarse en la oportunidad prevista en el artículo siguiente y constituirá, al mismo tiempo, el único medio hábil para hacer reserva del derecho a efectuar la desafiliación correspondiente."*

Los plazos manejados por el Proyecto a los efectos de solicitar la desafiliación son los previstos por su Artículo 5, los que se comienzan a computar desde la fecha de vigencia de la eventual ley, a saber:

a) Dentro del término de un año desde la fecha de vigencia de la eventual ley a aprobar para las personas que tenían 56 años o más al 1° de Abril de 2016;
b) Una vez transcurrido un año desde la fecha de vigencia de dicha ley, para las personas que tenían entre 53 y 55 años de edad al 1° de Abril de 2016.
c) Una vez transcurridos dos años desde la fecha de vigencia de la referida ley para las personas que tenían entre 50 y 52 años de edad al 1° de Abril de 2016.

Tal como se observa, el Proyecto intenta establecer un orden de prioridad a los efectos de generar inmediatez en la decisión de aquellos que están más próximos a configurar la causal jubilatoria.

*"A los efectos de administrar los fondos por concepto de ahorro personal que las Administradoras viertan al Banco de Previsión Social, el Artículo 9 del Proyecto prevé la celebración de un contrato de fideicomiso de administración. Bajo el título de "Fideicomiso de la Seguridad Social", dicho artículo establece "Encomiéndese al Banco de Previsión Social en carácter de fideicomitente, a celebrar un contrato de fideicomiso de administración ("Fideicomiso de la Seguridad Social"). El fiduciario será seleccionado de acuerdo con lo previsto en el numeral 1) del literal C) del Artículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado (TOCAF). El mismo se constituirá con la totalidad de los fondos acumulados correspondientes a las personas que opten por desafiliarse del régimen de jubilación por ahorro obligatorio, conforme a lo previsto en el Artículo 1°. El beneficiario de dicho fideicomiso será el Banco de Previsión Social."*

Por su parte, se dispone que el asesoramiento del Banco de Previsión Social se haga efectivo dentro del término máximo de un año a contar desde la fecha de solicitud, mientras que la desafiliación se proyecta para realizar dentro de los 90 días a contar desde el siguiente de que haya sido obtenido el asesoramiento. De no efectuarse en dicho término, el trámite quedaría sin efecto. Sin perjuicio de que como lo establece el Artículo 7 del Proyecto *"La reglamentación a dictarse por el Poder Ejecutivo podrá habilitar la presentación, por única vez, de una nueva solicitud en las condiciones establecidas en los Artículos 4° a 5°, para poder hacer uso del derecho previsto en el Artículo 1°".*

*E. Fideicomiso de la seguridad social*

A los efectos de administrar los fondos por concepto de ahorro personal que las Administradoras viertan al Banco de Previsión Social, el Artículo 9 del Proyecto prevé la celebración de un contrato de fideicomiso de administración. Bajo el título de "*Fideicomiso de la Seguridad Social*", dicho artículo establece *"Encomiéndese al Banco de Previsión Social en carácter de fideicomitente, a celebrar un contrato de fideicomiso de administración ("Fideicomiso de la Seguridad Social"). El fiduciario será seleccionado de acuerdo con lo previsto en el numeral 1) del literal C) del Ar-*

*tículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado (TOCAF). El mismo se constituirá con la totalidad de los fondos acumulados correspondientes a las personas que opten por desafiliarse del régimen de jubilación por ahorro obligatorio, conforme a lo previsto en el Artículo 1°. El beneficiario de dicho fideicomiso será el Banco de Previsión Social."*

Tal como se desprende de dicho artículo, el fideicomitente y beneficiario será el propio Banco de Previsión Social y el fiduciario deberá ser de propiedad pública autorizado por el Banco Central. Esta es una de las pequeñas modificaciones realizadas al proyecto enviado por el Ejecutivo en la Cámara de Representantes, el artículo original requería que fiduciario sea de naturaleza pública y además cuente con dicha autorización. Sin embargo, con el sustitutivo propuesto, que fue votado de forma afirmativa, se pretende contemplar las diferentes opciones de fiduciarios de propiedad pública.

