

Problemática e hipótesis de trabajo

La hipótesis del presente trabajo se sitúa en el escenario en el cual el empleador omite su obligación legal de incorporar a su trabajador en el sistema de Seguridad Social. Para dimensionar las implicancias o consecuencias de tal incumplimiento legal, es preciso que tengamos presente que, al incorporarse el trabajador a la Seguridad Social, entra a regir a su respecto la protección de previsión que el sistema provee. Esto significa que, en caso de que acontezca alguno de los eventos que la norma contempla, el trabajador obtiene el beneficio que el Seguro Social otorga, conforme con las distintas categorías o ramas de prestaciones; vale decir, en caso de invalidez, las pensiones; en caso de enfermedad, profesional o común, el cuidado médico para el restablecimiento y el correspondiente subsidio; en caso de maternidad, la atención médica pre y post parto y el subsidio, y, en su caso, las provisiones para lactancia; en el supuesto de vejez, la jubilación; en caso de muerte, los gastos fúnebres y subsidio en dinero para los herederos y el cónyuge supérstite, si así correspondiere.

Es para dar debida atención al escenario creado con la sobreviniencia al trabajador –y a su grupo familiar dependiente– de eventos dañosos previstos por la norma, que se ha ideado el sistema de la Seguridad Social y sus instituciones, el Seguro y la Previsión Social. La inscripción o alta del trabajador en el sistema de Seguridad Social permite trasladar las consecuencias de ciertos riesgos a la mutualidad previsional, y diluir así sus consecuencias económicas perjudiciales.

Como es sabido, los sucesos tales como accidentes y enfermedades comunes o de trabajo, maternidad, etc., traen aparejada la suspensión de la prestación laboral por parte del trabajador, lo que a su vez importa la suspensión de los efectos del contrato de

trabajo y, aunque no extingue los derechos y obligaciones que emanan del mismo, las prestaciones recíprocas –trabajo vs. salario– cesan temporalmente.

Ahora bien, la suspensión de la prestación salarial trae como consecuencia que el trabajador, impedido de prestar su fuerza laboral, se vea también privado de los recursos para su supervivencia y la de sus dependientes. Este estado de cosas, librado a su propia suerte, tiene, no solo el potencial, sino el efecto de generar un desajuste en el bienestar colectivo, y, a la larga, ocasionar aún peores consecuencias, y desequilibrios económicos y sociales. Es por ello, para prever y evitar tales resultados adversos, que la experiencia humana ha desarrollado sistemas de colaboración eficaz, que, en el caso de las relaciones laborales, se cristaliza en la Seguridad y Previsión sociales.

Según nuestro diseño legislativo, es el empleador en quien reposa la obligación de inscribir al trabajador en el sistema de la Seguridad Social, permitiendo que el trabajador cuente con las ventajas y beneficios de protección que el sistema brinda. El trabajador cuyo empleador no cumple con esta obligación se ve excluido del sistema de protección que la ley ha estructurado, y se encuentra desprotegido frente a los avatares del devenir cotidiano. Si bien el empleador remiso en cumplir con sus obligaciones de inscripción de sus trabajadores tiene un tratamiento concreto dentro del sistema de Previsión Social, pues la normativa respectiva le impone una serie de sanciones pecuniarias graduadas de acuerdo con la gravedad de su conducta omisiva, dicha normativa no se ocupa, cuando menos no directamente, de la situación del trabajador afectado por la omisión. En efecto, estas previsiones no satisfacen la situación de la víctima de la infracción, que en este caso está compuesta de por lo menos dos grupos de entidades subjetivas: el trabajador omitido en el alta y desprotegido ante las vicisitudes de su vida laboral, junto con su grupo familiar, y, por otro lado, el colectivo de personas vinculadas a la

mutualidad generada por el seguro social, que entonces se ve disminuida en su entidad y sus capacidades. Además, en estas situaciones existe también una tercera víctima: la sociedad, para la cual se diseñó el sistema previsional y cuyo bienestar depende de la funcionalidad de dicho sistema.

Sí debe reconocerse que nuestro esquema legislativo está pensado *per se* para ser tuitivo y eficaz, empero, no alcanza a solventar todas las dificultades que puedan acaecer, y que en la práctica se dan, ni tampoco cubre todas las posibles situaciones que se puedan presentar. Así, una primera dificultad en este diseño es que solo dos tipos de eventos encuentran protección frente a la conducta remisa del empleador, y que son los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pero deja por fuera a un cúmulo de circunstancias que quedan desatendidas, a saber: accidentes y enfermedades comunes, maternidad y lactancia, invalidez, edad avanza/jubilación, y muerte, privándoles a los trabajadores de las consiguientes prestaciones médicas y de subsidios. Luego, deja también por fuera un entero grupo de sujetos, las personas que integran el grupo familiar del trabajador y que serían beneficiarias del sistema si la omisión no hubiera tenido lugar. Para éstas la norma no prevé socorro alguno.

En este trabajo trataremos de esbozar un modelo de solución al problema descrito, no ya de *lege ferenda*, sino desde la perspectiva hermenéutica; ello nos lleva a la siguiente hipótesis, que en este trabajo pretendemos demostrar: **EL TRABAJADOR DEPENDIENTE, DEL SECTOR PRIVADO, NO INSCRIPTO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, TIENE, EN EL ESTADO ACTUAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL, EL DERECHO DE OBTENER DE SU PATRÓN UNA INDEMNIZACIÓN DE FUENTE CONTRACTUAL, DIRIGIDA A REPARAR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA SUSODICHA OMISIÓN.**

En los siguientes capítulos nos abocaremos a demostrar por qué la determinación de esa responsabilidad resarcitoria es necesaria, y cómo ella se construiría con los elementos que hoy nuestro derecho contiene.

UNIDAD I

La Responsabilidad Civil

1. Concepto.

El término “responsabilidad” es de empleo relativamente reciente en la Doctrina del Derecho Civil. Aparentemente la expresión fue acuñada por los filósofos ingleses del siglo XVIII, atribuida en particular a Necker. El Código Civil Francés la ha incluido en la terminología jurídica de su articulado referente a los delitos y cuasidelitos, reservando la palabra “garantía” al hacer alusión a los contratos¹.

La responsabilidad involucra siempre un daño y la posible respuesta que el Derecho da a la reparación de ese daño, sobre todo vinculada al sujeto o a los sujetos a los que la norma jurídica forzosamente atribuye la carga de la reparación. Por eso se dice que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño: responsable es el que responde².

La etimología de la palabra responsabilidad deriva de la latina *respondere*, cuyo significado primario es el de contestar, dar una respuesta³, la cual está ligada a la voz latina *spondere*, de la cual deriva también *re spondere*, y que significan ya la asunción de una deuda, así como también la garantía por ella. Este vocablo *respondere* no tenía en Roma la significación que hoy se le da y que está estrechamente vinculada a la asunción

¹ Mazeau/Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Primero, Volumen I, págs. 1-2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

² Mazeau/Tunc op. cit., pág. 2.

³ Diccionario Iter Latino-Español, Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1983.

de una consecuencia jurídica por los daños causados. Esta concepción se afina en el derecho moderno y es coetánea a la Revolución Francesa⁴.

El fundamento filosófico de la responsabilidad aparece afincado en el principio jusnaturalista del *neminem laedere*, dado que la producción del daño aparece como un evento patológico, una alteración excepcional del orden social constituido y requiere pronta respuesta para recomponer tal alteración y salvaguardar la libertad de los consociados⁵. La responsabilidad aparece así como el efecto de la inobservancia de un deber: el deber de omitir conductas que pudieran ser lesivas a la esfera de derecho de los otros⁶. Desde esta perspectiva, la responsabilidad aparece asociada con la responsabilidad patrimonial, que difiere del otro posible significado de la palabra responsabilidad, el de sujeción a la norma violada, por deber ya sea genérico o específico de observancia de ella⁷.

Se ha discutido si la sola aparición de un daño implica automáticamente la determinación de un sujeto que responde de él. En ese sentido, para Josserand la cuestión está en determinar, en cualquier caso, el sujeto que en definitiva deberá soportar el daño, independientemente de su autoría. Para esta tesis es inclusive concebible que se hable de responsabilidad cuando la víctima soporta su propio perjuicio por ser la causante de él⁸. Otros autores sin embargo entienden que la responsabilidad es siempre un problema de atribución que necesariamente implica a dos personas confrontadas por el daño. Entonces, no necesariamente un daño dado determinará la existencia de

⁴ Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daño, Tomo I, Parte General, págs. 14 /16, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As.

⁵ Bessone, Istituzioni Di Diritto Privato, pág. 957/958, G. Giappichelli Ed., 1997, Torino.

⁶ Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, § 101 N° 1, Ed. Jurídica Europa-América, 1955, Buenos Aires.

⁷ Messineo, op. cit., § 14 N° 3.

⁸ Josserand, Louis, Les Transports en Service Intérieur et en Service International, 2ª ed. N° 558, 1926; La Responsabilité Enver Soimême D.H. 1934, Cron. págs. 73 y sgtes.

responsabilidad, sino solo cuando aquel provenga de un sujeto distinto de quien lo ha padecido. La importancia de esta discusión hace relación con los fundamentos estructurales de la responsabilidad civil, pues el concepto amplio primeramente enunciado hace hincapié en un elemento específico de la responsabilidad: el daño, en tanto que el concepto restringido centra su foco de atención en otro elemento: la imputabilidad, esto es, la culpa. En la primera posición la reparación vendrá necesariamente con la aparición de un perjuicio, todo daño importa la búsqueda de un modo de reparación; en tanto que en la segunda la reparación solo será posible si hay un sujeto al cual atribuirle el daño, como consecuencia de las reglas de la imputación, la responsabilidad se centra en factores eminentemente subjetivos. El Derecho Civil ha transitado desde una posición anterior más conservadora, orientada más al individuo y, por ende, más renuente a la hora de atribuir cargas, a una actual más amplia, orientada a los efectos del daño, y consecuentemente más acorde con los imperativos sociales de su reparación integral⁹.

2. Tipos de Responsabilidad.

Aunque la doctrina moderna apunta a una concepción unitaria de la responsabilidad, englobándola en una teoría unitaria del Derecho de Daños, al punto de que se ha llegado a afirmar que no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidades¹⁰, habremos de distinguir, a los efectos de su tratamiento sistemático, las dos formas clásicas de responsabilidad: la contractual y la extracontractual, analizando cada uno de sus respectivos presupuestos. Desde luego, el Derecho Romano no consideraba ambos tipos como obligaciones de naturaleza distinta. En rigor, el

⁹ Mazeaut/Tunc, op. cit., pág. 3.

¹⁰ Mazeaut/Tunc, op. cit., pág. 115.

incumplimiento contractual era considerado como un acto contrario al *ius*, y, por lo tanto, como un hecho ilícito¹¹.

En este punto debemos hacer una brevísima alusión a la relación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual que puede derivarse de un determinado evento. En esta materia existen, fundamentalmente, tres posiciones: la que afirma que ambos tipos de responsabilidad se excluyen recíprocamente, la que sostiene que sus consecuencias y tratamiento pueden mezclarse, y la que mantiene que es posible que ambos tipos coexistan sobre un evento, pero de manera subsidiaria una de la otra, de modo tal que el acreedor de la obligación de indemnizar puede optar por una de las dos, pero una vez escogida una vía, ya no puede transitar la otra¹². Creemos que nuestro derecho adscribe a esta última tesis, la de la subsidiariedad; empero, también consideramos, junto con la doctrina alemana¹³, que los eventos de rompimiento contractual no configuran también

¹¹ Los romanos no conocieron una teoría general de las obligaciones, al igual que en todas las demás disciplinas del Derecho su aproximación fue casuística y pragmática. De la clasificación de las fuentes de las obligaciones en contractuales y delictuales en el Derecho Romano, tenemos noticia recién con Gayo, en el Clásico Tardío (Gai.3,88 *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, y 3,182 *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*), y las delictuales aparecen tratadas como una mera derivación de las contractuales. Ello permitiría suponer que una distinción como esta no puede ir más allá de la jurisprudencia clásica temprana, y que la jurisprudencia republicana, anterior a ésta y verdadera generadora de las instituciones del derecho, que más tarde cristaliza en las grandes obras de los juristas romanos que hoy conocemos, no conoció esta distinción como categoría de análisis. *Vide*: Kaser, Max, *Römische Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2DA. Ed., Tomo I, München, 1971, parág. 118, 119 y 120.

¹² Diez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 245; Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Ed. J. C. B. Mohr, 15ta. Ed., Tübingen, 1960, parág. 228, nro. III; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Ed. J. C. B. Mohr, 15ta Ed., Tübingen, 1958, parág. 232.

¹³ Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Ed., Verlag C.H. Beck, parág. 14, págs. 264 y sgtes, München, 1989.

y por sí mismos un ilícito, es decir, la que la violación de una cláusula contractual no importa automáticamente la violación a un deber jurídico. Para que ambos órdenes de responsabilidad se deriven de un evento es necesario que el hecho configure, además de un quiebre de una obligación contractual específica, la configuración de un antijurídico, esto es, una concreta lesión de un deber jurídico.

2.1 Responsabilidad Contractual.

Es la derivada del incumplimiento de una obligación nacida del negocio jurídico conocido como contrato. Supone la existencia previa de una relación jurídica entre las partes, relación que nace, en este caso, de un contrato. En ello se distingue de la responsabilidad extracontractual, en la cual la “víctima” o perjudicado no tiene un vínculo de derecho con el agente perjudicial, sino que, por el contrario, su primer contacto con éste se da a través del hecho dañoso. La responsabilidad deriva de la existencia de un incumplimiento referido a una obligación preexistente, y es por ello que se ha llegado a afirmar que la responsabilidad contractual no crea, por sí misma, una obligación, sino que es la derivada o subrogada de ella, en forma de sanción por su incumplimiento¹⁴. No obstante, la responsabilidad contractual no puede verse tan solo como un derivado anómalo del efecto de las obligaciones; se relaciona, sin duda, también con sus fuentes. En efecto, del incumplimiento o del cumplimiento inexacto o parcial de la obligación, nace una obligación nueva, de contenido distinto de la original o subrogada, que consiste en la reparación del perjuicio causado. El contrato aparece así, por sí mismo, como fuente de obligaciones y el incumplimiento de él, también como otra fuente. Las obligaciones sucesivas que se generan de este modo son distintas una de otra, aún cuando se suceden, la una como consecuencia lógica y necesaria de la otra, dado que no solo su

¹⁴ Mazeaut/Tunc, op. cit., pág. 116.

objeto es distinto, sino que también su mismo origen. Así, las obligaciones contractuales se crean sobre la base de la voluntad común de las partes, en tanto que la obligación generada en el incumplimiento se origina, no en una voluntad común, sino por el contrario fuera de ella, en el acto unilateral de una de las partes –la incumpliente– e incluso independientemente de la voluntad de ésta, puesto que al incumplir el sujeto trasgresor no necesariamente tiene el ánimo de obligarse por dicho incumplimiento. La responsabilidad extracontractual y la contractual son, entonces, instituciones que guardan entre sí un enorme paralelismo¹⁵.

2.1.1 Presupuestos.

La responsabilidad se genera con la convergencia de varios elementos que, juntos, dan lugar a la obligación de resarcir. Para que un individuo deba responder por el daño, es decir, para que nazca la obligación de responder, deben darse los llamados “presupuestos” necesarios. Así, la doctrina tradicional entiende que son cuatro los elementos: a) la violación de una obligación contraída, este es el elemento de antijuridicidad, b) el daño causado, c) el nexo o relación causal entre la conducta del individuo violatoria del contrato y el daño o perjuicio, y d) la imputabilidad del autor del hecho por medio de un factor de atribución¹⁶.

El daño no se trata de un elemento más, su trascendencia no es la misma que la de los demás elementos, pues sin él no existe responsabilidad, no puede existir pretensión de resarcimiento¹⁷. Si el daño no estuviera presente, carecería de sentido entrar a considerar la existencia o no de los demás elementos de la responsabilidad¹⁸.

¹⁵ Mazeaut/Tunc, op. cit., págs. 117/118.

¹⁶ Bustamante Alsina. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8° ed. Bs. As., 199, pág. 106.

¹⁷ Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, T. IV, pág. 612.

¹⁸ Orgaz, A., El daño resarcible, pág. 35.

En cuanto al nexo o relación de causalidad, podría decirse que es la vinculación que une el daño y el hecho del individuo o de la cosa¹⁹.

Luego, para que una persona sea obligada a responder civilmente por un acto dañoso es preciso que el daño pueda ser asignado a la acción u omisión de un individuo, a través de la presencia de un factor –objetivo o subjetivo– de atribución, que determine quién será el responsable en el caso en cuestión.

Ahora bien, los factores de atribución, podría sostenerse, son las circunstancias por las cuales a un individuo –sujeto de derecho– se imputa un cierto hecho y por ello debe responder del daño. Es decir, que sobre sí pesa la obligación de repararlo. Los factores de atribución son determinados por el ordenamiento jurídico atendiendo a los condicionantes de tiempo y lugar, lo que equivale a afirmar, tomando en consideración un momento histórico determinado y referidos a una sociedad específica. La determinación de dichos factores de atribución es una cuestión ideológica; en efecto, el poder económico buscará restringir dichos factores, en tanto que el individuo tratará de extenderlos buscando ampliar el ámbito de protección de sus derechos. En medio está el Estado que busca armonizar dichos extremos, aunque en algunos casos apoya abiertamente a un sector en detrimento de otro, cuando en realidad no debería ser así.

Estos factores de atribución pueden ser, como vimos, subjetivos y objetivos, los primeros direccionan la justificación del análisis a partir del agente del daño y se basan en la culpa; en tanto que los segundos no están referidos a ésta –la culpa– es decir, el agente del daño no es necesariamente moralmente imputable. Los factores objetivos de atribución hacen su aparición a finales del siglo XIX con el Industrialismo, situación que propició la teoría del riesgo creado. Los factores objetivos de atribución, a diferencia de los

¹⁹ Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad civil, cit., pág. 267.

subjetivos, deben estar expresamente previstos en la ley (garantía, riesgo, equidad, etc.)²⁰.

La responsabilidad civil contractual, así llamada en su primera época de aparición, es en realidad una responsabilidad que deriva de actos jurídicos, cualquiera sea su tenor, mientras ellos tengan por efecto general crear vínculos obligacionales. Este nombre, en rigor, aparece como limitativo, pues solo hace alusión directa a los contratos, que son solo una especie de negocios jurídicos –aunque la más importante por el volumen de casos que se dan. Por eso, más propiamente hoy se habla de responsabilidad civil de fuente voluntaria, sea ella derivada de contratos o de actos voluntarios unilaterales, donde el sujeto obligado ha querido vincularse obligacionalmente con su acreedor, por oposición a la de fuente involuntaria, donde el sujeto obligado solo resulta vinculado por un acto que no es necesariamente voluntario: el acto ilícito.

En la responsabilidad nacida del incumplimiento dentro de un negocio jurídico, el factor de atribución normalmente es subjetivo –culpa en sentido amplio– aunque no obstante los negociantes también pueden asumir el riesgo negocial, en cuyo caso el factor de atribución será asimismo objetivo.

2.2 Responsabilidad Extracontractual.

La responsabilidad extracontractual como generadora de obligaciones se enmarca entre los casos de obligaciones legales, las cuales nacen independientemente de la voluntad del obligado, por el solo imperio de la ley, en razón de un acto o hecho humano cuya naturaleza es la ilicitud²¹. La justificación de la responsabilidad se asienta en la violación del deber legal de abstenerse de todo acto de lesión a la esfera jurídica, usualmente

²⁰ Ghersi, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Astrea, Bs.As. 1997, págs. 88, 141.

²¹ Messineo, op. cit., § 169, n° 1.

patrimonial, de los otros, deber que se traduce en la premisa ya citada de *neminem laedere*²².

2.2.1 Tipos de Responsabilidad Extracontractual.

Tomando como criterio de clasificación el factor de atribución de responsabilidad, se puede aseverar que la responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva. En este tipo de responsabilidad, sin embargo, donde la obligación de reparar no surge dentro del marco de un negocio jurídico, priman los factores objetivos de atribución. Así, es común que la obligación extracontractual nazca a raíz de: actividad riesgosa, cosa inanimada, cosa riesgosa, incapacidad absoluta de hecho, cosas vertidas o suspendidas, animal doméstico y animal feroz²³. En estas situaciones es claro que el factor de atribución no es la culpa del agente, como ya se adelantara líneas más arriba.

2.2.2 Presupuestos.

El instituto de la responsabilidad en el ámbito extracontractual exige la concurrencia de los mismos elementos que la contractual para que ella quede configurada, y –como ya lo mencionáramos más arriba– son: a) el acto o hecho antijurídico, b) el daño, c) nexo de causalidad entre el acto o hecho antijurídico y el daño, y e) la imputabilidad del agente por medio de un factor de atribución. Los volvemos a tratar aquí teniendo en cuenta las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual.

Así, la antijuridicidad del acto o hecho dañoso es el primer elemento a considerar. Normalmente derivará del obrar humano, pero ello no excluye, en el Derecho Civil, los supuestos de sucesos o eventos involuntarios a los que la norma le da ciertas

²² Messineo, op. cit. § 169 n° 2.

²³ Arts. 1846, 1847, 1850, 1851, 1853, 1854, Código Civil Paraguayo.

consecuencias en el orden de la responsabilidad, atribuyéndosela a un determinado sujeto.

El acto generador de la responsabilidad puede aparecer bajo dos formas: una positiva, de acción, un hacer y otra negativa, de omisión, de no hacer. Normalmente en la responsabilidad extracontractual el acto aparece bajo la forma de una acción, rara vez, pero no excluyentemente, aparece bajo la forma de una omisión. El hecho omisivo o de abstención se vincula a la inobservancia de una regla de conducta, sea ella general o particular y está relacionada en la mayoría de los casos con la *culpa in omittendo* ^{24 25}.

No basta que exista el hecho o suceso, amén de ello nuestro derecho exige que sea “antijurídico”, esto, que contravenga al derecho, considerado como un todo. En este punto es que el ilícito civil difiere del delito penal, ya que la violación puede darse no solo de una cierta categoría de normas, como ocurre en materia penal, sino de cualquier tipo de norma, independientemente de su categoría, basta con que esté incorporada al orden jurídico –leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, etc.

El aspecto normativo formal no agota la esfera de lo antijurídico en el derecho civil. Se extiende también a la vulneración de los principios del derecho, los cuales, a veces están recogidos de forma expresa –como el principio de buena fe– pero otras veces solo surgen de una inferencia del sistema todo. Típicamente los principios suelen obtener consagración formal en las constituciones nacionales.

El daño es el elemento esencial para que surja la responsabilidad del agente, en efecto, como ya se dijera antes, si un acto o hecho no produce daño, no existe el deber de “responder”. Según el Art. 1835 del Código Civil Paraguayo existirá daño cuando la acción

²⁴ Messineo, op. cit. § 169 n° 3.

²⁵ Mosset Iturraspe, op. cit. pág. 44.

u omisión antijurídica perjudicare a un sujeto de derecho en su persona, en sus derechos o facultades o en las cosas de su dominio o posesión. La responsabilidad civil desemboca en la reparación, y si no existe el daño, el perjuicio, no habrá qué reparar.

La doctrina dice que el daño, para ser indemnizable, debe ser cierto, lo cual no implica que deba ser actual puesto que también es indemnizable el daño futuro-cierto²⁶. El daño cierto implica una existencia real actual o la suficiente certeza de una existencia futura. El daño también puede ser material o moral –daño patrimonial o económico o extra patrimonial o extra económico– según la naturaleza del objeto dañado, puesto que la persona puede ser perjudicada en sus dimensiones físicas o morales.

El nexo de causalidad entre el hecho o acto antijurídico del agente y el daño causado debe también existir. La acción antijurídica no tiene consecuencias legales si entre el hecho imputable y el perjuicio no media una relación de causalidad. El daño debe ser el resultado del obrar antijurídico imputable que deviene como causa.

Ahora bien, en cuanto a la imputabilidad del agente conforme con los factores de atribución, debemos decir que, si por imputabilidad entendemos el requisito mínimo necesario para que un hecho pueda ser atribuido a una persona como autor de él o responsable del mismo, podemos señalar como factores de atribución la culpa –en sentido amplio– y el riesgo creado. La posibilidad de prever un hecho o sus derivaciones –consecuencias– o su ejecución “inteligente y con sana voluntad”²⁷ constituye la responsabilidad por culpa; en tanto que la imputabilidad objetiva surge de la creación de un riesgo. Es decir, la responsabilidad subjetiva está fundada en un factor síquico que es la culpabilidad –culpa y dolo–, en tanto que la responsabilidad objetiva se basa en la

²⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, EDIAR, Bs.As., 1979, Parte General, Tomo I, pág.147.

²⁷ Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 56.

consideración de un factor social, cual es el riesgo creado entre otros factores como ya viéramos más arriba. En efecto, hemos dicho antes que la responsabilidad objetiva se apoya en factores tales como: la garantía, el riesgo, el abuso del derecho, etc.; y, como lo adelantáramos, es en la responsabilidad extracontractual donde el factor objetivo de atribución tiene más amplia aplicación.

2.3 Responsabilidad Laboral. Definición y Caracterización.

Cuando hablamos de responsabilidad laboral, nos referimos a la generada en el ámbito de la prestación subordinada de servicios.

En la tarea de caracterizar la prestación de trabajo dependiente dentro de los contratos del derecho común, se la ubicó en varias categorías: dentro de la compraventa, de la locación de servicios, del contrato de sociedad o del mandato. Mas, su diferenciada fisonomía le delineó como una figura propia comprendida dentro de una estructura jurídica distinta y nueva, cual es el Derecho del Trabajo.

El elemento esencial y determinante del contrato de trabajo es la subordinación. La persona trabajadora debe poner a disposición de la parte empleadora su capacidad de trabajo, y esta última tiene la facultad de dirección sobre aquélla, dentro de los límites de lo acordado, o de lo establecido por la ley o por el convenio colectivo, utilizándola en su provecho.

La dependencia es la condición en que se sitúa la persona que trabaja, que debe cumplir las órdenes que le imparta la parte empleadora, dentro de los límites que fija el contrato de trabajo. Sin embargo, debe aclararse que la dependencia –subordinación– “...es poder de disposición entre hombres libres, y sólo puede concebirse como una limitación de la

actividad de quien la presta, tan sólo dentro de las necesidades, objetivos y funcionamiento de la empresa que utiliza sus servicios...”²⁸.

Ahora bien, caracterizado el contrato de trabajo y perfilado el elemento esencial de la relación laboral, cual es la subordinación, podemos decir con Krostochin que el contrato de trabajo: “Es el contrato por el cual una persona (trabajador) entra en relación de dependencia con otra (patrono), poniendo a disposición de ésta su capacidad de trabajo, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar de que el trabajador no sufra daño a causa de su estado de dependencia”²⁹.

Esta definición es por demás clarificadora en cuanto a la responsabilidad laboral, la cual es de índole contractual desde el momento en que los daños que le incumben –en función a su consecuente resarcimiento– son aquéllos generados en ocasión del desarrollo del contrato de prestación subordinada de servicios.

De hecho, nuestra legislación positiva se encuadra en la definición citada, pues el art. 61 del Código del Trabajo, luego de establecer que el contrato debe ser cumplido de buena fe, dispone que las partes del mismo están obligadas no solo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias y derivaciones del mismo o a aquéllas propias de la naturaleza jurídica de la relación o de la ley.

Con base en lo expuesto, podemos aseverar que lo dicho hasta acá respecto de la responsabilidad contractual le es aplicable en todo al supuesto de la responsabilidad laboral, con las peculiaridades típicas de la naturaleza tuitiva del contrato de trabajo y de las normas de *ius cogens* que le rigen, habida cuenta la fuerte asimetría existente entre los dos polos de interés que componen este tipo de relación contractual. Por supuesto,

²⁸ Martínez Vivot, Julio J., Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Astrea, Bs. As., 1994, pág.101.

²⁹ Krostochin, Ernesto, Instituciones de Derecho del Trabajo, Tomo I, Bs.As., págs. 171 y 172.

normalmente el factor de atribución de la responsabilidad es el subjetivo, de la culpa. La responsabilidad sin culpa u objetiva, que aparece típicamente en las obligaciones de fuente extracontractual, toma en su variante contractual la forma de asunción convencional del riesgo contractual. En las relaciones laborales, signadas por el derecho imperativo, hay poco margen para redistribuir el riesgo contractual propio o inherente, pero ello no implica que este elemento esté completamente descartado, sino que, simplemente, la distribución del riesgo negocial se produce *imperio legis*, independientemente de la voluntad de las partes contratantes, y aún contra ella. Luego, en el esquema obligacional, cuando se concierta la producción cierta de un determinado resultado, la ausencia de este último permite echar mano de la presunción de culpa y las consiguientes inversiones de las cargas probatorias. La producción de resultado a cargo del trabajador no es común en el contrato de trabajo –salvo los contratos por obra determinada– pero sí aparece a cargo del empleador en las obligaciones accesorias del contrato, principalmente las referentes a las previsiones sobre seguridad e higiene en el trabajo.

Es importante referir que el esquema de la responsabilidad basada en el elemento subjetivo de la culpa se mantuvo hasta 1900, que es cuando se visibilizó el problema de los daños provenientes de accidentes de trabajo, ello como consecuencia de la irrupción de la máquina en la revolución industrial; “...esto inicia la aplicación del factor objetivo de atribución ampliando la responsabilidad del empleador por los accidentes ocurridos a los trabajadores por el hecho o en ocasión del trabajo con eximentes muy restrictivas: culpa grave o dolo del trabajador, pero acotando la indemnización en virtud de la tarifación, es

decir, no permitiendo la valoración integral del daño sufrido sino limitándolo a la de los daños corporales.”³⁰

En definitiva, fueron los daños originados en el contexto de la prestación subordinada de servicios –contrato de trabajo– los que pusieron en evidencia la insuficiencia del sistema de la responsabilidad basada en la culpa para reparar todos los perjuicios a los que está expuesto el ser humano, dando, así, entrada a la responsabilidad objetiva.

Ahora bien, en lo que respecta a los presupuestos de la responsabilidad en lo laboral, son los mismos que los de la responsabilidad civil, sin embargo, tiene perfiles propios que asientan en los principios interpretativos que informan el Derecho del Trabajo y que son:

a) los generales: 1. el tuitivo, que direcciona hacia a la interpretación más favorable al trabajador; 2. el de la permanencia en el empleo, que orienta hacia la subsistencia del contrato de trabajo y no hacia su término; 3. el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, que por su claridad no necesita mayores explicaciones; 4. el del respeto a las condiciones más beneficiosas para el trabajador; y, 5. el de la responsabilidad de las partes contratantes (empleadora y trabajadora) del cumplimiento de las obligaciones laborales. Y, b) los principios específicos, que podrían denominarse los “propiaamente laborales” nacidos de la jurisprudencia: 1. principio de la norma más favorable al trabajador (*pro operario*); 2. principio de la equidad, conocida como la justicia del caso particular; 3. principio de la buena fe, considerado trascendental en el cumplimiento e interpretación del contrato de trabajo; 4. principio de la igualdad en el trabajo, consagrándose de esa forma la proscripción de todo tipo de discriminación en el ámbito de trabajo; 5. principio de rendimiento, entendido este como una mayor producción cualitativa del trabajador, por sobre la cuantitativa 5. principio de la dignificación del

³⁰ Weingarten, Celia, Manual de Derecho de Daños, La Ley, Provincia de Bs.As., 2010, pág.6.

trabajo, este principio hace clara alusión a la humanización del trabajo, el cual no debe ser considerado una mercancía³¹.

Estos principios fueron incorporados a nuestra legislación positiva a través de todo el articulado del Código del Trabajo, haciéndose en algunos casos alusión directa a los mismos, tal como lo hacen los arts. 3, 5, 6, 7, 9, 16, 61; y en otros, dan estructura a la norma; en este sentido merecen citarse los artículos 10, 15, 62, 63, 64, 65, 275 del citado cuerpo legal.

Son estos principios del Derecho del Trabajo los que insuflan a los presupuestos de la responsabilidad por daños, dándole a la responsabilidad laboral una impronta propia que la distingue de la civil.

³¹ Cabanellas De Torres, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, 3° Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Bs.As., Argentina, 1992, pág. 264/271.

UNIDAD II

Aspectos Fundamentales de la Seguridad Social.

1. Definición.

El término Seguridad Social fue empleado por primera vez en la Social Security Act del año 1935, una ley estadounidense que creaba un programa de seguridad social para personas mayores de 65 años, trabajadores de la industria y el comercio³². Las siguientes normas en las que encontramos nuevamente la expresión “Seguridad Social” son de rango internacional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 en las que se enuncia que todos los individuos como miembros de la sociedad tienen el derecho a la Seguridad Social (Arts. 16 y 35 OEA y Art. 22 ONU/48).

El concepto es disputado no solo terminológicamente, sino en su contenido mismo, y tanto en la perspectiva sobre la cual se va a abordar el problema como en el entendimiento de las cuestiones que plantea³³. Uno de los primeros y principales autores que ensayaron una definición es William Beveridge³⁴, el cual expuso que la Seguridad Social es el “conjunto de medidas tomadas por el estado para proteger a las personas contra los riesgos que se materializan individualmente y que no han de cesar de existir con independencia del nivel de desarrollo en el cual se vive”³⁵.

Esta visión de la Seguridad Social la considera como una prerrogativa estatal; los riesgos que son o deben ser abarcados por el sistema son todos, sin considerar su naturaleza,

³² Robert, Morris, Encyclopedia of Social Work, NASW, Washington, 1973, pág 1277.

³³ La principal dicotomía terminológica posiciona a la OIT y la doctrina americana con la expresión seguridad social frente a la UE/OECD y la literatura europea que prefieren la expresión protección social.

³⁴ Economista y reformista social con su obra “Social Insurance and Allied Services”.

³⁵ Beveridge, William, “Social and Allied Services” (The Beveridge Report), Londres, 1942.

aunque circunscriptos al riesgo individual. Por lo tanto, las medidas generales, aun teniendo un máximo de eficiencia, no eliminan el riesgo a que pueden estar sometidas individualmente las personas. Por ende, el orden público, el estado de derecho, las condiciones laborales mínimas, el acceso a una justicia pronta y cumplida, aunque son factores que mejoran la sociedad como un todo, al no tomar en consideración la situación individual de un sujeto concreto, no pueden ser considerados ni global ni separadamente como Seguridad Social. Así pues, solo aquellas medidas que están designadas para sustentar o proteger a las personas delinean el concepto de Seguridad Social, aunque las medidas de prevención puedan ser vistas, en sentido lato, como contenidas en su marco teórico o explicativo.

Para Manuel Alonso Olea Seguridad Social es un mecanismo de prevención de riesgos y de corrección o remedio de siniestros, que quizá hubiera sido evitable³⁶.

Para el Banco Mundial se trata de “las políticas públicas que asisten a los individuos, hogares y las comunidades para la mejor administración de los riesgos y mejor apoyo a aquellas personas críticamente vulnerables”, y su propuesta tiene un sesgo materialista.

El Asian Development Bank, por su parte, considera que “La protección social está definida como el conjunto de políticas y programas designados para reducir la pobreza y la vulnerabilidad a través de la eficiente promoción de mercado de trabajo, disminuyendo la exposición de las personas a los riesgos y aumentando su capacidad de protegerse a sí mismos contra los riesgos y las interrupciones o pérdidas de ingresos. Las políticas incluyen cinco grandes ámbitos de actividades: políticas y programas de mercado de trabajo, programas de seguridad social, asistencia social, sistemas regionales y micro, y protección de los niños”.

³⁶ Alonso Olea, Manuel, Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1985, pág. 15.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) conceptualiza la asistencia social como “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”³⁷. Se trata de los beneficios para grupos pobres y necesitados que son financiados con fuentes impositivas, los beneficios de la asistencia social son medios dirigidos a asegurar que solo aquellos cuyos ingresos son inadecuados en orden a cubrir sus necesidades básicas reciben asistencia; en la mayoría de los países –dice la OIT– la asistencia social juega un rol residual, proveyendo beneficios a personas necesitadas quienes no reciben ningún beneficio o reciben beneficios inadecuados de otros esquemas de protección social.

El Art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los Arts. 16 y 35 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de la OEA deben ser concordados con el derecho que tienen las personas a obtener el efectivo goce de sus derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. La Seguridad Social apunta entonces, a bienes jurídicos inmateriales superiores a la provisión de un estándar de vida de mera supervivencia, y gana un significado que supera a los objetivos estatales de los países considerados particularmente.

Mientras que el primer enfoque que se dio a la Seguridad Social es mirado desde el estado y desde sus necesidades para enfrentar o resolver contingencias que hacen a su

³⁷ OIT: “Seguridad Social: Guía de Educación Obrera”. Ginebra, 1995.

finalidad –el bien estar de los ciudadanos–, la concepción más moderna ve a la Seguridad Social como un aspecto inherente a la dignidad humana, esto es, un derecho humano fundamental. Desde esta amplia perspectiva el concepto de Seguridad Social no se reduce a una concepción materialista, limitada a la provisión de un estándar de vida que permita la supervivencia, sino que involucra todos los aspectos, económico, sociales y culturales, del libre desenvolvimiento de la personalidad humana (Art. 22 Declaración Universal de Derechos Humanos ONU y asimismo Arts. 16 y 35 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre OEA). En igual sentido se inscribe la Carta Social Europea (revisada), Estrasburgo, 1996, la cual en su preámbulo recuerda su objetivo de “favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” y subraya la “necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales”.

Como quiera que sea, aun una concepción no materialista de la Seguridad Social encuentra una limitación de índole material en la totalidad de las facetas inmateriales que abarca, ya que el bienestar que puede procurar a la persona humana se encontrará fácticamente restringido a la organización y los recursos de cada estado, y en un sistema de progresividad³⁸ (Art. 22 ONU y Art. 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). En la última época esta limitación está siendo profundamente revisada, merced a la nueva interpretación aportada por el Pacto de Derechos Económicos,

³⁸ En tal sentido, la CIDH reitera que: si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos.

Sociales y Culturales, diciembre de 1966³⁹, Art. 9, el cual inserta en el derecho positivo a la Seguridad Social como un derecho humano fundamental.

En el mundo anglo la Seguridad Social tiene fundamentalmente dos significados. En el Reino Unido la Seguridad Social es definida como asistencia⁴⁰. Mientras que en Estados Unidos de América la Seguridad Social es vista en el marco de los seguros⁴¹. Mientras Inglaterra considera también a las personas con ingresos insuficientes, en los Estados Unidos las personas para las cuales se crea la institución son solo o pensionistas o desempleados y personas con discapacidad, sin tomar en cuenta su nivel de ingresos. Elemento común a ambos modelos es la naturaleza del beneficio el cual aparece como puramente financiero.

Finalmente, una definición más universalmente válida describe la Seguridad Social como un sistema administrado por el estado que asegura, luego de verificar medios de vida, ingresos para la subsistencia, en orden de prevenir que la gente caiga en la pobreza o permanezca ella, sobre la base de la ciudadanía, y a veces también, de la residencia.

Es claro, empero, que cuando se habla de Seguridad Social se debe distinguir entre Seguro Social y asistencia social, y que la Seguridad Social no se identifica ni se agota en ninguno de estos conceptos. Sobre este punto volveremos más adelante.

Desde el punto de vista puramente económico la Seguridad Social tiene ciertas características específicas: su naturaleza es la de una institución formal, es consecuencia de la manifestación de riesgos sociales; tiene el efecto de eliminar o mitigar las consecuencias adversas de los riesgos sociales; es un sistema complejo de protección

³⁹ Ley n° 4/92 en el Paraguay.

⁴⁰ "Asistencia monetaria del estado para personas sin ingresos o con ingresos inadecuados".

⁴¹ "Plan de seguro que provee beneficios para pensionados y personas desempleadas o con discapacidades".

social e incluye este último concepto, pero su mirada es esencialmente sistémica y organizativa. Su objetivo es proveer un estándar mínimo de vida. La Seguridad Social es proveída a la persona, al individuo; no cubre solo la independencia financiera, sino también intenta asegurar una vida de desarrollo pleno de las propias capacidades. La seguridad social está en un estado de continuo desarrollo y mejoramiento, vale decir, es evolutiva e incluye diversos campos de actividad, coordina elementos diversos, determinando categorías de personas incluidas, riesgos sociales cubiertos, los mecanismos de protección social, las fuentes de financiamiento y los tipos de beneficios sociales y la transferencia o dilución de la carga de los riesgos a una instancia que soporta las consecuencias dañosas de éstos. La cuestión central desde el punto de vista de nuestro análisis es, precisamente, cómo hacer esa transferencia de riesgos a dicha instancia, lo cual puede subsumirse en tres principales vías: el sistema de seguro social, estatal, único y mandatorio; la asistencia social que abarca medidas para la manutención y cuidado de personas necesitadas y el seguro personal, privado y opcional. Los estados resuelven el predicamento de enfrentar esta problemática de modos diferentes, y a menudo mezclando en su sistema de tutela estas tres vías.

La Sociología, por su parte, aporta elementos descriptivos de la Seguridad Social calificándola de sistema de leyes, instituciones y actividades, diseñadas para asistir a personas afectadas por ciertos riesgos a los cuales están expuestas, en puridad, la totalidad de la población (maternidad, desempleo, pobreza, accidente de trabajo, enfermedad, discapacidad, viudez, ancianidad, orfandad) y obtener recursos para estos objetivos por medio de la previsión legal coercitiva y el derecho, en vez de la ayuda de caridad. Para la Sociología la Seguridad Social propiamente dicha está incluida, junto con la asistencia social, en el concepto más amplio de protección social. De ahí que las formas

más primarias o prototípicas de la protección social sean de naturaleza restrictiva o prohibitivas (limitación de tipos de trabajo a favor de grupos vulnerables, trabajo infantil, limitación de las horas laborales, etc.) que luego evolucionaron hacia normas ordenatorias de ciertas conductas positivas o de actividad, como ser, el seguro de desempleo el seguro médico-laboral, terminando por configurar la subespecie de “Seguridad Social”.

En la doctrina la Seguridad Social es a menudo descripta en términos de dos componentes básicos: seguridad social y asistencia social, a similitud de la sociología. Desde otra perspectiva, la Seguridad Social o el término Seguridad Social es usado con dos diferentes significados: como política de Seguridad Social y como sistema de Seguridad Social. Las políticas de Seguridad Social entendidas como políticas de seguridad económicas comprenden cuatro áreas: seguridad en el trabajo, seguridad en las remuneraciones, seguridad en la capacidad de trabajo y organización de la distribución de subsidios y pensiones. El concepto de sistema de Seguridad Social está asociado tanto con la noción de la redistribución financiera como con la noción de derecho de Seguridad Social y su vigencia.

Desde otro ángulo la Seguridad Social es vista como un concepto dinámico producto de dos componentes: protección social y Seguridad Social, en los cuales protección significa garantía contra riesgos (esto es normas legales contra riesgos como desempleo, enfermedad, discapacidad, muerte, maternidad); salvaguarda significa no peligros (esto, política de prevención de varios tipos de riesgos: condiciones de los espacios de trabajo, deterioro de la calidad de vida, corrupción, crimen, desigualdades, daño medioambiental). Seguridad significa protección y salvaguarda. Esto permite una triple aproximación a la Seguridad Social que comprende: prevención, reparación y

compensación. La OIT propugna la inclusión de medidas preventivas en el concepto de Seguridad Social⁴².

Desde cierto punto de vista más estrecho, el concepto de seguridad coincide con el de protección social, en tanto que en un sentido más amplio la Seguridad Social tiende hacia la noción de bienestar social⁴³.

También hemos de tomar en cuenta las definiciones que nos proveen distintas instancias normativas tanto internacionales como nacionales.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, firmada en Bogotá, 1948, durante la IX Conferencia Interamericana, que diera nacimiento a la OEA, es el primer instrumento normativo suscrito por el Paraguay, que hace referencia explícita a la Seguridad Social como un deber estatal en su Art. 28⁴⁴, aunque no esboza definición plasmada a tal efecto; empero, de su articulado –Art. 31–, surge que el sistema de seguro social obligatorio debe orientarse a la prevención de los riesgos, la capacidad de ganancia y de los medios de subsistencia del trabajador, y de la cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura del jefe de la familia.

Es claro que esta concepción se acerca decididamente más al ámbito del seguro social que al de la Seguridad Social tal como la hemos referido más arriba. Ello no obstante, no implica una exclusión de la Seguridad Social como concepto.

⁴² OIT, INTO Twenty-first Century: Development of Social Security, Geneva, 1984, pág. 219.

⁴³ Von Maydell B., Fundamental Approaches and Concepts of Social Security, en: Blanpain R., Law in Motion, La Haya, 1997, n. 1034.

⁴⁴ Artículo 28: Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales.

Luego, como vimos, el PIDESC no conceptualiza la Seguridad Social, limitándose a consagrarla como un derecho que los estados se obligan a reconocer, pero la distingue del seguro social, considerando a éste último como una parte de aquélla.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador del año 1988, incorporado a nuestra legislación por Ley n° 1040/97 tampoco ensaya una definición o concepto de la Seguridad Social, sino que establece los riesgos que deben estar cubiertos por ella y las prestaciones mínimas que debe proveer para los trabajadores⁴⁵.

En las normas de derecho interno la Seguridad Social está concebida por primera vez en el Dto. Ley n° 18071/43, que creó el Instituto de Previsión Social, el cual entre sus fundamentos normativos sostiene que, para gozar plenamente de las libertades fundamentales, todo varón y mujer deben estar biológica y económicamente protegidos frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada, y que el objetivo al cual se aspira es el mejoramiento constante del bienestar material y espiritual de la familia.

Así pues, puede sostenerse que las primeras normas en nuestro país que hacían referencia a la Seguridad Social no se ocuparon de definirla, y también que dichas normas se inscribían primariamente en la vertiente del seguro social, aunque su concepción ideológica y iusfilosófica no es materialista, ya que –cuando menos en sus considerandos– sus metas no se circunscriben solamente al bienestar físico del individuo, sino que apuntan también a la bienandanza inmaterial.

⁴⁵ Artículo 9: 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

En este sentido el perfil de sus objetivos no apuntaba al mero atendimento de los deberes del estado –en orden a crear un sistema económico –, sino que podemos decir que más bien se concebía en función del individuo y sus necesidades, esto es, en función de un derecho humano.

Estos lineamientos se siguieron manteniendo en los diversos y sucesivos instrumentos normativos que se siguieron, modificando la legislación nacional sobre la seguridad social de los trabajadores en relación de dependencia del sector privado (IPS).

Así pues, vistas todas las precedentes consideraciones, estamos ahora en posición de esbozar una definición de Seguridad Social, la cual la entendemos como el conjunto de políticas públicas adoptadas por el Estado y destinadas a prevenir y a remediar las contingencias socioeconómicas a las que están sujetas las personas en una sociedad, con la finalidad mediata de generar un ambiente socio económico propicio para el desarrollo integral y digno de la persona humana en cuanto sujeto de derechos.

2. Fundamentos y Caracteres.

La doctrina del Derecho Laboral sitúa el fundamento del Sistema de Seguridad social en un principio de corte axiológico: la solidaridad social.

Así, Roberto García Martínez, citando a Vázquez Vialard, ubica entre los principios básicos de la Seguridad Social a la solidaridad, y parafraseando a Severino Aznar reconoce la generalidad del concepto de “solidaridad” y caracteriza a ésta como “...inherente a la persona humana y como una ley fatal, natural e ineludible de la vida.”⁴⁶

⁴⁶ García Martínez, Roberto, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1998, pág. 657.

Por su parte, el Dr. Jorge Darío Cristaldo sostiene que la solidaridad social es el principio que informa a la materia: un esfuerzo coordinado de las voluntades mediante la intervención imperativa del Estado para obtener el bien común⁴⁷.

Sin duda, el fundamento mismo de la seguridad social es el ser humano en su esencia y dignidad de tal, como expresamente lo consagran los instrumentos de derechos humanos sobre la materia⁴⁸, pero tal naturaleza debe entenderse siempre en el marco de un conjunto social, de ahí que la raíz axiológica de la Seguridad Social no se limite al bienestar del individuo en sí propio, sino también el bienestar de las comunidades en las cuales ese ser humano se inserta. De modo que se trata de un derecho humano tanto individual como colectivo.

Así entonces, el valor “solidaridad” se erige como fundamento axiológico de la Seguridad Social. Este posicionamiento ya fue introducido en los debates de la Convención Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1992⁴⁹. En el diario de sesiones de esta Carta Magna, un convencional propuso la redacción del Art. 95 aludiendo directamente a la solidaridad como fundamento de la Seguridad Social, el proyecto respectivo decía que “El sistema obligatorio e integral de seguridad social para los trabajadores dependientes y su familia será establecido por la Ley y tendrá por objetivos la universalidad de la

⁴⁷ Cristaldo, Jorge Darío, *Hacia la Seguridad Social*, Ed. LITOCOLOR SRL, año 2005, Asunción, pág. 45/46.

⁴⁸ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 28 y 31; Carta Social Europea, art. 16; Convenio 102 de la OIT; Convenio 118; Convenio 157; Declaración Justicia Social para una Globalización Equitativa 2008 OIT; Código Europeo de la Seguridad Social 1964; Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, art. 9; Protocolo de San Salvador –Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, art. 9; Código Iberoamericano de Seguridad Social, 1996.

⁴⁹ Hay que puntualizar que la primera referencia constitucional a la seguridad social se hace en la constitución paraguaya de 1940, la cual en su art. 14 se refiere a los seguros sociales de los trabajadores relacionándolos con la dignidad humana como fundamento de su necesidad. Por su parte la constitución de 1967 en su art. 88 habla de un régimen de seguridad social integral y de la obligación estatal de sostenerla.

cobertura, la solidaridad la uniformidad y unidad y la equivalencia de los demás beneficios y servicios así como el carácter democrático de la administración”⁵⁰. Si bien ese texto propuesto no fue aprobado, el argumento de que la solidaridad constituía la base de la Seguridad Social fue esgrimido también por otros convencionales, quienes sostuvieron que la cultura solidaria era un imperativo social para la adecuada sustentación de la Seguridad Social, cuyas instituciones no deberían tener nunca fines de lucro⁵¹; tesis éstas que, si bien, como vimos, no fueron formalmente introducidas en el texto final que quedó, no obstante no fueron contradichas en el plenario por ningún convencional. De modo que podemos afirmar que la raíz axiológica de la institución de la Seguridad Social, tal como fue concebida en nuestra base constitucional, es el valor solidaridad.

Por nuestra parte pensamos, siguiendo con la línea ecléctica que ya se ha esbozado en el ítem de la definición, que la Seguridad Social se asienta también en un interés pragmático. En efecto, la idea de colaboración no es ajena a los sistemas de convivencia humana, muy por el contrario, está en su eje de funcionamiento. A mayor colaboración, mayor eficacia en el resultado de bienestar de esa convivencia, que es, en definitiva, la

⁵⁰ “...Dicho sistema de seguridad social en la medida de lo posible se hará extensiva todos los sectores de la población. Los recursos financieros de los sectores de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y estarán disponibles a estos efectos sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio”, <http://www.bacn.gov.py/constitucion/sesion-plenaria/05-06-018.htm#Articulo95>.

⁵¹ “Nosotros entendemos más bien que este es el resultado de una manera de concebir en nuestro país, de una manera de ser nuestra, que todavía no hemos alcanzado la cultura necesaria, que es la cultura solidaria, y por lo tanto no tenemos una institución que es de servicio, que no tiene fines de lucro. [...] la parte empresarial que tiene su aporte o que por lo menos hace también aporte importante en ella y debe interesarse por que la salud de su trabajador esté apta para poder realmente estar en condiciones de productividad, y los trabajadores organizados, queremos realmente que a los trabajadores les asista, que a todos les asista ese derecho de recibir una buena asistencia social que es la seguridad.”, *ibídem*.

finalidad u objetivo último de ella. A continuación veremos cómo esta interacción de bienestar está regida por reglas matemáticas.

2.1. La teoría de Juegos y la Seguridad Social.

La teoría de juegos es una construcción teórica planteada por primera vez por Von Neumann y su co-autor, Oskar Morgenstern. Ambos, Von Neumann y Morgenstern, sobre la base del principio de Pareto⁵², fueron los pioneros en proponer un marco científico en el análisis de situaciones en las cuales las personas han de tomar decisiones de manera estratégica y de acuerdo con un conjunto preestablecido de normas. Estos dos elementos: la estrategia y la regulación de la actuación son esenciales para entender el planteamiento. La estrategia en la toma de decisión implica que los diferentes actores eligen un curso de acción, de entre varios posibles, teniendo en cuenta las acciones probables de los otros actores. Luego, los sujetos no se mueven o deciden al azar, sino de acuerdo con unas normas, con un propósito definido y buscando maximizar sus propias ventajas.

El aporte de Von Neumann y Morgenstern fue fundamental, pero sus conclusiones, solo habían llegado hasta la demostración de que el conjunto posible de soluciones definitivas de un determinado planteo, es decir, el conjunto posible de decisiones de los individuos que toman parte en el problema, los llamados "equilibrios", existían sólo en una categoría bastante estrechas de interacciones: los llamados juegos de suma cero, en los que la ganancia de un sujeto importa necesariamente la pérdida del otro sujeto interactuante.

⁵² Principio de Pareto o "regla del 80/20", según el cual el 20% de una acción producirá el 80% de los efectos, mientras que el 80% restante sólo origina el 20% de los efectos.

Como se puede ver, el matemático y premio Nóbel J. Nash no creó por sí mismo la teoría de juegos, pero sí hizo un aporte crucial a la misma, al describir su formulación matemática. Con sus explicaciones demostró que en una cierta configuración de posibles combinaciones de decisiones se produce siempre un cierto conjunto de resultados, los cuales fueron denominados "equilibrios de Nash."⁵³

Estas formulaciones matemáticas fueron, con el correr del tiempo, ampliamente utilizadas en las ciencias sociales –un ámbito tradicionalmente reacio a la verificación “dura” de las matemáticas– en particular en las ciencias económicas.

Hoy la teoría de juegos es fundamentalmente empleada en la economía, empero su aplicación y sus conclusiones son extensibles a cualquier situación o conjunto de situaciones en las cuales se espera o necesita llegar a una solución sobre la base de un conjunto de decisiones de varios individuos, donde cada quien intenta llegar al mejor resultado posible para sí.

Sin embargo, el escenario de la “suma cero” o situación de ganancia–pérdida no se compadece necesariamente con las circunstancias de la realidad. A veces el resultado no necesariamente representa ese binomio –uno gana y el otro pierde– sino que existe un “excedente” de beneficios que se puede dividir entre todos y compartir. En la economía –que, como vimos es la ciencia que más aprovechó la teoría– esta situación se presenta bajo la forma de un mercado que puede dividirse entre varios competidores. La cuestión que surge entonces es decidir quién obtiene qué cosa, lo cual, según se demostró con

⁵³ Darity, William A., International Encyclopedia of the Social Sciences Jr., Macmillan Reference USA, 2nd. Edition, 2008 540/442; Myerson, Roger B. Nash, Equilibrium and the History of Economic Theory, Journal of Economic Literature 36:1067-1082 (1999), Department of Economics, University of Chicago; Delgado Toral, Gabriel, Una Introducción a los Teoremas de Punto Fijo y a la Existencia de Equilibrios en Economía, en: Economía Informa, Publicación Bimestral de la Facultad de Economía de la UNAM, Volumen 388, Septiembre–Octubre, 2014, México, Pág. 22/35.

esta teoría, depende de las acciones o estrategias de decisión adoptadas por los distintos sujetos agentes.

Nash formuló entonces una teoría de la "mejor respuesta", donde todos los sujetos se encuentran en equilibrio entre sus posibles ventajas particulares, lo cual se denominó "equilibrio de Nash".

Las reglas del planteo del problema establecen que cada jugador está haciendo lo mejor que les es posible para conseguir su propia ventaja, dadas las estrategias que están siendo empleadas por la totalidad de los otros jugadores o agentes. Nash, empleando una teoría matemática compleja que había sido desarrollada anteriormente por el matemático holandés Lej Brouwer, fue capaz de demostrar, matemáticamente, que ese tipo de equilibrio, en el cual se obtiene una paridad en las ventajas máximas obtenibles por cada uno de los sujetos, existe en cualquier juego con un número finito de sujetos y un número finito de movimientos para elegir.

Hoy día la solución o equilibrio de Nash se aplica primordialmente en la economía, pero sus conclusiones y aplicabilidad se extienden mucho más allá de la Economía, a otras ciencias sociales. Politólogos, biólogos evolutivos, e incluso los órganos estatales encargados de emitir normas y regulaciones deben adentrarse en la comprensión de los equilibrios de mejor respuesta y todos los aspectos de la teoría de juegos.

El equilibrio de Nash es un estado estable de un sistema, que involucra varios participantes interactuando libremente, y con completa información sobre el planteo, es decir, sobre el conjunto de las acciones de respuesta y soluciones posibles o disponibles y sus beneficios correspondientes, así como información sobre las decisiones que van tomando todos los demás. Se entiende que todos los sujetos participantes o concernidos por el planteo quieren maximizar sus propias ventajas en un contexto dado. También se

entiende que todos los sujetos son racionales y que sus decisiones están basadas en una argumentación racional. El concepto del equilibrio de Nash permite determinar un punto donde la situación inevitablemente ha de terminar para llegar a un estado estable de un sistema –en el cual ningún participante tiene nada que ganar mediante un cambio unilateral de estrategia o decisión, siempre y cuando todos los demás participantes permanezcan sin cambio– y cuya consecución es inexorable si se pretende dicha estabilidad; un resultado que no consista en un equilibrio de Nash es inestable e invariablemente va a modificarse hasta alcanzar dicho equilibrio, el de la mejor solución disponible para todos, siempre que no exista desinformación o coerción sobre los sujetos intervinientes.

Es, desde luego, una herramienta intelectual, una forma de organizar nuestras ideas y decisiones de manera sistemática, aplicándolos de una manera consistente, y descartando errores y una futura reestructuración. Se puede aplicar a muchos problemas diferentes, y su utilidad depende del contexto particular. La aplicación de los criterios elaborados por Nash excluye en gran medida las soluciones inverosímiles e inestables.

Cada vez que un órgano estatal considera la sanción o dictado de una nueva normativa, que ha de atender a la interacción de varios sujetos –lo cual es regla corriente en el Derecho– como, vg., un reglamento sobre medio ambiente, se necesita imperiosamente determinar si obedecer a la norma conduciría o no a un equilibrio de Nash. Si no es así, es probable que la nueva reglamentación o política pública sea un fracaso, porque los afectados buscarán una manera de maximizar su ventaja particular y evitarla.

Es interesante ver cómo la justicia social hoy día emplea esta herramienta de pensamiento y produce algunos institutos estructurales imprescindibles, que tienden a una solución equilibrada en un conjunto de posiciones individuales, conjugando sus

intereses hasta maximizar la ventaja de todos los participantes; la seguridad social es un sistema que, para tener eficacia, sigue tal fundamento.

La caracterización de la Seguridad Social tiene una estrecha dependencia con la conceptualización a la que se adscriba. Si la raigambre conceptual es materialista, la caracterización que se devendrá de ella tendrá, primordialmente, tal sesgo. Por el contrario, una filiación humanista nos decantará hacia unas cualidades de dicho tenor. En este punto, tanto como en las nociones generales que hemos esbozado arriba, preferimos una aproximación ecléctica, esto es con caracteres que indiquen ambas tendencias.

La Seguridad Social no se superpone ni se confunde solamente con un orden normativo, sin embargo, es imposible pensar en la Seguridad Social fuera de un orden normativo. De ahí que podemos afirmar que tiene la propiedad de una institución formal y se expresa en un complejo sistema social (complejidad sistémica).

De ello se deriva que la Seguridad Social integra la garantía de tutela que el estado debe proveer a sus ciudadanos, inserta y definida por el orden constitucional, se encuentra anclada irremisiblemente en el estado de derecho.

La Seguridad Social apunta a tres niveles diferentes, al individuo como entidad singular, a los grupos sociales como conjuntos parciales dentro de la sociedad compuestos por individuos con determinados perfiles, y la población total (verbigracia, de un país), como una unidad global independientemente de su heterogeneidad.

Las medidas que pueden concernir o abarcar la Seguridad Social son imposibles de listar en un *numerus clausus*, por lo tanto, su objeto –de estudio, de regulación, de planificación política– no es fijo, sino que resulta variable. Por ello la Seguridad Social incluye varios campos de actividad y sus prestaciones están constantemente

desarrollándose y mejorando. De ahí deviene también una cualidad principalísima de la Seguridad Social en cuanto a la extensión tanto objetiva como subjetiva que pretende abarcar, permanentemente ampliando los riesgos abarcados y las prestaciones consecuentes, e incorporando segmentos poblacionales cada vez mayores, con lo que adscribe a una innegable vocación de universalidad e integralidad.

Pueden verse por lo menos dos aspectos en la composición de la Seguridad Social: la indemnidad social y la protección social. Lo primero puede ser visto como un aspecto preventivo o anticipatorio de la Seguridad Social, ya que implica la ausencia de peligro o angustia, y su meta es universal, vale decir, abarca a todos los individuos; en tanto que la protección implica auxilio o apoyo, pero a personas o conjunto de personas singularmente aquejadas de una desventaja cualquiera sea su causa u origen –natural o social– y, por ende, tiene un talante reactivo o paliativo.

La Seguridad Social, aunque se dirige a preservar y/o desarrollar el completo desenvolvimiento de las capacidades de un ser humano, tiene como contenido central el aspecto económico y de seguridad material de la persona.

La Seguridad Social nace de la existencia y la manifestación de los riesgos sociales, con el objetivo de eliminar o mitigar los efectos adversos de tales riesgos, por lo tanto, comparte muchas de las cualidades de los sistemas de prevención de riesgos, especialmente en la mecánica y metodología económica y jurídica del tratamiento de tales riesgos, vale decir, considera necesariamente elementos propios de las mutualidades y la previsión sobre realidades futuras.

Finalmente se debe reseñar un último rasgo de la Seguridad Social que hace alusión a su talante de subsidiaridad. La Seguridad Social no constituye una finalidad en sí misma, es solo un mecanismo para que las potencialidades del individuo puedan, o bien surgir o

bien ser reforzadas, evitando que dichas potencialidades se vean anuladas por eventos infortunados. Pero no pretende suplantar en modo alguno dichas potencialidades ni su puesta en marcha en el amplio escenario social. De ahí que debe propender siempre a estimular la autonomía del desarrollo propio y debe abstenerse de crear dependencias insalvables o irreversibles. El estado de dependencia o sobreprotección se constituye, en cualquier caso, en una contradicción con los fines propios de la Seguridad Social, que como vimos persigue, justamente, el desenvolvimiento integral de las personas tanto en cuanto individuo como miembro del conjunto social.

3. Delimitación y Diferencias con otros Conceptos.

3.1 Seguridad Social y Previsión Social.

De conformidad con los conceptos que venimos analizando podemos llegar a la conclusión, evidente por otro lado, de que la Seguridad Social es un concepto más amplio que la previsión social. En efecto, mientras que la Seguridad Social constituye un sistema por virtud del cual se intenta contener, controlar o neutralizar las contingencias, tanto materiales, es decir físicas, como sociales, a las que se encuentra expuesta una persona, en tanto individuo y en tanto integrante de grupos o estructuras sociales, y que involucran necesariamente la elaboración y eventual ejecución de políticas públicas, esto es, involucra necesariamente la actividad estatal, la Previsión Social, por su parte, tiene por finalidad preservar y remediar esas contingencias o riesgos, pero solo respecto de los trabajadores en relación de dependencia y sus familiares.

Es cierto, sin embargo, que en los orígenes de la Seguridad Social las primeras formas organizadas de ella aparecen vinculadas a personas en relación de dependencia, ya sea a un poder superior como el estado ya sea una persona que organiza esquemas de

producción, permitiendo la generación de medios de sustentos, vale decir, los empleadores.

Hoy día, empero, luego de décadas de desarrollo evolutivo, estos conceptos ontológicamente se han distanciado, de manera tal que actualmente ya no es posible confundirlos ni superponerlos.

3.2 Seguridad Social y Seguros Sociales.

Cabe aquí, primeramente, esbozar una conceptualización de lo que debe entenderse por seguro social: "... es el servicio público que bajo la administración o vigilancia del Estado, se propone prevenir o reparar mediante prestaciones en dinero o especie, la pérdida o disminución de la capacidad productiva o el aumento de las cargas familiares, sobrevenidos a los trabajadores económicamente débiles, subordinados o autónomos, a consecuencia de acontecimientos derivados del trabajo o de la vida"⁵⁴. Hay que acotar que el seguro social emplea la técnica actuarial del instituto del seguro, pero difiere de éste en que en el seguro social no se exige proporcionalidad entre la prima y el riesgo como en los seguros comerciales; esto porque la finalidad primera del seguro social es la protección de las personas, independientemente de su potencialidad económica, resultado que se vería distorsionado si se aplicara estrictamente las reglas de mercado de los seguros comerciales.

Como ya lo habíamos expresado en el punto referente a las conceptualizaciones, la Seguridad Social tiene la naturaleza de una política pública, vale decir, un plan que el estado esboza con una determinada finalidad –en este caso dicha finalidad es la

⁵⁴ De la Cueva Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Ed. Porrúa, Ciudad de Méjico, 1963, Tomo II, pág. 11; Frescura y Candia, Luis P., Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1975, pág. 685.

preservación de un estado de bienestar frente a las posibles contingencias que pudieran apeligrarlo .

Como puede verse, entre la Seguridad Social y el seguro social existe una relación de objetivo a medio. Vale decir el seguro social es instrumental a la Seguridad Social, pero, aun siendo, quizá, su instrumento primordial, no agota en modo alguno, todos los medios de aquélla. El seguro social, aún siendo un instrumento impuesto por el estado, de orden público e indisponible por las partes, no por eso deja de ser un mero medio técnico-financiero para proveer a la Seguridad Social. En efecto, aunque el seguro importe la principal organización financiera de la Seguridad Social, y en los estados modernos sea el mecanismo más empleado para conseguir los fines que ella persigue⁵⁵, ésta rebasa su marco conceptual.

3.3 Seguridad Social y Asistencia Social.

Algunas de las diferencias sustanciales entre la Seguridad Social y la asistencia social se centran en el modo de financiación de una y otra. Mientras que en la Seguridad Social normalmente se da una participación efectiva de los beneficiarios en la producción de los recursos que han de sustentar el sistema, en la asistencia social los destinatarios no contribuyen a solventar la estructura de asistencia, debido, principalmente, a las condiciones socio económicas desfavorables en las que se encuentran, y que son, justamente, la razón de que sean sujetos de la asistencia. De ahí que la financiación de la

⁵⁵ En las naciones industrializadas más del 90% de la población está cubierta por varias formas de seguridad social, en América Latina las cifras varían y existen muchas asimetrías, países como Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Venezuela alcanzan las más altas cifras –hasta un 100%, mientras que países como Bolivia, Nicaragua y Paraguay se ubican en el otro extremo del espectro, siendo el Paraguay, con menos del 40%, el tercer país el que tiene la tasa más baja de seguridad social. Fuente: http://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/Sist.Salud.UE_2013.pdf, <http://ec.europa.eu/eurostat/web/social-protection/statistics-illustrated>, Cecchini, Simone/ Filgueira, Fernando/Robles, Claudia, Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe: Una perspectiva comparada, Serie Políticas Sociales, Nro. 202, CEPAL, ONU, 2014.

asistencia social provenga de recursos generales del erario público, es decir, no recaudados necesariamente con ese destino, y de la actividad privada (beneficencia).

En cuanto a sus objetivos, la asistencia social tiende a proporcionar alivio a los sectores carenciados de la población en general, condicionados por la pobreza y la exclusión social⁵⁶. Por ello los beneficios de la asistencia social usualmente suelen ser vinculados a determinadas condiciones, entre las cuales la más común es la de ostentar ingresos personales reducidos, bajos o, directamente, carecer de ellos. En cambio la Seguridad Social, ya vimos, se aplica a todas las personas con independencia de sus ingresos.

Otra diferencia radica en la discrecionalidad en las prestaciones. Esto es, mientras en la asistencia social, si bien se da una necesidad en la prestación, ésta no configura propiamente una obligación del estado. Desde luego que todo estado está concernido por los problemas del bienestar social, y la asistencia social puede ser un medio para enfrentarlos, empero no es un medio obligatorio o imperativo. Por el contrario, la Seguridad Social es obligatoria para el estado, pues siendo que la contribución del destinatario es parte de su estructuración económica, éste tiene por tanto un derecho exigible frente al estado organizador.

Finalmente, otra diferencia radica en el método: la Seguridad Social se ocupa de prever la solventación de riesgos futuros, y, como vimos, a menudo a través del Seguro Social, lo que implica, necesariamente, el empleo de los modos de la técnica actuarial. De manera que la sustentabilidad del sistema en un lapso inmediato y mediato, es parte esencial del concepto de Seguridad Social. En cambio, la asistencia social se ocupa primordialmente

⁵⁶ Cristaldo Montaner, Jorge Darío, op. cit., pág. 106.

de las necesidades presentes de los individuos, y aun estando organizada, la previsión de necesidades futuras no es su objetivo primario⁵⁷.

Si bien estas diferencias todavía pueden ser señaladas, en la actualidad, el desarrollo de la Seguridad Social hizo que las líneas identificatorias entre ésta y la asistencia social no fueran tan marcadas. No obstante, persisten distinciones basadas en el planteamiento, ámbito y técnica; en su estado actual de desarrollo, las instituciones de Seguridad Social no aseguran completamente y sin límite de tiempo la indemnización de todos los riesgos sociales y de todos los elementos de la población, por ello la asistencia social no ha desaparecido totalmente aún.

3.4 Seguridad Social y Derecho Laboral.

La Seguridad Social y el Derecho del Trabajo se insertan en una relación que ha evolucionado y pasado por diversas etapas a lo largo del tiempo. En su primera época la Seguridad Social constituía, esencialmente, una institución más dentro del Derecho del Trabajo. Ella era vista como una herramienta instrumental al principio de tutela que regía y rige al Derecho del Trabajo como pieza fundamental y pilar de toda su estructura. Bajo esta primera forma el objeto de la Seguridad Social era proveer un marco de garantía a las personas laboral-dependientes, intentando prevenir los riesgos a los cuales estaba expuesta dicha actividad, o bien reparar las consecuencias perjudiciales de los mismos cuando su ocurrencia no haya podido ser evitada; por lo mismo, los sujetos a los cuales la institución iba destinada se circunscribía al grupo de los trabajadores subordinados. Es el

⁵⁷ Frescura y Candia, *op.cit.*, pag. 689/690.

tiempo en el que Previsión Social y Seguridad Social se confunden, superponiéndose en sus finalidades⁵⁸.

Esta concepción de la Seguridad Social fue cambiando a medida que los beneficios que ella ofrecía se iban extendiendo a otros sujetos, que no los puramente dependientes, así a la familia inmediata del trabajador, a las personas cuyo sustento dependía de su actividad laboral. Este derrotero evolutivo terminó incorporando en la Seguridad Social a personas que desarrollaban trabajos no dependientes, y en general, a personas en situación de vulnerabilidad económica. Desde luego, este desarrollo guarda una estrecha vinculación con los distintos escenarios que ofrecía la realidad económica y los fenómenos ligados a ella.

En la actualidad, la definición del rol del Derecho Laboral ha tenido que enfrentar serios desafíos en consonancia con las crisis económicas y las oscilaciones en materia de empleo. Este panorama permitió descubrir que las soluciones jurídicas que el Derecho Laboral aporta tienen un marcado carácter de provisionalidad, sesgado por numerosas fuerzas sociales en contradicción⁵⁹. Por ello el papel que ha de tener el Derecho del Trabajo ante estos cambios ha impuesto un proceso reflexivo y la búsqueda de interconexiones entre este derecho y otros, como el derecho mercantil, el derecho administrativo, y otras disciplinas como la economía, la sociología, las estadísticas, etc. Todo ello cristalizó en el surgimiento de lo que podríamos llamar una nueva rama del derecho, integradora de todas estas disciplinas y cuyo objeto se dirige a la explicación de los fenómenos arriba descriptos e intenta estructurar una solución plausible para la

⁵⁸ Pérez Botija, Eugenio, Curso del Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 1960, pág. 475 y sgts.

⁵⁹ González Pérez, Feliciano, Bases Conceptuales y Realismo en el Derecho del Trabajo, IX Derecho del Trabajo, Anuario de la Facultad de Derecho, n° III, Unex, España, 1984/1985, pág. págs. 335/364.

concertación de los diferentes intereses involucrados en vistas a soluciones congruentes con el bienestar social. Es así como la Seguridad Social se independiza como disciplina dando lugar a un orden normativo nuevo, el Derecho de la Seguridad Social, desde luego, sin perder su filiación original ni sus innegables conexiones con el Derecho Laboral en cuyo seno se gestara.

4. Riesgos y Contingencias.

Siempre ha habido un cierto tipo de correspondencia entre los riesgos a los que alude la Seguridad Social y las, así llamadas, ramas de la Seguridad Social⁶⁰.

El Convenio 102 de la OIT del año 1952 enumera los riesgos clásicos, incluyendo: desempleo, vejez, invalidez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad y derechos de los sobrevivientes. Otras normas incluyen también, enfermedad laboral y no laboral, maternidad, lactancia, viudez, desempleo, cargas de cuidado familiar y pobreza.

Para Berghman la meta ideal debería ser el tender hacia un estado de completa protección contra daños de los que podrían ser víctimas los seres humanos⁶¹

El concepto de daños debe ser interpretado ampliamente, para cubrir ambos: pérdida de ingresos o remuneraciones laborales y pérdida de salud, bienestar o capacidad laboral. Esto último, marca lo que podemos llamar las dos grandes áreas de las que se ocupa la Seguridad Social: la conservación de las aptitudes que le permiten al trabajador el desempeño de una actividad remunerada, vale decir, apunta a su capacidad productiva, y la otra, destinada a la conservación de la oportunidad de aplicar esas capacidades productivas, lo que podemos sintetizar en la estabilidad en sus distintas especies. Este

⁶⁰ Convenio OIT 102.

⁶¹ Berghman, Jos, Basic Concepts of Social Security in Europe, Brussels, 1991, pág. 18/20.

concepto amplio de riesgo alcanza no solamente al bienestar ocupacional del individuo, sino también la desventaja o minusvalía que la persona que sufre el daño encuentra en su contacto con su medioambiente material y humano, esto es su bienestar social.

Por lo tanto, la privación, exclusión o marginación que la persona sufre con el daño, hacen también parte conceptual de los riesgos que estamos examinando.

4.1 Clases de Riesgos.

4.1.1 Desempleo.

Existen numerosas definiciones, económicas, sociológicas y jurídicas sobre lo que debe considerarse desempleo.

La decimotercera conferencia ICLS, 1982, trazó las líneas de lo que debemos entender por desempleo. Se trata de una situación en la que concurren simultáneamente tres criterios durante un lapso de tiempo determinado: a) carencia de trabajo, b) activa búsqueda de trabajo, y c) actualmente apto para trabajar⁶². Entonces, las personas que se encuentran en esta situación durante un específico lapso de referencia, decimos que son desempleadas. Hemos de examinar seguidamente cada uno de estos criterios.

- a) Carencia de trabajo: este criterio es esencial para diferenciar el empleo del desempleo como dos conceptos mutuamente excluyentes. Este criterio se refiere a la total ausencia de trabajo, ya sea dependiente o independiente y cualquiera sea, por más mínima, la escala de tiempo empleada. Las personas que están temporalmente ausentes de un trabajo al cual están formalmente vinculadas, no se encuentran en situación de desempleo (por ejemplo: profesionales que toman

⁶² Resolution concerning statistics of the economically active population, employment, unemployment and underemployment, adopted by the Thirteenth International Conference of Labour Statisticians (Ginebra, 18 al 29 de octubre de 1982).

un año sabático). Otras formas de subutilización laboral, como el subempleo, tampoco son desempleo.

- b) Búsqueda activa de trabajo: este criterio implica la toma de una conducta activa dirigida a obtener trabajo, ya sea dependiente o no. Se consideran como conductas de iniciativa en la búsqueda de trabajo al registro en una agencia de trabajo pública o privada, la presentación de solicitudes de trabajo, la publicación de oferta de servicios, etc.

La búsqueda pasiva de trabajo, esto es, la que solo se propone dar respuesta a ofertas de trabajo, no cumpliría con el parámetro aquí exigido, por ejemplo: el solo mirar, aunque sea sistemáticamente, las publicaciones de ofertas de trabajo no se considera una búsqueda activa. Los lineamientos internacionales apuntan que para considerar una a persona como activamente solicitante de trabajo, la misma debe haber hecho algo específico para obtener trabajo, una declaración general de encontrarse en la búsqueda de trabajo no es suficiente. La búsqueda activa de trabajo es un criterio que se soslaya para las personas que ya han asegurado un empleo futuro, que todavía no ha iniciado.

- c) Actualmente apto/disponible para trabajar: la disponibilidad para empezar un trabajo ayuda a separar el desempleo de otras circunstancias que podrían privar a las personas de desempeño laboral como ser: enfermedad, discapacidad, maternidad, etc.

En un sentido mucho más amplio, el desempleo incluye también al subempleo, esto es, la circunstancia en la cual la fuerza laboral de una persona está subutilizada, ya sea porque trabaja menos horas o menos días de los que ella tiene disponibles, se ocupa en un

trabajo donde sus competencias no tienen plena aplicación, personas cuya productividad es más baja que la que tendría en otro trabajo.

4.1.1.1 Diferentes Formas de Desempleo.

- a. Desempleo estructural: en el cual la edad, las habilidades específicas de la población laboral no alcanzan los requerimientos de los empleadores.
- b. Desempleo por ciclos de mercado: depresión en la demanda que reduce la producción, y consiguientemente la oferta de trabajo.
- c. Desempleo de subdesarrollo: donde la ausencia de emprendimientos, insuficiencia técnica y de infraestructura social, y la inestabilidad política causan un histórico y persistente bajo nivel de empleo en una determinada área geográfica.
- d. Desempleo tecnológico: es el desempleo causado por la insuficiencia de capital instalado o cuando la introducción de ciertas tecnologías reduce la necesidad de fuerza laboral.
- e. Desempleo friccional: periodo corto de tiempo necesario para encontrar un trabajo que se considera adecuado.
- f. Desempleo voluntario: se da cuando el sujeto busca condiciones más elevadas que las que el mercado de trabajo le puede ofrecer⁶³.

4.1.2 Enfermedad Laboral y no Laboral.

4.1.2.1 Enfermedad Laboral.

⁶³ Piana, Valentino, Economics Web Institute,
<http://www.economicswbinstitute.org/glossary/unemploy.htm>.

La Organización Mundial de la Salud la define como toda enfermedad contraída primariamente como resultado de una exposición a factores de riesgos surgidos de la actividad laboral⁶⁴.

Se trata pues de un desorden físico o síquico causado por el trabajo o por las condiciones del trabajo. Esto significa que la enfermedad se debe haber desenvuelto debido a exposición en el lugar de trabajo y que la correlación entre la exposición y la enfermedad es bien conocida en la ciencia médica. Para ello no debe ser probable, más allá de toda duda razonable, que la enfermedad está causada por factores distintos del trabajo.

Se debe distinguir de los daños debidos a eventualidades ocurridas en el lugar de trabajo. Una enfermedad laboral puede desarrollarse en varios espacios de tiempo desde su aparición instantánea a un desenvolvimiento gradual hasta llegar inclusive a hallazgos de malformaciones congénitas en personas cuyos progenitores pudieran haber estado expuestos a agentes insalubres o riesgosos⁶⁵.

Algunas organizaciones internacionales han elaborado listas de típicas o clásicas enfermedades laborales, como por ejemplo la OIT, la OMS, las cuales han producido el ICD-10 (Clasificación Internacional de Enfermedades), cuya última versión fue revisada en Génova en 1998 ⁶⁶ .

Cuando hay una adecuada documentación médica de que una enfermedad está causada por la exposición a un cierto factor, entonces la enfermedad es incluida en estos listados.

⁶⁴ http://www.who.int/occupational_health/activities/occupational_work_diseases/en/

⁶⁵ Encyclopedia of Public Health, Ed. Lester Breslow, Gale Cengage, 2002.

⁶⁶ ICD-10 Report of the WHO Meeting, Génova 8-10 July 1998. ICD-11 existe en la actualidad, iniciada el 14 de mayo de 2012 pero todavía carece de la aprobación de la OMS, y se espera su versión final para el 2017.

Todo lo relativo a enfermedades laborales hace relación con la salud ocupacional, que fuera definida por la OMS, en coordinación con la OIT⁶⁷, como una actividad multidisciplinaria dirigida a la protección y promoción de la salud de las personas trabajadoras a través de la prevención y el control de las enfermedades y accidentes laborales, y a través de la eliminación de los factores y condiciones de peligro para la salud y seguridad en el trabajo, así como el desarrollo y promoción de trabajo, ambiente de trabajo y organización del trabajos seguros y saludables, la potenciación del bienestar físico, mental y social de las personas trabajadoras en orden a mantener y desarrollar su capacidad de trabajo, así como su desarrollo social y profesional en el trabajo, y, finalmente, permitirles a las personas trabajadoras conducir vidas social y económicamente productivas, contribuyendo positivamente al desarrollo sustentable⁶⁸.

Usualmente la importancia social y económica del trabajo se centra en su función de producir y distribuir bienes y servicios dentro de la sociedad. Pero no menos importante es la función que tiene el trabajo para el individuo, ya que estudios recientes han demostrado que el trabajo juega un papel psicológico crucial y sin paralelo en la formación de la autoestima individual y el sentido de orden. El trabajo es una poderosa fuerza que modela el sentido de identidad de una persona, provee vitalidad a la existencia y establece esquemas cíclicos que le dan anclaje a la personalidad. El trabajo no es solamente ganancia económica sino también gratificación personal.

Hay una continua interacción de dos vías entre una persona y su entorno síquico y físico de trabajo. El ambiente de trabajo puede influir en la salud de una persona tanto positiva

⁶⁷ Adoptada en el Comité de Salud Ocupacional en 1950 OIT/OMS y revisada en su duodécima sesión en 1995.

⁶⁸ Ocupacional Health, A Manual For Primary Health Care Worker's, World Health Organization, Regional Office for de Eastern Mediterranean , Cairo, 2001, pág. 14.

como negativamente, y, por otra parte, la productividad de un individuo está, a su vez, influenciada por el estado de bienestar físico y mental de la persona trabajadora. Se ha demostrado que el trabajo puede ser un importante factor en la promoción de la salud – labor terapia.

Cuando al trabajo se asocia con riesgos de la salud puede producir enfermedades laborales, ser una de varias causas de otras enfermedades o puede agravar preexistentes problemas de salud de origen no laboral.

Las economías más exitosas han demostrado que los lugares de trabajo diseñados de acuerdo con buenos principios de salud ocupacional, seguros y ergonómicos se convierten en las más sustentables y productivas. Esta circunstancia ya fue advertida en la Declaración de Río en 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”⁶⁹, declaración suscripta por Paraguay. En dicha oportunidad también se concluyó que el desarrollo sostenible es una estrategia para satisfacer las necesidades de la población del mundo actual sin causar efectos adversos en la salud y en el medio ambiente y sin agotar o poner en peligro los recursos globales básicos, y, por ende, sin comprometer la posibilidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.

Así pues, la salud ocupacional es un elemento básico y constitutivo del desarrollo sustentable⁷⁰.

Por su parte, la legislación nacional⁷¹ la define en los siguientes términos: “todo estado patológico que sobreviene por una causa repetida por largo tiempo, como consecuencia

⁶⁹ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Cumbre de Naciones Unidas 13-14 de junio de 1992, Río de Janeiro, Brasil.

⁷⁰ Ocupacional Health, *op.cit.*, pág. 15.

de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que ejerce sus labores, y que provoca en el organismo una lesión o perturbación funcional, permanente o transitoria, pudiendo ser originada esta enfermedad profesional por agentes físicos, químicos o biológicos”. La primera puntualización que se puede hacer respecto de esta definición legal es que exige que el estado mórbido se origine en una causa repetida por largo tiempo. Se debe entender que las alteraciones a la salud originadas por una causa ocurrida de manera puntual y no por la repetición, necesariamente debe configurar otro tipo de riesgo laboral, el cual, como veremos, habrá de enmarcarse dentro del concepto de accidente de trabajo. Sin embargo, aquellos menoscabos a la salud que no coincidan con la descripción típica contenida en la ley respectiva quedarían eventualmente por fuera del sistema. Ello es relevante puesto que para los accidentes de trabajo la lesión ha de ser orgánica, lo cual dejaría por fuera aquellos supuestos de lesiones no orgánicas –vg. psicológicas– ocasionadas a raíz de causas repentinas o abruptas de origen laboral.

Desde luego, cabe preguntarse si las alteraciones a la salud psicológica y mental de las personas están incluidas en la norma que aquí comentamos, ya que, si bien en ésta no aparece una delimitación tan expresa como la ya referida en cuanto a los accidentes de trabajo, hace alusión a una lesión y perturbación funcional provocada “en el organismo”. Esta formulación pareciera excluir a las lesiones psicológicas, aunque no de forma clara o definitiva. Creemos que una interpretación extensiva o amplia de la norma permitirá corregir esta posible deficiencia, e incluir también a las enfermedades psicológicas de origen laboral, interpretación que vendría avalada por el ya conocido principio *in dubio pro tutela*, que rige las instituciones del Derecho Laboral.

⁷¹ Decreto-Ley 1860/50 Art. 40 inc. c.

Además, limita los agentes causales a los de naturaleza física, química o biológica, dejando por fuera otros agentes que tienen gravitación en la salud de las personas, y actualmente reconocidos por las ciencias médicas como factores altamente nocivos al bienestar de las personas⁷², como los psicológicos.

4.1.2.2 Enfermedad no Laboral.

Estamos aquí ante patologías que no están directamente vinculadas o relacionadas causalmente con la actividad laboral que el trabajador realiza, pero que una vez acontecidas disminuyen o impiden por completo el desempeño laboral al atacar las condiciones físicas o síquicas del trabajador. Su número puede ser infinito y, por ende, no están contenidas en ningún listado. Entre éstas y las enfermedades laborales previamente mencionadas existe una tercera categoría que son las enfermedades relacionadas con el trabajo pero no directamente causadas por la labor; se trata de condiciones patológicas que, combinadas o sumadas con el tipo de actividad laboral y las condiciones en las que esta se desenvuelve, se desarrollan o agravan en el sujeto trabajador.

Nuestra legislación alude a las enfermedades no laborales cuando se refiere a la invalidez⁷³. Igualmente, en el mismo articulado, se refiere a los accidentes que no son de trabajo, así como a la senilidad o vejez prematura en la persona del trabajador. En rigor,

⁷² Estrés profesional: es un proceso que se produce ante como reacción adaptativa ante un conjunto de demandas ambientales que recibe el individuo, que exigen una respuesta adecuada, y para lo cual pone en marcha sus recursos de afrontamiento. Cuando la demanda del ambiente es excesiva frente a los recursos de afrontamiento que se poseen, se desarrollan una serie de reacciones, movilización de recursos, con activación fisiológica. Ello incluye una serie de reacciones emocionales negativas (desagradables), de las cuáles las más importantes son: la ansiedad, la ira y la depresión." Framework agreement on work-related stress, EU-level cross-industry social partners, 8 October 2004, en: http://www.eurofound.europa.eu/ewco/reports/TN0502TR01/TN0502TR01_2.htm.

⁷³ Art.53, Decreto Ley n° 1860/50.

estos son supuestos que son tratados en la doctrina y en la legislación comparada en forma separada.

Aquí hay que señalar que nuestra normativa trata a la invalidez no como un riesgo en sí mismo sino como una consecuencia que sobreviene a raíz de ciertos eventos, a saber, enfermedad no laboral, accidente no laboral y vejez/senilidad. Trataremos esta cuestión al desarrollar el punto pertinente.

Es indiscutible, sin embargo, que esas tres circunstancias enumeradas tienen todas un punto en común, cual es el estar originadas por causas ajenas a la actividad que el trabajador desempeña. Entonces podemos hablar de causas externas a la relación laboral que provocan un estado de imposibilidad en el sujeto obligado a prestar el servicio. La categoría intermedia que hemos mencionado más arriba, en cuanto que enfermedad no directamente laboral, pero vinculada tanto a condiciones preexistentes en el sujeto como al tipo de actividad que desempeña o el modo de hacerla, tampoco está contemplada en nuestra normativa. Quizá pareciera que el tratamiento diferenciado de estas hipótesis constituye más bien un prurito cientificista, en pero no se debe perder de vista que a menudo la condición de salud preexistente es tomada como causal de exclusión a las prestaciones vinculadas con las enfermedades laborales. De modo que no resulta ocioso identificar esta tercera categoría, y ubicarla cuando menos bajo la protección que se brinda para los casos de enfermedades no laborales.

Así pues, se ve que nuestra norma no define propiamente lo que es enfermedad no laboral, limitándose a enunciar solo su efecto inmediato necesario en el trabajador, como elemento impediendo a la subsiguiente normal continuación de la relación laboral.

4.1.3 Accidentes de Trabajo.

De un modo amplio podemos decir que es el evento súbito, inesperado y no planeado que ocurre en el lugar de trabajo y que produce un resultado no deseado de daño a los bienes jurídicos, propiedad o personas. Esto tiene lugar cuando las eventualidades azarosas, vale decir, las existentes o potenciales condiciones del trabajo, por sí solas o interactuado con otras variables, producen un resultado disvalioso concreto. Eurostat⁷⁴ lo define como un evento discreto en el curso del trabajo, que conduce a un daño físico o mental. Esto incluye también a aquellos accidentes sucedidos en ocasión del trabajo fuera de la línea secuencial directa de la actividad laboral propiamente dicha, y alcanza también a los accidentes causados por terceros (por ejemplo a consecuencia de actos de la clientela, de otra empresa, en lugares públicos o durante el transporte). Vale decir, no se requiere que la causación sea directa e inmediata, bastando que la ocurrencia se derive cuando menos del ámbito en el que se desarrolla la actividad bajo dependencia. No se comprenden dentro de este concepto los accidentes producidos por fuerza mayor extraña y sin relación alguna con la actividad laboral, ni a los producidos intencionalmente por la propia víctima, independientemente del resultado disvalioso que estos eventos generen.

Los accidentes de trabajo están estrechamente asociados a la noción de riesgo. En un sentido general se entiende por riesgo a la probabilidad en la ocurrencia de un daño, dadas ciertas y determinadas circunstancias. El riesgo, en empero, tiene también una conceptualización puramente jurídica. Así, en materia contractual riesgo es todo evento que produce un quiebre contractual total o parcial, y el consiguiente incumplimiento de obligaciones principales o accesorias originadas en la relación contractual, sin que tal ruptura o incumplimiento puedan adscribirse al obrar, ya doloso ya culposo, de ninguno

⁷⁴ Oficina estadística de la Unión Europea.

de los sujetos vinculados por el contrato. El riesgo se identifica así con el *casus* y excluye, por su propia naturaleza, la atribución de culpa por las consecuencias perjudiciales del incumplimiento.

Si bien los accidentes de trabajo están vinculados con la idea del riesgo, la mayoría de las legislaciones no exige como condición que el evento se deba necesariamente a un caso fortuito, y, por el contrario, incluyen dentro de la conceptualización de accidente de trabajo a aquellos eventos dañosos acontecidos al trabajador también por culpa o dolo del empleador o terceros.

Para nuestro sistema legal el accidente de trabajo debe ser un suceso repentino y violento de una causa exterior al trabajador, entiéndase, no producido por él mismo total o parcialmente, es necesario que ocasione una “lesión orgánica”, vinculada causalmente con el trabajo que ejecuta para su empleador, en ocasión del mismo y durante la duración de la jornada laboral.⁷⁵

La primera cuestión que esta definición plantea es qué debe entenderse por acción repentina y violenta. Entendemos que la palabra violenta no implica necesariamente la ocurrencia de una acción ilegítima ni producida por medio de la fuerza física. Se trata más bien, de un énfasis, algo mal concebido, de lo repentino del evento, lo que lo separa, siempre a tenor de nuestra formulación legal, de las enfermedades profesionales que sobrevienen de manera no repentina y por causa repetida dentro de un espacio temporal.

Otra cuestión que surge de la definición legal es la naturaleza de la lesión producida en el trabajador. Se habla de “lesión orgánica”, lo cual parecería excluir a los daños psicológicos, también derivados de la actividad laboral. Recordemos, como ya lo tenemos dicho más

⁷⁵ Art. 40, inc. b, Ley n° 1860/1950.

arriba, que las secuelas psicológicas de ciertos eventos pueden llegar a producir perjuicios de mayor envergadura y efectos más prolongados en el tiempo que las lesiones puramente físicas.

Como quiera que sea, esta norma que comentamos no puede ser leída en forma aislada, sino que debe ser concordada y completada con las restantes disposiciones de la ley laboral. En tal sentido, se debe tener presente que el art. 273 del Código Laboral⁷⁶ impone a las personas particulares, al Estado, e incluso a los gremios de trabajadores la obligación de velar por que la prevención de los riesgos y su eventual reparación cubra todas las esferas posibles de daños, tanto físicas como psicológicas. Podrá discutirse, entonces, sobre quién recaerá la carga económica de esta obligación –seguro social o empleador– pero no se podrá predicar su exclusión. Sobre este punto habremos de volver en los capítulos de este trabajo correspondientes a la reparación de los daños.

4.1.4 Discapacidad.

El concepto técnico de discapacidad hoy se define como una condición determinada por la interacción entre las capacidades físicas y mentales de las personas en relación con su entorno cultural, social y físico, que afecta a las capacidades funcionales del individuo, haciendo de esa condición un fenómeno esencialmente social⁷⁷. Por su parte, la OMS (Organización Mundial de la Salud) en el contexto de salud, establecía una distinción entre deficiencia, discapacidad y minusvalía, sosteniendo que la deficiencia es toda

⁷⁶Art. 273 C.T.: “ La política de prevención de riesgos ocupacionales se desarrolla a través de la seguridad, higiene y medicina del trabajo, entendida como conjunto de técnicas, estudios y acciones encaminadas al perfeccionamiento de las condiciones ambientales, materiales, organizativas y personales destinadas a evitar daños o alteración de la integridad física, funcional o psicológica de los trabajadores.