El fideicomiso se constituirá con los fondos acumulados que corresponden a las personas que optaron por la desafiliación al régimen de ahorro individual obligatorio. Podrá invertir los fondos hasta que sean volcados al Banco de Previsión Social.

Al diseñar el fideicomiso se optó por mantener una postura conservadora en lo relativo a las inversiones velando por la protección de los ahorros de los trabajadores. Según dispone, las inversiones podrán hacerse en activos seguros, encargándose el artículo 10 de su enumeración, al disponer que éstos únicamente podrán conformarse por: *"a) Valores emitidos por el Estado uruguayo e instrumentos de regulación monetaria emitidos por el Banco Central del Uruguay. b) Depósitos a la vista y a plazo fijo en instituciones de intermediación financiera instaladas en el país, autorizadas a captar depósitos, en moneda nacional y/o extranjera. c) Valores de renta fija emitidos por organismos internacionales de crédito o por gobiernos extranjeros de muy alta calificación crediticia".*

*"Por su parte, tal como dispone el Artículo 12 del Proyecto, la deuda generada en el Banco de Previsión Social, en virtud de aquellos ahorros vertidos en la cuenta personal gestionada por las Administradora "se cancelará automáticamente y en un todo con los fondos que habrá de transferir la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional al Fideicomiso de la Seguridad Social por cuenta y orden del Banco de Previsión Social durante el mes anterior. (...) El carácter retroactivo de la desafiliación prevista en el artículo 1° no aparejará, en ningún caso, reintegros de especie alguna al interesado por concepto de comisiones o de primas que se hubieren descontado o abonado durante su permanencia en el régimen de jubilación por ahorro individual. La desafiliación prevista en la presente ley importará la cesión de pleno derecho al Banco de Previsión Social, por parte de la persona afiliada, de todo saldo que resultare a favor de ésta una vez efectuada la compensación a que refiere el inciso primero de este artículo, así como la remisión del eventual saldo a favor de dicho organismo que resultare de tal compensación."*

Por su parte, tal como dispone el Artículo 12 del Proyecto, la deuda generada en el Banco de Previsión Social, en virtud de aquellos ahorros vertidos en la cuenta personal gestionada por las Administradora *"se cancelará automáticamente y en un todo con los fondos que habrá de transferir la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional al Fideicomiso de la Seguridad Social por cuenta y orden del Banco de Previsión Social durante el mes anterior. (...) El carácter retroactivo de la desafiliación prevista en el artículo 1° no aparejará, en ningún caso, reintegros de especie alguna al interesado por concepto de comisiones o de primas que se hubieren descontado o abonado durante su permanencia en el régimen de jubilación por ahorro individual. La desafiliación prevista en la presente ley importará la cesión de pleno derecho al Banco de Previsión Social, por parte de la persona afiliada, de todo saldo que resultare a favor de ésta una vez efectuada la compensación a que refiere el inciso primero de este artículo, así como la remisión del eventual saldo a favor de dicho organismo que resultare de tal compensación".*

Para su mejor funcionamiento se prevé exonerar al Fidecomiso de toda obligación tributaria que recaiga sobre su constitución, actividad, operaciones, patrimonio y rentas, tal y como lo preceptúa el Artículo 11.