Están obligados a realizar y cumplir las disposiciones de este Título los empleadores, trabajadores, sindicatos y el Estado”.

⁷⁷ Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueba el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (Documento A/37/51), Naciones Unidas 1982.

pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, la discapacidad toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano y la minusvalía como una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y los factores sociales y culturales⁷⁸).

El encuadre médico científico de la discapacidad es concebido en la clasificación internacional CIF⁷⁹ –en inglés: WHO-DAS II– la cual es una clasificación de la salud y de los estados relacionados con ella. La definición de discapacidad de dicha clasificación se compadece con los conceptos que hemos enunciado más arriba, fuertemente ligados a limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, definidas por la interacción entre una cierta condición de salud y sus factores contextuales.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación para personas con discapacidad, incorporada a la legislación paraguaya por Ley n° 1925/2002, reglamentada por decreto 6369/2011, define la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Por su parte la Ley n° 2479/ 2004 en su Art. 48 establece que el trabajo de las personas con discapacidades físicas o mentales será especialmente amparado; el Art. 58 de la

⁷⁸ International Classification of Impairments, Disability and Handicaps (ICIDH), Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1980.

⁷⁹ Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, aceptada por la OMS.

Constitución Nacional establece la no discriminación de las personas con discapacidad y garantiza la atención de su formación profesional para una plena integración social, igualmente dispone que el estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, síquicas y sensorial. Frente a esta normativa nacional sobre discapacidad, las normas de la Seguridad Social tratan, como ya vimos, no como un factor de riesgo humano autónomo y con operatividad independiente de otros, sino como el producto o resultado disvalioso de ciertos eventos, que habilita a solicitar una prestación social⁸⁰. Es por ello que el Decreto Ley n° 1860/50 no contiene en su articulado una definición de invalidez⁸¹. Huelga decir que las normas de Seguridad Social tampoco tienen previsiones para la población de personas con discapacidad anterior a la relación laboral, y que de ordinario están excluidas del mercado laboral. La legislación más reciente, que ya hemos referido *supra*, impone una serie de compromisos al Estado Paraguayo, los cuales, por de pronto, han quedado en la esfera meramente declarativa, y todavía carecen de efectiva operatividad., pues, según los datos que obran en el informe de diciembre de 2015, proporcionados por la Secretaria de la Función Pública en su sitio virtual, el porcentaje fijado por el Art. 1° de la referida ley –2%– solo se cumplimenta en el 0.5%, lo que equivale a decir en una cuarta parte de lo previsto.

⁸⁰ *Vide*: art 53 Ley n° 1860/50.

⁸¹ Decreto Ley n° 1860/50, art. 53: “ Se considerará inválido al asegurado que a consecuencia de enfermedad no profesional, o de senilidad o vejez prematura o accidente que no sea del trabajo, se encuentre incapacitado para procurarse mediante una labor proporcionada a sus fuerzas, capacidad y formación profesional, una remuneración equivalente por lo menos a un tercio de la remuneración habitual, que percibe un trabajador sano del mismo sexo y de capacidad y formación semejantes, en la misma región”.

Por su parte, la doctrina ha concluido que tener un empleo es fundamental para la inclusión y la integración sociales. Sin embargo, las oportunidades de empleo para personas con problemas de salud o discapacidad son muy limitadas⁸².

La OECD en su reporte de 2009 ha determinado los siguientes hallazgos: los beneficios por invalidez están asociados con escasos resultados individuales. La participación en la fuerza laboral entre personas con problemas de salud o invalidez permanece siendo muy baja. A pesar del creciente énfasis en integración laboral, el empleo entre personas con problemas de salud o de invalidez es peculiarmente reducido.

Las personas con problemas de salud están mucho más expuestas a experimentar pobreza o pobreza relativa en atención a sus ingresos.

La doctrina propone reemplazar la prevalente cultura de beneficios por invalidez e integrar a las personas con capacidad parcial de trabajo en el mercado laboral. Para ello hay que superar la medicalización de los problemas de los mercados laborales. La reducción de la capacidad de trabajo puede volver a una persona menos competitiva en la búsqueda de empleo, en un mercado puede tener pocas oportunidades de trabajo apropiadas. En realidad, mientras que éstas son cuestiones del mercado laboral, la mayoría de los países utilizan modelos regidos por un criterio médico para determinar los derechos a los beneficios por invalidez, criterios que se han mostrado claramente insuficientes. El resultado es que un significativo número de personas con capacidad parcial de trabajo han sido catalogadas como incapaces de trabajar.

Por ello se propone un desplazamiento de las ideas relativas al tratamiento laboral de la invalidez, del concepto “incapacidad” al concepto de “capacidad”, es decir, lo que el

⁸² Según la OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), para los países desarrollados la tasa de empleo de las personas con discapacidad es de aproximadamente solo del 40%.

examen médico debería revelar es la capacidad parcial de trabajo y la incapacidad laboral.

Se debe entonces tender a que los beneficios por incapacidad no se conviertan en un incentivo (negativo) que en realidad excluya a la persona con capacidad parcial de trabajo, de los mercados laborales; para ello es necesaria la implementación de políticas públicas adecuadas incluidas medidas de “activación laboral” para posibilitar la reinserción de personas con capacidad parcial. Los permisos de trabajo por enfermedad que tienen una duración extendida, tiende a evolucionar, en la mayoría de los casos, hacia el alejamiento del trabajador del circuito laboral conduciéndolo a la pensión por invalidez. Por lo tanto la reducción de las ausencias causadas por enfermedad del lugar de trabajo puede producir una reducción en el acogimiento de los beneficios de la pensión por invalidez; esto se puede efectuar en el mejoramiento de las prácticas de monitoreo de enfermedad laboral. La detección oportuna de enfermedades laborales permite evitar que trabajadores con síntomas iniciales de enfermedades invalidantes, desarrollen discapacidades de mayor envergadura. También resulta recomendable robustecer las responsabilidades de los empleadores en la administración de las cuestiones relativas a las enfermedades del personal. Así, la práctica nociva de transferir personal no querido a los beneficios de invalidez como forma de retiro anticipado puede ser combatida, incrementando la atribución de responsabilidad de los empleadores. Por su parte, se debe proveer apoyo suficiente a los empleadores que necesitan ayuda y experticia temprana en los estadios iniciales de las enfermedades labores de sus trabajadores para rehabilitarlos y mantenerlos en el mercado laboral.

4.1.5 Maternidad.

La vida reproductiva de la mujer comprende tres principales fases: el embarazo, el parto y el periodo puerperal. Durante estas fases pueden darse peligros particularmente característicos para la salud de la mujer o del concebido que requieren una protección especial en el lugar de trabajo. De ahí que sea necesario armonizar las actividades laborales de la mujer con su condición, según la fase reproductiva en la que se encuentra. La salud reproductiva es un elemento indisociable de la salud y el bienestar de las mujeres trabajadoras.

La protección de la maternidad debe considerarse en un doble aspecto: por un lado la prevención de los daños derivados del trabajo sobre la mujer y su descendencia, y, por otro, la prevención de las desigualdades y de la discriminación en el empleo vinculadas con la situación de embarazo, parto reciente y lactancia.

Aunque el embarazo no es una enfermedad y el trabajo durante el embarazo no constituye un riesgo *per se*, en el tiempo de gravidez –y el previo y posterior al parto– pueden darse circunstancias particulares que impliquen contingencias adversas para la salud de la mujer y del hijo. La capacidad de trabajo de la mujer puede verse alterada por los cambios fisiológicos y anatómicos que ocurren durante un embarazo normal, el post parto o la lactancia natural, y sus posibles complicaciones, así como el tiempo imprescindible para la recuperación física y síquica después del evento del alumbramiento. Igualmente, las condiciones o ambiente de trabajo en el que la trabajadora se desempeña pueden repercutir en su salud o en la del gestado. Aunque la salud reproductiva de las personas trabajadoras comprende también la salud durante la edad fértil, las responsabilidades y obligaciones que la seguridad impone a los empleadores, y los beneficios que se otorgan, sólo abarcan la actividad laboral de la

mujer embarazada, la de la recientemente parida o la de la que se encuentra en periodo de lactancia natural.

Muchas legislaciones y sistemas de Seguridad Social incluyen listados no exhaustivos de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural. En ese sentido se han considerado: a) agentes físicos tales como: manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares, radiación, movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; b) agentes biológicos tales como los involucrados en la exposición a gérmenes, bacterias, virus, animales, etc. ; c) agentes químicos como exposición a sustancias tóxicas, agentes cancerígenos, etc. Los dos tipos de peligro que se contemplan en relación con la reproducción, son los efectos sobre la fertilidad –la función o a la capacidad reproductora– y los efectos sobre el desarrollo que puedan producir efectos negativos no hereditarios en la descendencia, o aumentar la frecuencia de éstos.

La Organización Internacional del Trabajo, ya desde su creación en el año 1919, ha tenido a la protección de la maternidad de la mujer trabajadora como un tema central. En efecto, el Convenio número 3 sobre la protección de la maternidad fue uno de los primeros instrumentos generados en su seno. El convenio fue revisado en el año 1952 para adaptarlo a los profundos cambios sociales que se sucedieron en la segunda mitad del siglo XX, así como la transformación del mercado laboral que se dio a partir de la mayor afluencia de mujeres como fuerza de trabajo, lo cual resultó en la adopción del

Convenio número 103. El último convenio sobre protección de la maternidad es el Convenio número 183 que establece normas básicas referentes al tiempo de licencia de maternidad, la prestación mínima que garantice su manutención en condiciones apropiadas en ese lapso, así como prohíbe la realización de trabajos considerados perjudiciales y el despido de la mujer grávida en licencia o después de reintegrada al trabajo, y, tiempo adecuado para lactancia del hijo una vez reintegrada a las labores. Cabe acotar que nuestro país no ha adherido a estos convenios.

Nuestra legislación de Seguridad Social no contiene una conceptualización de lo que debe entenderse por maternidad, limitándose a establecer solamente las prestaciones que van ligadas a este supuesto⁸³. No obstante, de ellas se puede deducir que abarca el periodo de gravidez, puerperio y lactancia, pero no se extiende más allá de esta última, ni prevé los casos de nacimientos de personas con discapacidad -salvo para extender los días de licencia- que requieren de cuidados especiales y del tiempo correspondiente para proporcionarlos.

4.1.6 Vejez.

El envejecimiento es un proceso por el que atraviesan todos los seres vivos. En el caso de los seres humanos se trata de un mecanismo complejo y continuo que ocurre a través de toda la vida y abarca múltiples aspectos (fisiológicos, cognitivos, sociológicos, económicos, emocionales, etc.), los cuales tienen diversa incidencia en el

⁸³ Decreto Ley n° 1860/50, modificado por Ley n° 5.508/15, art. 36: "Riesgo de maternidad. Las aseguradas recibirán durante el embarazo, parto y puerperio, los beneficios que establece la letra a) del artículo 30, siempre que estén al día en sus cuotas de acuerdo al artículo 31 o a los preceptos reglamentarios que dicte el Consejo Superior, para las aseguradas que trabajen en faenas de temporadas. Los mismos derechos tendrán las personas señaladas en la letra a) del artículo 33, sujetos a las condiciones fijadas en dicho artículo y en el 34. Art. 37.- La asegurada recibirá además: a) Un subsidio en dinero durante las tres (3) semanas anteriores y las seis (6) posteriores a la fecha probable del parto. b) Provisión de leche para el hijo que no pueda amamantar por incapacidad constatada por médico, como máximo durante los ocho (8) meses siguientes al parto."

funcionamiento, la inserción social y bienestar del individuo. Se trata de una experiencia dinámica y diferenciada para cada persona.

Las etapas por las que atraviesa el ser humano pueden verse de distintas perspectivas, así, la edad biológica que se determina tomando en cuenta el desarrollo físico; la edad psicológica, que está determinada por la adaptabilidad que el individuo demuestra ante los diversos acontecimientos de la vida (estructurales, históricos, sociales), y finalmente la edad social que depende de las funciones y la posición social que la persona ocupa en el transcurso de su vida.

Ahora bien, aunque el envejecimiento es un proceso natural y la vejez una etapa más de la vida, es sin embargo, una etapa en la cual la persona posee menos control de los acontecimientos que le suceden, y en la cual se confrontan una serie de eventos y de cambios. Aunque el envejecimiento no equivale inmediatamente a dependencia, es claro que con el avance de la edad surgen progresivamente detrimentos de las capacidades básicas, que pueden llevar a una situación de “dependencia funcional”, con la consiguiente dosis de pérdida de autonomía individual. Este fenómeno y las correspondientes demandas de cuidados constituyen un auténtico desafío para las políticas públicas. A ello se suman las tendencias demográficas actuales, que añaden su cuota de complejidad a este problema⁸⁴.

Las poblaciones del mundo entero, incluida América Latina, se encuentra en un proceso de envejecimiento. De acuerdo con Naciones Unidas⁸⁵ las personas mayores de 59 años de edad representarán el 22,5 % de la población mundial en el año 2050 y las de 80 años y más superarán el 4 %. La tasa de dependencia de los adultos mayores habrá

⁸⁴ Envejecimiento en América Latina, Sistemas de pensiones y protección integral, bajo dirección de Antonio Prado y Ana Sojo, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2010.

⁸⁵ NPD 2008, División de Población de Naciones Unidas, World Population Prospect.

aumentado a un 26,9 en la región. Globalmente habrá para esa fecha 1.200 millones de personas adultas mayores sin ingresos regulares asegurados. Esta situación generalizada de pobreza en las personas mayores se ve agravada en la región por el poco acceso a cobertura (de solo un 40%, o menos en ciertos países) de sistemas de pensiones. Como puede verse, las consecuencias sociales y económicas de los patrones de crecimiento demográfico son muy importantes. Este es el contexto que habrán de enfrentar las políticas públicas para prever la generación de trabajo decente y la efectiva provisión de pensiones. Así, se ha constatado que en los países en desarrollo las personas mayores (más de dos tercios de ellas) permanecen económicamente activas hasta una edad mucho más avanzada que en los países industrializados. Esto significa que la contribución de ellas al producto social es importante, pero sin embargo, se ven expuestas al riesgo de no contar con sustento cuando el aporte laboral se les hace imposible, lo que aumenta su vulnerabilidad como grupo poblacional, a la par que, paradójicamente, los coloca como actores del desarrollo económico. De esto podemos extraer el corolario de que las personas mayores son actores sociales y económicos muy relevantes, y de peligrosa vulnerabilidad. Al reconocer esta contribución de las personas de edad se hace necesario fortalecer e incrementar sus capacidades sociales y económicas, ampliando su acceso al empleo, el crédito, la educación, la atención de salud y protección social, so pena de ver aumentadas la dependencia, marginalización y pobreza en la vejez. Esto requiere una reconsideración de la protección social y de los sistemas concebidos para hacerla efectiva. Ello importa que dicho sistema se base en la integralidad de las prestaciones – no solo ingresos pecuniarios, sino acceso a un conjunto de bienes y servicios– sin caer en el asistencialismo.

El análisis del mercado de trabajo importa la consideración de dos aspectos, por un lado la participación y por el otro la forma en que ella se hará efectiva. La tendencia indica que cuanto más elevados y diversos los ingresos de otras fuentes diferentes a las del trabajo, es mayor la probabilidad de que el sujeto escoja no participar en el mercado laboral. En los adultos mayores una muy importante determinante de su participación es, desde luego, el estado de salud. Sin embargo, precisamente el estado de salud no es exógeno al mercado de trabajo, ya que depende, en gran medida, de las condiciones en las que se desarrolló la vida laboral de la persona. En cuanto a la forma de inserción, las variables se refieren a la remuneración, la intensidad y extensión de la jornada laboral, y el sector y ámbito de la actividad laboral. Un último factor se refiere al carácter voluntario o necesario –mayores ingresos– de la inserción. Sin embargo, la decisión de participación en el empleo está determinada, en grado sumo, por la existencia y el tipo de mecanismos de protección social vigentes en el país; de tal modo que el nivel de cobertura y la extensión de los beneficios serán determinantes para las personas de avanzada edad a la hora de decidirse por la continuidad o el retiro de la actividad económica.

Ciertamente, lo concerniente a la protección social en general, y en particular lo vinculado a las personas mayores, depende de las tendencias ideológicas que se tengan acerca del rol del estado. Una visión tradicional de estos temas llevaría a concluir que las necesidades de las personas mayores se deben satisfacer a través de los programas de Seguridad Social, claro que el envejecimiento demográfico impone nuevos desafíos vinculados al coste y financiamiento de la Seguridad Social aplicada al factor de vejez. Es obvio que el solo apoyo en el sector público es insuficiente para asegurar los recursos necesarios a tal objetivo. De ahí que el fiel cumplimiento de las obligaciones del sector

privado, especialmente lo referente al alta y pago regular de aportes, tienen una importancia fundamental en la constitución y funcionalidad de los sistemas de bienestar social que venimos revisando, y su incumplimiento impacta no solo a nivel individual en el patrimonio del individuo afectado, sino en el esquema general de la política pública estatal que se esté implementando para la consecución colectiva de dicho bienestar. Por ende, los efectos, en línea causal, de un incumplimiento o un inadecuado cumplimiento de estos deberes pueden traer aparejadas consecuencias patrimoniales de gran envergadura.

Nuestra normativa de Seguridad Social se ocupa de la vejez de un modo directo por sus consecuencias incapacitantes para el trabajo, cuando ella es el resultado anómalo de una eventualidad más o menos fortuita: la senilidad o vejez precoces. De modo que debemos considerar aquí nuevamente reproducidas las consideraciones que hemos vertido en torno del Art. 53 del Decreto Ley n° 1860/50, respecto del vínculo de causalidad entre el supuesto de vejez o senilidad y el resultado impositivo o invalidante que acaece sobre el sujeto. Por lo demás nuestra legislación trata la problemática de la edad solo marginal e indirectamente al hablar del retiro o pensionamiento de la vida laboral, esta vez independientemente de cualquier condición de invalidez. Vale decir al regular la jubilación ordinaria. Empero, no se ocupa de la reinserción social o laboral de personas de la tercera edad, muy probablemente, especulamos, debido a la composición demográfica de nuestro país que tiene una pirámide poblacional de amplia base de individuos jóvenes.

4.1.7 Sobrevivencia.

El Convenio 128 de la OIT trata esta problemática en el acápite denominado “Prestaciones de Sobrevivientes”, nuestro país no ha suscripto este convenio pero en su

legislación positiva tiene normas concretas de protección social para aquellas personas cuyas subsistencia dependía, en vida, de la capacidad productiva del trabajador asalariado.

Por ende, la contingencia de la cual estamos aquí hablando se refiere a la pérdida o menoscabo de medios de manutención existencial que ocurren a causa del deceso de quien fungía de proveedor de las personas que quedan con vida pero sin vías para sustentarla dignamente. Lógicamente esto nos lleva a la determinación de dos elementos. Uno objetivo, que es el estado de carencia o imposibilidad de prestar o proveer al sustento propio. Este estado debe ser cierto y efectivo ya que si la persona sobreviviente tiene actividades económicas de sustentación, las prestaciones en su favor pueden verse o bien disminuidas o bien suspendidas. La cuestión es que la persona beneficiaria alcance un cierto nivel de provisión económica que se considere congruente con un cierto estándar de vida digna.

Un segundo aspecto es subjetivo, ya que alude a las personas que pueden ser beneficiarias de estas prestaciones. Ya hemos dicho que tales personas deben ser dependientes, esto es, individuos cuyo sustento material dependa de la contribución económica del trabajador en relación de subordinación. Sin embargo, el número y vínculo de las personas que pudieran encontrarse en tal situación puede ser amplio. De ahí que las normas nacionales e internacionales limiten el ámbito de personas protegidas estableciendo una enumeración de los beneficiarios. Esta enumeración incluye, normalmente, al núcleo familiar reducido, vale decir, cónyuge e hijos. En cuanto a estos últimos, la norma internacional tiene condiciones específicas en las que se deben encontrar para ser acreedores de la prestación, las cuales se refieren a los hijos menores de edad y los que estén aquejados de enfermedad o discapacidad impediendo al

desarrollo de una actividad económica productiva, lo cual es plenamente congruente con la disposición que establece que la prestación podrá suspenderse o disminuirse en la medida de las capacidades de los beneficiarios para procurarse medios por sí mismos. En cuanto al cónyuge sobreviviente, la legislación internacional especifica que debe haber estado a cargo del fallecido en el momento en que se produce su deceso.

En nuestra legislación nacional⁸⁶ el beneficio también implica la situación objetiva de no poder procurarse medios de subsistencia, lo cual se establece por presunciones vinculadas con la edad de la persona, su estado de salud, la dependencia familiar y otras circunstancias, como la consideración de que el estado de necesidad cesa o deja de estar presente cuando la persona inicia un nuevo relacionamiento conyugal o concubinario.

En cuanto al factor subjetivo nuestra legislación abarca tanto al cónyuge o concubino, de ambos sexos, a los hijos y a los padres que convivan con el trabajador causante y esta haya proveído a sus necesidades vitales.

En algunas legislaciones⁸⁷ y en la norma internacional se establece la posibilidad de exigir un mínimo de años de convivencia o de unión conyugal para poder acceder al beneficio como sobreviviente.

Nuestra legislación pertinente solo contempla las titularidades o legitimaciones de ciertas personas, descendientes, cónyuges, ascendientes, a prestaciones a ser percibidas por éstos a la muerte del trabajador⁸⁸.

⁸⁶ Ley n° 98/92.

⁸⁷ Venezuela, Colombia, entre otros

⁸⁸ Decreto Ley n° 1860/50, art. 62: "En caso de fallecimiento de un jubilado, o de un asegurado activo, que hubiera adquirido derecho a una jubilación, o que acreditare un mínimo de 750 (Setecientos cincuenta) semanas de aportes sin tener la edad mínima para su jubilación, o que fallezca a consecuencia de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, los familiares sobrevivientes tendrán derecho a percibir en concepto de pensión el 60% (sesenta por ciento) del importe de la jubilación que disfrutaba o que le hubiera correspondido al causante, en orden excluyente: a) La viuda o concubina o viudo, en concurrencia con los hijos solteros hasta la

Aunque la norma no lo dice, la condición de mortalidad y su resultado final, la muerte, son riesgos clásicos materia de seguros. Jurídicamente los planes de pensiones y los seguros de vida son figuras diferentes, técnicamente son instituciones semejantes ya que ambas tienen por objeto cubrir necesidades eventuales y futuras y configuran un instrumento de la Previsión Social⁸⁹.

En efecto, los seguros de vida son una especie de los seguros personales, vale decir los que cubren los riesgos a los cuales se ve expuesta la persona física, en cuanto a su existencia, integridad corporal, salud, dependencia o invalidez. En el caso del seguro de vida el negocio jurídico cubre el riesgo de fallecimiento del asegurado para el caso que el siniestro pactado sea la muerte, o de la supervivencia del asegurado al vencimiento del contrato, para el caso que el evento pactado sea la vida.

Por supuesto, lo que se cubre en las pensiones por muerte no es la muerte no es el fallecimiento mismo, que es inevitable, y por lo tanto, cierto en su acontecer, sino las consecuencias patrimoniales disvaliosas derivadas de éste para ciertos y determinados sujetos. En el caso de la legislación laboral dichas consecuencias se circunscriben a los gastos inmediatos del deceso y a la situación de apremio o desamparo económico en que quedan los familiares del trabajador que dependían económicamente de éste para sus subsistencias y ahora se ven privados de su fuente de manutención.

mayoría de edad, y los incapacitados y declarados tales por una junta médica del instituto, en cuyo caso la mitad de la pensión corresponderá a la viuda o concubina o viudo, y la otra mitad a los citados hijos por partes iguales; b) La viuda o concubina o viudo menor de 40 (cuarenta) años de edad le corresponderá una indemnización equivalente a 3 (tres) anualidades de la pensión que le hubiere correspondido; c) Los hijos huérfanos hasta la mayoría de edad; los incapacitados y declarados tales por una junta médica del instituto; por partes iguales la totalidad de la pensión; d) Los padres, siempre que hayan vivido bajo la protección del causante, partes iguales. De sobrevivir uno de ellos, recibirá la totalidad de la pensión. Las pensiones indicadas en los incisos a) y c), acrecerán proporcionalmente a medida que los beneficiarios concurrentes dejen de tener derecho a ellas”.

⁸⁹ Sánchez Calero, Fernando, Comentarios a la Ley de contrato de seguro, Ed. Arasandi, Pamplona, 2001, pág. 1550 y sgtes.

UNIDAD III

Seguros Sociales.

1. Definición y Caracteres.

Es un sistema, total o parcialmente público, de programas de seguros obligatorios que generan una red social de protección para los individuos particulares frente a ciertas adversidades y por tanto provee beneficios ante la ocurrencia de ciertos eventos que son determinados por las condiciones del seguro. Solo los ciudadanos que contribuyen a los programas del seguro social están legitimados para recibir beneficios de los mismos. La contribución puede tomar diversas formas. Por ello es que el seguro social, en algunos países, no necesariamente está ligado al trabajo en relación de dependencia.

Como el concepto de seguro social involucra el concepto de seguro, precisamos también definir este último, en ese sentido podemos afirmar que se trata de una operación que involucra elementos tanto jurídicos cuanto técnico-económico dirigida a satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio cualquiera sea la fuente que los origina, de modo tal que las consecuencias del daño resultan trasladadas del sujeto sobre el cual pende la amenaza a otro que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente preparada para absorber el riesgos de indemnización.⁹⁰

Fundamento esencial de la operación la constituye la conformación de una mutualidad que consiente en el reparto de la carga económica que implica la realización efectiva del riesgo (ocurrencia del siniestro), entre la pluralidad de los sujetos expuestos a los mentados riegos. De modo que, más que una transferencia del riesgo, lo que hay es la

⁹⁰ Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires, Tomo I, pág. 15/22.

transformación del riesgo individual en riesgo colectivo, y que sirve para eliminar las consecuencias del siniestro a través de una mutualidad que lo afronta, neutralizando las consecuencias económicas individual y colectivamente dañosas.

La causa fin económico-técnica del seguro alcanza su sentido en la dispersión del riesgo individual en una pluralidad o suma de economías individuales que conforman la noción de mutualidad. Normalmente, el seguro, como instrumento, se plasma en las relaciones intersubjetivas bajo la forma de un contrato; pero también puede aparecer como una vinculación obligatoria creada por el estado, o el poder público, a los mismos fines de lograr la compensación y la neutralización de los riesgos, a través de la distribución del *onere* económico entre todos los sujetos que bajo una cierta calidad (trabajadores, ciudadanos, migrantes u otros colectivos beneficiarios) se hallen expuestos a ciertos específicos riesgos.

La operación de seguro se halla precedida de la observancia de una serie de criterios técnicos que apuntan al ejercicio de una actividad cuya vocación es eliminar o cuando menos disminuir las consecuencias de lo aleatorio. Como vimos un punto central en el seguro es la existencia de una mutualidad; esta última implica el agrupamiento de personas con comunidad de riesgo, y la contribución de un fondo que permite neutralizar o amortiguar la entidad de los riesgos que lleguen a ocurrir efectivamente.

Otro elemento, que deviene casi necesariamente del anterior, es la prestación del seguro como actividad científicamente organizada. Ello implica: a) la actividad profesional, que presupone continuidad y duración, en oposición a la actividad ocasional; b) la organización, vale decir un orden coordinado y que responde a una metodología; y c) la finalidad de la producción de servicios ofrecidos genéricamente de modo efectivo y repetido. Cuando hablamos de una organización científica, también involucramos una

serie de criterios o fundamentos técnicos. Uno de ellos es la homogeneidad de los riesgos ya que es presupuesto de la exactitud de la estadística que ella recaiga sobre riesgos que tienen entre si una cierta equivalencia, una misma naturaleza, que es lo que se denomina homogeneidad cualitativa. La homogeneidad es también una condición de igualdad entre los miembros del grupo asegurado. Otra característica técnica es la dispersión de los riegos; los riegos generalizados presuponen la concentración de los daños y el consiguiente aumento de la entidad de los mismos. Por ello, cuando más amplia es la masa de los riegos son menores los eventos que tendrán la posibilidad de efectivizarse; la dispersión evita que los siniestros se verifiquen simultáneamente. Otro elemento técnico distintivo es la frecuencia de los riesgos, la eficacia del seguro está condicionada a hechos repetidos con cierta regularidad; la ocurrencia exageradamente repetida o reiterada del riesgo, o la producción del evento dañoso de manera insólita son extremos que obstan a la pertinente determinación estadística.

Finalmente, el último componente del aspecto técnico es el fraccionamiento de los riesgos. El prestatario del seguro no siempre está en posición de afrontar las consecuencias económicas íntegras de la verificación efectiva del riesgo; ello podría exceder su capacidad financiera por esto es que debe echar mano del fraccionamiento, lo que es lo mismo que decir que se aplican distintas alternativas, como ser la pluralidad de seguros, el seguro cumulativo, el seguro múltiple, el coaseguro y el reaseguro, contra el mismo riesgo.

Otro distintivo es la observancia de las normas técnicas de la contratación en masa, que uniforma las vinculaciones singulares produciendo la predisposición de las condiciones

generales que devendrán en el contenido final de la prestación⁹¹. Esta cualidad tiene ribetes especiales cuando se piensa que los seguros sociales son obligatorios.

Los programas de seguro social no son programas de asistencia o de lucha contra la pobreza porque la legitimación a los beneficios no está basada necesariamente en una situación de necesidad, lo que excluye la exigencia de demostrar la existencia, o mejor dicho la carencia, de patrimonio suficiente en el titular de los derechos o beneficios para hacer frente a la prestación concreta que requiere el beneficiario. Los programas de seguro social son normalmente compulsorios y creados por el estado, y sostenidos, generalmente, en una triple fuente: el estado, el empleador y el asegurado mismo. Vale decir, se sustenta sobre las prestaciones que estos sujetos aportan –en proporción diversa– y destinadas específicamente a ello. No se mantiene, como en la asistencia pública, de los tributos del tipo de los impuestos.

Otra característica del seguro social es que los beneficios no están tan estrechamente asociados a las contribuciones del beneficiario, ya que algunos grupos de personas son incluidas en los beneficios aun cuando ellas no han contribuido por el periodo de tiempo exigido.

Otra de las características del seguro social es que sus sistemas tienden a estar autofinanciados y autosustentados económicamente, lo cual exige que los fondos generados sean suficientes para otorgar cobertura a los beneficios comprometidos. Ello lleva a la necesidad no solo de una adecuada administración de la masa patrimonial formada por los aportes, sino de una apropiada inversión de la misma, en orden a producir el poder patrimonial suficiente para hacer frente a todos los costes que involucran las prestaciones.

⁹¹ Stiglitz, Rubén S., op. cit., pág. 22/28.

2. Fundamentos.

El seguro es una institución que se ha convertido en omnipresente en las sociedades industrializadas.

El seguro aparece antes de la revolución industrial, pero ha alcanzado un grado de floreciente desarrollo durante los dos últimos siglos. Hoy en día abarca una gama variadísima de riesgos. Amén de ello, cumple un rol esencial dentro del estado social como herramienta de redistribución, de reducción de desigualdades: de ingreso, de recursos, de riqueza o de salud⁹². En realidad, puede decirse que existe una extendida posición que considera al seguro social como un medio para propósitos de más envergadura que los beneficios concretos que otorga. Así la institución del seguro puede servir tanto a criterios de igualdad como a concepciones de estado social. Como quiera que sea, la fuente de los valores morales que sostienen la institución es externa, vale decir, se sostiene en principios que no surgen de dentro de la institución. En efecto, el valor social de la institución del seguro deviene de su capacidad de promover la igualdad, esto es, se asienta en un principio exterior a ella. Por eso muchos teóricos sostienen que el seguro tiene la función, juntamente con la administración de los riesgos, de proteger la igualdad de oportunidades. Debido a ello puede sostenerse, por ejemplo, que un seguro de discapacidad sobreviniente tiende a reducir las desigualdades entre personas afortunadas de contar con sus plenas capacidades y personas desafortunadas que han caído en invalidez. Empero, se debe advertir que en ciertos sistemas de seguro, estructurados únicamente con base puramente actuariales lo que no está diseñado para modificar desigualdades preexistentes sino sobrevinientes, y en ese sentido, solo

⁹² Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, 2002, pág.320/350; Stiglitz, Joseph E., *The Economic Role of the State*, Oxford, 1989, pág.48.

abordan las variaciones en los destinos individuales debidas a un plano de incertidumbre. Por eso algunos autores han sostenido que no es, en puridad, una institución redistributiva, sino una tendiente a conservar la distribución originaria de la cual se parte⁹³. De modo que la igualdad puede ser como un resultado esperado o deseado de la institución del seguro, pero, que no hace parte de su naturaleza intrínseca.

Entonces la cuestión sobre los fundamentos normativos del seguro, vale decir, por qué es valioso desde el punto de vista moral, solo puede ser respondida si se tiene una visión amplia de su panorama. Por ello, se debe abordar la cuestión sobre qué hace que el seguro tenga mérito como herramienta de la Seguridad Social, esto es, como mecanismo o tecnología de cooperación y como práctica social que diseña un específico contexto de interacción social. Es claro que el organizar de este mecanismo es concebido como una de las funciones principales del estado, juntamente con la corrección de las fallas de la economía de mercado debidas a externalidades, la determinación de la axiología que subyace a este actuar no es de menor importancia.

Hay dos fundamentales tesis que responden a esta pregunta, una, dominada por los principios económicos, sitúan el valor del seguro en su idoneidad para administrar eficientemente los riesgos; el otro punto de vista, de corte historicista, ve en el seguro una práctica social que genera un orden normativo específico, centrado en principios políticos como la igualdad y la responsabilidad. La axiología del primer punto de vista es, claramente, la eficiencia: a través de la precaución del riesgo el seguro reduce la incertidumbre y favorece el desarrollo de actividades sociales beneficiosas. Para la segunda aproximación, más allá de esta dimensión tecnológica, el seguro también enmarca un contexto social en el cual los individuos sustentan relacionamientos

⁹³ Goodin, Robert E., *Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State*, 1988.

específicos, que traen consigo también específicos entendimientos acerca de la igualdad y de la responsabilidad.

Para el punto de vista moral, en un esquema de seguro los individuos no solo hacen un *pool* de recursos, sino que también unen la suerte sus destinos. Construyen relaciones de interdependencia y de específico contexto social, con énfasis en una solidaridad objetiva, que sobrepasa el mero soporte material mutuo. Con la teoría del seguro también viene aparejada una manera de encarar cuestiones sociales que ayuda a definir normas y valores en la cultura política, y da forma al modo como las personas encaran temas como pertenencia, comunidad, responsabilidad y obligaciones morales⁹⁴. Dos valores son aquí, pues, centrales en el análisis: igualdad y responsabilidad, que están conectados con otro valor más, que es la redistribución.

La distinción relevante que da el seguro está marcada por la diferencia ética de relacionamiento que subyace en el concreto mecanismo de cooperación que viene a cuento. El modelo de caridad, signado por el alivio/asistencia jerárquicos, se basa en relacionamientos adversariales, esto es, la confrontación entre donantes y beneficiarios, quienes pertenecen a dos distintas categorías: los económicamente solventes y los necesitados. El modelo de mutualidad, por su parte, se caracteriza por el alivio/asistencia recíprocos, y se basa en relaciones de cooperación entre personas de igual estatus. En este aspecto, el seguro subraya dos maneras de pensar a cerca de las transferencias materiales, que implican una sustancial mejora con respecto de otros mecanismos de colaboración –como la caridad, que ya mencionamos. De una parte, la idea de redistribución aplicada a los riesgos sociales refiere y supera a la transferencia de una

⁹⁴ Stone, Deborah, Beyond Moral Hazard: Insurance as Moral Opportunity, Connecticut Insurance Law Journal, 6 pág. 45, 1999/2000.

sola vía, desde los mejor posicionados a los peor posicionados. Por la otra parte, una redistribución *ex post* tiene, en el supuesto de los riesgos sociales, una forma de transferencia autoreferenciada, donde no existe distinción entre contribuyentes y beneficiarios, dado que todos son parte de un mecanismo de *pool* común. En este caso, cualquier distinción moral entre los individuos basada en su lugar en el flujo de recursos en un momento dado se vuelve en cierto modo irrelevante.

Se ve, pues, cómo funciona aquí el principio de igualdad, produciendo, teóricamente, una situación en donde no hay distinción de estatus entre los individuos. Esto se completa con una dimensión material de soporte mutuo, ya que las acciones y destinos de un determinado individuo afectan a los otros dentro de la mutualidad. De esto podemos extraer el siguiente corolario: el seguro aplicado a los riesgos sociales concierne a la justicia distributiva, pero también a una concepción normativizada de igualdad y a una asistencia recíproca, diferente de la mera igualdad redistributiva.

Otro pilar axiológico que sustenta la normativa del seguro es el replanteamiento del concepto de responsabilidad.

El seguro es un arreglo cooperativo que justifica su regulación normativa en su eficiencia como método para dispersar las pérdidas derivadas de actividades riesgosas, en su capacidad de generar beneficios sociales y en la respuesta que ofrece al problema de la responsabilidad individual frente a los riesgos sociales. En efecto, un muy antiguo principio legal asigna la consecuencia de los hechos –y su eventual resultado dañoso– al sujeto agente del evento. Sin embargo, en la dinámica de la empresa moderna, que deriva de la industrialización y post industrialización, la línea de causación entre uno y otro elemento –sujeto agente /hecho, acto/resultado dañoso– es en muchos casos difícil, cuando no imposible, de establecer. La complejidad de la empresa y de los

mecanismos de gestión, la multiplicidad de sujetos que intervienen en esa gestión y los factores ambientales hacen que la individualización de un específico agente dañoso, o de un número determinado de ellos, resulte virtualmente impracticable. Como el sistema mutual (*pool*) prescinde, en principio, de la identificación del sujeto agente causante del daño, podemos decir que se produce una suerte de colectivización de la responsabilidad, en la cual no es necesariamente el sujeto que produce el daño el que sufre o carga con los costes derivados de ello, sino que todos los posibles sujetos a los cuales concierne el riesgo cargan homogéneamente y promiscuamente, pero también de forma dispersada, la entidad del coste de esos riesgos.

La indeterminación del origen causal de los riesgos o de los daños, amplificada por la naturaleza social de los riesgos de producción, vuelve, pues, extremadamente difícil, cuando no imposible, singularizar un sujeto agente o un conjunto determinado de agentes a los cuales se pueda atribuir un cierto suceso o resultado. Esta indeterminación hace problemático el rendir juicios de valor en un sentido moral o axiológico respecto de la conducta o actuación de las personas. Ello, a su vez, podría conllevar a un fenómeno de escisión entre la responsabilidad y su antigua subyacencia moral, que descansaba en la culpa personal. En efecto, como el seguro cambia la estructura de incentivos relativos a una determinada conducta, dado que, al dispersar los costes de un evento dañoso en el *pool* de asegurados, no “penaliza” a un determinado sujeto por sus acciones dañosas o perjudiciales. De modo que los individuos pueden tratar de tomar ventajas del seguro, alterando sus conductas y asumiendo acciones más riesgosas —que podrían redituarse mayores beneficios— desplazando y externalizando así los costes de dichas acciones riesgosas, ya que, si el resultado de las mismas termina siendo desafortunado, los costes

de ello serán soportados por la mutualidad. En el peor de los casos, incluso, los agentes pueden considerar estos beneficios en orden a adoptar conductas fraudulentas.

Este peligro moral, sin embargo, no debe ser tomado como absoluto. Primero, porque el derecho a obtener una compensación no viene libre para el sujeto; éste deberá haber aportado pagos de la prima para acceder a la cobertura contra las pérdidas. En segundo lugar, la compensación muy bien puede no cubrir la totalidad de las pérdidas que se siguen a la acción dañosa; ello, tanto desde el punto de vista económico como de las consecuencias psicológicas y físicas que podrían derivar del siniestro. Sin embargo, el tema del peligro moral sí plantea algunas cuestiones a ser tenidas en cuenta en la esfera normativa; sobre todo el problema de que cualquier compensación no basada en claras responsabilidades individuales puede generar ineficiencias que obstaculicen los mecanismos del seguro cambiando la proyección de las pérdidas previsionadas.

Las soluciones tradicionales a estas cuestiones incluyen la incorporación de cláusulas de exclusión de los llamados “riesgos malos”, la reintroducción de responsabilidades consecuenciales, a través de sistemas de deducibles, copagos y coaseguros, y la instalación de mecanismos de monitoreo y control del comportamiento individual de los sujetos beneficiarios. Estos dos últimos modos de lidiar con el peligro moral, al controlar y monitorear la conducta individual, tienen relevancia en el orden social y convierten al seguro en una práctica social. En efecto, como las pérdidas están colectivizadas, cada beneficiario se convierte en materialmente responsable de todos los demás, y por ello mismo tiene un interés en monitorear el comportamiento de cada uno de los otros miembros. El seguro se convierte así en la base de un orden social regulado por su propia concepción de igualdad y responsabilidad.

En suma, el seguro es valuable en sí mismo por el resultado eficiente que produce en consideración con la administración de los riesgos, así como por el tipo de relaciones morales que nutre entre los asegurados. Sus bases normativas tienen una dimensión igualitaria y un aspecto de justicia redistributiva. Pero el seguro, cuando está aplicado a la sociedad toda, cual es el caso del seguro público, apunta principalmente, y sin procurarlo directamente, a la regulación de la conducta individual y a la aplicación coercitiva de un orden social. El seguro promueve la igualdad de estatus entre los beneficiarios asegurados, genera soporte mutuo, colectiviza la responsabilidad material en cuanto a la carga de los costes y diluye el concepto mismo de responsabilidad individual.

Los, así llamados, “estados de bienestar”, en sus diversas variantes, casi siempre combinan diferentes tipos de herramientas de cooperación y redistribución social. Por su parte, los sistemas de pensiones combinan criterios focalizados (pensiones asistenciales), contributivos (seguridad social tradicional de tipo “seguro” o “aseguramiento”) y universales (pensiones básicas universales).

La evaluación de estos sistemas de acuerdo con un concepto restringido de eficiencia haría concluir o considerar los sistemas contributivos como adecuados, siempre que se den los siguientes requisitos: una equivalencia entre los aportes y calidad de aseguramiento –con cierto nivel de *pool* de riesgos redistributivo-, que los sistemas sean actuarialmente sustentables y que no requieran del apoyo de rentas generales, de modo creciente.

No obstante, se debe tener en cuenta que una cosa son las arquitecturas contributivas teóricas, que permiten estas operaciones, y otra las realidades fácticas; en efecto, la economía política de los países en desarrollo –entre los cuales se encuentra el

Paraguay— debido a factores persistentes, como los mercados laborales de baja formalización y el poder corporativo de sectores medios y medios altos, conspiran contra tal posibilidad.

Por último, hay que decir que actualmente muchas de las actividades emprendidas por el estado de bienestar en busca de la redistribución pasan por mecanismos de seguros, por eso es que se entiende al seguro como un mecanismo redistributivo por excelencia.

3. Antecedentes Históricos del Seguro Social.

Ante todo, se debe aclarar que en este punto trataremos solamente los antecedentes del seguro en cuanto a instrumento de la Seguridad Social, vale decir, lo que se tratará de explicitar es el desarrollo histórico del seguro social, prescindiendo de la evolución histórica del seguro como institución jurídica y económica, lo cual excede con largura los objetivos de este trabajo ya que ello sería indagar, innecesariamente, en la materia comercial. Por lo tanto, a los fines de este estudio daremos por sentada la aparición del seguro como tal.

Empero, sin duda, la historia del seguro social y su desarrollo se entrelaza estrechamente con la historia de la Seguridad Social, que ya hemos tratado arriba.

El seguro social fue la respuesta de los movimientos solidarios a la industrialización. La revolución industrial transformó a la mayoría de los trabajadores, de trabajadores agrícolas independientes en trabajadores asalariados de complejos industriales. En la sociedad agraria la prosperidad puede ser más directamente vinculada a la labor del individuo por sí mismo, y cualquier persona con razonable rango de salud y bien dispuesta al trabajo podía normalmente proveer una subsistencia mínima para sí y para su familia. Pero cuando el ingreso económico deriva principalmente de salarios la economía personal ya no depende solamente del esfuerzo individual, y la seguridad

económica puede sufrir amenazas de factores fuera del control del individuo como recesiones del mercado, bancarrotas, etc. Esto también introdujo importantes cambios sociales a varios niveles⁹⁵. Uno de estos cambios fue el incremento de los riesgos personales que enfrentaban los trabajadores de sufrir lesiones vinculadas a la labor desplegada, ello debido a la mecanización y a la concentración de grandes masas de trabajadores en espacios pequeños. Por otra parte, los mecanismos tradicionales para lidiar con los riesgos vitales habían sido desarticulados. En efecto, antes de la industrialización la familia rural extendida o gran familia enfrentaba los riesgos colectivamente y asumía una suerte de papel de redistribución. Eran los parientes los que se encargaban de las personas enfermas o muy entradas en años para trabajar. El industrialismo y los cambios devenidos en la productividad agrícola produjeron un enorme éxodo hacia las ciudades. Las familias extendidas se quiebran, y así también el soporte que ellas proveían desaparece.

Es allí donde alcanzan relevancia los movimientos solidarios y la aparición de las sociedades de mutuo socorro o mutua asistencia. Estas mutualidades organizan seguros descentralizados, basados en el alivio recíproco, que permiten al trabajador enfrentar las vicisitudes sin recurrir a la caridad o a la asistencia pública; estas últimas instituciones difieren sustancialmente de la seguridad proveída por las mutualidades, la cual procede de los esfuerzos de los propios sujetos a los que va dirigida, generando una sensación de autonomía y de autoestima.

El primer antecedente del seguro social son los sistemas de prevención de los gremios de los trabajadores de las minas, cuyos más remotos orígenes se remontan, en cierto modo,

⁹⁵ Midgley, James, *Social Welfare in Global Context*, Sage Publications, 1997, pág. 97 y sgtes.

al sistema de cofradías⁹⁶. Estas aparecen durante la alta edad media como necesidad de asociación de artesanos, mercaderes y profesionales, con la finalidad de defender sus intereses comerciales y laborales; su auge se produce durante la baja edad media y tienen influencia en todos los ámbitos de la vida de sus miembros, incluso el social y el religioso. Fueron la respuesta a la ausencia del derecho individual y social, y en su desarrollo tuvo influencia el interés político, especialmente a través de los poderes municipales.

De la tradición de los gremios y cofradías emergen en el siglo XVI en Inglaterra las llamadas “friendly societies”⁹⁷, las cuales también estaban organizadas en torno de una actividad comercial o profesional común; estas habrían de evolucionar más tarde en lo que se dio en llamar “fraternal organization”, que fueron los antecedentes de los modernos sindicatos. Tanto unas como otras experimentarían un crecimiento inusitado con el advenimiento de la revolución industrial. Como ejemplo de ello, hacia principios del siglo XVI, uno de cada nueve ingleses pertenecía a alguna de estas organizaciones. Entre 1597/1601 la Ley Inglesa de Pobreza⁹⁸ fue la primera codificación de normas sobre la responsabilidad del estado de proveer para el bienestar de sus ciudadanos. Se sustentaba sobre la base de impuestos, distinguía entre los pobres meritorios y los pobres no meritorios, y su ejecución era controlada a nivel local y a nivel de la comunidad.