La transferencia de los fondos del fideicomiso al

Banco de Previsión Social se realizará de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 13, el cual establece que a partir del sexto año de vida del Fideicomiso estas transferencias serán *"anuales pagaderas semestralmente al Banco de Previsión Social durante un plazo de 20 años. La transferencia de cada año será igual al monto que resulte de dividir el total de activos del fideicomiso acumulados al cierre del año anterior, entre la cantidad de años remanentes hasta el cumplimiento del plazo de 20 años".*

*F. Renuncia a la jubilación servida por el régimen mixto*

Se dispone por el Artículo 17 que *"Quienes, por aplicación del inciso primero del Artículo 2° y de los literales B y C del Artículo 7° de la Ley No. 16.713 de 3 de Setiembre de 1995 hubieren sido obligatoriamente incorporados al régimen de ahorro individual obligatorio, y estuvieren percibiendo una prestación servida por éste, podrán renunciar a la misma, y pasar a percibir una jubilación servida por el régimen de transición previsto en el Titulo VI de la Ley No. 16.713. Dicha renuncia y cambio de régimen serán irrevocables, y se formalizaran ante el Banco de Previsión Social."*

En definitiva, aquellos que al momento de entrada en vigencia de la ley se encuentren percibiendo una jubilación por el régimen mixto, también podrán renunciar a la misma y pasar a percibir una jubilación servida por el régimen de transición. La decisión en este caso es irrevocable y se deberá formalizar ante el Banco de Previsión Social contándose previamente con el asesoramiento de dicho organismo. Si se opta por la renuncia se deberá rescindir el contrato con la empresa aseguradora que se encarga del pago de la renta vitalicia previamente ahorrada en la cuenta personal de la Administradora. Se aplicaran los mismos plazos, requisitos y mecanismos que mencionamos anteriormente en el punto D.

*G. Desafiliación en casos de jubilación en una de las actividades*

En el Artículo 15 del Proyecto, se trata el asunto de la desafiliación en casos de jubilación en una de las actividades. A tales efectos la solución acordada es que: *"En los casos en que el afiliado se encuentre en goce de una jubilación servida por el Banco de Previsión Social, habiendo permanecido en actividad en una u otras actividades amparadas por dicho organismo en régimen mixto, el ejercicio del derecho previsto en el artículo 1° implicará la reliquidación de la jubilación en curso de pago conforme a lo establecido por el régimen de transición al que se incorpora, con vigencia a la fecha de desafiliación y no generándose, en ningún caso, haberes retroactivos por periodos anteriores a esa fecha".*

*"Por tanto, si un afiliado se encontrara gozando de una jubilación servida por el Banco de Previsión Social (puede ser cualquiera de las actividades amparadas por el Instituto; civil y escolar; industria y comercio, o rural y servicio doméstico) y a su vez permanece en una actividad comprendida por el régimen mixto va a contar con el derecho a desafiliarse, no obstante, esto implicará la reliquidación de la jubilación en curso conforme al régimen de transición."*

Por tanto, si un afiliado se encontrara gozando de una jubilación servida por el Banco de Previsión Social (puede ser cualquiera de las actividades amparadas por el Instituto; civil y escolar; industria y comercio, o rural y servicio doméstico) y a su vez permanece en una actividad comprendida por el régimen mixto va a contar con el derecho a desafiliarse, no obstante, esto implicará la reliquidación de la jubilación en curso conforme al régimen de transición.

*H. Reintegro de aportes*

Se calcula por parte del Ministerio de Economía y Finanzas que aproximadamente 9.000 personas deberán abonar al Banco de Previsión Social sin multas ni recargos los aportes personales no realizados correspondientes a las asignaciones computables del tercer nivel previsto por el Artículo 7 literal C de la Ley No. 16.713.

Tal como dispone el Artículo 14 del proyecto, las personas que superaban dichos ingresos, que en el año 1995 rondaban los $ 15.000 y en la actualidad se aproxima a los $ 147.000 nominales, no realizaron aportes a partir de esa suma, por lo que para optar por el régimen de transición, éstos deberán pagar retroactivamente los aportes por el total de su salario.