⁹⁶ Rodríguez-Sala, María Luisa, La Cofradía-Gremio durante la baja Edad Media y los siglos XVI y XVII, el caso de la Cofradía de los cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España, Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, Nro. 10, Toledo, 2009, pág. 149/151.

⁹⁷ Handel, Gerald, Social Welfare in Western Society, Transaction Publishers, New Jersey, 2009, pág. 290/300.

⁹⁸ <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/poverty/>

Una de las primeras personas en proponer planes de seguridad para el retiro laboral, que pueden ser mirados como antecesores de los modernos seguros sociales, fue Thomas Paine, quien en 1795 presentó una publicación llamada “Justicia Agraria”⁹⁹, la cual se constituyó en un controversial llamado al establecimiento de un sistema público de seguridad económica para toda la nación.

En 1776, en la época de la declaración de la independencia de los Estados Unidos de América, se crea el primer programa de pensiones para soldados que pagaba ciertos limitados tipos de pensiones a los veteranos de diversas guerras. Luego de la guerra civil norteamericana aparece un importante precursor, que podríamos decir que constituiría un programa de Seguridad Social para un segmento específico de la población. La guerra civil había dejado como balance una enorme cantidad de viudas, huérfanos y veteranos discapacitados. Una muy elevada proporción de la población estaba incapacitada; esto generó un programa de prestaciones, “Pensiones de la Guerra Civil”, con similitudes a lo que luego sería la Seguridad Social.

Sin embargo, la base histórica del seguro social, tal como luego aparecerá en la segunda mitad del siglo XIX, tiene lugar en Prusia; lo cual es congruente con el desarrollo del industrialismo y los problemas que este planteó, como ya lo dijimos. Entre 1848 y 1849 el estado Prusiano establece el seguro de salud obligatorio para los trabajadores mineros. Las comunidades estaban facultadas a percibir los aportes a tal fin, tanto de los trabajadores como de los empleadores. En 1869 aparece también en la región de Baviera, establecido por ley, un seguro de atención de salud. Más tarde, en 1881/83, Guillermo I emperador de Alemania, por influencia del canciller Otto Von Bismarck,

⁹⁹ Paine, Thomas, *The Writings of Thomas Paine*, Collected and Edited by Moncure Daniel Conway (New York: G.P. Putnam’s Sons, 1894), Vol. 3.

dispone que el parlamento alemán dicte una ley para la seguridad financiera de los trabajadores contra riesgos como enfermedad, accidentes, invalidez y vejez. Esta decisión fue tomada en vistas de la creciente influencia del partido político de la social democracia y las experiencias de Bismarck sobre los imprevistos que sufrían las tropas. En efecto, como ya vimos, con la industrialización de finales del siglo XIX crece el éxodo de la población rural hacia las ciudades; el problema de la vivienda y la situación en las fábricas se vuelven entonces inmanejables. Para evitar que las masas de trabajadores, en vista de los problemas que planteaba la creciente pauperización, caigan en el discurso ideológico y político del socialismo, Bismarck y Guillermo I toman la iniciativa de implementar este sistema como un notable instrumento de progreso en su política de estado. “Mi idea fue ganar las clases trabajadoras o, debo decir, sobornarlas, para presentar al estado como la estructura social que a raíz de ellas se sostiene y que quisiera cuidar de su bienestar”¹⁰⁰.

Por otra parte, en Estados Unidos de América y hacia fines del siglo XIX, tienen lugar crisis económicas que deprimen el sistema, y a raíz de las cuales los ciudadanos norteamericanos toman conciencia de que en una sociedad industrializada la amenaza del desempleo, y la subsiguiente inseguridad que esto acarrea, pueden afectar a cualquiera. Se producen entonces movimientos de protesta, de los cuales el más remarcable es la Marcha del Ejército de Coxey, la cual fracasó en su objetivo concreto, pero planteó el problema, que habría de ganar prominencia y más tarde convertirse en un elemento clave de las legislaciones sociales que vendrían en el siglo XX.

¹⁰⁰Von Bismarck, Otto, Die Gesammelten Werke, Friedrichsruher Ausgabe, Verlag für Politik und Wirtschaft, Berlin, 1935, pág. 195/196.

Junto con la industrialización, el éxodo de la población hacia los centros urbanos, la desintegración de la gran familia rural, aparece un cuarto elemento, en la forma de un marcando incremento de la expectativa de vida de las personas. En efecto, a fines del siglo XIX y principios del XX se desarrollan programas de salud pública que conducen a una mejora en la salud general y en la sanitación. A consecuencia de ello, entre 1900 y 1930, el promedio de vida se incrementa en 10 años. Resultado de todo ello es el rápido crecimiento del número de personas de edad avanzada.

En 1911 el parlamento del Reino Unido sanciona la National Insurance Act ¹⁰¹; esta surge como consecuencia de la visita del Canciller David Lloyd George a Alemania en 1908, en la cual toma contacto con el sistema de seguro nacional obligatorio creado por Bismark, y se convence de que Gran Bretaña debe estar al mismo nivel que Alemania en este campo. El gobierno liberal, liderado por Herbert Henry Asquith, propuso la ley que comentamos y a través de la cual se creó el primer sistema contributivo de seguro contra enfermedad y desempleo. La ley solo se dirigía a empleados asalariados, no alcanzaba a las familias de éstos, ni, por su puesto, a las personas no asalariadas. Esta ley condujo a la extinción de la primacía de la Ley de Pobres, creada entre 1597/1601 y modificada en 1834, como primera fuente de asistencia social, la cual fue finalmente abolida hacia 1926.

Fuera de los antecedentes que ya mencionamos, uno de los primeros promotores de la seguridad social en Estados Unidos de América fue Theodore Roosevelt, quien dentro del Partido Progresista propugnaba la instalación de un sistema del seguro social.

¹⁰¹ Handel, Gerald, op. cit, pág. 180 y sgtes.

En 1934 el Presidente Franklin D. Roosevelt creó el Comité de Seguridad Económica (CES)¹⁰², a raíz de las duras consecuencias socio-económicas que provocó la “Depresión”, conjuntamente con muchas otras instituciones sociales que se siguieron a dicha crisis¹⁰³. Este Comité desarrolló varios planes de cómo proveer para los trabajadores a quienes la edad o la discapacidad impedía realizar tareas laborales. En definitiva, ello derivó en la Ley de Seguridad Social (SSA)¹⁰⁴, aprobada por el Congreso en agosto de 1935. Esta ley crea un programa de seguro social con cobertura en una variedad de supuestos. En 1939 la ley fue modificada para incluir beneficios a la esposa y a los hijos menores de un trabajador en retiro, así como a los sobrevivientes de trabajadores fallecidos prematuramente. El eje del programa pasa de concebir un seguro basado en el individuo a un sistema centrado en la familia. El siguiente cambio significativo ocurre en 1950, cuando la SSA establece la primera norma de ajuste según costos de vida (COLA).

Por su parte, en Gran Bretaña, durante la segunda guerra mundial, el Partido Laborista anuncia la creación de un comité interdepartamental para la vigilancia del seguro social británico; en este contexto, es que aparece el ponderado “Beverige Report”¹⁰⁵, que influenciaría decisivamente para establecer las bases fundacionales del estado de bienestar en el Reino Unido. El reporte tiene tres lineamientos principales: 1° la no limitación por intereses sectoriales, vale decir, una visión omnicomprensiva del

¹⁰² Handel, Gerald, op. cit., pág. 131 al 136 y 192 al 193.

¹⁰³ "Security was attained in the earlier days through the interdependence of members of families upon each other and of the families within a small community upon each other. The complexities of great communities and of organized industry make less real these simple means of security. Therefore, we are compelled to employ the active interest of the Nation as a whole through government in order to encourage a greater security for each individual who composes it ... This seeking for a greater measure of welfare and happiness does not indicate a change in values. It is rather a return to values lost in the course of our economic development and expansion...". Franklin D. Roosevelt: Message of the President to Congress, June 8, 1934.

¹⁰⁴ Handel, Gerald, op. cit., pág. 187-190 y 198-202.

¹⁰⁵ Handel, Gerald, op. cit., pág. 199.

problema; 2° el seguro social debe ser solo una parte de una política amplia de progreso social; 3° las políticas de Seguridad Social deben ser alcanzadas a través de la cooperación del estado y el individuo, en la que al estado le toca garantizar el servicio y las contribuciones. Por otro lado, es de hacer notar el enfoque que daba Beveridge a la Seguridad Social, cuando dice que el estado, al organizar la Seguridad Social, no debe generar obstáculos a las iniciativas, oportunidades y responsabilidades de los individuos. Se limita a establecer un mínimo racional y dejar que la acción individual voluntaria construya sobre ese mínimo en beneficio del sujeto y de su familia.

En 1945 el gobierno laborista procedió a implementar muchas políticas sociales que se transformaron luego en lo que fue conocido como el “Estado de Bienestar”, las cuales incluían la “Family Allowances Act” (1945), “National Insurance Act” (1946), “National Service Act” (1946), “Pension Increase Act” (1947), “Landlord And Tenant Act” (1949)¹⁰⁶.

La primera declaración universal sobre Seguridad Social se encuentra en la Carta del Atlántico, suscripta por Roosevelt y Winston Churchill el 12 de agosto de 1941. Según este instrumento internacional, las Naciones Unidas favorecen la colaboración más amplia entre todas las naciones en el campo económico, con el fin de asegurar a todas las personas un mejor régimen de trabajo, una situación económica más favorable, y se propugna la Seguridad Social como sistema que proporcione a todas las naciones los medios de vivir en seguridad, y que ofrezca a los habitantes de todos los países la seguridad de poder desarrollar su vida libremente y sin temor a la indigencia¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Handel, Gerald, pág. 199.

¹⁰⁷ Frescura, op. cit., pág. 686.

La Declaración de Filadelfia, OIT 1944, amplía los fines originalmente asignados a la organización¹⁰⁸.

4. Clases de Seguros Sociales

Más que tipos absolutos de seguros sociales, lo que puede encontrarse es una diversidad de los elementos que lo componen. A su vez, estos elementos pueden combinarse de múltiples formas, dando por resultado una variedad de formas mixtas.

4.1 Seguro Social de Administración Estatal

En este tipo de seguros el estado monopoliza tanto el control de superintendencia sobre el sistema, como la administración de la provisión de ejecución de los servicios; ello, ya sea a través de órganos estatales o de entidades estatales autónomas y autárquicas. Un ejemplo de esta modalidad en nuestro país es el Instituto de Previsión social.

4.2 Seguro Social de Administración Privada

En este caso, la administración del seguro se deja a cargo de empresas privadas, las cuales obtienen un lucro por ese servicio y por la ejecución de las prestaciones. Ello no implica una total desvinculación del estado, que siempre actúa de contralor para asegurar la regularidad de las actuaciones y el cumplimiento de la ley.

4.3 Seguro Social de Financiamiento con Participación Estatal

En esta modalidad los aportes para la generación del capital de la mutualidad provienen no solo de empleados y empleadores, vale decir, capital privado, sino que también el estado está obligado –a veces incluso por su Carta Magna– a contribuir a la formación de los recursos necesarios para sostener el sistema. La proporción de la participación del estado puede ser variable. El Instituto de Previsión Social sigue este régimen.

¹⁰⁸ http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO_dec_philadelphia.pdf.

4.4 Seguro Social de Financiamiento Privado

Según esta forma, el capital que forma la mutual se origina solamente en el aporte privado, con prescindencia de la contribución estatal. Dicho aporte puede provenir ya sea de empleadores y trabajadores, o solamente de trabajadores.

4.5 Seguro Social de Capitalización Individual

Esta modalidad es una de las más controvertidas, ya que no se forma propiamente una mutualidad, y las prestaciones del beneficiario tienen una relación directa con la entidad de sus aportes. En muchos casos, se trata solamente de sistemas de ahorro obligatorio.

4.6 Seguro Social de Capitalización Colectiva

En esta modalidad la formación de una mutualidad es una pieza fundamental del funcionamiento del sistema. La provisión de las prestaciones no tiene una relación directa con el aporte; este último tiene una entidad que se define sobre la base de las probabilidades frente a la masa de asegurados y los tipos de eventos definidos como siniestros. Ello no quita que algunas veces esta modalidad exija a los beneficiarios un tiempo o una cantidad mínimos de aportes para acceder a la totalidad de las prestaciones ofrecidas.

4.7 Seguro Social Abierto a Trabajadores Dependientes

En este tipo de seguro solo se permite que las personas que laboran en relación de dependencia puedan cotizar y ser beneficiarios de las prestaciones (a menudo incluyen también a las personas dependientes del asalariado, como cónyuge, ascendientes, descendientes, etc.). Esta modalidad se vincula, casi siempre, como es lógico, con el seguro social en el cual el empleador es aportante obligatorio, ya que la configuración

económica de la mutual se apoya fuertemente en la contribución patronal que está ausente para los trabajadores independientes.

4.8 Seguro Social Abierto a Trabajadores No Dependientes

Tenemos el tipo de seguro social en el cual tanto asalariados dependientes, como trabajadores autónomos tienen acceso a un sistema de seguro mediante el alta o enrolamiento. Va de suyo que en el caso de los trabajadores independientes el aporte patronal no existe.

4.9 Seguro Social Obligatorio

En esta modalidad, el estado, normalmente a través de una ley, impone a todas las personas o a ciertas categorías de personas, según el seguro sea general o no, la obligación de cotizar en un seguro social. Como ya dijimos, la susodicha obligación puede concernir a un rango poblacional, por ejemplo, todos los trabajadores dependientes, o directamente a toda la población. Este último caso suele ser la regla en países donde el estado social de derecho está ampliamente garantizado.

4.10 Seguro Social Voluntario

Por último, tenemos el seguro social voluntario. En este las personas tienen la posibilidad, pero no la obligación, de darse de alta en el sistema. Como en el anterior supuesto, la voluntariedad puede estar relacionada con ciertos sectores de la población, es común, por ejemplo, que en ciertos países el seguro de trabajadores autónomos sea voluntario como lo es en nuestro país.

UNIDAD IV

Previsión Social.

1. Generalidades y Etimología.

Primeramente hay que advertir, como se hiciera anteriormente en este trabajo, que la Seguridad Social y la Previsión Social se vinculan entre sí en una relación de género a especie. La primera implica siempre una política que preconiza una acción universal, sistemática e integral de lucha contra las necesidades humanas vistas desde la perspectiva del conjunto social. Por lo tanto, se trata de una planificación metódica y ordenada de todos los elementos que coadyuvan a la seguridad bioeconómica¹⁰⁹.

Por su parte, la Previsión Social es un aspecto o realidad parcial dentro de la Seguridad Social, tanto desde el punto de vista de los sujetos a los cuales se dirige, como del método o sistema que emplea para lograr sus fines. Así, la Previsión Social tiene en miras, mayormente, a los trabajadores dependientes o subordinados económicamente, y sus esfuerzos se aplican a la solución de los problemas planteados por realidades concretas e inmediatas; la Seguridad Social, por su parte, tiene como objetivo el beneficio de toda persona humana sea o no trabajadora dependiente, y emplea para ello sistemas globales, y políticas y planes de amplio espectro.

En la concepción de muchos doctrinarios no existen diferencias entre la Previsión Social y la Seguridad Social. Lo propio ocurre con la legislación que regula estas instituciones, ya que numerosos países (vg. Colombia, Uruguay) aluden en sus preceptos normativos indistintamente a Seguridad Social y a Previsión Social como términos equivalentes.

¹⁰⁹ Cordini, Miguel Ángel, "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Eudeba, Bs.As, 1966, pág. 1/14.

En nuestro país, sin embargo, la doctrina ha considerado a la Previsión Social, siguiendo tesis predominantemente mexicana, como una parte específica de la Seguridad Social, destinada especialmente a instituciones y políticas de Seguridad Social de trabajadores en relación de dependencia.

Conforme con el Prof. Dr. Mario de la Cueva, fuente doctrinaria inmediata de nuestros principales autores del Derecho Laboral, la idea de Previsión Social constituye el fondo ideológico de donde surgió la doctrina de la Seguridad Social¹¹⁰. Para este mismo autor el concepto y contenido de la Previsión Social son imprecisos, y la evolución ideológica de las instituciones debería desembocar en una absorción de la Previsión Social por parte de la Seguridad Social. Esto nos confirma aún más en la idea de la especificidad de la Previsión Social frente a la Seguridad Social, en la que se ubican estos autores, entre los que también se cuentan Mario Comba y Renato Corrado¹¹¹. Puede decirse que la Seguridad Social es la idea de la Previsión Social –y consecuentemente del Derecho Laboral– proyectada a la humanidad, como idea de justicia social que se generaliza a todas las personas¹¹². La Previsión Social está constituida por la política y las instituciones que se dirigen a contribuir a la preparación y ocupación del trabajador, a facilitarle una vida cómoda e higiénica, y a asegurarle contra las consecuencias de los riesgos naturales y sociales, susceptibles de privarles de su capacidad de trabajo y de ganancia. Se trata pues, de un doble aspecto. Como política social es el conjunto de imperativos que el estado se impone a sí mismo y al conjunto de los agentes sociales en procura del aseguramiento de un nivel decoroso de vida para el trabajador, lo que hace parte a la

¹¹⁰ De la Cueva, Mario, op. cit. Tomo II, pág. 8, n° 4.

¹¹¹ Comba, Mario y Corrado, Renato, “Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privato e Pubblico”, Lezioni di Diritto del Lavoro, 3ra. Ed. G. Giappichelli, 1953, Torino, T I, pág. 257.

¹¹² De la Cueva Mario, op. Cit., pág. 11, n° 6 y sgtes.

búsqueda del bien común que es finalidad principalísima del estado. El segundo aspecto tiene ya un lineamiento ejecutivo, ya que se trata de todas las medidas concretas que se adoptan para realizar esa política, y que como tales tienden a variar de conformidad con las condiciones y circunstancias de un determinado momento social. De ahí es que para muchos doctrinarios no se puede hablar de un contenido fijo de la Previsión Social¹¹³.

En igual sentido se expresa el Dr. G. Bezerra de Menezes, ya que este también sostiene que la Previsión Social se circunscribe a los trabajadores en relación de dependencia y las personas que son sus respectivos dependientes, en tanto que la Seguridad Social es más amplia, dirigida en un sentido general de tutela y universalidad, amparando a toda la población contra los riesgos y cargas sociales que puedan amenazarles, y su fin inmediato también es más amplio, pues abarca la cobertura del amplio espectro de los riesgos sociales. Así pues, la Seguridad Social trasciende los límites del orden jurídico puramente laboral y muchas de sus instituciones caen dentro de la órbita del Derecho Administrativo¹¹⁴. Otros autores han concebido el orbe de la Seguridad Social y su espacio de influencia con un sentido aún más amplio, y por lo tanto aún más distanciada de la Previsión Social, que como vimos tiene unas finalidades más concretas.

José Pérez Leñero sostiene que la Seguridad Social es aquella parte de la Ciencia Política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión o asistencia, tiene por fin defender y propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros¹¹⁵.

¹¹³ De la Cueva, Mario, op. Cit. T. I, págs. 9 y 264.

¹¹⁴ Bezerra de Menezes, Geraldo Montedonio, "Aseguranga Social no Brazil", Ed. G. Haddad, Rio de Janeiro, 1961, pág. 1 y sgtes.

¹¹⁵ Pérez Leñero, José, "Fundamentos de la Seguridad Social", Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 3 y sgtes.

En este punto es menester señalar, primeramente, que la semántica no es irrelevante en materia jurídica. Es sabido que la semántica tiene que ver con el lenguaje y constituye la especialidad, dentro de la ciencia del lenguaje, que intenta capturar la sustancia de una materia. Por otra parte, es obvia la conexión que tiene el derecho con el lenguaje ya que, el derecho moderno es eminentemente textual. De modo que establecer la etimología de una palabra o de una frase resulta ciertamente enriquecedor, cuando no esclarecedor, en cualquier discurso científico. A ello pasaremos seguidamente.

La voz previsión proviene del latín *praevisio*, la cual a su vez deriva del verbo *praevidere*, que significa ver con antelación o anticipación. Lo social hace relación con aquello perteneciente o relativo a la sociedad. Entonces, puede traducirse la alocución “Previsión Social” como la acción de prever lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles de la sociedad. El prever importa un conjunto de acciones públicas o privadas destinadas a un estrato poblacional específico: el de los trabajadores y sus familias, frente a las contingencias que devienen imponderables.

La etimología de la Seguridad Social también deriva del latín *securitas*, proveniente del adjetivo *securus*, que significa confianza o seguridad que procede de la noción de que no hay peligro que temer en vistas al devenir y en relación con las necesidades humanas básicas. Mucho se ha discutido sobre el contenido de éstas; existen autores que han tratado de enunciarlas y de establecer entre ellas una jerarquía u orden de prioridades. Para Abraham Maslow¹¹⁶, fundamentado en la escuela humanista y como parte de su teoría de la personalidad, elabora la siguiente pirámide, partiendo de las necesidades más básicas a las más elevadas: 1. Necesidades fisiológicas, determinadas por imperativos vegetativos, y vinculadas a situaciones como el hambre, el sueño, el deseo

¹¹⁶ Maslow, Abraham, “Motivation and Personality”, Ed. Longman, 3° Edición, 1970, pág. 77/97.

sexual, etc. Ellas aluden a los presupuestos de supervivencia y constituyen presiones fisiológicas cíclicas. 2. Necesidades de seguridad, imperativo que lleva al individuo a protegerse de todo peligro real o imaginario, físico o abstracto. También están relacionadas, aunque de forma menos inmediata, con la supervivencia de la persona. El deseo de estabilidad, la huida del peligro, la búsqueda de un mundo ordenado y previsible, son ejemplos de esta categoría. 3. Necesidades sociales, imperativos de relacionamiento del individuo con otros sujetos. La participación en grupos y las relaciones de amistad son expresiones de este estrato. 4. Necesidades de estima, imperativos vinculados con la autoevaluación y a la confianza en uno mismo, la autoestima y la reputación propias. El estatus, el poder, el prestigio, son ejemplos de este tipo de categoría. Su negación conduce a la debilidad, el desamparo y la sensación de inferioridad. 5. Necesidad de autorealización, imperativo vinculado al impulso de cada individuo de utilizar todo su potencial individual y lograr su realización personal. Las ansias de progreso y desarrollo de los talentos son un claro ejemplo de ello.

Por su parte, para J. Galtung las necesidades humanas se pueden clasificar en cuatro grandes grupos: necesidades de supervivencia, que son aquellas dirigidas a conservar la vida; necesidades de suficiencia, que son aquellas destinadas al bienestar, necesidades de identidad, que son aquellas destinadas a evitar la alienación, y necesidades de libertad, que son aquellas que buscan evitar la represión y se dirigen a las elecciones y opciones personales¹¹⁷.

¹¹⁷ Galtung, Johan, The Basic Needs Approach, en: Papers - Chair in Conflict and Peace Research, University of Oslo, nro. 74, University of Oslo, Oslo, 1979, pág. 14; Galtung, Johan, en: Human Needs: A Contribution to the Current Debate, Katrin Lederer, Johan Galtung, David Antal, Oelgeschläger, Gunn & Hain, Cambridge (MA), 1980, pág. 55 y sgts.

Galtung también advierte que el concepto de necesidad debe ser distinguido del deseo, la demanda o el querer. Por otra parte, no se puede asumir que las personas están conscientes de todas sus necesidades. Por lo tanto, es también razonable asumir que puede haber querer o deseos, o incluso demandas, que no representan una verdadera necesidad. Lo cual nos plantea determinar el aspecto teleológico de las necesidades, o, en otras palabras, ¿necesario para qué? Y aquí debemos responder: para que la persona sea persona humana, y ello concebido en términos universales. De modo que no se pretende establecer un catálogo absoluto o completo de las necesidades humanas, sino más bien identificar aquellos ámbitos de la necesidad humana, en los cuales, de una manera u otra, los seres humanos de todas partes y de todos los tiempos han tratado y seguirán tratando de tomar para sí una posición relativamente permanente, en muchas diferentes formas o modos. Y así resulta evidente que, cuando nos referimos al talante universal del concepto, ello se aplica siempre a las necesidades, no a sus satisfactores. Podemos concluir, entonces, que etimológicamente la Seguridad Social se dirige a asegurar la satisfacción de las necesidades humanas con vocación de universalidad y de permanencia. Y la Previsión es aquella parte que anticipa los problemas y soluciones para hacer efectivo este propósito.

2. Contenido y Naturaleza Social de la Previsión.

De acuerdo con lo que venimos exponiendo hasta aquí, el contenido de la Previsión Social se define por su objeto, cual es el de garantizar y reparar las contingencias o necesidades de orden natural, profesional o social que son capaces de privar a los beneficiarios de su capacidad de trabajo, de ingreso suficiente y de bienestar, de forma total o parcial, y todo ello mediante las diversas prestaciones previstas en la ley. Es a estas prestaciones (prestaciones de bienes y servicios –médicos/asistenciales– y

prestaciones pecuniarias, ya sean estas de corto plazo: subsidios e indemnizaciones, ya sean de largo plazo: jubilaciones y pensiones) que aludiremos aquí en forma genérica, dejando su análisis pormenorizado para la sección correspondiente.

En este conjunto de beneficios podemos identificar, básicamente, dos tipos de prestaciones, de conformidad con la tipología clásica que caracteriza al Derecho de las Obligaciones. Las prestaciones que consisten en un dar y las prestaciones que importan un hacer. Estas dos se fundan sobre el diferente comportamiento que atañe al deudor en orden de satisfacer su cumplimiento.

Principiaremos por la obligación de dar. Esta se caracteriza por el hecho de que su contenido se configura en la tradición o entrega de una cosa, ya sea para procurar al acreedor la titularidad de un derecho real, o la posesión mediata o inmediata de ella cuando el derecho de dominio ya se encuentra en cabeza del acreedor. Así pues, existen casos en los cuales el deudor ha de desplegar una actividad volitiva y declarativa que provoque la sucesión a título particular de un derecho, y otros en los cuales ha de procurar tanto la transferencia cuanto la entrega de la cosa, y, finalmente, un tercer supuesto en el cual basta con la entrega, esto es una mera actividad operativa, jurídica o material, sin necesidad de provocar también su adquisición¹¹⁸.

El hecho de que haya entrega o traslación, o ambas cosas a la vez, implica necesariamente la existencia de un bien o cosa sobre el cual opera la actividad del deudor, ya descrita en sus tres posibles formas, y que se constituye en objeto mediato de la obligación. Es obvio, pues, que en las obligaciones de dar la actividad pase

¹¹⁸ Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, § 100, n° 1 y 2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1955.

mayormente a un segundo plano, y el interés del acreedor se centre en el objeto mediato, vale decir, la cosa o bien.

La otra tipología se refiere a la obligación de hacer. La quintaesencia del contenido de ésta alude a una actividad del deudor, de modo que la presencia de un bien, como objeto mediato de la obligación no es en absoluto necesaria.

Como puede apreciarse, en esta segunda clase el interés del acreedor se centra en la actividad, la cual puede adoptar diversas formas. Por lo general el hacer consiste en una energía de realización intelectual o material proporcionada por el deudor a favor del acreedor o de un tercero. Supuestos particulares de la obligación de hacer incluyen la obligación de predisposición de una cosa, como ocurre en ciertos tipos de contrato, vg. el suministro, y la de custodiar, que importa el despliegue de una serie de diligencias.

A la obligación de hacer se corresponde, desde la posición del acreedor que la recibe, la obtención de cierto resultado u *opus*, o bien el mero esfuerzo del deudor dirigido hacia la consecución de un cierto resultado.

Las obligaciones de hacer pueden ser fungibles, vale decir, susceptibles de ser cumplidas no por el deudor sino por un tercero, e infungibles, entendiéndose por tales a aquellas cuyo cumplimiento solo puede ser producido por el deudor en persona¹¹⁹.

Las obligaciones que surgen en las relaciones de la Seguridad Social pueden referirse a: las prestaciones impuestas a los empleadores como obligaciones de aporte imperativas y de fuente no voluntaria, las obligaciones de aporte, impuestas también a los trabajadores, las obligaciones de aporte impuestas al Estado y las prestaciones de los beneficios sociales que el sistema de seguridad debe prestar a los trabajadores y a las personas que dependen de él, en su caso.

¹¹⁹ Messineo Francesco, op.cit. n° 3.

En un sistema de Seguridad Social en el cual la administración está a cargo de un ente o de un órgano estatal, es evidente que los beneficios provistos por el sistema a los trabajadores destinatarios tendrán una naturaleza pública o de derecho público. Mientras que, si el administrador es una persona del derecho privado, probablemente su naturaleza será privada, dependiendo del tipo de legislación que determine su funcionamiento (sistema de concesiones estatales, sistema monopolístico o no monopolístico de empresas privadas, etc.).

Las obligaciones de inscripción, alta y aporte a cargo de los diversos sujetos ya señalados, en los sistemas administrados por el Estado, o entidades u órganos estatales, tienen – obviamente – un tenor público, y son gobernadas por el derecho público. Esta aseveración solo soluciona parcialmente el problema de la identificación de su naturaleza, pues solo nos ubica en el ámbito de derecho por el cual han de regirse. Pero nada nos dice aún de qué tipo de obligaciones representan dentro del ámbito público. Una teoría extendida ha considerado que la obligación de aporte, esto es la obligación de dar dineraria, es un tributo. Apoya a esta tesis el hecho de que la obligación es no voluntaria y de fuente legal, como lo son esencialmente los tributos. Luego, resulta dificultoso encajar la obligación en una de las tres posibles clases de tributos que conocemos: impuestos, tasas y contribuciones. Los impuestos, como es sabido, son obligaciones coactivas que se pagan al estado para soportar, de manera general y difusa las erogaciones estatales. La tasa, por su parte, es un tipo de tributo que se paga a cambio de una contraprestación determinada o directa por parte de quien lo recibe. La contribución es aquella forma de tributo que se abona para solventar un gasto específico, generalmente temporal, como la construcción de una obra pública, y que proporcionará al obligado tributario algún beneficio o aumento de valor en sus bienes. Su

característica es la especialidad, por eso es que se denominan también contribuciones especiales. Los aportes previsionales obligatorios comparten en cierta medida las características de una tasa, ya que se espera una contraprestación específica, pero esto es solo cierto respecto del trabajador. Por otra parte, los aportes tienen también ciertas notas de la especialidad característica de las contribuciones, pero carecen de su temporalidad. Esta disquisición sobre la exacta naturaleza jurídica de las cotizaciones sociales aún no ha llegado a un punto pacífico. Lo que sí puede afirmarse es que se trata de un tributo¹²⁰. Quizás podamos concordar en que se trata de un tributo de naturaleza fiscal especial, como los sostiene Rubén Aguirre Pangburn, con características también particulares, como ser la no inclusión de sus productos en los presupuestos estatales, el hecho de que su recaudación está a cargo de organismos distintos a los específicamente fiscales, y de que no ingresan en el tesoro estatal, sino directamente en los entes que administran los fondos¹²¹.

El problema con la naturaleza jurídica de las prestaciones de aporte se plantea realmente cuando éstas son proveídas en sistemas en los cuales actúan las empresas privadas. Este punto no va a ser objeto de análisis en este trabajo ya que tal tipo de sistema es ajeno a la realidad de nuestro país.

3. La Previsión Social en el Paraguay.

La Previsión Social en el Paraguay está a cargo de una entidad estatal, regida a la vez por el Derecho Administrativo, y por el Derecho Laboral y de la Seguridad Social. La

¹²⁰ Juliani Fonrouge, Carlos M., "Derecho Financiero" Tomo II, 9° edición, La Ley, Bs. As., 2004, pág. 890 y sgtes.

¹²¹ Villegas Héctor Eduardo, "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", 7° edición, JJCPM, Bs.As., 2001, págs. 114/116.

obligación de cotización a cargo del empleador frente a los trabajadores en relación de dependencia se encuentra impuesta por ley.

En la actualidad el sistema es público y concentrado –principalmente– para los trabajadores del sector privado; para el funcionariado público el sistema es parcialmente público¹²² y no concentrado.

En efecto, los distintos poderes del estado, y las entidades autónomas y autárquicas del derecho público, así como las binacionales tienen órganos propios de administración para la provisión de algunos de los beneficios de la Seguridad Social, en especial lo referido al sistema de pensiones y jubilaciones. Las prestaciones relativas a seguros de salud no tienen hoy día un tratamiento unívoco en todas estas entidades, y en la mayoría de los casos su provisión depende de convenios colectivos entre los funcionarios y la entidad, así como la modalidad, pública o privada, en que estos servicios son prestados.

Es el empleo privado y sus prestaciones de Seguridad Social lo que será objeto de estudio en los capítulos siguientes. El ente encargado en nuestro país de la administración de la Seguridad Social de trabajadores del sector privado en relación de dependencia, es el Instituto de Previsión Social. Su historia y su iter normativo serán examinados más adelante en este capítulo.

Empero, podemos adelantar que la mutualidad que proporciona los recursos económicos para el funcionamiento de la entidad y la provisión de los beneficios está formada por tres fuentes de aporte que son: los trabajadores, los empleadores y el estado, en diferentes proporciones. Estos aportes pueden ser vistos, desde el punto de vista de los dos aportantes privados: patrono y trabajador, como una obligación tributaria. En cuanto

¹²² Pues existen prestaciones a cargo de la seguridad privada, como es, vg. el caso del Poder Judicial para la prestación del servicio de salud.

a la prestación del estado, su naturaleza se inscribe más bien en el ámbito de los subsidios, entendiendo por estos a la ayuda o auxilio económico proveído por el estado o las entidades estatales a un determinado fin. Normalmente los subsidios tienen una duración determinada y un carácter temporal. Es por ello que la categoría de los subsidios no se ajusta de modo pleno a la prestación estatal a la seguridad social, sin embargo, entendemos que el carácter temporal no es parte esencial de la naturaleza del subsidio, y con ello podemos sostener que la conclusión sobre su naturaleza se mantiene. Es sobre la base de estas prestaciones, y de su oportuno y debido cumplimiento, así como de las consecuencias de su omisión que trata la parte sustancial de esta investigación, y sobre lo cual hemos de avocarnos en lo sucesivo.

4. Régimen Legislativo del Instituto de Previsión Social.

Si bien el marco legislativo de la Seguridad Social del Paraguay, en general, habrá de ser abordado más adelante en este trabajo, el atinente al Instituto de Previsión Social lo trataremos a continuación, pues hace al estudio de la Previsión Social, objeto de esta parte de la investigación.

En ese sentido, debemos ubicar el origen del ente previsional paraguayo en la época en la que terminó la Guerra del Chaco, que es cuando se visibilizó la importancia de contar con un seguro social obligatorio organizado por el estado, que se ocupe de velar y proteger al sector trabajador previendo la cobertura de los riesgos laborales. De hecho, esta fue una corriente que —a principios del siglo XX, a raíz de los acontecimientos sociales y económicos— se instaló a nivel mundial, según hemos visto con anterioridad. En este escenario se optó por un modelo sustentado en contribuciones a cargo de los empleadores, los trabajadores y el estado, basado en los principios de solidaridad y universalidad. Así se crea el Instituto de Previsión Social por medio del Decreto n° 17.071

de fecha 18 de febrero de 1943, contemplando los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez y accidente laboral para los trabajadores dependientes e independientes.

Posteriormente, por el Decreto Ley n° 1860 de fecha 01 de diciembre de 1950, se derogó el decreto anterior, determinando la caracterización jurídica de la institución y las del seguro social a su cargo. Así, se prevén las prestaciones y beneficios por los siguientes riesgos: enfermedades y accidentes comunes y laborales, maternidad, invalidez, vejez y muerte del trabajador dependiente.

En la actualidad el seguro social cubierto por el Instituto de Previsión Social solamente no contempla los riesgos de desempleo y prestaciones a las familias.

Una característica de la legislación que sustenta al Instituto de Previsión Social es que cuenta con un cuerpo normativo medular o central, que gira en torno del Decreto Ley n° 1860/50 que fuera aprobado por la Ley n° 375/56, en el cual se establece el régimen de seguro social general –que de hecho sufrió una serie de modificaciones, según veremos más adelante– pero al mismo tiempo, dicho eje normativo central fue siendo complementado con una serie de leyes posteriores que se encargaron de incorporar al sistema previsional a nuevos sectores de la población trabajadora –ejemplos: maestros y catedráticos del sector público y privado, músicos, autores, compositores y cultores del arte en general, sin relación de dependencia, funcionarios del Ministerio Público, etc.– con características propias en cuanto al régimen respectivo de prestaciones.

Además de lo apuntado, debemos decir que el marco legislativo que rige al Instituto de Previsión Social está formado, obviamente, no solo por leyes sino también por normas de menor rango tales como resoluciones reglamentarias; mas, dada la abundancia de estas, a continuación citaremos solo las principales normas que rigen a la referida entidad:

- Decreto n° 10.810/52 que reglamenta al Decreto-Ley n° 1.860/50.

- Ley n° 375/56 "Por la cual se aprueba el Decreto-Ley n° 1.860/50, por el cual se modifica el Decreto-Ley n° 17.071 de fecha 18 de febrero de 1943 de creación del Instituto de Previsión Social".
- Ley n° 537/58 "Que declara obligatoria la inclusión dentro del régimen de seguro social del IPS, a todos los maestros y catedráticos del magisterio primario y normal de la República".
- Ley n° 792 de fecha 05 de junio de 1962 que aumenta los aportes de patronos y obreros al Instituto de Previsión Social.
- Ley n° 1.085/65 "Que modifica y amplía las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50 aprobado por Ley n° 375 del 27 de agosto de 1956".
- Ley n° 427/73 "Que modifica y amplía las leyes n° 375, del 27 de agosto de 1956, y n° 1.085, del 8 de setiembre de 1965, del Instituto de Previsión Social.
- Ley n° 430/73 "Que establece el derecho al beneficio de jubilaciones y pensiones complementarias a cargo del Instituto de Previsión Social".
- Ley n° 1.286/87 "Que modifica y amplía disposiciones de las leyes que rigen el Instituto de Previsión Social".
- Ley n° 98/92 "Que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por Ley n° 375/56, y las leyes complementarias n° 537 de fecha 20 de setiembre de 1958, n° 430 de fecha 28 de diciembre de 1973 y n° 1.286 de fecha 4 de diciembre de 1987".
- Ley n° 532/94 "Que modifica y amplía el artículo 13 de la Ley n° 98 del 31 de diciembre de 1992, que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones a cargo del Instituto de Previsión Social".

- Ley n° 731/95 "Que amplía el artículo 13, inciso p), de la Ley n° 98 del 31 de diciembre de 1992".
- Ley n° 1.398/99 "Que declara obligatorio incorporar al régimen de asistencia médica del Instituto de Previsión Social a los docentes jubilados de todo el país".
- Ley n° 2.263/03 "Que modifica parcialmente la Ley n° 98/92, que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por la Ley n° 376/56, y las leyes complementarias n° 537, de fecha 20 de setiembre de 1958, n° 430, de fecha 28 de diciembre de 1973, y n° 1.286, de fecha 4 de diciembre de 1987".
- Ley n° 3.404/07 "Que modifica el artículo 25 de la Ley n° 430, de fecha 27 de diciembre de 1973, modificado por el artículo 4°, de la Ley n° 98 de fecha 31 de diciembre de 1992".
- Ley n° 3.515/08 "Que autoriza la incorporación al seguro social del Instituto de Previsión Social de los funcionarios y contratados del Ministerio Público y de los jubilados que hayan prestado servicios en dicha repartición.
- Ley n° 3.613/09 "Que modifica el artículo 13° de la Ley n° 2.345/03 "De reforma y sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público"". Establece condiciones para la obtención del seguro médico del IPS por parte de los docentes jubilados.
- Ley n° 3.856/09 "Que establece la acumulación del tiempo de servicios en las Cajas del sistema de jubilación y pensión paraguayo, y deroga el artículo 107° de la Ley n° 1.626/00 "De la función pública" (INTER CAJAS). Decreto n° 4.392/10 "Reglamento de la Ley n° 3.856/09 de inter Cajas".

- Ley n° 4.199/10 "Que establece el seguro social para músicos, autores, compositores y cultores del arte en general, sin relación de dependencia".
- Decreto n° 9.606/2012 "Por el cual se reglamenta la Ley n° 4.199, del 13 de diciembre de 2010 "Que establece el seguro social para músicos, autores, compositores y cultores del arte en general, sin relación de dependencia".
- Ley n° 4.370/11 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas".
- Decreto n° 8.324/12 "Que reglamenta la Ley n° 4.370/11 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas"".
- Ley n° 4.290/11 "Que establece el derecho a solicitar reconocimiento de servicios anteriores en el Instituto de Previsión Social y modifica parcialmente el artículo 59 del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por Ley n° 375 del 27 de agosto de 1956, modificado por el artículo 2° de la Ley n° 98/92, y aclara el alcance de la Ley n° 3.404 del 7 de diciembre de 2007 de continuidad en el beneficio".
- Ley n° 4.426/11 "Que establece un haber mínimo jubilatorio y de pensiones para los asegurados del Instituto de Previsión Social".
- Ley n° 4.629/12 "Que estable un régimen especial de jubilaciones e indemnizaciones para los trabajadores de Aceros del Paraguay S.A.", esta ley fue declarada inconstitucional por Acuerdo y Sentencia n° 31 de febrero de 2016.
- Ley n° 4933/2013 "Que autoriza la incorporación Voluntaria de Trabajadores Independientes, Empleadores, Amas de Casa y Trabajadores Domésticos al Seguro Social – Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Previsión Social".
- Ley n° 213/93; y su modificación ley n° 496/95 Código del Trabajo.

- Ley n° 5555/2015 “Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas”.
- Ley n° 5.508/15 De la Promoción, Protección de la Maternidad y Apoyo a la Lactancia Materna que modifica el Código del Trabajo.
- Ley n° 5.407/2015 Del Trabajo Doméstico, que modifica el Código del Trabajo.
- Ley n° 5655/16 Que Complementa, Amplía y Modifica Disposiciones del Régimen Legal del Seguro Social Obligatorio del Instituto de Previsión Social.

Todo este entramado legislativo hace que el sistema adolezca de dispersión, así como de repeticiones y reformulaciones que en nada ayudan a la transparencia del sistema y que evitan u obstan que el trabajador, como persona legítima en tales recovecos burocráticos, tenga claro el panorama total de sus derechos. Del análisis de este cuerpo legislativo nos ocuparemos en la sección que sigue.

UNIDAD V

La legislación de la Seguridad Social en el Paraguay.

Todo ordenamiento jurídico de un país tiene una norma suprema que establece los lineamientos a los que deben responder las leyes de menor rango. En el caso de Paraguay, el Art. 137 de la Carta Magna establece el orden de prelación de las leyes, ocupando el rango preferencial la propia Constitución Nacional, seguida por los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, y, detrás de estos se encuentran las leyes y otras normas jurídicas de menor jerarquía. Por ende, el marco legal de la Seguridad Social debe ser abordado a partir de la ley fundamental.

1. Constitución Nacional

La Carta Magna vigente prevé la Seguridad Social en su artículo 95¹²³. Esta norma, si bien hace referencia a la Seguridad Social de los trabajadores dependientes y sus familias, cuyo régimen será establecido por ley, tiende a la universalidad por cuanto establece claramente que se promoverá su extensión toda la población del país.

Ahora bien, el artículo 130¹²⁴ de la Constitución se ocupa de otorgar beneficios que hacen a la Seguridad Social, aunque limitados, a los veteranos o discapacitados de la guerra del Chaco.

¹²³“El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se preverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio.”.

¹²⁴ “Los veteranos de la guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios; de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud, así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución...”.

En lo que respecta al campo de aplicación material de la Seguridad Social, la Constitución Nacional establece en el referido artículo 95 que será integral, lo que significa que el texto legal también respeta el principio estructural de integralidad de la Seguridad Social por el cual se tiende a un creciente aumento tanto de las contingencias cubiertas como de las prestaciones otorgadas.

Si bien la Carta Magna establece que los servicios del sistema pueden ser públicos, privados o mixtos, no puede escaparse que al hablar de sistema, se hace alusión al principio de unidad que impide la existencia de discriminaciones a favor de ciertos sectores de la población, salvo –obviamente– los más necesitados. Esta unidad habrá de materializarse por medio de la sistematización y coordinación de los instrumentos que rigen la Seguridad Social, circunstancia esta que a su vez justifica la supervisión por parte del Estado.

2. Los Tratados Internacionales.

Continuando con el orden constitucional, nos encontramos con que nuestro país ha ratificado instrumentos internacionales sobre derechos humanos que consagran a la Seguridad Social como uno de ellos, así tenemos:

2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica:

aprobada por nuestro país por Ley n° 01/89; esta convención, si bien no hace expresa referencia a la Seguridad Social, en su capítulo III de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Art. 26 se ocupa en comprometer a los estados partes a tomar providencias –tanto a nivel interno como a través de la cooperación internacional– de índole económica y técnica para lograr la efectividad de los derechos derivados de las normas –económicas y sociales– además de las de educación, ciencia y cultura– contenidas en la Carta de la Organización de Estados

Americanos, por vía legislativa u otros medios adecuados. Como podemos ver, el Pacto de San José de Costa Rica, se ocupa de las esferas –derechos– que hacen, en definitiva, a la Seguridad Social. Sin embargo, como veremos, el siguiente documento internacional a nivel de la OEA se encarga de hacer visible el derecho expreso a la Seguridad Social.

2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: aprobado por nuestro país por Ley n° 4/92, este instrumento internacional consagra en su Art. 9¹²⁵, el derecho de toda persona a la Seguridad Social y a los seguros sociales.

2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestra legislación interna por medio de la Ley n° 5/92, que si bien no hace expresa referencia a la Seguridad Social, en su Art. 1 consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos, y en ese contexto deben proveer al desarrollo económico, social y cultural¹²⁶.

2.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", este instrumento internacional fue introducido a nuestro derecho positivo por medio de la Ley n° 1040/97, complementa al Pacto de San José de Costa Rica en materia de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, la Seguridad Social ya está expresamente contemplada en el Art. 9¹²⁷, y hace expresa referencia a la protección

¹²⁵ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

¹²⁶ 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

¹²⁷ 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se

de riesgos en caso de vejez, enfermedad física o mental de toda persona, así como de aquellos que se encuentran a su cargo; distinguiendo en un párrafo separado a los trabajadores en relación de dependencia en cuanto a la obligación de que los mismos estén amparados en caso de accidente o enfermedad profesional, así como en los eventos de maternidad y lactancia en el caso de las trabajadoras.

3. Otros Instrumentos Internacionales “Soft Law”

Por otro lado, nuestro país también ha suscripto otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos en general y sobre Seguridad Social en particular, que si bien no tienen el rango de tratados internacionales debidamente aprobados y ratificados, fueron suscriptos por nuestro país y fungen de “Soft Law” que deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo del país. Así, contamos con:

3.1 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales Del Trabajador; que en sus Arts. 28 al 34 se encarga expresamente de la “Previsión y Seguridad Sociales”¹²⁸.

encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

¹²⁸ “...28 Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales... 29 Los Estados deben estimular y proveer la existencia de centros recreativos y de bienestar que puedan ser aprovechados libremente por los trabajadores... 30 El Estado, mediante normas adecuadas, debe asegurar la higiene, seguridad y moralidad en los lugares de trabajo... 31 Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices aunque no reciban salario y los trabajadores independientes, cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguro social obligatorio orientado hacia la realización de los objetivos siguientes: a) Organizar la prevención de los riesgos cuya realización prive al trabajador de su capacidad de ganancia y de sus medios de subsistencia. b) Restablecer lo más rápida y completamente posible la capacidad de ganancia perdida o reducida como consecuencia de enfermedad o accidente. c) Procurar los medios de subsistencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como

3.2 Declaración Universal de Derechos Humanos: que en su Art. 25¹²⁹ establece

claramente que toda persona tiene derecho –así como su familia– a una vida digna y todo lo que ella implica, también contempla el derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez; incluso deja abierta la formulación normativa para que en ella puedan caber otros casos de pérdida de los medios de vida. También protege especialmente la maternidad.

3.3 Declaración Americana de Derechos Humanos: en su Art. XVI¹³⁰ establece el

derecho de toda persona a la Seguridad Social, amparándola contra los riesgos de desocupación, vejez, incapacidad; igualmente contiene una formulación

consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura del jefe de la familia. El seguro social obligatorio deberá tender a la protección de los miembros de la familia del trabajador y establecer prestaciones adicionales para los asegurados de familia numerosa... 32 En los países donde aún no exista un sistema de seguro o previsión social, o en los que existiendo éste, no cubra la totalidad de los riesgos profesionales y sociales, estarán a cargo de los empleadores prestaciones adecuadas de previsión y asistencia... 33 La mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado no inferior a seis semanas antes y seis semanas después del alumbramiento, conservación del empleo, atención médica para ella y el hijo y subsidio de lactancia. Las leyes establecerán la obligación de los empleadores de instalar y mantener salas-cunas y guarderías infantiles para los hijos de los trabajadores... 34 Los trabajadores independientes tienen derecho a la cooperación del Estado con el objeto de incorporarse a las instituciones de protección social que se organicen para reconocerles prestaciones iguales a las de los trabajadores asalariados. Igual derecho compete a las personas que ejerzan profesiones liberales y que no se hallen en una relación de dependencia frente a terceros.”.

¹²⁹ “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”.

¹³⁰ “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

legal abierta a fin de dar cabida a cualquier otro riesgo que prive a la persona de los medios de subsistencia.

4. Convenios Bilaterales y Multilaterales

Siguiendo con la enumeración de los instrumentos internacionales, cabe mencionar los convenios bilaterales y multilaterales suscriptos por nuestro país sobre Seguridad Social, que son:

- Ley n° 1.468/99 "Que aprueba el convenio de seguridad social entre la República del Paraguay y el Reino de España".
- Ley n° 2.513/04 "Que aprueba el acuerdo multilateral de seguridad social del Mercado Común del Sur y el Reglamento Administrativo para la aplicación del Acuerdo". (Resolución n° 042-025/06 del Consejo de Administración del IPS "Reglamento del Convenio MERCOSUR").
- Ley n° 3160/07 "Que aprueba el Convenio sobre seguridad social entre la República del Paraguay y el Reino de los Países Bajos".
- Ley n° 4.223/10 "Que aprueba el Convenio multilateral Iberoamericano de seguridad social". (Decreto n° 7.550/11 relativo a la vigencia del Convenio multilateral Iberoamericano de seguridad social).

5. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Debemos aclarar que los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que abordan especialmente la Seguridad Social, no fueron ratificados por nuestro país; sin embargo, si incorporamos a nuestra legislación interna otros convenios de la OIT que hacen referencia a cuestiones propias de la Seguridad Social y que son:

- Convenio n° 107 ratificado por la ley n° 1115 de fecha 26 de diciembre de 1964 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas, y tribales y semitribales en los países independientes, que en su parte V se ocupa de la “Seguridad Social y Sanidad”, y en la parte VI trata de la “Educación y Medios de Información”.
- Convenio n° 120 ratificado por la ley n° 1178 de fecha 31 de agosto de 1966 sobre la higiene en el comercio y las oficinas.
- Convenio n° 124 ratificado por la ley n° 1174 de fecha 06 de noviembre de 1966 sobre el examen médico de aptitudes de los menores para el empleo en los trabajos subterráneos en las minas.
- Convenio n° 117 incorporado a nuestra legislación por la ley n° 66 de fecha 26 de diciembre de 1968, relativo a las normas y objetivos de la política social.
- Convenio n° 122 ratificado por la ley n° 67 de fecha 28 de diciembre de 1968 sobre la política de empleo.
- Convenio n° 159 incorporado a nuestra legislación por la ley n° 36 de fecha 06 de septiembre de 1990 relativo a la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas.

Como dijéramos más arriba, estos convenios de la OIT –incorporados a nuestra legislación positiva– si bien hacen referencia a aspectos de la Seguridad Social, no la tienen como tema central; los instrumentos que sí la abordan, a pesar de no ser “ley” para nosotros, los citaremos –tomando como base el esquema de referencia realizado por la propia OIT– dada la importancia de los mismos para el presente trabajo.

- Convenio número 102 sobre la Seguridad Social, 1952¹³¹. Dispone la base normativa mínima para el nivel de las prestaciones de la Seguridad Social y las condiciones para acceder a las mismas. Abarca las nueve ramas principales de la seguridad social: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes. Para asegurar que el Convenio pueda aplicarse a cualquier realidad nacional, independientemente de las condiciones particulares del país o región, el instrumento ofrece a los estados la posibilidad de ratificarlo, aceptando, cuanto menos, tres de las nueve áreas previstas, y, posteriormente ir incorporando las obligaciones derivadas de las demás ramas, propiciando, de esa forma, el alcance paulatino y gradual de todas las metas en cuestión. El Convenio también establece que el nivel de prestaciones mínimas puede determinarse teniendo en cuenta el nivel salarial de cada país. El Convenio analizado también prevé la posibilidad de considerar excepciones temporales en el caso de aquellas regiones o países en los que su economía y servicios médicos-sanitarios tengan un desarrollo precario o insuficiente, buscando de esa forma asegurar la aplicación, cuanto más no sea, restringida de las ramas de la Seguridad Social, asegurando a la población el otorgamiento de una mínima cobertura de las prestaciones sociales establecidas en el Convenio.
- Convenio sobre la igualdad de trato número 118¹³² (Seguridad Social), 1962.
- Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social número 157¹³³, 1982.

¹³¹ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c102

¹³² http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c118

Estos convenios garantizan ciertos derechos y prestaciones de ciertas áreas de la Seguridad Social para los trabajadores migrantes que se ven privados de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social que gozaban en su país de origen, al haberse trasladado territorialmente.

Convenios posteriores, llamados por la doctrina “última generación de convenios sobre Seguridad Social” extiende el ámbito de aplicación contemplado en el Convenio número 102 al elevar el margen de protección en lo referente al alcance y al nivel de las prestaciones que han de asegurar; estos convenios también autorizan algunas excepciones en su aplicación a fin de garantizar su vigencia mínima.

Es preciso enumerar las prestaciones previstas en el Convenio número 102 y en convenios posteriores; sin embargo, no nos detendremos a considerar lo que dichos convenios disponen en cuanto a la duración y/o condiciones de acceso a las prestaciones previstas, ni las excepciones contempladas por estos convenios, ni las recomendaciones sobre los niveles de prestaciones, nos limitaremos, más bien, a referirnos a ellos a través de la consideración de las distintas áreas de contingencias:

Asistencia médica

- Convenio número 102 : dispone asistencia preventiva, asistencia médica general, incluyendo las visitas a domicilio, la asistencia de especialistas, la provisión de productos farmacéuticos indispensables que hayan sido recetados, asistencia prenatal, asistencia durante el parto y asistencia puerperal prestadas por un médico o por una profesional diplomada, y la internación hospitalaria cuando ésta fuere necesaria.

¹³³ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c157

- Convenio número 130¹³⁴: contiene las mismas prestaciones que el Convenio número 102, adicionando asistencia odontológica y readaptación médica.

Prestaciones de enfermedad

- Convenio número 102: dispone pagos periódicos que correspondan cuanto menos al 45 por ciento del salario de referencia.
- Convenio número 130: establece pagos periódicos que correspondan cuanto menos 60 por ciento del salario de referencia. Además, dispone el pago de los gastos de sepelio en caso de fallecimiento del beneficiario.

Prestaciones de desempleo

- Convenio número 102: prevé pagos periódicos que correspondan al menos al 45 por ciento del salario de referencia.
- Convenio número 168¹³⁵: establece pagos periódicos que correspondan cuanto menos al 50 por ciento del salario de referencia. Este convenio prevé la posibilidad de aplicar reglas especiales de cálculo. Este convenio establece que el conjunto de las prestaciones a las que el desempleado pueda acceder, debe asegurarle las condiciones de vida saludables, decorosas y dignas, todo ello con base en las normas nacionales.

Prestaciones de vejez

- Convenio número 102: establece pagos periódicos que correspondan al menos al 40 por ciento del salario de referencia. Dispone la obligación de revisar las tasas de las prestaciones correspondientes considerando las variaciones del nivel general de ganancias y/o del costo de vida.

¹³⁴ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c130

¹³⁵ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c168

- Convenio número 128¹³⁶: prevé pagos periódicos que correspondan por lo menos al 45 por ciento del salario de referencia. Dispone establece las mismas condiciones que el convenio número 102 en relación con la revisión de las tasas.
Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales
- Convenio número 102: prevé asistencia médica, pagos periódicos que correspondan por lo menos al 50 por ciento del salario de referencia en casos de incapacidad laboral o invalidez, dispone prestaciones para las viudas o para los hijos a cargo en caso de fallecimiento del trabajador sostén de la familia, por medio de pagos periódicos utilizando como parámetro al menos al 40% del salario de referencia. Establece, también, la posibilidad de convertir los pagos periódicos en una suma única, en determinadas condiciones. En el caso de incapacidad para trabajar, es obligatoria la obligación de revisión de las tasas de los pagos en concordancia con cambios relevantes en el costo de vida del país o región en cuestión.
- Convenio número 121¹³⁷: similar al convenio número 102, además, prevé tipos de asistencia en el lugar de prestación de servicios, es decir, en el lugar de trabajo. Establece pagos periódicos que correspondan por lo menos al 60 por ciento del salario de referencia en los casos de incapacidad laboral o invalidez, también dispone prestaciones para las viudas, para el viudo inválido y a cargo, y para los hijos a cargo, en caso de fallecimiento del trabajador sostén de la familia, con pagos periódicos correspondientes al menos al 50% del salario de referencia. Dispone la obligación de fijar un monto mínimo para estos pagos, también la

¹³⁶ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c128

¹³⁷ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c121

posibilidad de convertir los pagos en una suma única (indemnización) en determinadas condiciones, también establece prestaciones complementarias para las personas discapacitadas cuya situación precisa la asistencia permanente de una tercera persona.

Prestaciones familiares

- Convenio número 102: dispone pagos periódicos o suministro de alimentos, también vestido, vivienda, vacaciones o asistencia doméstica, o una combinación de los dos.

Prestaciones de maternidad

- Convenio número 102: prevé asistencia médica que deberá incluir, por lo menos, asistencia prenatal, asistencia durante el parto y asistencia puerperal prestadas por un médico o por una profesional diplomada (comadrona), también otorga la hospitalización cuando fuere procedente según el cuadro e la beneficiaria, establece pagos periódicos que correspondan como mínimo al 45 por ciento del salario de referencia.
- Convenio número 183¹³⁸: prevé prestaciones médicas que deberán incluir asistencia prenatal, durante el parto y puerperal, así como asistencia hospitalaria cuando fuere necesaria; establece prestaciones pecuniarias que aseguren a la mujer solventar su mantenimiento y al de su hijo en buenas condiciones de salud y con un nivel de vida decoroso y digno. Estas deben ser por lo menos dos tercios de las ganancias anteriores o una cuantía comparable.

Prestaciones de invalidez

¹³⁸ http://www.ilo.org/dryn/normelex/es/f?p=1000:1210:0::no::p12100_ilo_code:c183

- Convenio número 102: dispone pagos periódicos que correspondan por lo menos al 40 por ciento del salario de referencia; así también establece la obligación de revisar los montos de las prestaciones correspondientes, en el supuesto de variaciones sustanciales del nivel general de ganancias y/o del costo de vida en la región o país correspondiente.
- Convenio número 128: dispone pagos periódicos que sean equivalentes al menos al 50 por ciento del salario de referencia; también establece la obligación de revisar estos montos en el supuesto de variaciones ostensibles del nivel general de ganancias y/o del costo de vida en la región o país en cuestión. Establece la obligación de proveer prestaciones de servicios de rehabilitación y adopción de medidas que incentiven la colocación de las personas con discapacidad en un trabajo idóneo.

Prestaciones de sobrevivientes

- Convenio número 102: prevé pagos periódicos que correspondan por lo menos al 40 por ciento del salario de referencia; dispone la obligación de revisar estos montos en el supuesto de variaciones importantes del nivel general de ganancias y/o del costo de vida en la región o país en cuestión.
- Convenio número 128: este convenio prevé pagos periódicos que correspondan por lo menos al 45 por ciento del salario de referencia; dispone la obligación de revisar estos montos en caso de variaciones importantes del nivel general de ganancias y/o del costo de vida del región o país involucrado.

6. Leyes

Las normas de rango constitucional y convencional que estructuran el sistema de Seguridad Social de nuestro país, no encuentran una correspondencia plena y

acabada en las leyes y demás normas de menor jerarquía que tienen por objeto volverlas operativas. En efecto, es sabida la importancia que tienen para cada rama de la ciencia jurídica contar con un “Código”, sancionado por la ley respectiva; mas, lastimosamente, nuestro país no posee uno en el área de la Seguridad Social. La legislación de nuestro país en materia de Seguridad Social no es muy profusa pero cuenta con numerosas modificaciones, careciendo de un texto unificado. Y, la mayoría de las leyes y demás normas reglamentarias se ocupan principalmente – con excepción de la legislación del IPS, que ya fue abordada con anterioridad– de las prestaciones que hacen a las jubilaciones y pensiones olvidándose de las demás áreas de la Seguridad Social.

A fin de lograr obtener una idea general de la cuestión, merece la pena hacer mención a algunas de las normativas dictadas en nuestro país sobre la Seguridad Social; así encontramos:

- Ley de fecha 30 de julio de 1880 que declara obligatoria la vacunación antivariólica.
- Ley de fecha 16 de agosto de 1889 que crea el Consejo Nacional de Higiene como encargada de la higiene pública.
- Ley de Jubilaciones y Pensiones de fecha 24 de julio de 1902.
- Ley de fecha 21 de junio de 1905 que otorga un subsidio a las viudas, hijos y padres de los que fallecieron en la guerra civil de 1904.
- Ley de fecha 30 de agosto de 1911 que aumenta la pensión de los veteranos de la Guerra de la Triple Alianza.
- Ley n° 112 de fecha 14 de enero de 1915 que crea la Asistencia Pública Nacional.

- Ley n° 153 de fecha 15 de enero de 1915 que crea el Departamento Nacional de Higiene.
- Ley n° 315 de fecha 19 de octubre de 1919 que declara obligatorio el tratamiento de enfermos de lepra.
- Ley n° 929 de fecha 07 de septiembre de 1926 sobre accidentes de trabajo.
- Ley n° 428 de fecha 12 de septiembre de 1958 que crea el Servicio Nacional de Erradicación del Paludismo (SENEPA).
- Ley n° 729 de fecha 31 de agosto de 1961 que sanciona el Código del Trabajo.
- Ley n° 213 de fecha 30 de octubre de 1993 que sanciona el nuevo Código del Trabajo y sus sucesivas modificaciones.
- Ley n° 970 de fecha 01 de octubre de 1964 que crea el Instituto Paraguayo de Vivienda y Urbanismo.
- Ley n°1087/65 que entre otras cosas concede pensiones a los veteranos de la Guerra del Chaco.
- Ley n° 431 de fecha 27 de diciembre de 1973 que como la anteriormente citada, entre otras cosas, concede pensiones a los veteranos de la Guerra del Chaco.
- Ley n° 836 de fecha 24 de diciembre de 1976 que sanciona el Código Sanitario, entre cuyos artículos se encuentran disposiciones referentes a la Seguridad Social.
- Ley n° 122 de fecha 04 de enero de 1991 que establece derechos y privilegios para los impedidos.

- Ley n° 1652 de fecha 26 de diciembre de 2000 que crea el Sistema Nacional de Formación y Capacitación Laboral.
- Ley n° 1925 de fecha 19 de junio de 2002 por la que se ratifica la Convención Latinoamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Como adelantáramos más arriba, esta enumeración es solo ejemplificativa y no exhaustiva.

A continuación entraremos a considerar los principales regímenes de jubilaciones y pensiones existentes en nuestro país. Al efecto debemos referirnos a las principales normas que regulan las condiciones de acceso a los citados beneficios –jubilaciones y pensiones–, así como la estructura, organización y funcionamiento de los entes conocidos como “Cajas”:

- Ley n° 740 del 27 de diciembre de 1978 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Municipalidad de Asunción.
- Ley n° 748/78 por la cual se crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Municipalidad de Asunción.
- Ley n° 842 del 19 de diciembre de 1980 que crea el Fondo de Jubilaciones y Pensiones para miembros del Poder Legislativo; modificado por la ley n° 8/92.
- Ley n° 105 de fecha 27 de julio de 1956 por la cual se crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, y sus modificaciones: leyes n°: 140/52; 280/55; 1164/61; 731/61; 913/61; 1232/86; 73/91.

- Ley n° 641 de fecha 15 de mayo de 1921 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios y sus modificaciones, leyes n°: 842/26; 1076/29; 238/54.
- Ley n°1361 de fecha 19 de diciembre de 1988 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipu Binacional.
- Ley n° 71/68 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE).
- Ley n° 2345/2003 sobre “Reforma y sostenibilidad de la Caja Fiscal”.

UNIDAD VI

Responsabilidad del Empleador por Omisión de Inscripción del Trabajador en la Seguridad Social.

1. Situación Actual del Trabajador ante la Omisión del Empleador de Inscripción en la Seguridad Social.

Atendiendo a la norma que hemos examinado en capítulos anteriores, tenemos que tener presente que las dos hipótesis ante la cuales podemos situar nuestro análisis conllevan dos escenarios contrapuestos y excluyentes, el primero aquel en el cual el empleador inscribe o da de alta a su trabajador en el sistema de Seguridad Social; y el segundo, el escenario en el cual el empleador omite su obligación legal de incorporar a su trabajador en el sistema de Seguridad Social. Hemos de comenzar analizando el primero de los escenarios, para después ocuparnos del segundo.

Como puede verse claramente estos dos supuestos de hecho no pueden coexistir ni siquiera parcialmente. Es decir, no llegará nunca a existir un supuesto en el cual un trabajador esté parcialmente inscrito y parcialmente no inscrito.

En el caso de que el empleador haya inscrito a su trabajador en la Seguridad Social, entra a regir la protección de previsión que el sistema provee. Esto es, en caso de que acontezca alguno de los eventos que la norma contempla, el trabajador obtiene el beneficio que el Seguro Social otorga conforme con las distintas categorías o ramas de prestaciones; vale decir, en caso de invalidez las pensiones; en caso de enfermedad, profesional o común, el cuidado médico para el restablecimiento y el correspondiente subsidio; en caso de maternidad, la atención médica pre y post parto y el subsidio, y, en su caso, las previsiones para lactancia; en el supuesto de vejez, la jubilación; en caso de

muerte los gastos fúnebres y subsidio en dinero para los herederos y el cónyuge supérstite, si así correspondiere.

Cuando el empleador es cumplidor de su obligación se libera de las consecuencias del evento dañoso o potencialmente dañoso, es decir, enfermedad, maternidad, invalidez, muerte y aduetez impidiente. Conforme con la normativa transcripta, la liberación se produce, en principio, de modo total o absoluto frente al trabajador. En cambio frente al sistema de Seguridad Social su liberación puede no operar cuando se dan situaciones que involucran un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, bajo la forma de dolo o de culpa en la producción del evento que genera el daño.

En efecto, el Art. 48 del Decreto Ley n° 1860/50, y las leyes modificatorias y complementarias, indica a las claras que en presencia de dolo o culpa del empleador, éste debe proveer los capitales constitutivos del valor de los beneficios que sean pertinentes. La norma aclara perfectamente quién es el sujeto legitimado para exigir esta prestación dineraria: el Instituto de Previsión Social.

De modo que el sistema de distribución de responsabilidades y riesgos, de acuerdo con el modelo que sigue nuestra legislación, permite, a través de la Seguridad Social, trasladar las consecuencias económicas derivadas del *casus* a la entidad previsional. Cuando se alude al *casus* es claro que estamos en la órbita de los acontecimientos que se pueden considerar no derivados causalmente del actuar voluntario de un agente, ya sea bajo la forma del dolo o la culpa, clásicos elementos de atribución subjetiva de responsabilidad. El sistema previsional absorbe, así, las derivaciones perjudiciales que se suceden a partir de los eventos fortuitos, al modo clásico de los seguros, excluyendo la protección o cobertura cuando interviene el dolo o la culpa. Nuestra legislación indica que la culpa ha de ser grave para que opere la exclusión, lo cual coloca al sistema dentro de la típica

formulación de los seguros ordinarios. Notamos también que no se menciona el dolo en el articulado citado. Ello no empece a considerar que la entidad previsora no ha de absorber patrimonialmente las consecuencias dañosas del dolo. En efecto, una razón de simple lógica induce a concluir que el dolo ha de recibir el mismo tratamiento que la culpa grave, y habrá de ser excluido igualmente de la cobertura. Hemos llegado al punto en que es conveniente esclarecer el riesgo de quién es que se encuentra absorbido por el sistema previsional.

Para ello, primeramente hemos de conceptualizar lo que es el riesgo en la sistemática contractual. El riesgo contractual ha de entenderse como un sistema de soluciones que el derecho aporta en el evento de un quiebre contractual por caso fortuito o fuerza mayor, esto es, cuando la frustración del sinalagma del contrato o incumplimiento de la prestación debida tiene su raíz en un evento involuntario, ajeno a las partes¹³⁹. El problema del riesgo y sus consecuencias en el equilibrio del sinalagma tiene, por obvias razones, su mayor expresión en los contratos bilaterales, en los cuales las prestaciones recíprocas e interdependientes plantean siempre una necesaria distribución de los efectos del evento que causa el incumplimiento, no solo ante la prestación propia, sino, principalmente, en relación con la prestación esperada en reciprocidad. Es lo que también se llama el riesgo de la contraprestación, que normalmente, en los contratos típicos, vale decir, los que están expresamente normados en la ley, tienen la previsión del desenlace en la misma¹⁴⁰. Así pues, en caso de que el incumplimiento de la obligación nacida del contrato se deba a una imposibilidad objetiva sobreviniente, es regla que el deudor incumpliente quede liberado, según lo dispone nuestro Código Civil en Art.

¹³⁹ Messineo, Francesco, *Doctrina General Contrato*, Tomo II, Editorial Egea, Bs. As., 1962, pág. 368 y sgtes.

¹⁴⁰ Messineo, Francesco, *op.cit.* pág. 364/365.

721¹⁴¹. Hasta ahí estaríamos simplemente ante la suerte de la obligación debida, frente al *casus*. La verdadera cuestión que se plantea es, sin embargo, qué ocurre con la contraprestación (ya sea de entregar, de hacer o de no hacer). Por regla, normalmente la contraparte queda a su vez eximida del deber de cumplir la prestación a su cargo, y el primer incumpliente no puede invocar ninguna pretensión a ella, aun cuando la situación que evitó el cumplimiento de la propia no le fue imputable. La resolución del contrato es la consecuencia natural que deviene del evento fortuito y el peso de la imposibilidad, o dicho de otro modo del riesgo contractual, recae sobre el incumpliente (*casus sentit debitor*). No obstante, esta regla general sufre modificaciones según ciertos tipos de contratos, especialmente los que tienen un efecto traslativo inmediato, pues, entonces el principio enunciado debe combinarse con otro de igual raigambre en la doctrina antigua: *casus sentit dominus/res perit domino*.

Este sistema de soluciones que propone la teoría del riesgo contractual tiene, desde luego, particularidades propias en el contrato laboral, estas particularidades se deben a diversas razones, una de las cuales es la naturaleza de tracto sucesivo que caracteriza a la relación laboral, en la que no existe solamente un único binomio de prestaciones recíprocas sino que su ejecución se distribuye en un lapso, cuya duración es querida por las partes puesto que la utilidad del contrato solo se despliega a través de su prolongación en el tiempo. Por ello es que el contrato presupone una ejecución repetida a lo largo del lapso de su duración, y en estas repeticiones las prestaciones y las

¹⁴¹ Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciere imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto.

contraprestaciones tienen normalmente un vínculo de reciprocidad e interdependencia¹⁴².

La segunda de las características que tiene el contrato laboral, que para los efectos que estamos examinando es, quizá, de aun mayor relevancia, es su talante social. En efecto, debemos recordar que el trabajo es inherente a la naturaleza humana y su desenvolvimiento como actividad es determinante para el desarrollo del individuo. Y es también lo que permite su inserción en el gran esquema de las contribuciones singulares que generan el entramado de la subsistencia. Consecuentemente la situación de exclusión de esa red social productiva, acarrea al sujeto no solo descalabros materiales, sino también desarreglos de orden existencial.

Esta concepción se inserta en lo que ya veníamos refiriendo en capítulos anteriores respecto del derecho como sistema de composición de intereses y de colaboración de cada individualidad en un concierto armónico, único escenario susceptible de producir bienestar general. Es oportuno recordar aquí una vez más las teorías que en este sentido se han elaborado partir de las fórmulas matemáticas desarrolladas por el Prof. Nash.

Todo ello plantea una revisión de la composición tradicional de los riesgos esbozada por el derecho clásico. El desenlace de quiebre o resolución contractual plantea una salida insatisfactoria en orden a los fines y la funcionalidad de las relaciones laborales. Debido a ello es que entran a funcionar los paradigmas especializados del Derecho Laboral, que proponen un remedio menos dramático que la ruptura contractual, cual es el de la suspensión temporal del vínculo.

En efecto, en la economía del contrato de trabajo la falta de prestación de la actividad laboral por parte del trabajador opera, conforme lo estatuye el Art. 71 incisos “f”; “g”, “l”

¹⁴² Messineo, Francesco, op. cit. Tomo I, pág. 429 y sgtes.

y “m” del C.T., la suspensión del contrato, y, por ende, de las prestaciones recíprocas derivadas del mismo. Ello implica que, en el evento de la imposibilidad del trabajador de prestar su fuerza laboral el empleador, en principio, no debe la contraprestación salarial; el riesgo contractual en cuanto al impedimento fortuito de proveer el servicio lo carga el trabajador. Hay que aclarar que aquí solo estamos refiriéndonos a la economía del sinalagma, de modo a definir qué ocurre cuando éste entra en desequilibrio a raíz de un evento fortuito y no intencional, y a quién se cargan las secuelas de dicho desequilibrio. Esta solución solo ataca una parte del problema: la interacción entre las prestaciones del contrato. Pero deja subsistente la cuestión del bienestar personal de uno de los sujetos contractuales, precisamente el que está en una situación de asimetría desventajosa respecto del otro contratante, y para quien el cese de la contraprestación que esperaba recibir plantea cuestiones de subsistencia para él y para su grupo de personas dependientes, lo cual si no es convenientemente resuelto conduciría a un malestar social generalizado, quebrando el sistema de colaboración y equilibrios recíprocos que caracteriza al derecho.

Para dar debida atención al escenario creado por estas cuestiones es que se ha ideado el sistema de la Seguridad Social y sus instituciones, el Seguro y la Previsión Social. La inscripción o alta del trabajador en el sistema de Seguridad Social permite trasladar este riesgo del cual venimos hablando a la mutualidad previsional y diluir sus consecuencias económicas perjudiciales en ella.

Ahora bien, los costes de esta traslación, por imperatividad legal son impuestos a tres entidades subjetivas: el trabajador, el empleador y el estado, en diferentes proporciones. El hecho de que el empleador y el estado contribuyan a solventar o contribuir con la mutualidad podría interpretarse como una imposición del riesgo contractual a estos dos

sujetos. Empero, no creemos que ese sea el caso. Al estado es obvio que no le cabe una atribución de responsabilidad en un sinalagma del cual no participa. En cuanto al empleador, la situación no es tan simple y el descarte de la hipótesis de carga del riesgo, y subsiguiente traslación del mismo al sistema previsional con el cumplimiento de la obligación de inscribir y el pago de los aportes, precisa la elaboración de una construcción teórica. En la relación laboral el riesgo contractual, así como lo venimos entendiendo, está a cargo o sobre el trabajador, pues, en el evento de una imposibilidad de prestación del servicio a causa de un elemento azaroso o fortuito, el empleador no está, en principio, obligado a satisfacer la contraprestación salarial en ausencia de la prestación de la fuerza laboral.

Es por ello que la legislación laboral determina que hay suspensión del contrato de trabajo ante la verificación de alguna de las circunstancias previstas en un listado que claramente incluye supuestos cuya ocurrencia no puede imputarse subjetivamente a ninguna de las partes, así, entre otros casos, en lo que atañe a lo que aquí estamos analizando, se prevé: "... f) el caso fortuito o la fuerza mayor, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la interrupción de las faenas; g) las enfermedades que imposibiliten al trabajador para el desempeño de sus tareas;... l) los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en las circunstancias previstas por la ley, cuando sólo ocasionen en el trabajador una incapacidad temporal para el trabajo;... m) el descanso pre y postnatal, licencia, reposos legales y vacaciones..." (Art. 71 C.T.).

Como es sabido, la suspensión laboral aludida importa la suspensión de los efectos del contrato de trabajo y, aunque no extingue los derechos y obligaciones que emanan del

mismo, las prestaciones recíprocas –trabajo vs. salario– cesan temporalmente (Art. 68 C.T.).

Ahora bien, la suspensión de la prestación salarial trae como consecuencia que el trabajador, impedido de prestar su fuerza laboral, se vea también privado de los recursos para su supervivencia y la de sus dependientes. Este estado de cosas, dejado a su propia suerte, tiene, no solo el potencial, sino, como la historia ya lo ha demostrado, el efecto de generar un desajuste en el bienestar colectivo, y, a la larga, ocasionar aún peores consecuencias y desequilibrios económicos y sociales. Es por ello, para prever y evitar tales resultados adversos, que la experiencia humana ha desarrollado sistemas de colaboración eficaz, que, en el caso de las relaciones laborales, se cristaliza en la Seguridad y Previsión sociales, como ya lo hemos visto y explicado antes en este trabajo. En efecto, a través de la creación de una mutualidad que absorbe el impacto económico negativo que el caso fortuito ocasiona en los trabajadores singulares, se construye un sistema que evita el escenario de discomfort social que se generaría de otro modo.

Como hemos visto, la participación de los diferentes actores que intervienen en la ecuación –trabajador, empleador, Estado– es diversa en los distintos sistemas y ha sido resuelta de forma también diferente en las legislaciones de los países. En el nuestro, ya lo hemos también referido, tanto el trabajador como el empleador y el estado contribuyen a la formación económica de la mutualidad, en diferente proporción.

De ahí que el empleador, aun no teniendo a su cargo el riesgo contractual en las vinculaciones laborales, por eventos fortuitos que sufre el trabajador, igualmente carga con la obligación del aporte constitutivo del capital que formará la mutualidad. Es por ello que afirmamos que dicho aporte constituye para el empleador un tributo, como ya lo

hemos explicado en este trabajo, vale decir, una prestación dineraria impuesta legalmente en miras al sustento de necesidades sociales y al bienestar colectivo.

Finalmente, es el empleador en quien reposa la obligación de inscribir al trabajador en el sistema de la Seguridad Social (Art. 3° Ley 1860/50 y modificatorias). Esta es una obligación de hacer que permite que el trabajador cuente con las ventajas y beneficios de protección que el sistema brinda, y que es implícita o de *ius cogens* entre las partes. El trabajador cuyo empleador no cumple con esta obligación se ve excluido del sistema de protección que la ley ha estructurado, y se encuentra desprotegido frente a los avatares del caso fortuito impediendo u obstaculizando el desarrollo de su fuerza laboral, y la consiguiente privación de la prestación salarial en la economía del sinalagma contractual de las vinculaciones laborales.

2. Consecuencias Primarias para el Empleador por Incumplimiento de la Obligación de Inscripción en el Instituto de Previsión Social.

El empleador remiso a cumplir con sus obligaciones de cotización respecto de sus trabajadores tiene un tratamiento concreto dentro del sistema de Previsión Social; la normativa respectiva le impone una serie de sanciones pecuniarias graduadas de acuerdo a la gravedad de su conducta omisiva (Arts. 67 y 68 del Decreto Ley n° 1860/50 y sus modificaciones).

El hecho de que se prevea una multa nos indica que estamos ante una falta. Las faltas constituyen transgresiones que consisten en el incumplimiento de alguna norma – reglamento, ordenanzas, edictos, etc.– usualmente de menor rango, y que implican violaciones de un deber jurídico de convivencia, pero no siempre son conscientes o deliberadas –a diferencia de los delitos y crímenes– ni infringen preceptos de moralidad

media de la sociedad en las que se aplican¹⁴³. De modo que nos encontramos, claramente, en el ámbito de las contravenciones y sanción de Derecho Administrativo. El hecho de que la falta o contravención no requiera una imputabilidad en el obrar subjetivo, nos lleva a la premisa de que la falta puede ser cometida tanto por personas físicas como jurídicas. Esta última circunstancia también separa, claramente, a las faltas de los hechos punibles, los cuales solo pueden ser cometidos por personas de existencia física¹⁴⁴.

Las sanciones pecuniarias impuestas ante conductas que se consideran antijurídicas o ilícitas tienen por finalidad, primeramente, desalentar al sujeto en cuestión –aquí el empleador– a incurrir o perpetrar tales hechos. Y, en segundo término, perseguir la conducta indeseada ya acaecida, para que el sujeto en cuestión la enmiende o revierta.

Ahora bien, como todo derecho punitivo la falta, y su consecuencia la sanción, apuntan en primer término al sujeto perpetrador de la infracción. No se ocupa, cuando menos no directamente, de la situación del trabajador afectado por la omisión. Como ya lo dijimos, la previsión de la falta y su sanción intentan influir en la conducta del infractor, o sea del empleador, a fin de enderezarla, casi siempre a futuro.

Estas previsiones, sin embargo, no satisfacen la situación de la víctima de la infracción, que en este caso está compuesta de por lo menos dos grupos de entidades subjetivas: el trabajador omitido en el alta y desprotegido ante las vicisitudes de su vida laboral, junto con su grupo familiar, y, por otro lado, el colectivo de personas vinculadas a la mutualidad generada por el seguro social, que entonces se ve disminuida en su entidad y sus capacidades. Huelga decir que en estas situaciones existe también una tercera

¹⁴³ Bielsa, Rafael, Régimen Jurídico de Policía, Bs.As., 1957, pág. 50.

¹⁴⁴ Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Bs.As., 1949, Tomo I, pág. 134.

víctima: la sociedad, para la cual se diseñó el sistema previsional y cuyo bienestar depende de la funcionalidad de dicho sistema.

Nuestra legislación se ocupa, aunque moderadamente como lo veremos más adelante, de estas víctimas, así, prevé la posibilidad de que la entidad aseguradora que ha otorgado las prestaciones propias de un accidente de trabajo o enfermedad profesional a un trabajador siniestrado, pese a no estar inscripto, repeta del empleador remiso “los capitales constitutivos de las pensiones y el valor de los otros beneficios” (Art. 48 Decreto Ley n° 1850/50 y sus modificaciones).

La norma referida debe entenderse en el contexto de la legislación en la que se inserta, y por ello intenta una solución que se aproxime lo más posible a una reparación en especie, vale decir, como si fuera que la omisión perjudicial no hubiese existido. Así, se ocupa inmediatamente de la situación del trabajador, dando respuestas eficaz y acorde con la premura de las circunstancias en las cuales éste se ve involucrado, y asume su daño, evitando cargarle con el engorroso trámite de exigir compensaciones a su empleador incumpliente, aún a riesgo de no obtener de este último el reembolso de la suma o capitales necesarios para hacer frente al siniestro y sus consecuencias. Por otra parte, la fórmula legislativa trata de componer en lo posible la integridad de la mutualidad, pues es vital para la buena marcha del sistema que la potencialidad de aquella no se vea disminuida.

El esquema en sí está pensado para ser tuitivo y ser eficaz, empero, no alcanza a solventar todas las dificultades que puedan acaecer, y que en la práctica se dan, ni tampoco cubre todas las posibles situaciones que se puedan presentar.

Así, una primera dificultad y falencia en este diseño es que solo dos tipos de eventos encuentran protección frente a la conducta remisa del empleador, y que son los

accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pero deja por fuera a un cúmulo de circunstancias que quedan desatendidas, a saber: accidentes y enfermedades comunes, maternidad y lactancia, invalidez, edad avanza/jubilación, y muerte, privándoles a los trabajadores de las consiguientes prestaciones médicas y de subsidios. Luego, deja también por fuera un entero grupo de sujetos, las personas que integran el grupo familiar del trabajador y que serían beneficiarias del sistema si la omisión no hubiera tenido lugar. Para estas la norma no prevé socorro alguno.

Amén de las deficiencias señaladas, existen también otros avatares que se presentan, o se pueden presentar, en la realidad práctica, y que el legislador no previó o no alcanzó a imaginar. En efecto, la recomposición de la mutualidad requiere de una conducta colaborativa, cuando no proactiva, de un sujeto que desde ya es incumpliente, a saber, el empleador remiso. La norma no lo dice, pero cae de suyo que es el trabajador quien denuncia a la Previsión Social su siniestro y la identidad y demás datos de su empleador, quien ha incurrido en la omisión del alta. A partir de allí el órgano administrador del seguro social, en orden a repetir lo erogado en beneficio del trabajador siniestrado, deberá notificar o citar a aquel a fin de que se haga cargo de los pagos correspondientes; empero, tal trámite puede enfrentar serios obstáculos cuando el empleador remiso niega la relación laboral, desconociendo que el sujeto siniestrado sea su trabajador dependiente, o cuando, admitiéndolo, discute, no obstante, condiciones esenciales del contrato de trabajo como lo son la antigüedad y el salario. Ante este panorama la Previsión Social podría recurrir a sus facultades de policía, haciendo una inspección *in situ* del domicilio laboral, para lo cual, inclusive tiene la posibilidad de solicitar una orden

judicial de inspección¹⁴⁵. Si esta verificación no arroja resultado positivo alguno, no queda más que llevar el asunto ante los órganos judiciales, a fin de determinar las calidades y esclarecer la cuestión con fuerza coercitiva.

Este trámite también puede tropezar con numerosos escollos, de los cuales la indeterminación de la legitimación activa, vale decir, quién es el sujeto habilitado para interponer la acción ante la justicia, no es el menor de ellos. La falta de casuística sobre el problema, y por ende, de jurisprudencia que pueda arrojar luz sobre el punto, no hace sino agravar el problema.

Estas deficiencias así apuntadas nos dan la pauta de que, aun cuando la ley ha previsto un sistema medianamente funcional, sus previsiones son cuando menos insuficientes, si no un tanto ingenuas, en cuanto a su eficacia práctica. Los supuestos que quedan desprotegidos no pueden, sin embargo, ser meramente obviados y librados a su suerte, so pena de que los objetivos que persigue la Seguridad Social se vean defraudados y el malestar puntual de los sujetos afectados repercuta negativamente en el bienestar general de la sociedad.

En este trabajo trataremos de esbozar un modelo de solución, no ya de *lege ferenda*, sino desde la perspectiva de la hermenéutica y la labor jurisprudencial.

3. Construcción Jurídica de la Responsabilidad del Empleador por Omisión de Inscripción del Trabajador.

3.1 Presupuestos de la Responsabilidad.

Existiendo una vinculación convencional o contractual previa, los daños causados en su marco serán, en principio, siempre resarcidos por la vía de la responsabilidad

¹⁴⁵ Dto.-Ley n° 1860/50, Art. 15, inc. h) y art. 69.

contractual. Solo excepcionalmente dos sujetos vinculados convencionalmente habrán de responder de modo extracontractual por los daños que se ocasionen. Ya hemos establecido en la Unidad I de este trabajo la naturaleza contractual de la responsabilidad en el ámbito laboral. Ello no excluye la posibilidad de que el hecho configure, además, una lesión a un deber jurídico concreto, pero esta configuración será excepcional, y exigirá que el trabajador, acreedor de la indemnización, opte por uno u otro tipo, quedando vedada la acumulación de ambas pretensiones, según ya lo explicamos en la Unidad I.

Ahora bien, toda responsabilidad contractual, ya lo tenemos dicho también en la Unidad I de este trabajo, está construida sobre la base de ciertos elementos. El punto de partida de la responsabilidad está dado por la infracción a una obligación contractual, lo que técnicamente se conoce como incumplimiento, luego se precisa de un factor de atribución que vincule al hecho del incumplimiento con el sujeto a quien se le asigna la responsabilidad, igualmente debe existir un perjuicio de alguna de las clases y modalidades admitidas por el Derecho, y finalmente debe mediar un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño o perjuicio invocado. Hemos de considerar separadamente cada uno de ellos.

3.1.1 Deber Legal de Inscripción.

Como toda responsabilidad de fuente contractual, se parte de un hecho de incumplimiento. En el marco de una contratación laboral existen una serie de prestaciones principales y accesorias. No todas ellas tienen por fuente material la voluntad de las partes. Ya se ha dicho en numerosas partes de este trabajo que el Derecho Laboral es un derecho imperativo, que se impone a la voluntad de las partes. Es por ello que muchas de las cláusulas contractuales, aunque formalmente instaladas en el

contrato, generalmente de modo tácito, tienen por fuente material a la ley. La inevitabilidad de su aparición en el contrato laboral y su vigencia en el mismo hacen que ciertas prestaciones no puedan ser obviadas o dejadas de lado por ninguna de las partes. Este es el momento oportuno para hacer una precisión relativa a la diferencia entre la obligación, como elemento vinculante, y el deber jurídico como elemento de compulsión sobre las conductas humanas. En efecto, no por provenir la incorporación de una obligación o prestación de la voluntad imperativa de la ley, aquélla se convierte o asume la forma de un deber jurídico, y deja de tener una naturaleza contractual, es decir, obligacional.

Hemos de recordar que hay características centrales que hacen que un determinado débito configure una obligación o un deber legal. La obligación presupone un vínculo jurídico específico que conecta a dos sujetos entre sí, de modo tal que uno de ellos se encuentra compelido frente al otro a cumplir una prestación, vale decir, realizar una determinada conducta patrimonialmente valorable¹⁴⁶.

Por su parte, el deber jurídico importa la sujeción genérica de los sujetos a una exigencia de comportamiento, que se impone a su actuar. Como puede apreciarse a primera vista los deberes se dirigen a un conjunto indeterminado de sujetos, en tanto que la obligación siempre apunta a unos sujetos ciertos y determinados, en cuyo interés jurídico opera la prestación. La obligación siempre tiene un destinatario, respecto del cual el comportamiento debe tener lugar en concreto. El deber jurídico tiene tenor indefinido en cuanto a los destinatarios ya que se presupone que él realiza un interés colectivo o social¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Messineo, Francesco, op.cit., tomo IV, §98, núm. 1.

¹⁴⁷ Messineo, Francesco, op.cit., Tomo IV, § 98, núm. 4.

Si bien existe un paralelismo formal entre el débito de la prestación obligacional y el deber de observancia de la norma jurídica, existen sustanciales diferencias entre las dos situaciones. En tanto que la obligación solo puede ser reclamada por un específico sujeto a otro, también específico, que se ha vinculado con él en una relación jurídica concreta, el deber jurídico supone un mandato amplio a cuyo cumplimiento se deben someter indeterminadamente todos los sujetos. De modo tal que no existe la pretensión de uno sobre otro, sino la mera subordinación de todos hacia la norma. No escapa al análisis metódico la circunstancia de que el incumplimiento de una obligación importa en verdad un doble quiebre o doble violación: primeramente se incumple frente a un sujeto determinado, pero también se infringe la norma genérica que manda u ordena cumplir las obligaciones contraídas.

Ya establecida la diferencia entre deber y obligación, y comprendido que existe, también, el mandato legal genérico de respetar y cumplimentar las obligaciones, resulta ya claro que el así llamado en doctrina “deber del empleador de dar de alta al trabajador en el sistema de seguridad social” es y tiene en realidad la naturaleza jurídica de una obligación. En efecto, dicho deber existe siempre a cargo de un empleador específico y respecto de un trabajador también determinado. No se trata, pues, solo de una coerción genérica sobre los empleadores considerados abstractamente –aunque también tiene este carácter– sino que tal deber se vuelve operativamente e inmediatamente exigible, como bien lo señala la legislación nacional, cuando un empleador concreto contrata los servicios de un trabajador también concreto, momento en el cual ese mandato genérico cristaliza en una obligación hacia este último.

Con muy buen tino, nuestra normativa sobre Seguridad Social habla de ello como “obligación de los empleadores de comunicación de entrada y salida, e inscripción de sus trabajadores en el Instituto”¹⁴⁸.

3.1.1.1 Especie y Caracterización de la Obligación Legal de Inscripción.

Como ya lo hemos visto, el deber legal de inscripción tiene la naturaleza de una obligación contractual de hacer.

Este “hacer” tiene varias etapas, pasos o momentos. Veremos brevemente a continuación los mismos.

El cumplimiento de la obligación principia con el deber de inscripción, también llamado de afiliación en la legislación extranjera y en la doctrina. La inscripción o afiliación es el acto administrativo por el cual una persona se incluye en el sistema de la Seguridad Social por primera vez. Esta inscripción debe hacerse tanto respecto de quien asume el rol de empleador, en cuyo caso la persona puede ser física o jurídica, como también respecto de los trabajadores, quienes han de ser, obviamente, siempre personas físicas. La inscripción o afiliación es un acto único, que se realiza una sola vez y extiende sus efectos a toda la existencia de la persona física o jurídica. En la legislación paraguaya está prevista la inscripción en el Art. 3 de la Ley n° 375 del 27 de agosto de 1956 que aprueba el Decreto Ley n° 1.860 del 1° de diciembre de 1950, reglamentada por la Resolución n° 066-009/05, tanto para el empleador como para el trabajador. Ahora bien, en nuestro país los usos administrativos han determinado que la inscripción virtualmente no exista para el trabajador subordinado, con independencia del alta que como veremos, en realidad representa un momento posterior.

¹⁴⁸ Art. 3, Decreto–Ley n° 1.860/50 y sus modificaciones.

El segundo paso, aunque más no sea conceptual, es el alta o entrada, que es el acto administrativo por el cual se reconoce a una persona que va a realizar una actividad laboral dependiente concreta en relación con un determinado empleador, con sus correspondientes efectos de derechos y obligaciones. A diferencia de la inscripción, el alta o entrada debe tener lugar cada vez que se asume una nueva relación laboral, por lo tanto, puede ser sucesiva o simultánea.