Será el Banco de Previsión Social quien realizará este cálculo y lo informará preceptivamente al interesado en el cambio de régimen. Los adeudos que se calculen se convertirán en Unidades Reajustables de acuerdo a la cotización de cada mes en que debió efectuarse el aporte del mes de cargo correspondiente y se podrán reintegrar en hasta 72 cuotas mensuales.

A tales efectos, y debido a la incidencia que dicho recalculo va a tener sobre el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, se dispone en el mismo artículo que "*los aportes jubilatorios personales a que refiere el inciso primero del presente artículo, correspondientes a periodos posteriores al 1° de Julio de 2007, se consideraran devengados al momento de formalizar ante el Banco de Previsión Social la desafiliación a que refiere el Artículo 1°".*

*I. Comisiones de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional*

Otro punto destacable, es que se aprovechó la oportunidad durante el trámite parlamentario para incluir en el Artículo 23 el asunto relativo a la regulación de la dispersión de las comisiones que cobran las Administradoras de Fondos de Ahorros Previsionales.

De acuerdo a la información presentada en la Comisión de asuntos laborales y de seguridad social en sesión celebrada el día 19 de Diciembre de 2017 en la Cámara de Senadores se explica que existen tres Administradoras privadas: SURA, Integración y Unión Capital, y una cuyos accionistas son instituciones públicas que es República AFAP. En el año 1996 cuando fueron constituidas, sus comisiones rondaban el 2% a 2,25%. En la actualidad República AFAP ha generado una reducción bastante importante ya que su comisión pasó a ser de un 0,47%. Mientras que las comisiones de las restantes AFAP no han logrado tal reducción pues oscilan entre 1,70% y 1,99%. Esto genera distintas rentabilidades, República AFAP tiene una tasa de retorno sobre el patrimonio de 22%, mientras que en las otras tres AFAP este porcentaje oscila entre 67% y 72%. Esto igualmente no compensa la diferencia en las comisiones. Mirando este aspecto fue que se decidió, no regular las comisiones, sino la dispersión entre las comisiones.

Fue así que se propuso la siguiente formula *"Las administradoras tendrán derecho a una retribución de parte de sus afiliados mediante el cobro de comisiones que serán debitadas de las respectivas cuentas de ahorro individual. Las comisiones serán el único ingreso de la Administradora a cargo de los afiliados. El importe de las comisiones será establecido libremente por cada Administradora y su aplicación será uniforme para todos sus afiliados, sin perjuicio de lo previsto en el inciso siguiente. En ningún caso la comisión a cobrar por una Administradora podrá superar en un 50% la comisión menor del sistema del trimestre anterior. Existirá un periodo de transición de veinticuatro meses para cumplir con lo contenido en el enunciado anterior. Facultase al Banco Central del Uruguay a determinar en forma trimestral el porcentaje máximo a cobrar por encima de la comisión mínima del mercado de modo de converger gradualmente al máximo de 50% previsto en el inciso anterior. Para esto, el Banco Central del Uruguay publicará, en un plazo máximo de noventa días a partir de la vigencia de la ley, un cronograma estableciendo los porcentajes a aplicar durante el periodo de transición y su gradualidad. Finalizado el periodo de transición la comisión máxima permitida será publicada por dicha institución. Se deberá informar el porcentaje de la comisión calculado sobre el monto del aporte mensual depositado en la cuenta de ahorro individual."*

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

El problema de diseño del régimen previsional trazado en 1996 es evidente, y considerando que la franja de trabajadores más afectados es la que se encuentra próxima a configurar la causal jubilatoria fue necesario que esta ley tomara vida con urgencia. Varios actores intervinieron en su negociación y redacción, motivo por el cual la misma tuvo que conjugar todas las posiciones, siendo el resultado el que venimos de considerar. En el marco de las diversas soluciones propuestas esta parecería ser adecuada, es probable que el costo sea elevado no obstante para este colectivo de "cincuentones" va llegando al final una ardua lucha que han venido sosteniendo en varios frentes.