La afiliación y las altas subsiguientes constituyen el mecanismo para determinar quiénes son los responsables de la obligación de cotizar y de los derechos que está generando el trabajador por su "contribución" al sistema; si el trabajador no es dado de alta, y la Seguridad Social no conoce tal circunstancia, no puede darle protección. La afiliación o inscripción y alta o entrada deben ser concomitantes con el inicio de la actividad laboral. La obligación nace desde el momento en que se inicia la actividad laboral. Permanece mientras dura la actividad laboral, incluso en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo. Se extingue cuando se produce la terminación de la relación de dependencia, siempre y cuando se comunique esta situación al ente administrador en la forma y plazos previstos en la normativa.

El último paso es la cotización que es la determinación de la cuota que en concepto de aporte obrero-patronal se ha de abonar, la cual es calculada en relación con la remuneración declarada.

Tanto la inscripción o afiliación, como el alta o entrada, la baja o salida y la cotización son obligaciones del empleador según la norma citada más arriba, si bien el trabajador mismo puede solicitar su inscripción, alta y baja al Instituto de Previsión Social. Igualmente, el ente administrador tiene la facultad de actuar de oficio en todos estos pasos.

Esta obligación de hacer tiene por consecuente necesario la obligación de dar la suma de dinero fijada en la cotización, como aporte que se debe hacer para la formación del capital mutual del Seguro Social, dado que la cuota está constituida por el aporte del empleador y el del trabajador –aporte obrero-patronal– el pago de la misma está necesariamente precedido por otra obligación del empleador, cual es la de retención, que viene a ser otro paso más u obligación de hacer accesoria, cuyo contenido es el de retener el porcentaje correspondiente del salario¹⁴⁹ del trabajador y también de las indemnizaciones por despido¹⁵⁰ a las que éste tuviere derecho. A todo ello se suma la obligación de dar, que consiste en hacer efectivo el aporte, vale decir, abonar las sumas retenidas como las debidas a título propio, al ente que administra el sistema.

Mientras que la naturaleza de la obligación principal, ya ha sido ampliamente caracterizada, no podemos pasar por alto hacer una nota conceptual respecto de las obligaciones accesorias y conexas. La obligación de retención importa, como hemos visto, un hacer a cargo del empleador. La retención tiene en el derecho numerosas acepciones, como el derecho de retención posesoria derivado de créditos surgidos en relación con una cosa o bien del deudor, la retención de dividendos en el derecho societarios, etc. Un punto común, sin embargo, a todas estas variables es el hecho que la retención tiene un significado básico de garantía o aseguramiento para el cumplimiento de una obligación principal. En materia jurídico tributaria la retención apunta al deber de colaboración del no contribuyente con la hacienda pública, deber que se caracteriza por encausar la recaudación del tributo a través del sujeto que está más próximo o más cercano al hecho impositivo, imponiéndole una deducción del importe de los pagos que

¹⁴⁹ Art. 17 incisos “a” y “b”, Ley n° 98/92.

¹⁵⁰ Art. 7, Ley n° 1.286/87.

han de ser efectuados a los verdaderos sujetos del tributo, y el posterior ingreso de esos montos al tesoro público. Es así como el sujeto activo del tributo, en ejercicio de su potestad de imposición, se vale de personas extrañas al contribuyente, convirtiéndolos en sus auxiliares, con la finalidad de obtener el cumplimiento de la obligación tributaria. El fundamento de la retención es, en primera línea, la seguridad y economía en la percepción del tributo, pero también sigue una regla de conveniencia dirigida a la efectividad de la recaudación. En este sentido es que podemos decir que la retención crea sobre el agente de retención una relación jurídica tributaria, que aunque de tenor especial, no por ello deja de tener dicho talante. Es aquí, entonces, donde aparece la figura del agente de retención, el cual ha sido definido como la persona que por su función pública, actividad, oficio o profesión, se halla en contacto directo con dinero de propiedad del contribuyente o que este debe recibir, por lo cual se encuentra en posición de detraer la parte que corresponde al erario público¹⁵¹. El agente de retención tiene una naturaleza *sui generis* porque, por un lado, es un mero tercero a quien por razones prácticas se encarga la tarea de gestionar y recaudar el tributo, pero también tiene la impronta de un sustituto del contribuyente, porque en caso de no proceder a la retención e ingresar el tributo al tesoro público, estaría incurriendo en responsabilidad personal, incluso de carácter penal.

Las sendas obligaciones de dar, relativas a hacer el aporte propio patronal y la efectivización del aporte obrero, tienen un carácter bien conocido. Como toda obligación de dar se cumplen solamente con la conducta de entrega del objeto debido, en este caso, cantidades ciertas de dinero, las cuales, deben ser transferidas a título de dominio

¹⁵¹ Villegas, Héctor B., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, Astrea, Bs.As. 2002, págs. 338/339.

al acreedor de ellas, como desde luego lo exige la naturaleza de bienes fungibles y consumibles de las susodichas cantidades dinerarias.

Ha de notarse que, al ser obligaciones de dar sumas de dinero, su cumplimiento compulsivo sobre el deudor es directo y en especie, y se ve enormemente facilitado por las medidas de coerción sobre el patrimonio del obligado, que el derecho ha creado para forzar su cumplimiento, como lo son los embargos. En nuestro país la legislación especial ha ideado, además, otros mecanismos que facilitan enormemente el cobro compulsivo de estos débitos sobre el deudor incumpliente. En efecto, a fin de transitar la vía expedita de cobro compulsivo a través de los procesos ejecutivos o de ejecución, nuestra legislación¹⁵² ha echado mano del expediente de la certificación de deudas, que, desde luego, ya se emplea en la percepción coactiva de tributos, cosa que coincide, obviamente, con el carácter fiscal o tributario de la obligación de dar el aporte.

La certificación es el proceso por el cual se crea un documento dotado de certeza, que confirma un hecho o situación específicos, y se conforma con unos requisitos o exigencias también específicos definidos en una determinada norma. Resulta claro, pues que, la certificación no crea el hecho, situación o derecho, sino que solamente asegura su existencia y su correspondencia con ciertos elementos, que se expresan en el documento. Mantener esta idea presente es muy importante porque en nuestro país el mecanismo de la certificación ha sido mal usado, lamentablemente muy frecuentemente, como medio para generar deudas u obligaciones a cargo de los sujetos y no meramente para recrearlas en una forma documental que permita acceder a ciertas vías sumarias de efectivización coactiva.

¹⁵² Art. 66, Ley n° 98/92.

En la particular modalidad que estamos aquí tratando, la certificación se aproxima a la titulación, esto es, el procedimiento de dotar a la obligación de los requisitos formales para su admisión, en este caso, como título ejecutivo, con sus presupuestos principales de liquidez, exigibilidad y ejecutabilidad conforme lo exigen las normas procesales¹⁵³. Debe notarse que la certificación no crea la deuda ni la mejora, salvo solo en lo que hace a la vía para la efectivización forzada del crédito.

3.1.2 La omisión de la Obligación de Inscripción.

3.1.2.1 Presupuestos de la Omisión.

Para que la omisión quede configurada es necesario, primeramente, que exista una relación laboral de trabajo dependiente. En efecto, el trabajador independiente también puede solicitar su inclusión en el sistema de Seguridad Social, pero la misma tiene lugar por su propia voluntad de inscribirse o afiliarse y darse el alta ante la entidad correspondiente (Ley n° 4933/13 “Que autoriza la incorporación voluntaria de Trabajadores Independientes, Empleadores, Amas de Casa y Trabajadores Domésticos – Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Previsión Social) ya citada anteriormente.

El contrato de trabajo dependiente se configura cuando dos sujetos –trabajador y empleador– acuerdan que el primero prestará servicios o ejecutará una obra para el segundo, bajo la dirección y a cuenta de este, a cambio de una retribución¹⁵⁴.

Ya hemos señalado más arriba que el trabajador no dependiente, al estar fuera de una relación laboral, no puede esperar o exigir de o frente a un tercero la prestación de incorporación (inscripción, afiliación, alta, cotización y pago) al sistema de Seguridad

¹⁵³ Art. 439, Código Procesal Civil Paraguayo.

¹⁵⁴ Lo cual se estatuye en términos bien precisos en el art. 17 del Código del Trabajo.

Social. Su acceso a las prestaciones sociales depende de un acto voluntario propio conforme lo posibilita la ley de Seguridad Social citada más arriba. Queda, pues, claro que los únicos sujetos del espectro obligacional son el empleador y el trabajador subordinado, y éstos quienes serán considerados en el análisis que se presenta en este trabajo.

3.1.2.2. Antijuridicidad de la Conducta Omisiva del Empleador.

La antijuridicidad tiene lugar en materia contractual con el incumplimiento. Es el llamado ilícito contractual.

El incumplimiento se configura cuando el deudor de una prestación, la cual es válida y exigible, no la satisface en tiempo y forma. En nuestro caso se trata de una obligación legal, que se incorpora de modo automático y necesario a la relación contractual que genera el vínculo obligacional principal, y ello por efecto de las normas imperativas y de orden público del Derecho Laboral. De modo que cuando un empleador decide o acepta voluntariamente concertar un contrato de trabajo, estas obligaciones nacen a cargo de él, independientemente de que su voluntad o su intención las haya tomado en cuenta o las haya querido al tiempo de perfeccionar el contrato.

Como ya se apuntó, esto presupone una obligación válida; lo que equivale a decir que el vínculo contractual de la cual ella dimana debe tener, en principio, eficacia.

Esta afirmación que acabamos de hacer debe ser precisada en sus justos límites. En efecto, si el contrato resulta nulo porque viola disposiciones legales –incluso las de orden público, como las leyes de migración, la prohibición del trabajo de personas menores de edad– la nulidad solo operará *ex nunc* para las prestaciones que aún no se hayan devengado, y no liberará al empleador del cumplimiento de las obligaciones legales que están a su cargo, entre las que se cuentan las de Seguridad Social. Lo propio puede decirse

cuando el contrato resulta meramente anulable, por vicios de consentimiento, por ejemplo, situación en la cual la nulidad, de ordinario, opera *ex nunc*. Ahora bien, la naturaleza tuitiva del Derecho Laboral hace que aun en caso de que el vicio invalidante del contrato no pueda atribuirse culposa o dolosamente al empleador, sino al trabajador, aquel deba igual las prestaciones legales y de Seguridad Social, quebrando el conocido principio de que nadie pueda aprovechar su propia torpeza o sacar beneficio de su dolo. Esta característica del Derecho Laboral que estamos destacando solo encontraría una limitación en caso de que el vicio contractual provenga de la ilicitud del objeto del contrato, es decir, si el servicio que se contrata o se provee es ilegal o está prohibido por las leyes, en cuyo caso pensamos que estas obligaciones no son coercibles sobre el empleador (un ejemplo lo constituiría un sanatorio que contrate a un médico para practicar abortos), salvo, casos excepcionales en los cuales la asimetría entre trabajador y patrón de lugar a situaciones de explotación en detrimento del primero (como, por ejemplo, los trabajadores inmigrantes ilegales). Se excluyen los supuestos en los cuales la explotación suponga, en sí misma, un delito, como el proxenetismo, pues en tal caso, la persona no es propiamente una trabajadora en los términos de la ley laboral, sino la víctima de un delito o crimen, y por ende sometida y protegida por las leyes pertinentes –civiles y penales.

3.1.2.3 El Factor de Atribución.

Ya hemos mencionado en capítulos precedentes que el factor de atribución es el elemento que vincula al hecho, el hecho de incumplimiento o el hecho antijurídico, con un sujeto que entonces se reputa de agente del daño.

Ahora hemos de examinar concretamente el fenómeno del incumplimiento de la obligación del empleador de inscripción del trabajador en el sistema de Seguridad Social, y sus presupuestos en relación con los sujetos.

Esta cuestión tiene, en realidad, dos niveles a considerar; la posición subjetiva del empleador que incumple y la línea de imputabilidad del evento que es el que finalmente causa el daño al trabajador (enfermedad, accidente de trabajo, embarazo, etc.). Es claro que en este segundo plano el factor de atribución va a tener que considerar numerosos sujetos y otros tantos eventos, para determinar con cierto grado de certidumbre a qué sujeto se ha de ligar el evento dañoso.

La cuestión sobre el factor de atribución del empleador que incumple su obligación de inscripción del trabajador debe examinarse en el marco contractual en el cual esa obligación se inserta. Al tratarse de un incumplimiento contractual la posición subjetiva del empleador ha de verse siempre, y en principio, como culposa. Ello es regla común en materia del Derecho de las Obligaciones. Por otra parte, las circunstancias exorbitantes a este espectro de atribución de responsabilidad, como el dolo, por un lado, el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de tercero, por el otro, son eventualidades que se deben acreditar y no son, ni pueden ser, presumidas. En cuanto al dolo, este no tiene mayor implicancia a la hora de juzgar el vínculo atributivo, solo adquiere relevancia a la hora de juzgar el alcance del nexo causal en cuanto a los daños, incluyendo también las secuencias de causalidad más remotas –efectos casuales.

Ahora bien, el caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero sí tendrían importancia en el examen del factor de atribución. El hecho del propio trabajador, acreedor de la prestación de hacer, no resulta relevante, puesto que éste carece de la facultad de disponer sobre la inscripción o de renunciar a ella; como todo derecho que la ley acuerda

al trabajador, este es irrenunciable¹⁵⁵. Esta conclusión tampoco se ve alterada por la circunstancia de que la ley dote al trabajador de la facultad de solicitar por sí mismo su inscripción al ente previsional. Vale decir, no puede sostenerse que esta facultad importa una co-atribución del evento de la omisión de inscripción, ni tampoco un quiebre en la línea causal de los daños; en efecto, el trabajador se encuentra en una relación de asimetría respecto del empleador, por lo tanto, no está en posición de imponer la inscripción, sin un enfrentamiento directo con su patrón; así pues, en la mayoría de los casos, esta facultad no será usada por el trabajador.

Luego, el caso fortuito o la fuerza mayor no tienen un margen de aplicación demasiado importante en cuanto a la cumplimentación de la obligación de inscribir. En efecto, no puede pensarse en un hecho natural que obstaculice la inscripción de modo absoluto. Solo eventos temporales, y, por ende, pasajeros, como catástrofes naturales o situaciones bélicas, podrían impedir la inscripción, pero una vez superada la circunstancia, la obligación de inscribir sería perfectamente posible de satisfacer. Solo el hecho del príncipe, como supuesto de fuerza mayor, tendría tenor exonerativo, situación que hipotéticamente podría tener lugar si la administración negase la inscripción o la revocase, independientemente de que sea irregular como acto administrativo.

Resulta también difícil imaginar un hecho de tercero que pueda ser impeditivo del cumplimiento de la obligación de inscripción, fuera de casos de muy artificiosa construcción, como la invasión de los sistemas informáticos de los archivos del ente previsional.

En cuanto a la obligación de cotizar, ésta sí podría verse afectada por el caso fortuito o fuerza mayor, y aun por hecho de tercero dado que la eventualidad de quiebra del

¹⁵⁵ Art. 3 del Código del Trabajo.

empleador podría impedir a éste último hacer las erogaciones necesarias para hacer el aporte. Sin embargo, la situación de quiebra, ya lo sabemos, produce otras consecuencias más drásticas en la relación laboral, las cuales se cristalizan principalmente en su terminación¹⁵⁶, y con ello, también la extinción de las obligaciones principales y accesorias que devienen de aquélla.

Como puede verse, el ámbito de exoneración de responsabilidad por circunstancias ajenas a la voluntad del empleador deudor es muy limitada.

Huelga decir que solo se consideran los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, y no los objetivos, que, como ya lo hemos explicitado antes, tienen una aplicabilidad muy limitada en las obligaciones de fuente contractual. Y recordemos aquí que estamos ante una obligación contractual, ya que aun cuando la obligación de inscripción se impone a la voluntad de las partes por imperio de la ley, como estipulación legal predeterminada, sin la existencia de un contrato laboral estas cláusulas imperativas no tendrían existencia.

Sabemos que en los contratos la responsabilidad objetiva aparece bajo la forma de asunción de riesgo. La aparición de las obligaciones de inscripción y cotización en el marco de las relaciones laborales, que como vimos no es voluntaria sino legal, no incorpora *per se*, empero, ni importa la introducción de un riesgo adicional en el contrato de trabajo, antes bien, ayuda a distribuir los riesgos del contrato trasladando sus posibles efectos perjudiciales, y beneficiando, inclusive y desde un cierto punto de vista, al empleador.

¹⁵⁶ Art. 78 inc. g del Código del Trabajo.

El segundo plano desde el cual puede encararse el examen del factor de atribución es el que corresponde al evento o a la situación por la cual el trabajador puede obtener seguridad e indemnidad en el sistema de Previsión Social.

Al empleador cabe, por disposiciones de derecho imperativo o de orden público, una serie de obligaciones vinculadas con la higiene y seguridad en el trabajo. Se trata en esta materia, de una obligación de las llamadas por la doctrina "de seguridad", que ha sido equiparada y se encuentra estrechamente ligada a la obligación de garantía, esto es, de aquéllas obligaciones que imponen el alcanzar un cierto, un determinado, resultado o estado de cosas, bajo pena de responsabilidad por las consecuencias de no haberlo alcanzado o producido. La obligación de seguridad nace como consecuencia de la ampliación de la responsabilidad contractual, en el marco de la así llamada "inflación obligacional", y se desenvuelve en el ámbito del hecho propio, dando pie a una responsabilidad directa y que reviste carácter objetivo. Esta figura se origina en Francia hacia fines del siglo pasado, precisamente vinculada con la legislación francesa sobre accidentes de trabajo y se desarrolla en la Corte de Casación francesa¹⁵⁷ con famoso pronunciamiento; más tarde la obligación de seguridad se extendió a otros ámbitos, abarcando la responsabilidad de los médicos y establecimientos asistenciales, los contratos de enseñanza, juegos de feria, productos elaborados, espectáculos públicos, contrato de enseñanza deportiva y de práctica deportiva¹⁵⁸.

Como ya lo hemos dicho más arriba, la causación objetiva en materia de responsabilidad contractual es una situación excepcional, que involucra necesariamente la asunción,

¹⁵⁷ Corte de Casación, Chambre Civil del 26 de mayo de 1936, en los autos: Dr. Nicolás c/Expoux Mercier.

¹⁵⁸ Burgos, Débora y Vessoni, Hugo A., La obligación de seguridad, JA 1995 / 944.

hecha por una de las partes, del riesgo, o de ciertos y determinados riesgos dentro del sistema funcional del contrato. Ello implica una distribución o redistribución del *aleas* normal o corriente del contrato. Precisamente el *casus* es una de las vicisitudes de cuyas consecuencias el Derecho mantiene en la órbita de su ocurrencia: a quien acontece lo fortuito ha de soportarlo. Cuando esta regla básica se ve alterada –y uno de los contratantes asume las pérdidas ocasionadas por el caso fortuito o la fuerza mayor, que normal o corrientemente no le corresponderían en todo o en parte, o cuya asignación habría sido dudosa o conflictiva– nos encontramos frente a una asunción objetiva de responsabilidad.

Ahora bien, cuando analizamos contratos con cláusulas predeterminadas por la ley y de modificación prohibida e ineficaz, que distribuyen o asignan riesgos imperativamente a una de las partes, podemos debatir sobre si estamos propiamente ante una atribución contractual de riesgos, o se trata de una tipificación básica del contrato, que pasa a ser el esquema normal o regular del mismo. Precisamente esta es la situación de la totalidad o la casi totalidad de los contratos laborales. En estos se asigna a la parte asimétricamente más fuerte de la relación, esto es, al empleador, una serie de consecuencias derivadas de hechos que él no ha generado o producido, a veces, ni aun indirectamente. Empero, debido a esa falta o carencia del elemento volitivo en la causación del hecho –ni ya se diga del daño– podemos afirmar que cuando la ley imperativamente impone al empleador la consecuencia dañosa de un evento cuya no ocurrencia él no puede controlar, técnicamente estaríamos ante un factor objetivo de atribución.

De un examen de las situaciones y circunstancias que activan el sistema previsional vemos que algunas son claramente ajenas a la voluntad de las partes, como ser accidentes laborales y no laborales –muerte, enfermedad no laboral, vejez– son pura o

casi puramente fortuitos. En tanto que otros eventos, como los permisos por maternidad y lactancia, no son puramente aleatorios, sino que involucran la voluntad de la persona laborante. Otros, como las enfermedades laborales tienen factores de causalidad tan complejos, intrincados y mixturados, que es difícil posicionarlos en una u otra categoría; sin embargo, es claro que también involucran un elemento volitivo por parte del trabajador, quien, salvo dolo u ocultamiento por parte del empleador, acepta a sabiendas ingresar a una relación contractual que trae aparejados tal tipo de riesgos.

Ahora bien, los absoluta o mayormente fortuitos no presentan ningún problema para la cuestión que aquí estamos examinando; en efecto, al no haber intencionalidad por parte de ninguna de las personas involucradas en la ecuación, el elemento o factor de atribución del incumplimiento que venimos examinando, no sufre alteraciones.

En este orden se inscribe la ocurrencia de accidentes o enfermedades laborales, mientras el empleador no altere el riesgo, agravándolo por su propio hecho u omisión, como cuando obvia el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo. En este caso, y pese al tenor aparentemente absoluto de la norma establecida en la legislación previsional –Art. 49 del Decreto Ley n° 1860/50 y sus modificaciones– que dispone la “total” liberación de responsabilidad del empleador, esta exoneración debe ser entendida dentro del contexto en que está prevista, esto es, el marco de la distribución de riesgos amparados o cubiertos por la Seguridad Social, riesgos que son los normales o usuales de la relación laboral, atendidas y cumplimentadas que hayan sido todas las obligaciones y los deberes –en especial los de seguridad– que aquélla trae aparejados. Pero cuando no es así, cuando el empleador por un hecho propio agrava el riesgo, introduce una concausa en el iter de ocurrencia del siniestro, entonces la eximición del mentado Art. 49 no aplica y el empleador deberá responder ante el

trabajador por los daños que aún persistan, en caso que el seguro social haya asumido a cabalidad su deber de proveer de cobertura al trabajador accidentado, o de los daños totales si la previsión social le denegó dicha cobertura.

De lo contrario, si se interpretara literalmente y de forma amplia el Art. 49 del Decreto Ley n° 1860/50 y sus modificaciones, se llegaría al absurdo de que al empleador le sería económicamente más conveniente inscribir a su trabajador, y cotizar y pagar los aportes de la seguridad social, pero descuidar el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene –que pueden llegar a ser muy costosas– ya que las únicas consecuencias que tendría que afrontar serían las de reembolso de los montos que la previsión social ha pagado o erogado en relación con el trabajador siniestrado y según sus propias reglamentaciones, lo que, como vimos, no necesariamente involucra toda la línea de daños derivados causalmente de ese incumplimiento de deberes de seguridad, en especial lo que atañe al daño moral. Con lo cual el empleador estaría aprovechando su propia torpeza –o su propio dolo– algo impensable en el derecho.

Los accidentes laborales tienen también un cierto porcentaje de voluntariedad en su ocurrencia, como ya vimos arriba, al haber aceptado el trabajador el riesgo que implica la labor desplegada, o en caso de negligencia del propio trabajador que hubiera concommitado a la producción del evento dañoso. Pero en tales supuestos estaremos, en la mayoría de los casos, de una consecuencia reglada en la economía contractual y que por tanto recibe un tratamiento específico conforme las cláusulas pactadas o impuestas imperativamente. Como quiera que sea, el evento exculpatorio por actividad negligente del trabajador habrá de ser excepcional y de considerarse con criterio muy estricto, con lo que no representará una casuística sustancial que cambie las reglas generales.

Otro es el panorama tratándose de maternidad, lactancia. En efecto, la maternidad es un evento que implica muy a menudo la intención de la persona de encontrarse en tal estado. Estos escenarios incluyen, pues, un elemento intencional por parte del sujeto dañado, y según las reglas corrientes de responsabilidad y de atribución de responsabilidad, sus consecuencias, o cuando menos, una parte de ellas, deberían ser atribuidas al agente que inserta su voluntad en la producción del daño. Sin embargo, en la dinámica de la relación laboral la producción de estos eventos, constituirían el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, lo cual de suyo excluye su antijuridicidad y toda posibilidad de invocación como con causa culposa –Ej. maternidad– o bien, se trata de una cuestión reglada, con lo cual tampoco podrá hablarse de una con causa exculpatoria.

3.1.2.4 El Daño o Perjuicio.

Se entiende por daño el menoscabo o detrimento que experimenta la víctima a causa del accionar del agente dañoso¹⁵⁹. Este concepto amplio de daño ha permitido incluir en él a los dos grandes orbes en que hoy el derecho concibe los daños: los de índole patrimonial y los de índole extrapatrimonial, también denominados por una corriente más novedosa, como económicos y extraeconómicos.

A fin de determinar los daños que pueden surgir de la falta de inscripción, es evidente que debemos hacer una recopilación de los beneficios de los que el trabajador hubiese gozado, de no haberse incurrido en la omisión.

3.1.2.4.1 La Cobertura Prestada por la Seguridad Social.

Según la concepción de la Seguridad Social que hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo, la principal prestación de la Seguridad Social es precisamente esa: la de

¹⁵⁹ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T IV B, Ed. Perrot, Bs. As., 1976, n° 2725.

proveer un sistema de seguridad ante los avatares a los que está expuesta la vida de las personas; cuando esa seguridad está prevista para un determinado ámbito de la vida de las personas, cual es el del trabajo, es que hablamos de la Previsión Social laboral.

Esta concepción genérica de previsión y seguridad ante el riesgo, sin embargo, se concretiza en prestaciones concretas y específicas, que cada sistema normativo define según sus propios términos. Vázquez Vialard las define como: “el contenido del derecho de crédito que se reconoce a cada persona (sujeto beneficiario) que se halla en una situación de contingencia social y que puede reclamar contra la agencia que administra el servicio”¹⁶⁰. Con ello queda claro que el objetivo de la Seguridad Social es la cobertura de las consecuencias perjudiciales de las contingencias sociales. Esto nos lleva a lo que debe entenderse por contingencia social. En el Derecho de Seguros el eje central en torno del cual se estipula la cobertura es el riesgo. De acuerdo con Stiglitz el riesgo es aquella contingencia de probabilidad o posibilidad de realización de un evento dañoso futuro, homogeneizados estadísticamente de forma cualitativa y de ocurrencia normalmente no generalizada¹⁶¹. Como puede verse, esta noción tiene una gran afinidad con el concepto de contingencia social en la cual centra la Seguridad Social sus objetivos. Sin embargo, en materia de Seguridad Social se trata de un “riesgo” de particulares características, pues no siempre el evento es incierto, ni acontece al sujeto con total independencia de su voluntad. El profesor Jorge Darío Cristaldo define a la contingencia social como: “el acontecimiento o evento futuro e incierto, cuya realización es independiente [mayormente] de la voluntad del beneficiario, y es determinante de una carga, necesidad o daño, susceptible de resarcimiento económico o de la prestación de un servicio para el

¹⁶⁰ Vázquez Vialard, Antonio, “Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2000.

¹⁶¹ Stiglitz, Rubén, op. cit., nros. 9/13 y 112/115.

individuo beneficiario y/o su derecho-habiente, protegido por una o más instituciones de seguridad social”¹⁶².

Como vemos existen muchas analogías entre el riesgo de los seguros comunes y la contingencia social, pero también notables diferencias que se pueden resumir en la certitud y la generalidad de algunos eventos protegidos por la Seguridad Social como contingencias sociales, así como el carácter claramente voluntario de alguna de ellas. Las tendencias actuales apuntan a la necesidad de una consideración conjunta de las contingencias y de los riesgos.

Es este aspecto concretizado de las prestaciones que acuerda la Seguridad Social, que hemos de abordar a continuación.

Las prestaciones provistas no aparecen de modo casual o azaroso, sino que están ligadas y vinculadas simétricamente a una determinada circunstancia de la realidad, la cual pretenden precaver o reparar, es lo que la doctrina conoce como contingencias sociales. Estas circunstancias pueden referirse a eventos de la más diversa índole, pero, en general, pueden agruparse en tipos o clases según naturaleza, finalidad, forma y entidad. La naturaleza de las prestaciones ha de verse desde de la perspectiva objetiva, es decir, en cuanto al objeto en que consiste la prestación. Estas pueden ser de dar o de hacer; las prestaciones de dar, que ya vimos que se caracterizan por consistir siempre en la entrega de algo, constituye quizá la modalidad más frecuente de prestación de cobertura. Estas pueden ser, a su vez, de dar dinero u otras cosas fungibles, o de dar cosas genéricas no fungibles, y particularmente no dinero.

Las obligaciones dinerarias se constituyen en las más usuales formas de prestación, dada su ductilidad funcional: el dinero puede ser fácilmente convertible o aplicable a una

¹⁶² Cristado, Jorge Darío, op. cit, pág. 452.

necesidad específica, surgida de una contingencia determinada, su cualidad de intercambiabilidad lo convierten en uno de los medios más idóneos de proveer la cobertura.

Sin embargo, las prestaciones dinerarias no alcanzan a satisfacer todas las contingencias ni el verdadero rango de necesidades que puede sufrir una persona a lo largo de su vida laboral. En algunos casos la inmediatez con que se necesita cubrir cierta necesidad o enmendar cierto perjuicio hace que la prestación solo pueda ser oportuna y adecuadamente proveída si se hace en especie. Desde luego esa última afirmación no significa que se trate de la provisión de un cuerpo cierto, es decir de una *species* en sentido técnico, sino de prestaciones de cosas genéricas, que no sean dinero.

Junto con estas prestaciones de dar están también las prestaciones de hacer. En ellas el contenido central de las prestaciones no consisten en un dar, sino en toda otra actividad que no sea la de dar. Es precisamente la forma en que encuentran definición las prestaciones de hacer: por exclusión o asignación inversa. Su aparición como cobertura provista por la Seguridad Social tiene igual justificación que la prestación de dar cosas no dinerarias, esto es la necesidad de satisfacer pronta y eficazmente una situación de apremio. La provisión directa de un cierto servicio crea una estructura confiable, disponible y segura para las personas afectadas, la cual ahorra a las beneficiarias el tener que organizar por sus propios medios el servicio que precisan para contrarrestar o hacer frente al infortunio que les aqueja.

Desde la óptica de la finalidad de la prestación, es decir, el propósito que ella persigue, la tipología abarca las prestaciones preventivas y reparadoras. Las primeras son aquellas que intentan cautelar o evitar la generación del daño. Estas se satisfacen, normalmente, a través del dictado de regulaciones sobre medidas de seguridad e higiene que deben ser

adoptadas por los empleadores y respetadas por trabajadores; en este ámbito también se inscriben las medidas educativas destinadas a concienciar o formar en materia de prevención de riesgos.

Por su parte las prestaciones reparadoras, son aquellas que entran a funcionar u operar una vez que el daño o perjuicio se ha instalado, intentando su reversión o cuando menos su compensación. Estas son las que tienen mayor visibilidad en el sistema, y, por lo tanto, las conocidas y emblemáticas, es obvio que en la medida en que las primeras sean efectivas, las segundas serán menos requeridas. Es deseable, por ende, que el sistema tienda a fortalecer la prevención volviéndola eficaz, y con ello la haga prevalecer sobre la reparación.

En relación con su forma, las prestaciones pueden ser de cumplimiento único o de cumplimiento periódico, según cómo se desarrollen respecto de un cierto marco temporal. Las prestaciones de cumplimiento único se agotan en un momento puntual y una vez satisfechas se entiende o se espera que extingan la necesidad para la cual han sido previstas. Las prestaciones periódicas, por su parte, atienden una necesidad que no tiene una expresión puntual, sino una existencia que se prolonga de forma continua o continuada en el tiempo, y que, por ende, exigen una atención correspondiente. Estas últimas, pueden extenderse por espacios de tiempo definidos, o bien prolongarse por lapsos que han de encontrar finalización, pero cuya duración total se desconoce *ab initio*. En mayoría constituyen las prestaciones llamadas vitalicias.

Finalmente, si consideramos su entidad, las prestaciones se clasifican en sustitutivas o complementarias. Las primeras tienen la vocación de reemplazar el nicho dejado u ocasionado por el perjuicio causado al sujeto beneficiario, por lo tanto, plantean el problema de la integralidad de la reparación. Las segundas, las complementarias, solo

procuran coadyuvar al bienestar del sujeto beneficiario, constituyéndose en un socorro auxiliar; por lo cual la cuestión de la integralidad y equivalencia a la pérdida sufrida o a la eventualidad que pesa sobre el sujeto, no se presenta como un factor a tener en cuenta. Nuestro sistema de Previsión Social reconoce y protege a la persona trabajadora dependiente de muchas, mas no de todas, las contingencias y vicisitudes de las cuales hemos hablado en este trabajo. A continuación, pasaremos vista de las prestaciones asociadas a tales contingencias.

Así, existen distintos criterios de clasificación que pueden ser tenidos en cuenta al efecto. La OIT¹⁶³ las diferencia por su origen en: físicas, que algunos doctrinarios dividen a su vez en patológicas y biológicas; las primeras se producen como consecuencia de un desarreglo o quiebre en el devenir general del bienestar físico o síquico, y comprenden la enfermedad común y de trabajo, la invalidez por accidente común y de trabajo; las segundas son eventos que se deben considerar normales o corrientes en la vida de las personas pero que igualmente ponen en juego su bienestar, el llamado “riesgo genérico y propio de la vida”¹⁶⁴ y son la maternidad, la muerte y la vejez. El otro grupo de eventualidades podemos denominarlas económicas y sociales, las económicas son aquellas que alteran el mercado de trabajo y subsiguientemente la relación laboral, su principal exponente es la desocupación involuntaria; las segundas hacen relación con las cargas familiares.

Otras clasificaciones hacen alusión a la relación que tienen los riesgos y contingencias con la actividad de la persona asegurada, y pueden estar referidas a riesgos no

¹⁶³ Salud y Seguridad en el Trabajo (SST). Aportes para una Cultura de la Prevención, 1ª Ed., Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Instituto Nacional de Educación Tecnológica, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2014., pág. 25.

¹⁶⁴ Vázquez Vialard, Antonio, op. cit. Tomo I, pág. 533 y sgtes..

profesionales que son eventualidades que acontecen a las personas independientemente del desempeño de su actividad laboral; estas son la enfermedad común, la maternidad, la vejez, la muerte, la invalidez por accidentes comunes y las cargas familiares. El otro grupo lo constituyen los riesgos profesionales, es decir, aquellos eventos cuyo origen o causación tienen una vinculación directa o indirecta con el desempeño de la actividad laboral, y son las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.

Existen también otras clasificaciones que aluden a la temporalidad o permanencia de los efectos de los eventos riesgosos, a su especificidad o generalidad, así como a las necesidades de financiamiento de largo, mediano o corto plazo que plantean su cobertura, pero ahondar en estas clasificaciones escapa al objeto propio de este trabajo.

Maternidad: la maternidad es una eventualidad que puede aparecer tanto como una contingencia voluntaria, como tratarse de un evento involuntario. Su principal nota es que constituye una circunstancia que puede considerarse como general o generalizada, pero que solo ocurre a un grupo de personas en relación de dependencia: las mujeres trabajadoras, pero también se extiende, por vía derivada del beneficiario principal, a las esposas o concubinas del trabajador inscripto. Nuestra legislación contempla, como lo hacen otras más avanzadas, a la paternidad (contracara de la maternidad) como una contingencia social atendible por la Seguridad Social; pero con la peculiaridad, en situaciones corrientes y ordinarias, de que la prestación del beneficio no está hecha por parte de la Previsión Social, sino que se impone como una carga al empleador¹⁶⁵. Sólo en caso de fallecimiento de la madre en el parto o durante el periodo de permiso por maternidad, el padre puede obtener el beneficio de subsidio que le hubiera

¹⁶⁵ Art. 13, inciso b, Ley n° 5508/15.

correspondido a la madre fallecida, por el tiempo que resta¹⁶⁶. La maternidad como evento abarca tres etapas: la gestación, el parto y el puerperio y lactancia. Las tres son susceptibles de ocasionar daños, tanto personales como patrimoniales a la mujer beneficiaria. Debe tenerse presente que los beneficios por maternidad se dirigen no solo a la madre, sino también al hijo ya sea en gestación o nacido.

Nuestra legislación contempla, como beneficios la asistencia médica de la madre antes, durante y después del parto; la asistencia médica del hijo en gestación y del nacido vivo, la subvención o subsidio del reposo de la madre trabajadora durante el periodo legal equivalente al 100% del salario¹⁶⁷, y prestaciones adicionales para lactancia (provisión de leche) en caso de incapacidad de la madre para amamantar, comprobada por profesional médico.

Enfermedad común: por enfermedad común entendemos, como ya lo dijimos, aquella que no está vinculada directa o inmediatamente con la actividad laboral que desempeña el sujeto. Acontecida la circunstancia de la enfermedad y, por ende, surgida la imposibilidad para el trabajador de rendir la prestación de servicio a su cargo se produce una suspensión del contrato de trabajo y de ciertos efectos del mismo, pero sin extinguirse la totalidad de los derechos que emanan de él.

Dado que la prestación del servicio se suspende, también se suspende la contraprestación de remuneración a cargo del empleador. Es allí donde aparece el beneficio de la Seguridad Social, bajo la forma de un subsidio para sustituir el salario. Este subsidio equivale al 50% del promedio de salarios sobre los cuales aportó el

¹⁶⁶ Art. 11, Ley n° 5508/15.

¹⁶⁷ Art. 12, Ley n° 5508/15.

asegurado en los cuatro meses anteriores al evento¹⁶⁸. Como se ve se trata de una prestación dineraria.

Amén de ello, la persona asegurada cuenta con prestaciones de servicios médicos relativos al evento de enfermedad, los insumos correspondientes a estos y prestaciones en especies como las prótesis si ellas fueran necesarias.

Enfermedad de trabajo: ya lo hemos dicho, la enfermedad de trabajo es aquella directamente vinculada con la actividad que desempeña el trabajador. Como resultado de su incidencia puede producirse una simple suspensión de la relación laboral, con el consiguiente subsidio por los días en los que la persona se encuentra imposibilitada de prestar servicios; dicha suspensión no puede superar las cincuenta y dos semanas¹⁶⁹. Luego, también puede acontecer que la enfermedad derive en una incapacidad permanente, ya sea total o parcial. En el supuesto en que la invalidez fuere solo parcial, se ha de determinar cómo afecta la misma a la capacidad de trabajo y a la actividad que desempeñaba la persona trabajadora. De todos modos, aunque la capacidad no sea impediende del trabajo, la persona recibe una compensación monetaria en la forma de una jubilación (por invalidez parcial)¹⁷⁰, pero ello no obsta a que la persona pueda desempeñar otro tipo de trabajo ya sea con el mismo u otro empleador, en cuyo caso seguirá de alta en el sistema de Seguridad Social. Obviamente, durante el tiempo que exija su tratamiento y recuperación física, la relación laboral se suspende, con las consiguientes prestaciones de subsidio. Ahora bien, si la incapacidad es total y permanente, esto es el trabajador, a consecuencia de la enfermedad, está imposibilitado

¹⁶⁸ Art. 32, Decreto Ley n° 1860/50, aprobado por Ley n° 375/56.

¹⁶⁹ Art. 41, Decreto Ley n° 1860/50, aprobado por Ley n° 375/56, modificado por art. 1 Ley n° 427/73.

¹⁷⁰ Art. 61, Ley n° 98/92, modificatoria del Decreto Ley n° 1860/50.

de realizar una actividad productiva cualquiera, ello opera la terminación de la relación laboral, dando lugar a una jubilación a su favor.

Todo esto, es sin perjuicio de las prestaciones de servicios médicos y en especie de insumos, materiales ortopédicos y demás implementos necesarios para rehabilitación.

Invalidez por accidentes de trabajo: ya hemos establecido que aquellos infortunios que la persona trabajadora dependiente sufre con motivo y en ocasión del trabajo constituyen los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; y que la diferencia entre estos dos últimos radica en la forma repentina o paulatina, respectivamente, en que hacen su aparición cada uno de estos eventos. La doctrina y la jurisprudencia han extendido la noción de accidentes de trabajo a los siniestros sufridos *in itinere*, esto es los eventos ocurridos en el trayecto entre el domicilio del trabajador y su lugar de trabajo. En nuestro orden normativo no está prevista en forma expresa la cobertura de este tipo de contingencia, lo que significa que no integraría el régimen previsional de beneficios. En efecto, el texto del Art. 40 del Decreto Ley n° 1860/50, aprobado por Ley n° 375/56 modificado por la Ley n° 427/73, define como accidentes de trabajo a aquella lesión orgánica que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute para su patrón y durante el tiempo que lo realice o deba realizarlo. La formulación referida vincula el siniestro laboral a la tarea realizada o debida, y al tiempo en que ella tiene o tendría que tener lugar. Por ende, ello excluye, a primera vista, el acto de traslado al o del lugar de trabajo y el tiempo empleado para llevarlo a cabo. Empero, entendemos que la capacitación del trabajador, llevada a cabo por orden del empleador, dentro o fuera del lugar de trabajo, dentro o fuera de la jornada laboral habitual, sí puede asimilarse “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute para su patrón”, como reza la norma.

En el caso de los accidentes de trabajo las prestaciones, a semejanza de lo que ocurre con las enfermedades profesionales, puede dar lugar a una simple suspensión de la relación laboral, con el consiguiente subsidio por los días en los que la persona se encuentra imposibilitada de prestar servicios; suspensión que tampoco puede superar las cincuenta y dos semanas, o hasta que se declare su incapacidad permanente.

Luego, también puede darse el caso de que el accidente derive en una incapacidad permanente, ya sea total o parcial; si fuere solo parcial, se ha de determinar cómo afecta la misma a la capacidad de trabajo y a la actividad que desempeñaba previamente para su empleador.

Ahora bien, si la incapacidad es total y permanente, esto es el trabajador, a consecuencia de la enfermedad, está imposibilitado de realizar una actividad productiva cualquiera, ello opera la terminación de la relación laboral, dando lugar a una jubilación a su favor.

Todo esto es sin perjuicio de que durante el tiempo que exija el tratamiento y recuperación física opere la suspensión de la relación laboral, con su consiguiente subsidio, así como la provisión de las prestaciones de servicios médicos y en especie de insumos, materiales ortopédicos y demás implementos necesarios para rehabilitación.

Invalidez por accidentes comunes: los accidentes comunes, como vimos, son aquellos siniestros no vinculados causalmente a la actividad laboral, ni motivados por esta última.

El régimen de atención previsional de estos eventos es idéntico al de las enfermedades no profesionales, se produce una suspensión del contrato de trabajo y de ciertos efectos del mismo, pero sin extinguirse la totalidad de los derechos que emanan de él¹⁷¹. Como

¹⁷¹ Art. 68 y 71, inciso g), Código del Trabajo.

consecuencia de ésta se suspende la contraprestación por parte de la patronal y entra a tallar la Seguridad Social con el subsidio previsional¹⁷².

El evento dañoso provoca también una serie de prestaciones en especie a cargo de la entidad de seguridad, en la forma de servicios médicos e insumos.

Vejez: la situación de edad avanzada, como ya lo referimos en capítulos anteriores, disminuye las energías laborales de las personas y su capacidad para generar servicio útil. Ello, sin embargo, no implica que la persona no continúe precisando la satisfacción de sus necesidades vitales y sociales. A este fin se ha creado un sistema de prestaciones sucesivas y extendidas en el tiempo, por la duración de la vida del trabajador beneficiario, institución que podemos resumir en la jubilación. A partir de una cierta edad, que oscila entre los 60 y 55 años, vinculada a una determinada cantidad mínima de años de servicios reconocidos, 25 y 30 años respectivamente, el trabajador adquiere el derecho a una prestación periódica en dinero¹⁷³.

Obviamente, la falta de inscripción o de alta en el sistema previsional priva de esta seguridad al personal dependiente, con las consecuencias económicas y trastornos sociales consiguientes.

Muerte: el evento de la muerte trae consigo, sin duda, drásticas consecuencias del orden patrimonial para los herederos del occiso; algunas de estas consecuencias hacen relación con la disposición final de los restos mortales del difunto, y otras se vinculan con la manutención a futuro de las personas que dependían económicamente de él, mientras se encontraba con vida.

¹⁷² Art. 30, Ley 98/92, modificatoria del Dto.- Ley n° 1860/50.

¹⁷³ Art. 60, Ley 98/92, modificatoria del Dto.- Ley n° 1860/50.

En el evento de muerte, las prestaciones de la Seguridad Social de los trabajadores debidamente inscriptos y dados de alta, difieren según el estado activo o de retiro del trabajador fallecido, la cantidad/tiempo de aporte, y la causa de la muerte.

Los herederos de los jubilados fallecidos, de los trabajadores activos que ya hubiesen tenido, al tiempo del deceso, el derecho a jubilarse, y los trabajadores activos que hubieren aportado por lo menos 750 semanas, tienen derecho a una pensión equivalente al 60 % de la jubilación que disfrutaba el causante o que le hubiera correspondido¹⁷⁴.

Si el deceso se produce por accidente de trabajo o enfermedad relacionada con la profesión que desempeñaba, los herederos del fallecido tienen derecho a idéntica prestación sin importar el tiempo de aporte.

Cuando el trabajador fallecido no se encontrare en ninguno de los supuestos analizados anteriormente, que dan derecho a sus herederos por pensión ordinaria por fallecimiento, éstos últimos están intitulado a recibir un subsidio único equivalente a un mes de salario por cada año de antigüedad que tuviere el asegurado causante.

Finalmente, en el supuesto en que no existieren herederos beneficiarios, aquellas personas que han realizado los gastos fúnebres correspondientes son reembolsados de las erogaciones que en tal sentido pudieren justificar, hasta un monto equivalente a 75 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas. En la eventualidad, de que, con posterioridad a este reembolso, apareciesen herederos beneficiarios, se procederá de conformidad con la antigüedad del trabajador fallecido y la causa de deceso, tal como se tiene dicho más arriba, pero descontando de la pensión respectiva los gastos funerarios satisfechos.

¹⁷⁴ Art. 62, Ley 98/92, modificatoria del Dto.- Ley n° 1860/50.

3.1.2.4.2 Daños Patrimoniales.

Luego, es también menester tener presente las categorías teóricas en que se puede clasificar el perjuicio sufrido por el incumplimiento de una obligación, o por la comisión de un ilícito civil/laboral. En efecto, el daño siempre es uno, pero a los fines de una mejor comprensión y ordenación de las consecuencias disvaliosas surgidas de la infracción es conveniente tener dominio conceptual sobre el tema.

Ya hemos visto más arriba que el daño suele dividirse en dos grandes ámbitos, el que concierne a lo puramente patrimonial y económico, y todo otro daño que no sea este último, que al actual estado de la doctrina se engloba como daño extra patrimonial.

Por su parte el daño patrimonial conoce diversos modos o formas bajo las cuales puede manifestarse. Una de ellas es el daño emergente. Se entiende por daño patrimonial emergente a toda disminución, pérdida o mengua que tiene lugar en el patrimonio de una persona, a raíz del evento dañoso. El daño emergente siempre importa un cambio desfavorable de la situación o estatus patrimonial del que hasta entonces gozaba el individuo. Muy comúnmente toma la forma de una erogación.

Luego, la doctrina conoce la categoría del lucro cesante que se configura por la frustración del aumento del patrimonio en el sujeto afectado. El lucro cesante, a diferencia del daño emergente, no importa un cambio actual en el estatus patrimonial del individuo, sino la privación de una mejora de ese estatus, legítimamente esperada; es decir, nos estamos refiriendo a las ganancias que se dejaron de percibir a raíz del evento dañoso. Sin embargo, para que estas ganancias puedan considerarse como lucro cesante, las mismas deben ser concretas, reales y probadas. Lo que equivale a afirmar que ellas deben ser ganancias seguras, con razonable expectativa de materialización y de las que el perjudicado por el ilícito contaba disponer si las cosas hubiesen seguido su

curso normal y ordinario. Es decir, la ganancia debe ser cierta, y no implicar una eventualidad o mera chance¹⁷⁵.

Una última categoría de daños patrimoniales, de recepción más reciente en la doctrina y en la jurisprudencia, la constituye la así llamada “pérdida de chance”. Esta es la posibilidad actual de percibir un ingreso o aumento patrimonial, lo cual tiene un contenido y un valor económicos, sin embargo, dicha posibilidad no es cierta en el sentido de la seguridad de su ocurrencia, sino es meramente posible o, a lo sumo, probable. Es lo que se denomina el daño de pérdida de chance.

La chance ancla en las reales posibilidades del individuo dañado, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso, tales como personas, tiempo, lugar, etc. Por lo tanto, en este menester son primordiales los datos que permitan la valuación de la chance, que es actual, pero cuyo justiprecio está aún indefinido.

La pérdida de chance no debe ser considerada un daño futuro, sino un perjuicio presente. La aleatoriedad no es un elemento del daño mismo sino solo una variable en su valoración o cuantificación.

En el caso del incumplimiento de la obligación de inscripción o alta del trabajador al sistema de Seguridad Social, a cargo del empleador, ya hemos visto cuáles serían las prestaciones de cobertura de las cuales el trabajador se vería privado. En su gran mayoría éstas constituyen perjuicios patrimoniales que asumen la forma de daño emergente. En efecto, la mayor parte de los supuestos involucran la privación o supresión de un haber que puede considerarse ya incorporado al patrimonio del trabajador dependiente –o de

¹⁷⁵ Este es el sentido en que vienen pronunciándose, reiteradamente, los Tribunales de la República; *vide*: A. y S. N° 237 de 26-04-2007, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia; A. y S. N° 37 de 14-08-2015, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala; A. y S. N° 114 de 1-12-2014, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala; A. y S. N° 02 de 12-02-2015, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala.

sus herederos– en la forma de un crédito contra el sistema previsional. Ello ocurre cuando se ve negado el subsidio o pensión por maternidad, lactancia, enfermedad común, por enfermedad profesional o accidente de trabajo, por invalidez, por vejez o retiro jubilatorio y, finalmente, por muerte. Lo mismo cabe decir de los servicios de asistencia médica, y la provisión de medicamentos e insumos para la recuperación de la salud y el bienestar físico del sujeto. Éstos serían los daños primarios, o consecuencias inmediatas del incumplimiento del empleador. Ello no quita, sin embargo, que pudieran tener lugar como perjuicio mediato o secundario alguna otra de las formas que, como vimos, puede asumir el daño, esto es, el lucro cesante o la pérdida de chance, y cuya indemnidad deba ser cargada a responsabilidad del empleador, siempre que se cumplan las reglas de la vinculación causal, cuya dinámica examinaremos más adelante.

El lucro cesante bien puede darse como consecuencia de la invalidez, de la enfermedad común o profesional mientras dure ésta o sus efectos, así como por el accidente de trabajo. Efectivamente, nada quita que a raíz de la enfermedad no cubierta, la invalidez no atendida o el accidente no solventado el trabajador se vea imposibilitado de cumplir con prestaciones contractuales paralelas a su empleo dependiente y pierda, por ende, las contraprestaciones que le hubieran sido debidas en consecuencia.

También la pérdida de chance puede ocurrir como consecuencia de la falta de inscripción y de acceso a las prestaciones de seguro, tanto en los supuestos de maternidad y lactancia –aunque aquí el sujeto legitimado sería el infante que no recibió los cuidados y prestaciones correspondientes– como en los de enfermedad común y profesional, accidente de trabajo, invalidez, vejez. Estos eventos tienen el potencial de cercenar a la persona de un elemento aleatorio actual que le abre un abanico de futuras perspectivas.

La muerte también podría generar pérdida de chance, pero en cabeza de los herederos legitimados a las prestaciones, y siempre que se cumpla el nexo causal.

3.1.2.4.3 Daños Extra Patrimoniales.

El daño moral ha sido entendido por la doctrina como toda condición disvaliosa del espíritu. Cuando nos referimos a lesión de bienes extra económicos apuntamos al perjuicio a derechos tales como el bienestar, a vivir con plenitud en todos los ámbitos de la vida del individuo –familiar, amistoso, afectivo–, e implica la privación o mengua de bienes como la paz, la tranquilidad de espíritu, el reconocimiento social o grupal –en familias o comunidades–, la estabilidad emocional y la integridad física o funcional de una persona.

El daño moral supone sufrimiento o dolor, por el menoscabo en los sentimientos derivados de los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes, dificultades o molestias relevantes que sean consecuencia del evento lesivo, con prescindencia de cualquier resarcimiento de orden económico. Se busca reparar la modificación disvaliosa del equilibrio de bienes no patrimoniales de una persona, que debe ser contemplado desde una perspectiva muy especial, dado que el daño moral no siempre coincide con la lesión directa a un bien intangible, sino mucho más con la lesión a un interés intangible, aunque el bien primariamente perjudicado sea de índole patrimonial.

3.1.2.5 Relación de Causalidad.

El nexo causal es, como vimos, el elemento que vincula un determinado evento con un cierto daño o conjunto de daños. Vale decir, de la masa de acontecimientos que preceden o coinciden con un determinado siniestro, se deben individualizar los factores determinantes que ocasionan la ocurrencia de este último, e incluso, determinar la

existencia de factores coadyuvantes que producen las llamadas “concausas”. Como puede apreciarse, se trata de un elemento objetivo que, sin embargo, tiene implicaciones tanto fácticas como axiológicas. En efecto, se trata de establecer no tanto una mera causalidad material, sino una jurídica; esto, no solo dilucidar si el hecho B deriva del hecho A, sino también, y principalmente, si es justo atribuir el hecho B al hecho A, de modo que la relación de pura causalidad material puede verse dilatada o restringida en la medida de dicha justeza.

La cuestión de la determinación del nexo causal es un punto que ha originado los debates más encendidos y sesudos en la doctrina jurídica. Como todo, las diversas teorías que se han esbozado para explicar la vinculación de causalidad han sufrido una evolución a lo largo del tiempo.

La tesis que primero prevaleció fue la de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, según la cual es causa de un daño determinado cualquier condición necesaria para que el mismo tenga lugar. Basta que el daño no su hubiera verificado sin un cierto factor, para que este se transforme en causa del mismo. Por lo tanto, cada una de las múltiples condiciones necesarias para que un cierto suceso se verifique, comunica vida a la masa fáctica, permanece inerte sin la activación de esta condición. Como puede inmediatamente percibirse este tipo de razonamiento amplía exageradamente la responsabilidad del agente, incluyendo en su iter causal a todas las consecuencias, aún las remotas y casuales.

Una tesis que intentó disminuir el ángulo de aproximación al problema fue la de la teoría de la causa próxima, según la cual causa es solo el antecedente a favor, temporalmente inmediato de un resultado. Los demás hechos que influyen más lejanamente en la producción de ese resultado son sus meras condiciones, pero no su causa. De tal modo

que el último factor que provoca el daño ha de ser el antecedente causal. Esta teoría fue desarrollada por el filósofo Francis Bacon, para quien en la determinación de la causa debía aplicarse un criterio temporal, pues el análisis de todas las causas sería una tarea infinita. En su criterio, causa es únicamente la que se halla más próxima al resultado. Es evidente que esta tesis peca de excesiva simpleza y superficialidad, prescinde de otras averiguaciones, en casos de mayor complejidad, y de condicionantes simultáneas o confusas, o en aquellos supuestos en los que no hay condición última.

La tercera teoría es la de la condición preponderante, se entiende por causa de un resultado dañoso a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la ocurrencia o producción de un cierto daño. Como puede verse, se trata también de una *conditio sine qua non*, pero no de una cualquiera, sino de la que es decisiva en la dirección que finalmente toma el resultado operado. Esta teoría fue expuesta por vez primera por Maximilian von Buri, en el año de 1860. La misma considera como causa todo fenómeno que no pueda -hipotéticamente- suprimirse de una línea de hechos, sin que desaparezca a su vez el resultado¹⁷⁶. Binding llegó a afirmar que si se aplicara esta teoría, todos serían culpables de todo¹⁷⁷.

La siguiente teoría es la de la causa eficiente, que tiene una gran identificación con la anterior pero parte de un supuesto diferente de la equivalencia de las condiciones. Las condiciones no son todas equivalentes sino, por el contrario, de eficacia muy distinta. “Causa” es la condición más eficaz, vale decir, la dotada de mayor fuerza productiva para

¹⁷⁶ Von Buri, Maximilian, Der Gerichtssaal, Jg. 29, 1878, pág. 269.

¹⁷⁷ Binding, Karl, citado por Goldemberg, Isidoro H. en: La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, editorial Astrea, 1989. Pág. 21). En contra también Mazeaud, Henri y León y TUNC, André: Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomo II, Volumen II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág.7.

producir el resultado o, dicho de otro modo, de mayor eficacia o cualidad interna en el proceso causal.

A estas dos últimas teorías se le critica que el argumento que presentan como solución es precisamente el *quid* de lo que se quiere averiguar, y también en que la división de las causas es artificiosa, cuando se mira a un resultado que es normalmente indivisible.

Finalmente, arribamos a la teoría de la causa adecuada: la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme con el curso natural y ordinario de las cosas. No todas las *condiciones sine qua non* del daño son equivalentes, solo la condición que típicamente origina el daño puede ser su causa¹⁷⁸. A ello se agrega la adecuación de la causa a un coeficiente de experiencia universal¹⁷⁹.

En ambos casos arribamos a consecuencias previsibles, ordinarias y normales.

La relación de causalidad importa, pues, un juicio de probabilidad en abstracto del resultado dañoso vinculado a un hecho antecedente, vale decir, consiste en determinar si una conducta, acción, omisión o suceso, conforme el orden natural y ordinario de las cosas –art. 1856 del Cód. Civ.– ha sido eficiente, adecuada o idónea para producir el evento dañoso.

La determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o meras posibilidades con alto grado de incertidumbre, pero tampoco requiere de manera inexorable la certeza absoluta, sino la probabilidad suficiente, según el curso normal u ordinario de las cosas,

¹⁷⁸ Bar, Carl Ludwig von: Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, Neudr. d. Ausg. Leipzig 1871, Aalen 1971, parágrafo 14.

¹⁷⁹ Kries, J. von, Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung: Eine logische Untersuchung, Tübingen: Mohr, 1886, pág. 85-100,172; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht.1889, ZStW, Bd. 9. S. 528-537. GOLDENBERG, Isidoro H., Op.cit. Pág. 30.

de que un determinado hecho antecedente produzca determinado resultado consecuente.

La omisión de inscripción y/o alta por parte del empleador en el sistema previsional razonablemente genera la privación de los beneficios asociados con la Seguridad Social, y las prestaciones consiguientes, así como un estado de inseguridad o incertidumbre respecto de los riesgos corrientes de la vida.

4. Los contratos en Interés de un Tercero.

Hasta aquí hemos examinado la responsabilidad del empleador frente a su trabajador, derivada del incumplimiento de una obligación contractual permanente y siempre presente en todo contrato de trabajo: la obligación de inscribir al trabajador en la Seguridad Social –previsión social, seguro social. El incumplimiento de esta obligación, como vimos, origina una responsabilidad contractual frente al empleado dependiente, la cual se inscribe dentro de la sistemática y la funcionalidad del Derecho Laboral.

Ahora bien, es preciso también hacer alusión, en este punto, a un instituto del derecho contractual civil, que ha sido desarrollado en la jurisprudencia alemana, y luego sistematizado por la doctrina del mismo país. Se trata del contrato con interés tuitivo de un tercero.

Se debe dejar en claro que no estamos aquí ante el instituto del contrato a favor o en beneficio de terceros, aunque esta normativa sirvió –en el país de origen de la figura que estamos comentando– como base positiva para que la jurisprudencia desarrolle todo un constructo jurídico de importancia capital, especialmente por sus implicaciones sociales, como lo veremos seguidamente.

Es cosa sabida que los contratos tienen una regla de relatividad, según la cual sus efectos, en principio, solo se extienden a quienes han sido parte de su concertación, esto

es, a los contratantes. Empero, esta regla conoce algunas excepciones; la más común entre ellas es el contrato en beneficio de terceros, regulado en los arts. 730 y siguientes de nuestro Cód. Civ. El contrato a favor de terceros se caracteriza, sin embargo, por que la intención o voluntad contractual envuelve a una o unas terceras personas, no estipulantes de la relación vinculatoria, que las partes expresamente incluyen en los efectos del contrato, y que están legitimadas para exigir el cumplimiento de la prestación pactada en su beneficio¹⁸⁰.

A diferencia del contrato a favor de terceros, en el contrato con interés tuitivo de un tercero las partes no han tenido en miras ab initio vincular la prestación a la acreencia de un tercero no contratante legitimado para exigirla; o cuando menos, dicha previsión no ha sido formulada directamente. La jurisprudencia y la doctrina alemanas han visto, no obstante, que la voluntad de las partes contratantes en numerosos casos implícita el interés de un o unos terceros, para quienes el incumplimiento contractual primario reviste interés, pues están incumbidos en la debida satisfacción de la obligación primaria frente al acreedor contractual y cuyo incumplimiento puede provocar también lesiones a sus derechos; tienen, así, una legítima expectativa en la satisfacción de la deuda primaria, expectativa que es reconocible por el deudor de la obligación contractual¹⁸¹.

Este instituto jurídico, de protección al interés que terceros puedan tener en el debido cumplimiento de un contrato concertado por otros sujetos, y que pudiera parecer extremo, ya que abre puertas que tradicionalmente estaban concebidas como restringidas por el antiguo principio de la relatividad contractual y amplía la

¹⁸⁰ Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Bs. As. 1952, T II, nros. 20 y 21.-

¹⁸¹ Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Ed. C.H. Beck, 14ta. Ed., München, 1987, T. I, pág. 224/230

responsabilidad contractual de las partes negociantes, tiene, no obstante, ciertos requisitos para su aplicación, que explicaremos brevemente a continuación.

Primeramente, la prestación o la conducta total del deudor, asociada con el cumplimiento de la prestación, deben tener un efecto sobre el ámbito de los derechos del tercero. Es decir, el tercero debe ostentar una cierta “proximidad jurídica” con la prestación del deudor primario. Luego, debe evidenciarse un interés del acreedor primario en la protección del tercero, y en la inclusión de éste en los efectos del contrato. En tercer lugar, este interés debe ser subjetivamente reconocible por el deudor primario. Esta reconocibilidad del interés del acreedor primario es esencial, pues ayuda a delimitar el panorama de riesgos que el deudor primario debe tomar en consideración. Esto es típico en ciertas clases de contratos, en los cuales es evidente que la debida prestación concierne el bienestar, no solo de la contraparte contractual, sino también de aquéllos por los cuales éste tiene regularmente un deber de responsabilidad, como ocurre vg. con los dependientes familiares.

Un último requisito de la figura que estamos examinando es su carácter subsidiario; el tercero, a cuyo interés responde también el debido cumplimiento de la prestación debida por el deudor contractual, no debe tener otra acción frente al deudor primario para reclamar los daños surgidos a raíz del incumplimiento. Vale decir, se debe tratar de la única vía para lograr el resarcimiento.

Hay que puntualizar que las limitaciones de responsabilidad que las partes concertantes hayan pactado, también aplican al tercero que vaya a reclamar los daños surgidos para él de su incumplimiento.

No puede pasar desapercibido que este instituto que venimos exponiendo es especialmente útil en el tratamiento del incumplimiento en la obligación de inscripción y

cotización del trabajador por parte de su empleador. En efecto, los familiares dependientes del trabajador podrían, con base en este instituto, reclamar del empleador remiso los daños contractuales que el incumplimiento frente al trabajador les ha causado. En efecto, normalmente los familiares dependientes, que son terceros en la relación entre el trabajador y su empleador, no tendrán ningún vínculo obligacional directo para sustentar su reclamo de resarcimiento; si el incumplimiento no configura también un ilícito civil, con la lesión a un deber jurídico concreto frente a estos sujetos, los dependientes no tendrían ninguna base jurídica para hacer reclamos indemnizatorios *iure proprio*. La institución del contrato con efectos respecto del interés tuitivo de un tercero permitiría que estos familiares accedan a un postulado que posibilite fundar una pretensión indemnizatoria.

5. Conclusiones y Crítica al Sistema.

Se debe aclarar que el presente trabajo no consiste en un análisis y crítica generales del sistema de Seguridad Social que aplica a los trabajadores en relación de dependencia. Solo se busca indagar y, eventualmente, exponer y evidenciar la situación (dañosa) en la que se encuentra el trabajador que es privado del sistema de Seguridad Social por incumplimiento de la obligación del empleador de inscribirlo o darle de alta en el IPS.

Por lo tanto, las críticas puntuales que se inserten aquí estarán dirigidas solo a tal fin. A continuación, una exposición de las mismas.

El esquema en sí está pensado para ser tuitivo y ser eficaz, empero no alcanza a solventar todas las dificultades que puedan acaecer.

La primera dificultad y falencia en este diseño es que solo dos tipos de eventos encuentran protección dentro del sistema de Seguridad Social o previsional, frente a la conducta remisa del empleador: los accidentes de trabajo y las enfermedades

profesionales, pero deja por fuera a un cúmulo de circunstancias que quedan desatendidas, a saber: accidentes y enfermedades comunes, maternidad y lactancia, invalidez, edad avanza/jubilación, y muerte, privándoles a los trabajadores de las consiguientes prestaciones médicas y de subsidios. El sistema deja también por fuera un entero grupo de sujetos, las personas que integran el grupo familiar del trabajador y que serían beneficiarias de la Previsión Social si la omisión no hubiera tenido lugar.

Otro punto a considerar es que nuestra legislación indica que la culpa ha de ser grave para que opere la exclusión de cobertura, lo cual coloca al sistema dentro de la típica formulación de los seguros ordinarios. Notamos también que no se menciona el dolo en la norma respectiva, pero una razón de simple lógica induce a concluir que el dolo ha de recibir el mismo tratamiento que la culpa grave, y habrá de ser excluido igualmente de la cobertura.

Luego, se debe recordar que la recomposición de la mutualidad sobre la base del reembolso al ente, a cargo del empleador, de las erogaciones cumplidas por el primero requiere de una conducta colaborativa, cuando no proactiva, de un sujeto que desde ya es incumpliente: el empleador remiso.

El trámite a cumplir en orden a repetir lo erogado en beneficio del trabajador siniestrado puede enfrentar serios –e insalvables– obstáculos cuando el empleador remiso niega la relación laboral, desconociendo que el sujeto siniestrado sea su trabajador dependiente, o cuando, admitiéndolo, discuta, no obstante, condiciones esenciales del contrato de trabajo como lo son la antigüedad y el salario. Ante esto, no quedaría más opción que llevar el asunto ante los órganos judiciales, a fin de determinar las calidades y esclarecer la cuestión con fuerza coercitiva. Luego, el reclamo correspondiente también podría

verse obstaculizado por la falta de determinación de la legitimación activa, vale decir, quién es el sujeto habilitado para interponer la acción ante la justicia.

La reparación prestada por el IPS ante la ocurrencia de hechos dañosos no es integral porque no contempla la indemnización por daño extra patrimonial.

En este aspecto, respecto de la extensión del resarcimiento, se podría hasta sostener que al beneficiario del IPS le convendría –en cierto modo– que el empleador haya incumplido su obligación de inscripción o alta, pues en tal caso puede obtener de su empleador un resarcimiento integral –esto es, más completo que el proveído por la Previsión Social– a través de una demanda por daños y perjuicios. Claro que una pretensión de esta índole se vería enfrentada al arduo camino de la vía judicial siempre prolongada e incierta.

La redacción de la norma previsional no es precisa en cuanto al punto sobre si las enfermedades laborales de orden sicológico están o no cubiertas por el sistema, su formulación ambigua podría dar lugar, no obstante, a su incorporación a la luz de una interpretación arrimada al principio protector del Derecho Laboral, que es uno de los ejes hermenéuticos de la materia.

Otra gran falencia en la completitud de la extensión o envergadura del resarcimiento es la limitación de los agentes causales del siniestro, que la norma previsional, como ya lo expusimos más arriba, restringe a los de naturaleza física, química o biológica, dejando por fuera otros agentes que tienen gravitación en la salud de las personas, y que actualmente han sido reconocidos por las ciencias médicas como factores altamente nocivos al bienestar de las personas; entre éstos se cuentan los factores sicológicos, igualmente omitidos. Esta exclusión es, sin embargo, congruente con la preterición de los daños morales o no patrimoniales, que el sistema parece consagrar. Es posible considerar, de este respecto, que la omisión o exclusión antedicha obedece a la época,

bastante temprana, en que se organizó y regló el sistema previsional en nuestro país – años 40 del S. XX– pero ello no explica por qué las leyes modificatorias posteriores no han incorporado, si no las últimas, cuando menos las tendencias más modernas en esta materia, ya consagradas por otras legislaciones.

La otra objeción de nota es que las jubilaciones (pensiones) por invalidez son exiguas, existe un cuadro de asignación de valores según el/los miembros corporales involucrados o afectados.

Luego, si bien la Ley n° 5508/15 importa una mejora en la prestación por maternidad que consiste en subsidio dinerario, en relación con el Decreto Ley n° 1860/50, Art. 36 y su modificatoria Ley n° 427/76, ya que aumenta el monto previsto para la mujer beneficiaria, pero, al mismo tiempo, pretende prever la situación de falta de inscripción y mora del empleador, y respecto de esta última situación genera una clara discriminación negativa en contra de la mujer trabajadora; en efecto, si se comparan los beneficios de la madre trabajadora con los que se acuerdan en presencia de la mora del empleador para situaciones de enfermedad y accidente común –Art. 31 del citado decreto-ley– se advierte en seguida un trato diferente que no encuentra ninguna justificación en los hechos: En el caso del trabajador que sufre un accidente o enfermedad común, es decir, no de trabajo, el IPS igualmente le otorga las prestaciones usuales o corrientes, y luego se reembolsa de los montos erogados en tal concepto, repitiéndolos del empleador en mora; en cambio, a norma textual del Art. 12, segunda parte de la ley modificatoria, esto no ocurre así con la madre trabajadora no inscripta por su empleador, quien, en tal caso, estaría obligada a reclamar del empleador moroso las prestaciones por maternidad que le son debidas. Como podemos ver, la situación de la mujer grávida es por demás desventajosa, puesto que se expone su reclamo a una eventual negativa de su

empleador, o, peor, a una posible insolvencia, con lo cual tendrá que recurrir a los estrados judiciales para ver correspondidos sus derechos; y si consideramos los tiempos de los litigios laborales, los que lamentablemente no reciben la premura que indica la ley para su solución –por muy diversos factores que no son el objeto del presente estudio– muy probablemente le serán otorgados sus derechos recién una vez nacido el hijo en cuestión.

Una interpretación sistemática de la norma en estudio –que combine consabidos principios de tutela del Derecho Laboral– nos permitiría concluir que el responsable de otorgar las prestaciones por maternidad en caso de falta de inscripción de la trabajadora embarazada o mora del empleador, sí sería, no obstante, el ente previsional; empero tal tesitura colidiría con otros principios, esta vez del derecho administrativo, ya que estamos ante una cuestión que atañe a una entidad pública, y en virtud del cual la norma administrativa solo admite la interpretación restrictiva –nunca extensiva– y, por ende, no pueden imponérsele al ente previsional obligaciones que no surjan claramente de la norma legal.

Por último, y no menos preocupante, la falta de una jurisprudencia sólida y constante en la materia también conspira contra la eficacia de un efectivo reconocimiento de los legítimos derechos de los trabajadores en este ámbito.

UNIDAD VII

Responsabilidad Subsidiaria del Estado.

1. Antecedentes.

Es indispensable establecer la posición del estado respecto de los particulares administrados cuando su actuar, ya sea lícito o ilícito, produce perjuicios en la órbita de los derechos de los individuos. La cuestión de la responsabilidad estatal no ha sido cosa pacífica y se ha disputado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a lo largo del tiempo.

Es interesante constatar que en épocas anteriores se consideraba al estado, casi sin excepción, irresponsable de su actuar dañoso. Esta situación, que se mantiene hasta el siglo XIX, no era diferente en el derecho continental o en el derecho del *comon law*.

La reticencia en considerar al estado como sujeto a las consecuencias patrimoniales de sus actos dañosos derivaba, en primera línea, del concepto que se tenía sobre el estado como entidad. En efecto, se reconocía al estado una personalidad jurídica, pero desdoblada en dos, vale decir, el mismo estado, cuando ejercía su poder de soberanía, se consideraba que actuaba como persona de derecho público; en tanto que cuando solo desarrollaba actos de gestión –como podría hacerlo cualquier entidad jurídica– se lo concebía como persona del derecho privado.

Los primeros, los actos de soberanía, se encontrarían incluidos dentro de la noción absoluta de soberanía, que es inherente al poder público y estarían dominados por la impronta de su inexorabilidad, esto es de la necesidad de su ocurrencia como medios para lograr la realización de los fines últimos del estado. Esta cualidad ineludible del obrar del estado llevaba al paso lógico de exonerarlo de responsabilidad.

El segundo argumento empleado por la antigua doctrina era uno de talante dogmático: la separación tajante de las normas de derecho público y las normas de derecho privado, las cuales mantenían orbes absolutamente disconexos e imposibles de influirse recíprocamente¹⁸².

La doctrina y la jurisprudencia¹⁸³ que se desarrolla a partir del siglo XX revierten esa posición y consideran de forma prácticamente indisputada que el estado responde por los actos perjudiciales que ocasiona a través de los tres poderes que conforman su estructura, así como los órganos y reparticiones de que éstos se componen. Igualmente, como cualquier sujeto de derechos, responde frente a terceros por los daños producidos por las cosas de las que es dueño o guardián, incluidos los animales¹⁸⁴.

La superación de las tesis conservadoras respecto de la responsabilidad del estado, se dio a través de un proceso arduo, en el cual la jurisprudencia, al principio dubitativamente, fue entendiendo y admitiendo que el estado no tiene una personalidad escindida, y, por el contrario, es una entidad única que sencillamente se desenvuelve en diversos ámbitos, algunos de ellos perteneciente a la esfera del derecho público y otros a la del derecho privado. Cuando se recepcionó esta idea, no fue ya difícil dar el siguiente paso, vale decir, el someter a la persona jurídica estado, de carácter público, a las consecuencias derivadas de su desempeño en ámbitos gobernados por el derecho privado, y con ello,

¹⁸² Adorno, Luis O., Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., págs. 78/79.

¹⁸³ Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, T. IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1998, pág. 163 y sgtes.; Saux, Edgardo Ignacio/Müller, Enrique Carlos, Responsabilidad Civil y Aquiliana, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2005, pág. 396 y sgtes, pág. 441 y sgtes. ; Alterini, Atilio Aníbal/López Cabana, Roberto, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, 1999; Gherzi/Rossello/Hise, Derecho y Reparación de Daños, Editorial Universidad, Tomo I, Bs. As, 1998, pág. 40 y sgtes.

¹⁸⁴ Andrada, Alejandro, Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad por Daños, Derecho de los Contratos, Teoría General del Contrato, Ed. UNFL, FCJS, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 2005, pág. 46.

finalmente, a la responsabilidad por daños del Derecho Civil. “El fundamento de la responsabilidad *stricto sensu* reside, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente, en definitiva, en no dañar a los demás o *alterum non laedere*, de la compendiosa fórmula de Ulpiano; por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser, también y sin duda, el primero en respetarlo”¹⁸⁵. “El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra”¹⁸⁶.

2. Especies y Caracterización Jurídica.

Ya hemos mencionado tópicos anteriores que la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Esta clasificación, que como vimos es más bien doctrinaria, y que hoy tiende a perder protagonismo, ante las nuevas tendencias de concebir la disciplina de daños como un todo único, no está, sin embargo, excluida cuando analizamos el obrar del estado, y todavía es empleada con frecuencia por la dogmática. “La responsabilidad del Estado, como en general la de todo ente jurídico, puede ser de dos tipos esenciales: a) contractual; b) extracontractual, según que ella, respectivamente, obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convenidas”¹⁸⁷. “La actividad del Estado puede generar responsabilidad en su accionar previo a la celebración de un contrato (responsabilidad precontractual), en la ejecución y extinción

¹⁸⁵ Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 112.

¹⁸⁶ Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 9ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. pág. 938.

¹⁸⁷ Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 100.

de un contrato (responsabilidad contractual) y en sus relaciones con los administrados cuando, sin que medie vínculo contractual o precontractual, ocasiona perjuicios especiales que configuran los supuestos de responsabilidad extracontractual”¹⁸⁸.

No resulta ocioso recordar nuevamente aquí que la responsabilidad contractual del estado surgiría cuando haya una violación de una obligación concreta específica y determinada, surgida de fuente voluntaria, especialmente, de los actos negociales, por virtud del cual dos sujetos perfectamente individualizados, de los cuales uno de ellos es el estado, regulan con carácter previo sus intereses.

Cuando el estado asume contractual o negocialmente obligaciones, todo lo relativo a su cumplimiento o posible incumplimiento se entiende, entonces, sometido al régimen general de Derecho Civil. Esta responsabilidad, que desde luego es directa, asienta su regulación en normas constitucionales y legales, en particular los artículos 94 y 95, concordante con el art. 97 del Código Civil. Como estas obligaciones se generan en el marco del actuar de una persona jurídica, el estado, las mismas tendrán eficacia vinculatoria en la medida en que los órganos de actuación se muevan dentro de los límites de atribuciones y competencias de que efectivamente se hallen investidos. Como contrapunto a esta fuente de responsabilidad civil tenemos la responsabilidad extracontractual, la cual no ancla, como la anterior, en una obligación específica, resultado de una vinculación jurídica previa establecida por sujetos determinados, sino en un deber genérico: el respeto a la esfera y los bienes jurídicos de los otros sujetos con los cuales convivimos en sociedad.

Este tipo de responsabilidad que estamos comentando, de fuente extracontractual, admite, a su vez, sub clasificaciones. En efecto, el obrar de los sujetos puede ser o no

¹⁸⁸ Dromi, Roberto, op. cit. pág. 939.

conformado a derecho, en el primer caso, estamos frente a los así llamados actos lícitos, y en el segundo, ante los actos ilícitos o antijurídicos. Ambos modos de obrar pueden engendrar, eventualmente, responsabilidades civiles.

Ahora bien, el estado, lo sabemos, es una persona de existencia ideal. Los entes jurídicos solo pueden actuar por medio de sus agentes, esto es, personas físicas, el estado también actúa por intermedio de los agentes públicos. Sin embargo, el derecho público no admite que ciertos actos de los agentes sean atribuidos o considerados como actos de la entidad estatal. En efecto, el acto administrativo tiene las cualidades de legalidad y regularidad, según las cuales en el acto administrativo existe una necesaria conformación a derecho¹⁸⁹, lo cual impediría considerar al acto antijurídico del agente público –cuya naturaleza es esencialmente el de ser contrario a la norma– como acto propio del estado. No obstante esta circunstancia, es obvio que el desempeño de los agentes públicos carece de la perfección que suponen los principios de legalidad y regularidad antes referidos. Y, también es perceptible que esas irregularidades o defectuosidades, que pueden llegar a impactar en la órbita de los derechos e intereses de otros sujetos, están ligadas a la función que se encomienda al agente, así como al conjunto de facultades y atribuciones de que se le dota a tal fin, facultades que no son sino una expresión parcial –mayor o menor– del poder y la soberanía estatales.

Es comprensible, pues, pese a no poder atribuir el acto irregular del funcionario al estado, como propio de éste último, se llega a la solución de adjudicar al estado las consecuencias negativas de ese obrar impropio, y con ello el deber u obligación de reparar los efectos perjudiciales consiguientes. La forma en que esta responsabilidad

¹⁸⁹ Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, 4ta. Edición, Bs.As., nrs. 426 y 427.

estatal debía ser cumplimentada fue también objeto de extensos debates. La principal dicotomía en este orden se cristalizó en dos principales vertientes, la responsabilidad principal, que algunos también llaman inmediata, y la responsabilidad subsidiaria, de cuya caracterización nos ocuparemos más adelante.

Los ilícitos no son, empero, la única fuente posible de daños extracontractuales. Efectivamente, en los últimos tiempos se ha consolidado la doctrina de la responsabilidad estatal por actos lícitos, esto es, aquellos que no vulneran ninguna norma –legal o de otro orden– que son producto de la actuación regular de los agentes públicos, en ejercicio de sus atribuciones estatales y dentro de los límites de las mismas. Pero cuando estos actos, pese a su licitud, generan un perjuicio que impacta en la esfera jurídica del titular de un bien o derecho, estamos frente a la cuestión de su indemnizabilidad. La respuesta afirmativa a esta pregunta se sostiene en que el actuar del estado es ejercicio de la soberanía, es decir, de un poder supremo que, de alguna manera, pende con cierta ominosidad sobre los individuos, y que tiene el potencial de causar perjuicios exorbitantes sobre bienes e intereses de los sujetos, de forma puntual y desproporcionada respecto de los restantes individuos. Una cierta insinuación de justicia distributiva¹⁹⁰, por virtud de la cual aparecería como justo el recomponer el patrimonio del sujeto que ha sido desproporcionadamente afectado por el obrar estatal en aras del bien común: “Tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen la responsabilidad extracontractual del Estado en: 1. Responsabilidad del Estado por actividad lícita; 2. Responsabilidad del Estado por actividad ilícita. En este sentido, Cassagne nos dice que tampoco toda la responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza y régimen

¹⁹⁰ Introducida por Aristóteles como lo justo o lo correcto con respecto de la asignación de bienes –y nosotros añadimos: de males– en una en un determinado grupo social, Stanford, Enciclopedia of Philosophy, Stanford University, Stanford –California, 2013.

jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas”¹⁹¹. La jurisprudencia ha acompañado también este desarrollo¹⁹², así como la doctrina más aceptada ha mantenido que: “La CSJN tiene resuelto que para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado son requisitos ineludibles: 1. La existencia de un daño actual y cierto; 2. La relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio; 3. Y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado. 4. A lo que cabe agregar la ausencia en el sujeto pasivo del perjuicio del deber de soportarlo, ya que existen daños universales, que son de obligatoria aceptación para todos los ciudadanos [...]. Tal responsabilidad estatal por daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia del nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios –de cualquier orden– que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos.”¹⁹³.

Presupuesto ineludible de la responsabilidad estatal por actos lícitos es el nexo causal entre el obrar regular y el daño causado; este vínculo causal adquiere características

¹⁹¹ Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 104.

¹⁹² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Quilmes, ALVAREZ MIRTA ELISA C/ POLICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ INDEMNIZACION, Sent. N° 13, 29 de marzo de 2007, Expte. N° 2851/04; "Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N°: B-5501/96 Ordinario por daños y perjuicios: M. B. y otros c/ Policía de la Provincia y otros" - STJ DE JUJUY - 17/08/2006; A. 247. XXXVI - "Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ E. N. -M° de Justicia- y otros/ proceso de conocimiento" - CSJN - 04/11/2003; CSJN, P. 828. XLI, Pistone, Ciro Alberto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios 29/05/2007; ARGANARAZ GLORIA DEL CARMEN c/ ESTADO NAC. MINISTERIO DEL INTERIOR GENDARMERIA NACIONAL s/ daños y perjuicios, Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 6-09-2005.

¹⁹³ Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 109.

especiales en este tipo de responsabilidad. En tal sentido, la jurisprudencia ha sostenido que: “la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales - vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica [y ...] que excede las consecuencias normales y necesarias derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrollada.”¹⁹⁴

Una segunda sub clasificación de la responsabilidad extracontractual es la que distingue entre la responsabilidad propia y la responsabilidad por hechos y actos ajenos, también llamada refleja.

La responsabilidad se concibe como propia cuando se genera en el actuar de la persona misma, los actos propios. Son actos propios los que derivan de la voluntad del sujeto, y son efectuados con intención y libertad. En este caso la responsabilidad se califica de directa porque se aplica directamente al sujeto que produce el acto que genera la responsabilidad. En los supuestos en los que el acto dañoso no es generado de modo inmediato por el sujeto a quien se imputa las consecuencias, sino en otro sujeto distinto

¹⁹⁴ CSJ Argentina, Fallos: 317:1233; Fallos: 308:2626 y 317:1233.

de él, con el cual el primero se halla vinculado por un conjunto de vicisitudes, estamos en presencia de la responsabilidad refleja o indirecta.

Ya hemos visto más arriba que las personas jurídicas actúan a través de órganos de expresión conformados con o por personas físicas. En efecto, las personas jurídicas forman y expresan su voluntad a través de sus órganos estatutarios o legales. En cualquier supuesto, requieren siempre del concurso de actos y voluntades de personas físicas, es decir, de aquellas personas físicas que conforman sus órganos. El estado, también lo hemos señalado, forma parte de este segundo grupo, pero, a diferencia de las restantes personas jurídicas, la gestación y manifestación de su voluntad es un proceso complejo, en el cual interactúan órgano, agentes, con competencias, funciones y jerarquías, todas las cuales se estructuran de conformidad con precisas reglamentaciones legales, y con personas físicas que se incorporan a los cuadros orgánicos de la función pública, pero que también continúan siendo al mismo tiempo sujetos particulares con su órbita propia de acción.

Entonces, queda claro que el estado necesariamente se sirve de sujetos físicos para actuar, y el desempeño más o menos regular de éstos es lo que le puede ser atribuido por vía refleja. Esta conclusión no se deslegitima aun si consideramos la vigencia de la teoría del órgano que informa el actuar de las personas jurídicas en nuestro Derecho Civil, y por la cual los actos regulares de los agentes y funcionarios públicos, cualquiera sea categoría, se imputan de modo directo al estado, sin que medie una idea de representación o mandato entre ambos.

El obrar del estado, que es fruto de la actividad regular de sus funcionarios, es obrar propio y genera una responsabilidad también propia. No ocurre lo mismo, como ya lo apuntáramos más arriba, con el obrar irregular de los agentes estatales, que no puede

ser imputado orgánicamente al estado, y que mantiene la separación subjetiva entre el agente y la entidad estatal, de modo tal que cualquier asignación de responsabilidad solo puede resolverse por la vía refleja, aunque existen tesis minoritarias que han propuesto, para estos casos, la responsabilidad directa¹⁹⁵.

Una tercera categoría de distinción es la consideración del orden en que han de responder los sujetos ante una situación de pluralidad de obligados al resarcimiento. En este sentido, podemos hablar de responsabilidad primaria o de primer grado y responsabilidad subsidiaria. En el primer caso, cualquiera de los sujetos obligados se encuentra en la primera línea de responsabilidad ante un acto perjudicial. En el segundo caso, existe uno o varios sujetos cuya responsabilidad indemnizatoria solo aparece por defecto del sujeto primariamente responsable, y cuando este primer grado de responsabilidad ha fracasado.

En nuestro país la doctrina ha adscripto a las consideraciones que acabamos de referir y ha dicho que: “El primer caso de responsabilidad de la Administración es la emergente de actos antijurídicos (delitos y cuasidelitos) de sus agentes. Se la llama responsabilidad indirecta en razón de que la Administración la asume por actos de sus agentes y no por actos propios. El segundo es el de la responsabilidad por actos jurídicos regulares (legislativos, administrativos y judiciales), responsabilidad directa, puesto que son actos propios que le son jurídicamente imputados. El tercero, responsabilidad por hechos accidentales acaecidos dentro de la Administración, responsabilidad por riesgo, ya que ocurren sin culpa de los agentes y tampoco son actos propios de la administración”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Adorno, op. Cit., pág 80.

¹⁹⁶ Villagra Maffiodo, Salvador, Principios de Derecho Administrativo. 1ª ed., El Foro, Asunción, 1981. Pág. 299.

En cuanto a la responsabilidad por actos lícitos, la misma está también incorporada a nuestro sistema de derecho. El estado debe también sujetarse al deber de respetar la esfera jurídica de los sujetos y la intangibilidad de sus derechos, siendo, como es, el ente al cual todos esos sujetos le encomiendan la función de proteger sus bienes jurídicos, conforme lo manda la constitución en sus artículos 9 y 33. En este contexto, mal puede pensarse que quien garantiza la tutela de los derechos no asuma consecuencias cuando es el mismo quien los vulnera.

Esta concepción del estado como responsable por sus actos lícitos tiene su fundamento en normas constitucionales y legales que combinadas nos permiten llegar a una respuesta afirmativa respecto del punto. Por un lado, el Art. 39 de la Constitución Nacional contiene una fórmula genérica del derecho de cualquier sujeto a ser indemnizado de manera justa y adecuada por los daños y perjuicios que el estado le ocasionare. La responsabilidad allí consagrada no se liga a ningún supuesto de ilicitud o antijuridicidad, ni de vulneración de normas jurídicas, lo cual es indicativo de que dicha responsabilidad no es del tipo de la derivada de actos ilícitos. La idea se complementa y termina su formulación cuando leemos el Art. 106 de la Carta Magna, el cual específicamente se ocupa de la responsabilidad derivada de trasgresiones, delitos o faltas cometidos por funcionarios o agentes públicos en el desempeño de sus funciones. Si el Art. 106 trata de los actos ilícitos, el Art. 39 no podría abarcar la misma materia, sin resultar reiterativo o superfluo, lo cual no es admisible en un sistema jurídico, por lo tanto, no cabe otra interpretación del Art. 39, que la de entender que se ocupa de los actos lícitos o regulares del estado.

La determinación sobre si la actuación del estado es lícita o ilícita, y la consiguiente responsabilidad que pudiera derivarse de ella, es esencial, pues, dependiendo del tipo de

responsabilidad, las consecuencias serán de una u otra clase, así como la forma como la misma pueda ser efectivizada. En efecto, si el acto es lícito la obligación de indemnizar cae directamente sobre el estado, de modo exclusivo y propio. Esto implica, naturalmente, que no se trata de una responsabilidad refleja, dado que el acto es lícito necesariamente también es regular, y, por ende, atribuible directamente al estado, junto con sus efectos.

Ya hemos visto en el Art. 106 el sustento constitucional de la responsabilidad del estado por sus actos ilícitos. Esta norma encuentra también su pendón legal en Art. 1845 del Código Civil, el cual es incluso anterior a la Constitución Nacional, pero muy similar en su redacción. Ambos estatuyen que la responsabilidad por actos antijurídicos perpetrados por los funcionarios o agentes del estado –aquí debe incluirse también a las municipalidades, entes autónomos y autárquicos– comprometen una responsabilidad refleja, en virtud de la cual las consecuencias de estos actos se atribuyen al ente estatal, pero, amén de refleja, la responsabilidad es también subsidiaria o de segundo grado, por lo cual el sujeto inmediatamente responsable ha de ser el funcionario actuante.

3. Presupuestos.

Luego de establecer los tipos de responsabilidad estatal, en línea con el presente trabajo, hemos de referirnos a la responsabilidad por actos ilícitos o antijurídicos, analizando sus elementos principales, y vinculándolos al problema de la responsabilidad por omisión por parte del empleador del cumplimiento de su obligación de inscripción del trabajador en el sistema de Seguridad Social.

3.1 El Antijurídico: El Deber de Vigilancia.

La base de la responsabilidad por hechos ilícitos es el acto antijurídico. Ya hemos visto que el antijurídico se base en un actuar voluntario que puede consistir en una acción o en una omisión que contraviene el derecho considerado como un todo.

De modo que lo que primero debemos establecer es un deber jurídico genérico a cargo del estado que su agente o funcionario haya violado.

En el tema que nos ocupa, la obligación de inscripción, ciertamente recae sobre el sujeto empleador; empero, al estado compete un deber de vigilancia sobre los sujetos compelidos al cumplimiento de la misma. Este deber se encuentra consagrado de modo general en el Art. 175 de la Constitución Nacional, como un deber de protección genérico, que recae en el Poder Ejecutivo; luego, más específicamente, este deber encuentra formulación normativa reglamentaria en la Ley n° 375/56, que aprueba el Decreto ley n° 1860/50, y las modificaciones, en sus Arts. 15, incisos “h” y 69. Paralelamente, también el Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, creado por la Ley n° 5115/15, tiene una competencia –y, por ende, un deber– de control, supervisión y vigilancia relativa al cumplimiento de las normas de Seguridad Social, entre las cuales también se encuentra la que prescribe al empleador su obligación de inscripción, alta y cotización, conforme con los artículos 12, numerales 3 y 6, 16 y 28 numeral 8. Es claro que, tratándose de un deber funcional, su cumplimiento es compulsorio; de modo que su mera omisión o no acatamiento constituye un hecho contrario a derecho, es decir, un antijurídico.

El Art. 106 de la Constitución Nacional exige dos requisitos para que opere la responsabilidad subsidiaria del estado, a saber: la calidad de funcionario o empleado público en el sujeto que comete la falta o trasgresión, y que ese funcionario o empleado público haya actuado, al cometer dicha falta o trasgresión, en ejercicio de sus funciones.

Este requerimiento es explicitado en el diario de sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1992, en la que, cuando se discutía este preciso artículo, se sostuvo: “Ahora, lo que queremos reglamentar es la culpa subjetiva del Estado cuando el Estado legítimamente no comete un daño, sino cuando el Estado por error, o por infracción, o por dolo, o por culpa de su funcionario público, comete el daño. Entonces, no en todos los casos el Estado va a ser responsable (...). Vamos a crear la responsabilidad del Estado, pero dentro de un marco jurídico preciso, claro, donde se distinga eficazmente cuándo va a ser responsable el Estado, porque queremos un Estado responsable, pero no queremos un Estado pagador de todos los errores del mundo”¹⁹⁷.

Así pues, como no todos los actos de los funcionarios públicos traen aparejada la responsabilidad subsidiaria del estado, aquellos que provengan de la actividad personal del sujeto, desligada del desempeño de sus funciones, no comprometerán al estado. De este modo, la definición de a qué órgano o agente compete el deber de vigilancia es esencial para poder asignar responsabilidad. No huelga recordar aquí, una vez más, que el carácter de agente público puede revestir varias formas, la de funcionario, empleado o contratado, mientras exista una relación de dependencia con el Estado.

La responsabilidad por actos ilícitos, reflejo del actuar irregular de personas físicas que invisten la calidad de funcionarios públicos, normalmente exige la identificación de la persona física que cometió el acto. Sin embargo, en el supuesto particular que estamos analizando aquí, este requisito importaría imponer al trabajador eventualmente legitimado, una carga que sería onerosa y casi impracticable, lo cual colocaría a la responsabilidad estatal proveniente de esta fuente, en un derecho ilusorio. Bien es cierto que el estado solo puede proveer a su defensa respecto de una posible acción de

¹⁹⁷ Diario de Sesiones n° 20, Plenaria, pág. 22, Convencional Bernardino Cano Radil.

indemnización entablada en su contra, si conoce al sujeto primario responsable del acto, lo cual le permitirá dilucidar si es realmente funcionario, así como su competencia y desempeño; pero la maraña burocrática que debería atravesar el trabajador legitimado para proveer este dato plantearía una exigencia, como ya dijimos, prácticamente insuperable. Por tanto, somos del parecer que el requisito que venimos examinando se satisface con la sola invocación de la existencia del deber y su omisión, quedando a cargo del estado el demostrar que dicho deber no se encuentra en ninguna de las competencias de sus agentes, lo cual, atendiendo a las normas que hemos enunciado más arriba, no sería propiamente sostenible. Esta solución se encuentra en mejor correspondencia con la garantía de protección a los derechos humanos, comprometida por el Estado Paraguayo, en especial en relación con el acceso a la justicia y a una reparación justa por sus actos propios y por los de sus agentes, largamente consagrada en instrumentos internacionales, a saber, la Convención Americana de los Derechos Humanos –Art. 1, 2, 5, 8 y 25 –, así como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas –Art. 3, 7 y 10.

Finalmente, la determinación del elemento de antijuridicidad plantea un último problema: el principio de presunción de legalidad y legitimidad de los actos de la administración, al que ya hemos aludido más arriba. Por virtud de este principio, lo sabemos, los actos de la administración se presumen conformados a derecho, salvo demostración en contrario. Este punto ha sido debatido en doctrina¹⁹⁸. Ahora bien, sabemos que un acto regular solo tiene tal cualidad cuando se ajusta a algunas reglas en

¹⁹⁸ Dromi, Roberto, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, Bs.As., págs.221 y 438; Marienhoff, op. cit., Tomo II, nro. 430 y 432.; Villagra Maffiodo, op.cit. pág. 129; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot - Lexis-Nexis, T II, 7ma. Ed., Bs. As., pág., 212.

su ocurrencia; una exigencia obvia es que debe cumplir los mandatos de la norma, pero existen situaciones en las cuales este mandato legal deja al agente público un ámbito de discrecionalidad, que puede ser mínimo o mucho más amplio. En este menester el cotejo de la conformidad del acto con la norma se determina según que el acto cumpla también los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que permiten excluir toda ilicitud y cuya atención, normalmente, evita que se produzcan daños a los derechos de las personas administradas.

Este escenario que venimos describiendo se ajusta plenamente al actuar del estado por acción. Pero qué ocurre cuando estamos ante una omisión. Es evidente que la inactividad total ante un mandato de acción, siempre será antijurídica. Ahora bien, entendemos que ante un deber genérico de tutela o vigilancia, la caracterización del acto como regular –o no– debe necesariamente tomar en consideración las medidas planeadas y ejecutadas por el estado para la consecución de este objetivo, que en cierta forma aparece como deletereo. Aquí adquiere enorme importancia la tríada que acabamos de referir, vale decir, si ha habido alguna actividad estatal dirigida a efectivizar el deber genérico, ella debe ser congruente, oportuna y proporcional en relación con aquel deber. La congruencia importa la debida correspondencia entre las distintas partes, que componen un todo, su existencia supone la conformidad entre todos los actos administrativos, aisladamente considerados, que componen el proceso total de actuación¹⁹⁹. Por su parte el criterio de oportunidad, que se vincula al concepto de conveniencia y mérito, y que consiste en la decisión sobre la pertinencia del acto estatal, ante un determinado contexto. Su forma más típica es la de la abstención, vale decir, ante la inconveniencia del obrar, se abstiene de hacerlo. En general ha sido visto en contraposición teórica al

¹⁹⁹ Dromi, op. cit., pág. 784 y 802, por analogía a la referencia del proceso administrativo.

principio de legalidad, el cual se soslaya total o parcialmente y de forma puntual de acuerdo con una valoración sobre criterios comparativos, que a menudo suponen la elección entre dos o más caminos jurídicamente legítimos²⁰⁰.

La determinación de la conformidad del actuar del estado a esta exigencia, y, mucho más, justiciabilidad ha sido ampliamente debatida, y es doctrina predominante que el juzgamiento sobre la oportunidad, conveniencia o mérito se encuentra muy restringido, a los casos en los que una norma lo autorice de forma expresa²⁰¹.

Por último, el principio de proporcionalidad, ligado al canon de racionalidad, que implica la evaluación de la racionalidad sobre los medios y el resultado perseguido, la cual debe ser efectuada sobre las bases de la exigencia de idoneidad y necesidad del acto. Es interesante apuntar que la actuación de este principio puede verse desde un doble punto de vista, tanto como una limitación o restricción a la actividad del estado, en la forma de un estándar de control de la actividad estatal, en particular la que tiene intervención sobre las libertades individuales constitucionalmente reconocidas, pero también, como una limitación de la libertad general de los individuos, esta última estrechamente relacionada con las decisiones públicas que afectan la igualdad formal. En síntesis, implica sopesar si la actuación estatal se adecua a las necesidades y fines públicos que la sustentan, de consuno con el contexto fáctico y las circunstancias que se encuentran presente, evaluando la posibilidad o capacidad que tiene el actuar estatal de

²⁰⁰ Mairal, Héctor A., Control Judicial de la Administración Pública, Tomo I, Depalma, Bs.As., 1984, pág. 652 y sgtes.

²⁰¹ Tawil, Guido S., Algunas reflexiones respecto al alcance del control judicial de la actividad administrativa, ED 122/811 y sgtes.

satisfacer el fin perseguido²⁰²; la jurisprudencia se ha hecho también eco de esta posición de manera reiterada²⁰³.

Por supuesto, un panorama diferente se presenta cuando el deber es específico, su mera omisión ya haría incurrir al estado en responsabilidad. El verdadero *quid* se plantea cuando el agente estatal acata el mandato específico, pero el resultado general de vigilancia y tutela no es satisfecho. Aquí la solución transita por una evaluación de la actividad del agente estatal, nuevamente según los criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que ya hemos desarrollado más arriba. Todo esto no llega a configurar, sin embargo, una obligación de las llamadas “de garantía” por virtud de la cual se asegura al sujeto –en este caso al trabajador beneficiario– la verificación de un cierto resultado. En efecto, si bien el iter obligacional que conduce a la consecución de un cierto objetivo o misión –en nuestro caso de vigilancia o tutela respecto de la inclusión del trabajador en el sistema de Seguridad Social– bien puede estar constituido de varios pasos concretos, como la habilitación y conducción de un registro obrero-patronal, la inspección y el requerimiento del auxilio de la justicia en caso de que el empleador obstruya ésta, etc., ello no implica la necesaria obtención del resultado final de vigilancia. Todo esto sin olvidar, por supuesto, que esos resultados parciales deben estar idóneamente dirigidos a la consecución del objetivo o resultado final que informa el iter de actividad. Insistimos, nuevamente entran a jugar aquí los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

3. 2 Factor de Atribución.

²⁰² Tribunal Constitucional Español, expediente 045-2004-AI/TC; Blanke, Hermann-Josef, El principio de Proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano, Derecho Administrativo, Bs.As., 2008, pág. 603 y sgtes.

²⁰³ Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos 135: 113; 234: 538; 310: 112.

El nexo subjetivo de atribución vincula el hecho dañoso con un sujeto determinado, y permite atribuir a éste la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales derivadas del mismo.

Ya hemos dicho antes que el factor de atribución conoce dos grandes vertientes: la atribución objetiva, también llamada sin culpa, y la atribución subjetiva. En la determinación de la responsabilidad estatal por la omisión de los deberes de vigilancia y fiscalización a cargo del estado, debemos excluir el factor de atribución objetivo, ya que el mismo es taxativo y solo opera en presencia de una ley que expresamente lo consagre, mientras que la norma civil general contiene una prescripción clara respecto de la posición de imputabilidad del estado: el Art. 1845 del Código Civil, ya citado, que reglamenta el art. 106 de la Constitución Nacional, prevé la atribución refleja de responsabilidad, lo cual implica necesariamente echar mano del factor subjetivo.

El Art. 1845 que venimos refiriendo contempla dos formas de atribución subjetiva indirecta: la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo*, la primera hace relación con el deber de supervisión que tienen aquellas personas que cargan legalmente con los actos y hechos de otros sujetos²⁰⁴, usualmente incapaces: la derivada de la patria potestad, de la disciplina en las instituciones educativas, etc.

La segunda, la culpa *in eligendo*, es aquella que se origina en vinculación que une a dos sujetos en una relación de asimetría, por la cual uno tiene poder de dirección sobre el otro, al cual también ha seleccionado, escogido o designado para cumplir con una determinada tarea o función²⁰⁵. Es lógico, por ende, que el sujeto que hizo la selección y

²⁰⁴ Trigo Represas, op.cit. Tomo I, págs. 731/733.

²⁰⁵ Busso, Eduardo, Código Civil Anotado, Tomo III, nro. 112, Editorial Adiar, Bs.As., 1954; Visintini, Giovanna, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Astrea, Bs. As., 1999, parágrafos: 61 y 62.

tiene el control sobre el desempeño, deba poner en estos dos momentos todo el cuidado y diligencia necesarios para obtener un resultado óptimo. Caso contrario la negligencia, imprudencia o impericia con que un principal ha escogido a sus dependientes, así como al control sobre la actividad que éstos desempeñan para él, necesariamente han de determinar su posición subjetiva frente a las terceras personas a las cuales el obrar irregular del dependiente ha causado perjuicio, y han de comprometer la responsabilidad del principal.

Es obvio que la responsabilidad del estado se inscribe en esta última categoría.

De las normas, legales y constitucionales, citadas, se ve que existen dos requerimientos para que el agente o funcionario público comprometa la responsabilidad de su principal – estado o entidad estatal–, que ya han sido también analizados, y que son: la necesaria calidad de funcionario del sujeto agente del daño, y que el hecho se haya verificado en el ejercicio de la función de su competencia. Volvemos a recalcar que la calidad de funcionario está expresada aquí de un modo genérico, y comprende todas las formas bajo las cuales aparece: empelado, funcionario y contratado.

Finalmente, señalaremos un problema cuyo análisis excede a este trabajo, y es el momento a partir del cual debe considerarse que un sujeto inviste la calidad de funcionario, habida cuenta que existen varios momentos en el iter de nombramiento o designación –concurso, designación, etc. Baste decir que es un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de evaluar la responsabilidad *in eligendo* del estado.

Todo esto nos refiere al alcance de la responsabilidad del Estado, la cual, podemos decir, no configura lo que da en llamarse una "obligación de seguridad". En efecto, este tipo de obligación encuentra aplicación, según la tesis mayoritaria, en las relaciones contractuales. Como ya vimos, la obligación de Estado está sumida en la esfera

extracontractual, pues con el particular trabajador afectado por la omisión solo le vincula un deber jurídico genérico.

Ello no implica que el empleador, sobre quien sí pesa una relación obligacional contractual, no esté obligado a responder de su omisión con el alcance que tal categoría “de seguridad” impone. De ello nos hemos ocupado en el capítulo correspondiente.

3.3 Relación de Causalidad.

No nos ocuparemos aquí de los daños o perjuicios que pueden originarse por la falta de vigilancia y fiscalización del estado en relación con la obligación del empleador de inscribir y cotizar al trabajador dependiente. En la sección correspondiente nos hemos explayado con largura sobre este punto, que también es un elemento o presupuesto imprescindible, como vimos, de configuración del nacimiento de la obligación de indemnizar. Entonces, y dicho ello, nos abocaremos al cuarto elemento, el nexo causal.

Ya hemos desarrollado en la parte pertinente lo atinente a los conceptos que conforman este elemento, baste recordar que el nexo causal es aquella vinculación objetiva entre el hecho, en este caso de omisión del estado, y el evento dañoso ocurrido en el ámbito de los derechos del individuo trabajador cuya inscripción se hubiere preterido. Esta línea de causalidad implica, inexorablemente, la definición de lo que puede considerarse una lesión a bienes personales o patrimoniales del trabajador según el curso ordinario de las cosas.

La falta de inscripción es un hecho que primariamente es causado por la omisión del empleador, pero el estado, al prever deberes de vigilancia y fiscalización, obviamente, está aceptando que los particulares bien pueden incumplir dicha obligación y que a él le corresponde compeler la conducta debida. Por tanto, los daños que se deban a la falta de inscripción encuentran, también, una razonable causalidad en la ausencia o falta de

cumplimiento de los deberes de vigilancia del estado, asumidos normativamente por el mismo.

Es imprescindible hacer un *caveat* en este punto, la línea causal debe atender al hecho de que el trabajador no inscripto que sufre un accidente de trabajo igual está intitulado a las prestaciones que el sistema de Seguridad Social brinda al trabajador inscripto. Lo propio puede decirse del trabajador inscripto cuyo empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes obrero-patronales, que tiene derecho a todas las prestaciones, independientemente de esa mora, por expresa disposición legal –Arts. 31 y 48 del Decreto Ley n° 1860/50 y sus modificaciones.

Si, en tales circunstancias, el ente previsional, no obstante el mandato legal expreso, deniega el servicio, las consecuencias perjudiciales de tal denegación deben reclamarse en el ámbito que es propio de tales asuntos, vale decir en el marco de un conflicto con la previsional, el cual no tiene la índole de un ilícito extracontractual, pues, no se trataría de la mera vulneración de un deber jurídico genérico, sino del incumplimiento de una obligación de fuente legal, de provisión de un servicio público de los que la doctrina conoce con el nombre de “*ut singuli*” , aún a pesar de la aparente indeterminación del sujeto activo de dicha obligación²⁰⁶. Esta conclusión lleva a la inevitable consecuencia de que en la denegación de servicio estaríamos ante una responsabilidad directa y principal del estado, y no refleja y subsidiaria.

4. Subsidiariedad.

Cabe ahora analizar qué significa o implica “subsidiariedad” y cuáles son sus consecuencias jurídicas; la subsidiariedad refiere al grado o ubicación en la cual se encuentra un deudor respecto del cumplimiento de un crédito generado con base en una

²⁰⁶ Marienhoff, op.cit., Tomo II, págs.53/54.

determinada obligación. En ese sentido, debemos precisar que el sujeto que es responsable subsidiariamente es aquel que se encuentra por detrás del obligado –u obligados– principales en el *iter* obligacional coactivo; es decir, este solo puede ser compelido a una *solutio* forzosa de la deuda después de aquel deudor que está llamado a cumplir en primer lugar.

Esta situación nos lleva a decir que el obligado subsidiario debe ser requerido luego de haberse reclamado al obligado principal, y, solo en el evento de que a éste le sea imposible hacer frente a su responsabilidad, ejemplo: insolvencia, se activa la facultad de reclamar coactivamente al responsable subsidiario el cumplimiento de la obligación.

Lo dicho hasta aquí significa que la persona que busca la reparación de su perjuicio tendrá que reclamar previamente al obligado principal, de no hacerlo así, y en el caso en que demande en primer lugar al estado, este podrá oponer como medio de defensa la omisión por parte del actor de requerimiento previo al obligado ubicado en primera línea, es lo que se conoce como beneficio de excusión. Así lo ha entendido también el maestro De Gásperi, quien en su nota al anteproyecto del Código Civil comenta: “Nadie sabe en qué puede consistir la responsabilidad indirecta del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusación de los bienes del deudor principal...”, mostrándose ciertamente crítico en cuanto al sistema por el que se había optado: “Bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaban ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho Público, el primero de los cuales es el propio Estado, tal como lo dejamos explicada en nuestra nota al art. 86...”.

Debemos precisar que la excusión que permite la subsidiariedad no es falta de legitimación pasiva; por ende, no puede dar lugar a una defensa de falta de acción por

parte del reclamado –en nuestro caso, el estado– pues no se trata de que el estado no esté obligado –lejos está de significar esto lo establecido en el Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1845 del Cód. Civil. En cabeza del estado pende una obligación surgida de su responsabilidad civil, indirecta y refleja, eso sí, pero responsabilidad al fin, que puede ser exigida dentro de los límites y conforme con los presupuestos legales.

Sin embargo, se debe considerar que la obligación de indemnidad a cargo del estado no es solamente subsidiaria, sino es también refleja en nuestro derecho civil, por lo que previamente debe determinarse la existencia de una obligación en cabeza de un responsable directo y principal. Es por esta circunstancia que el reclamo no puede dirigirse solamente al estado, porque la declaración de certeza de su obligación depende de la configuración y determinación previa de la responsabilidad del agente público generador del daño. Una vez cumplido este paso puede ligarse al estado como obligado reflejo y subsidiario.

Ahora bien, en estas condiciones, siendo necesaria la determinación previa de la responsabilidad del agente público en orden de condenar también al estado, cabe preguntarse si para ello sería preciso entablar primero una demanda solo contra la persona física agente del daño, transitar todo un juicio que deba tener como resultado el fracaso de la satisfacción o reparación del perjuicio invocado, para, recién después, plantear la demanda de conocimiento contra el estado, y proceder a cumplir nuevamente con todos los estadios procesales de este segundo juicio, hasta hacerse de un título que permita al reclamante obtener del estado la reparación del daño sufrido. Entendemos que la respuesta a esta pregunta debe ser dada teniendo en consideración los principios procesales de celeridad, economía procesal y razonabilidad. La aplicación de estos principios nos lleva a esbozar un esquema en el cual es perfectamente factible

entablar una demanda contra la persona física agente del daño –obligado primario– y también acumular la demanda contra el estado, pero con un planteo subsidiario. Esta solución ubicará al estado como sujeto procesal pasivo, situación que le permitirá ejercer todos los resortes procesales en defensa de sus derechos. De esta forma, si la acción es procedente, el reclamante podría obtener una sentencia de mérito contra el responsable directo del daño –agente público– y una condena eventual y condicional contra el estado, la cual entrará a tallar solo en el supuesto en que por razón de imposibilidad el crédito no pueda efectivizarse en el patrimonio del responsable directo y principal del perjuicio.

Debemos dejar en claro que la subsidiariedad no altera ni modifica la solidaridad de la obligación, ni, por ende, de condena, ya que ambos sujetos –el principal y el subsidiario– son deudores por el total de la obligación, solo que uno responde en primer lugar, y el otro, en defecto del primero.

Por último, debe recordarse que la responsabilidad subsidiaria del estado solo es procedente cuando se trata de hechos ilícitos de su agentes, pues –según nuestro diseño legislativo– los daños generados por el obrar lícito de éstos genera la responsabilidad directa del estado, el cual estará ubicado en la primera línea a la hora de responder por las consecuencias dañosas del obrar de sus agentes cuando este reúna los presupuestos de la responsabilidad civil, siempre y cuando no aparezca el elemento de la antijuridicidad.

5. La Ley n° 1493/2000 y sus Implicancias en la Cuestión de la Responsabilidad del Estado.

El análisis de esta ley y sus implicancias es determinante para el estudio que encaramos en este trabajo, pues por medio de ella se dispone la inembargabilidad de los bienes del estado y se regla el proceso judicial del cobro compulsivo de los créditos que contra el mismo tienen las personas. Estos supuestos hacen directa referencia al camino que el sujeto –víctima de un hecho dañoso– debe transitar, a los efectos de lograr la reparación del perjuicio que un agente estatal le ocasionara. En efecto, en la sección anterior habíamos visto que la responsabilidad del estado por los actos antijurídicos de sus agentes es subsidiaria y que ella solo emerge una vez que se definió la autoría del acto dañoso en cabeza del funcionario público, siempre y cuando éste esté imposibilitado de afrontarlo.

Planteado el escenario, debemos analizar la aplicación de la Ley n° 1493/2000 en la jurisdicción laboral. Así, debemos señalar que el Código Procesal Laboral prevé el embargo preventivo como medida cautelar, según los presupuestos establecidos en el Art. 321 del citado cuerpo legal; y, así también, legisla el embargo ejecutivo –que el Código Procesal Laboral denomina “definitivo”, Art 332 C.P.T.– para el caso de ejecución judicial de un crédito surgido como consecuencia de una relación laboral.

Sin embargo, si el crédito que tuviera el trabajador fuere contra el estado, de conformidad con la ley que estamos analizando –la n° 1493/2000– no podrá obtener el embargo de bienes de este particular deudor, ni siquiera en la etapa de ejecución de sentencia.

Debe decirse que esta posición, la que admite la aplicación de esta ley en el fuero laboral, no es unánime y la jurisprudencia de nuestros Tribunales del Trabajo se encuentra dividida al respecto.

Ahora bien, la postura a la que nos adherimos es la que sostiene que la mentada ley es efectivamente aplicable en el fuero laboral; a esta conclusión se llega interpretando la Ley n° 1493/2000 a la luz del criterio de especialidad de la materia, a lo que nos obliga necesariamente el talante del sujeto de la norma en estudio.

En efecto, la misma se ocupa –con exclusividad– de reglar el modo de efectivizar los créditos contra el sujeto “estado”, esta es la materia sobre la cual trata la ley. Por ende, ella debe ser aplicada siempre que se trate de la ejecución de un bien del estado o entidad estatal, independientemente de la jurisdicción en la cual radique la ejecución. Con esto se rebate a aquellos que predicán que, siendo la Ley n° 1493/2000 una modificación del Código Procesal Civil, solo es aplicable en la jurisdicción ordinaria.

Amén de ello, se debe considerar que, en el caso específico de la jurisdicción del Trabajo, el propio Código Procesal del Laboral en su Art. 345, que regla los bienes inembargables, inciso “f” prevé una ventana legal por medio de la cual se incorporan como inembargables los bienes exceptuados por leyes especiales; precisamente ese es el caso de la Ley n° 1493/00 que prohíbe el embargo de bienes en razón del sujeto –el Estado– sin discriminar, al efecto, los tipos de bienes. Por tanto, es básicamente errada la postura que pretende argumentar que los bienes no susceptibles de embargo serían solo los regidos por el derecho público y no así los que caen en el ámbito del derecho privado, los que, de acuerdo con esa perspectiva, que no compartimos, sí podrían ser objeto de embargo y, en su caso, de ejecución judicial.

Debemos dejar en claro que la ley que dispone la inembargabilidad de los bienes del estado no riñe con el rango singularmente privilegiado con el cual es calificado por el Código del Trabajo el crédito del trabajador –Art. 248–, pues no debe confundirse el orden de prelación de pago de un crédito establecido por la ley –privilegio– con las

medidas compulsorias previstas sobre los bienes del deudor para la compulsión del cobro de dicho crédito.

En el caso de ejecución judicial de los bienes del estado, lo que esta ley prevé es una vía diferente de la ordinaria para hacer efectivo el cobro del crédito contra el mismo, a saber, la comunicación por el juzgado al Ministerio de Hacienda a los efectos de la previsión presupuestaria en lugar de la ejecución forzada de un bien determinado del estado.

Es importante que comprendamos que la aplicación de esta ley no importaría *per se* que cuando el deudor es el estado el crédito del trabajador se encuentre en peligro de cobro o que implique una necesaria demora en el pago del mismo. De hecho, de cumplirse a cabalidad la ley en cuestión por el estado central –o por la entidad estatal correspondiente– y por el Ministerio de Hacienda, el trabajador se evitaría el trámite y los costos que conllevan la efectivización judicial de un bien embargado. Empero, tampoco se puede desconocer que esta ley coloca la ejecutabilidad de crédito laboral en manos del propio sujeto incumpliente –estado-, lo cual, de suyo, constituye una paradoja y que en la mayoría de los casos el deudor que tiene un crédito contra el estado debe realizar un largo y penoso peregrinar para obtener el pago de sus haberes, aún cuando se trate de un trabajador; pero esta falta de acatamiento de la ley por parte de los órganos del estado encargados del pago no puede ser subsanada a través de la mera obliteración de la Ley n 1493/00.

6. Conclusiones y Crítica al Sistema.

La aplicación irrestricta del principio de regularidad del acto administrativo impide que el obrar irregular de los agentes estatales pueda ser imputado orgánicamente al estado, como acto de éste; a través de ello se mantiene la separación subjetiva entre el agente

público y la entidad estatal, de modo tal que cualquier asignación de responsabilidad solo puede resolverse por la vía refleja. Esta configuración hace que el estado se desligue conceptualmente de todo obrar irregular y ayuda a sustentar la idea, también plasmada normativamente, de la siguiente cualidad de la responsabilidad estatal, cual es la de la subsidiariedad.

El régimen de subsidiariedad de la responsabilidad del estado, cuya justificación axiológica deviene en cierta medida de la idea de que la consagración de la responsabilidad directa y de primer grado del Estado traería como consecuencia la inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos y con ello una suerte de impunidad, al decir de ciertos doctrinarios, para seguir cometiendo los mismos daños , desemboca, por su parte, en un obstáculo para que el trabajador perjudicado obtenga una rápida reparación por los daños derivados de la conducta omisiva del estado, en cuanto a sus funciones de vigilancia e inspección en el cumplimiento de la obligación de inscripción a cargo del empleador. La situación así creada deviene con facilidad en un tipo de “estado irresponsable”, que en cierta forma se escuda en la responsabilidad primaria de su funcionario.

Este sistema tampoco está de acuerdo con la doctrina más moderna –si bien no indisputada– que considera que todas las personas designadas por el Estado para desempeñarse en determinadas funciones por él encomendadas son agentes suyos, por lo tanto, órganos de él y no “dependientes” en el sentido previsto por el Código Civil. De tal manera que su actuación, mientras sea en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, siempre sería orgánica, y con ello actuación directa del propio estado.

La responsabilidad del Estado debería ser, así, siempre directa, ya sea que sus agentes—órganos realicen actos o hechos legítima o ilegítimamente.

La situación se agrava con la Ley n° 1494/2000, que dispone la inembargabilidad de los bienes del estado y se regla el proceso judicial del cobro compulsivo de los créditos, ya que la ausencia de un patrimonio sobre el cual hacer recaer el cumplimiento compulsivo de una condena a indemnizar, a cargo del estado, vuelve ilusoria para el trabajador la percepción efectiva de la indemnización que le es debida y le obliga, en la mayoría de los casos, a un largo y penoso peregrinar para obtener el pago de sus haberes.

Por lo demás, colocar la satisfacción de este crédito laboral en manos de la pura voluntariedad del estado, vale decir del propio sujeto originalmente incumpliente, constituye una paradoja que no encuentra justificación.

Los empleadores, salvo alguna casual inspección y multa por parte de la previsional, no tienen estímulo suficiente para cumplir con la obligación de inscripción y subsiguiente cotización. Sería menester que se dicten medidas más drásticas para la falta de cumplimiento, como vg. la sanción penal, por la vía de la tipificación de la conducta como delito, al ejemplo de otras legislaciones.

UNIDAD VIII

CASUÍSTICA

1. Análisis

En primer lugar, debemos dejar en claro que la jurisprudencia de los Tribunales Laborales no es unívoca sobre su competencia en materia de daños originados en el marco de un contrato de trabajo. Una parte de la jurisprudencia entiende que los daños referidos a cuestiones de Seguridad Social solo llegan al fuero del trabajo a través del recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones administrativas del ente previsional que denieguen o limiten beneficios a los trabajadores –Art. 241 inc. “c” Cód. Procesal Laboral.

En ese sentido se pronunció la Primera Sala del Tribunal de la Capital en A.I N° 393 de fecha 06 de noviembre de 2013; en este caso, la referida sala del Tribunal confirmó el auto interlocutorio por medio del cual el juez de grado inferior había hecho lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la demandada de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de normas de la Seguridad Social. La Primera Sala Laboral inició el análisis del caso estableciendo los parámetros de la competencia según la materia y según los sujetos. Se sostuvo en el fallo que la competencia laboral se estructura con base en el Art. 40 del Código de Organización Judicial y el Art. 38 del Cód. Proc. Laboral –que establece los sujetos a los cuales aplica la susodicha competencia; según entiende dicha Sala, el art. 40 deroga el Art. 34 del Cód. Procesal Laboral –que habla sobre la materia de competencia laboral. Lo que no se explica es cómo invocando el mismo artículo 40 del Cód. Org. Jud., que establece que los juzgados laborales son competentes para entender en las cuestiones que se suscitan respecto de la aplicación del Código del Trabajo, concluya que los asuntos referentes a daños derivados del

incumplimiento de normas de la Seguridad Social no sean materia de competencia del fuero laboral, cuando que todo el cuerpo normativo sobre Seguridad Social está incorporado al Código del Trabajo en el Libro Cuarto, Arts. 382 y 383. Es decir, por qué razón el fuero del trabajo es competente para entender en asuntos derivados de la aplicación del Código del Trabajo, pero no es competente para entender en las cuestiones que se suscitan respecto de la aplicación de los artículos 382 y 383 del referido código.

La Primera Sala Laboral sostiene, en el fallo de referencia, que los órganos judiciales del fuero laboral solo son competentes en materia de Seguridad Social en grado de apelación de resoluciones del ente previsional, así como los beneficios previstos para los derechohabientes de los trabajadores, mientras tales beneficios no excedan el mínimo exceptuado por el impuesto a las herencias –hoy derogado; por ende, el fallo decide que los juzgados y tribunales del trabajo no son competentes para entender en el reclamo de perjuicios reclamados al empleador y derivados del incumplimiento de obligaciones vinculadas a la Seguridad Social, otorgando dicha competencia al ente previsional. Esta interpretación la realiza haciendo una integración de las normas involucradas, sosteniendo que el Art. 382 “...no contiene más que un enunciado...”, y que el 383 “...no tiene por efecto más que incorporar al Código del Trabajo la Leyes y Reglamentos sobre Seguridad Social, Leyes y Reglamentos que expresamente atribuyen competencia en materia de Seguridad Social al Instituto de Previsión Social, tanto para efectivizar los beneficios sociales como para sancionar los incumplimientos obligacionales de los empleadores...” (sic.). Ahora bien, si seguimos esta línea argumental advertiremos pronto una muy gravitante falencia en su desarrollo: siendo que el Art. 241 del Cód. Procesal Laboral otorga competencia a los Tribunales del Trabajo solo respecto de las

resoluciones del ente previsional que deniegan o limitan los beneficios de la Seguridad Social a los trabajadores, los prestadores de servicios en relación de dependencia que no estuvieren inscriptos en el sistema de Seguridad Social, cuando se vean afectados por contingencias dañosas que no sean accidentes de trabajo o enfermedad profesional, tales como accidentes o enfermedades comunes, vejez, beneficios de sobrevivencia para sus herederos, etc., estarían privados de toda jurisdicción judicial en la cual ejercer sus derechos y plantear sus reclamos, ya que el ente previsional –IPS– al no estar incorporados al sistema, no tiene una obligación de fuente legal de asistencia frente al trabajador no inscripto, salvo los dos únicos supuestos de accidentes y enfermedades laborales. Al no estar obligados frente a estos trabajadores, de modo alguno, no existirá instancia administrativa de denegación de servicio que pueda ser revisada en sede judicial, por vía de apelación. Con ello los trabajadores no inscriptos quedarían no solo fuera del sistema, sino además sin órganos de administración de justicia a los que acudir. Puede alegarse que la denuncia del trabajador no inscripto activaría el mecanismo de policía del ente previsional, y éste procedería a la respectiva inspección e inscripción oficiosa del trabajador, según lo prevé el marco legal. Empero, en aquellos casos en el que empleador niegue la relación laboral, o niegue las condiciones de trabajo, tales como antigüedad y/o salario, el IPS no estará en posición de juzgar sobre estos asuntos, ya que su competencia es meramente administrativa y no alcanza a la facultad de definir estas materias o dirimir conflictos entre el trabajador y el empleador, que tengan su origen en la aplicación del Código de Trabajo.

El fallo en cuestión también confunde las distintas jurisdicciones o ámbitos en los cuales los incumplimientos de las leyes de Seguridad Social por parte de la patronal generan sus consecuencias. En efecto, las multas aplicables al empleador, a las que hace referencia el

fallo de la Primera Sala Laboral analizado, son de índole administrativa y puramente sancionatoria, mas nada tienen que ver –y tampoco suplen– las consecuencias de naturaleza indemnizatoria-laboral ante el trabajador.

Aquí se advierte otro punto de nota en la posición de la Primera Sala Laboral respecto de la competencia del fuero del trabajo, que sostiene que los derecho-habientes del trabajador tienen derecho a reclamar las indemnizaciones y demás prestaciones debidas al causante derivadas del Código del Trabajo y/o de la Seguridad Social solo hasta el límite exonerado por la ley de impuesto a la herencia –norma que ha sido derogada décadas atrás. Basa esta posición en una peculiar interpretación que hace de la última parte del referido Art. 38 del Cód. Proc. Laboral, que dispone que los derecho-habientes de los trabajadores deben justificar su legitimación al reclamo con la sola presentación de documentos que demuestren el vínculo de parentesco con el causante. Es decir, no necesitan presentar sentencia declaratoria de herederos, salvo que lo reclamado exceda el límite citado más arriba. Como puede leerse del texto claro de la norma, en esta parte se hace referencia solo a una cuestión de prueba en la legitimación activa, no se alude a ningún de límite al reclamo.

En definitiva, la posición de la Primera Sala del Tribunal Laboral de la Capital priva al trabajador siniestrado de una jurisdicción judicial ante la cual reclamar la reparación de los daños derivados por el incumplimiento del empleador de sus obligaciones respecto de la Seguridad Social, o, en el mejor de los casos, le priva de su jurisdicción natural, que es la del trabajo, pero también soslaya el texto expreso de la ley, que otorga competencia al fuero del trabajo para entender en las cuestiones referentes a la Seguridad Social, con la sola excepción de la competencia de revisión de la vía recursiva

administrativa, según se explicitara más arriba, la que no es de modo alguno suficiente para atender toda la gama de reclamos que en dicha área podría generarse.

La otra posición de la jurisprudencia, enfrentada a la analizada más arriba, es la sostenida por la Segunda Sala del Tribunal Laboral de la Capital, que reconoce la competencia del fuero del trabajo en todas las cuestiones que se susciten como consecuencia y en el marco del contrato de trabajo, entre las que se encuentran, como lo viéramos a lo largo de este estudio, las referidas a la Seguridad Social, las que, por lo demás, se hallan incorporadas al Código de Trabajo por virtud de los Arts. 382 y 383, ya expuestos.

Entrando a analizar los fallos de la Segunda Sala, que hemos escogido como referencia para la materia en estudio, debemos decir que en todos ellos la parte actora reclamó al empleador –o ex empleador en su caso– el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ocasionados, ya sea por falta de cumplimiento del deber de inscripción en el ente previsional, o por la inscripción tardía.

Así, en los fallos: Acuerdo y Sentencia nº 99 de fecha 11 de septiembre de 2013, y Acuerdo y Sentencia nº 19 de fecha 19 de febrero de 2013, del Tribunal de Apelaciones, Segunda sala, Capital, entendió que el cumplimiento extemporáneo de la obligación de inscripción del trabajador en el ente encargado de la Seguridad Social –con posterioridad a los accidentes de trabajo sufrido por uno y otro actor– derivó, en el primer caso, en la privación al actor de la jubilación por incapacidad; por tal motivo el Tribunal dispuso que el empleador debía compensarle con una suma indemnizatoria que fue calculada teniendo en cuenta el salario del actor, su antigüedad real, la tabla de porcentaje establecida por el ente previsional y una expectativa de vida hasta los 73 años, según los

datos estadísticos de la OMS (Organización Mundial de la Salud) para el hombre paraguayo.²⁰⁷

²⁰⁷ “...Puestas así las cosas, habiéndose demostrado en autos el incumplimiento de las obligaciones de la patronal –imputables exclusivamente a su parte-, al no asegurar al trabajador al Instituto de Previsión Social como dependiente desde el inicio de la relación laboral, y el consecuente perjuicio patrimonial sufrido por el mismo al no poder acceder a la pensión de invalidez por accidente de trabajo que ofrece dicha institución para sus asegurados, pues fue inscripto recién con posterioridad al accidente en el cual quedó cercenado su brazo derecho, resulta evidente la existencia del perjuicio patrimonial reclamado por el trabajador.... En efecto, la reparación de los daños patrimoniales derivados del contrato de trabajo está predeterminada y tarifada en la legislación laboral nacional –Código del Trabajo y normas de la seguridad social incorporados al código según Arts. 382 y 383. Y, en cuanto a la reparación de los daños provenientes de un accidente de trabajo, como en el caso de autos, el Art. 49 del Decreto Ley Nº 1.860/50 del 1 de diciembre de 1.950 que modifica el Decreto Ley Nº 18.071/43 de fecha 18 de febrero de 1.943, modificado a su vez por la Ley Nº 427/73 reza: “...Los empleadores que dieran fiel cumplimiento a los deberes que les impone esta Ley, quedarán libres de cualquier responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores, sin perjuicio de aplicar el Artículo anterior si hay negligencia o culpa grave del patrón”. Así, en el caso de autos, no se discute que el trabajador fue inscripto en el Instituto de Previsión Social (en fecha 03 de julio de 2009, según informe del IPS obrante a fs. 376) con posterioridad al accidente de trabajo (que aconteció en fecha 25 de marzo de 2009), tampoco se discute que fue asistido en sus gastos hospitalarios tras el accidente por el empleador. Lo que reclama el actor es la pensión por invalidez derivada del accidente laboral, que hubiese percibido de encontrarse asegurado ante el Instituto de Previsión Social con anterioridad al accidente acontecido. Y si bien, esta situación también está prevista en la ley pues el Art. 48 modificado por la Ley Nº 427/1973 dice: “El Instituto concederá los beneficios que establecen los Arts. 41 y 44, aunque el accidente se deba a negligencia o culpa grave del empleador, en cuyo caso deberá el empleador entregar al Instituto los capitales constitutivos de las pensiones y el valor de los otros beneficios que correspondan otorgar; igual procedimiento se aplicará en los casos de los trabajadores que menciona el Art. 3º, en que los derechos a beneficios virtualmente no existan por no haber cumplido el empleador su obligación de comunicar al Instituto la entrada de sus trabajadores. Si las prestaciones en dinero a que dan derecho los accidentes del trabajo resultaren disminuidas por falta de cumplimiento de las obligaciones patronales, el empleador deberá entregar al Instituto las diferencias de capitales constitutivos de pensiones y del valor de las otras prestaciones en dinero, y el Instituto las otorgará completas...”. Las normas mencionadas son claras, en caso de accidente de trabajo, el Instituto de Previsión Social debe responder –integralmente– ante el trabajador por los daños patrimoniales o económicos derivados del evento (llámense éstos atención médica, subsidios, pensiones, etc.), ello aun cuando el empleador hubiera omitido dar de alta a su trabajador en el sistema previsional o cuando simplemente cumpliera irregularmente sus obligaciones patronales. Sin embargo, cuando el empleador incumple su obligación legal, como acontece en el caso de autos, rompe el equilibrio de distribución de riesgo que la ley prevé, no por la causación del hecho dañoso, sino por la agravación del resultado económico que su cumplimiento irregular-doloso ocasionó al trabajador, por consiguiente debe cargar con las consecuencias económicas del hecho. En esa línea de razonamiento, se puede afirmar que la ruptura del equilibrio de distribución de riesgo por parte del empleador, legitima al trabajador para reclamar directamente a su patrón la reparación de las consecuencias dañosas derivadas del accidente de trabajo. Es decir, en estos casos –falta de inscripción en la seguridad social desde el inicio de la relación laboral– el

En el segundo caso mencionado, el Tribunal entendió que, debido a la inscripción tardía del trabajador en el ente previsional, éste obtuvo una jubilación o pensión de monto inferior al que le correspondería según su real antigüedad, razón por la cual se dispuso que el empleador debía ubicar al trabajador en las mismas condiciones en las que se encontraría de haberse cumplido en debida y legal forma con la obligación contractual de ingresar al trabajador en el sistema de Seguridad Social. A tal efecto se le condenó al pago de una indemnización equivalente a la diferencia que, según los parámetros de salario, antigüedad real del trabajador, tabla de porcentaje del IPS y expectativa de vida del trabajador según la OMS, le correspondería al accionante²⁰⁸.

trabajador tiene la facultad de escoger entre recurrir al I.P.S. como la norma transcrita lo prevé, o reclamar directamente a su empleador el resarcimiento correspondiente. De hecho, el Art. 49 citado más arriba dice textualmente que exonera de toda responsabilidad al empleador que diere fiel cumplimiento a la ley, *a contrario sensu*, no lo hace respecto del incumplidor o del cumplidor irregular. Nótese que la interpretación dada a la norma es la más acorde a la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo, pues podría darse el absurdo que ante el accidente de trabajo de un trabajador no inscripto en el I.P.S., la persona a favor de la cual prestare servicios negare la relación laboral, con lo cual, el trabajador debería recurrir previamente ante los estrados de la Justicia para obtener la declaración judicial de la naturaleza laboral de la relación y recién después podría recurrir ante el ente previsional –probablemente dos o tres años después siendo optimista. O, incluso, el empleador sin negar la relación laboral con el trabajador accidentado podría desconocer la antigüedad del mismo –que no es el caso de autos– con lo cual el trabajador debería recurrir a los estrados de la Justicia a fin de obtener la declaración judicial de su antigüedad a los efectos de establecer las bases para el cálculo de la pensión por invalidez. Atendiendo a lo expuesto, no estando discutido en el caso de autos la existencia de daños patrimoniales o económicos para el actor como consecuencia de un accidente de trabajo, y habiéndose demostrado la antigüedad del mismo con la consecuente inscripción tardía en el sistema de seguridad social por parte de la empresa demandada - irregularidad esta que trajo aparejada para el trabajador la falta de obtención de una pensión por invalidez, se concluye que la empleadora debe responder por dicho daño patrimonial -lucro cesante- generado, más aun teniendo en consideración que el trabajador quedó discapacitado de por vida para ejercer el oficio de chofer de ómnibus que venía desempeñando, por lo que el recurso de apelación en ese sentido deviene improcedente...”.

²⁰⁸“...Atendiendo a lo expuesto, no estando discutido en el caso de autos la existencia de daños patrimoniales o económicos para el actor como consecuencia de un accidente de trabajo, así como tampoco la antigüedad del mismo ni su inscripción tardía en el sistema de seguridad social por parte de la empresa demandada –irregularidad esta que trajo aparejada para el trabajador la obtención de una pensión por invalidez parcial, inferior a la que le corresponde según su real antigüedad– se concluye que la empleadora debe responder por dicho daño patrimonial –lucro cesante– por lo que el recurso de apelación en ese sentido deviene improcedente. Ahora bien, habrá de determinarse si el monto fijado por el Juez de grado en dicho concepto se halla ajustado

Ahora bien, una situación diferente presenta el caso resuelto por Acuerdo y Sentencia N° 116 de fecha 14 de agosto de 2015, pues en este, si bien el actor reclama al empleador una indemnización por los daños patrimoniales que le generó la omisión de su inscripción en el sistema de Seguridad Social, el Tribunal, considerando la edad del accionante y su potencial laboral, concluyó que la reparación del perjuicio pasaba más bien por su inclusión en el sistema de Seguridad Social; para ello dispuso que la patronal ingrese el capital constitutivo –según la liquidación que debía proveer IPS– formado por el aporte obrero-patronal que se hallaba en mora desde el inicio de la relación laboral. Con este fallo la Segunda Sala del Tribunal de Apelación del Trabajo dejó en claro la importancia de que el trabajador sea efectivamente insertado en el circuito de la Seguridad Social, pues una indemnización consistente en una suma única y global no cumple con los objetivos y fines de la Seguridad Social, los cuales son integrales, y buscan proteger al trabajador y a su grupo familiar de las contingencias propias de la vida (accidentes y enfermedades comunes y profesionales, maternidad, invalidez, vejez, etc.). Por otro lado,

a derecho, para ello debe considerarse el monto que en concepto de pensión por incapacidad parcial permanente le corresponde al trabajador según su antigüedad real al momento del accidente (06 años y 07 meses), salario (mínimo legal) y demás datos que el Instituto de Previsión Social tiene en cuenta para fijarla –porcentaje de pérdida de capacidad de trabajo, que en el caso del actor es del 50% según la resolución individualizada más arriba –debiendo la empresa empleadora abonar al trabajador la diferencia en relación con la pensión que de hecho se le concedió según Resolución P.I.D.A.J. N° 0108/10. A este efecto debe tomarse como referencia el promedio de vida del hombre paraguayo que según la Organización Mundial de la Salud (OMS) es de 73 años. Y, de conformidad con el Art. 61 del Decreto N° 1.860/50 aprobado por la Ley N° 375/56, modificado por el Art. 2 de la Ley N° 98/92 teniendo en cuenta los datos señalados más arriba, al actor le corresponde el porcentaje del 39,7 sobre el salario. Y dado que el porcentaje aplicado por la resolución señalada es del 37,5%, resulta que el perjuicio del trabajador en ese concepto es del 2,2%; y teniendo en cuenta el salario base fijado por la resolución P.I.D.A.J. N° 0108/10 de G. 1.205.646.-, resulta que se privó al trabajador de G. 26.524.- por mes. Ahora bien, considerando la expectativa de vida del hombre paraguayo señalada más arriba - 73 años - y la edad del actor al momento del accidente –33 años– resulta que la suma señalada de G. 26.524, debe ser multiplicada por 480 meses, dando como resultado la suma de G. 12.731.520.- (GUARANÍES DOCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTE), suma esta que la que la empresa demandada debe abonar al trabajador en concepto de daño patrimonial o económico derivado del cumplimiento irregular de las normas de seguridad social...”.

esta solución no solo es más beneficiosa para el trabajador y para el grupo de personas que dependen de él, sino también para el sistema de mutualidad que sustenta al seguro social²⁰⁹.

Un último caso relevante es el expuesto en el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 19 de mayo de 2014, Tribunal Laboral, Segunda Sala, Capital, en el cual la parte actora, hijas de un trabajador fallecido, reclamaron el pago de una indemnización en reparación del daño que se les generó por falta de inscripción del trabajador causante en el sistema de Seguridad Social, pues se les privó de las prestaciones propias de sobrevivencia, es decir, de la pensión que en estos casos el ente le otorga a los hijos menores y/o discapacitados. El Tribunal entendió que el reclamo era procedente, tal como también lo consideró el *a quo*; sin embargo, modificó el monto de la condena, adecuándola a los parámetros legales previstos por las leyes de Seguridad Social.

Cabe aclarar que, en este caso, la magistrada preopinante hizo una expresa aclaración respecto de que, habiendo quedado firme la competencia laboral, no se entraba a estudiar ya la procedencia ella, ni, por ende, si el reclamo de beneficios o prestaciones de

²⁰⁹“... Ahora bien, especial atención merece el reclamo del actor de indemnización por no haber sido inscripto en el Instituto de Previsión Social. En efecto, es preciso tener en cuenta que en el caso de autos fue admitido por la parte demandada la falta de cotización del trabajador en el ente previsional, circunstancia que (de no haberle ya producido daños concretos respecto de las prestaciones referentes a atención médica y subsidios para él y su grupo familiar) con certeza le genera perjuicios en su derecho de acceder a la jubilación. Puestas así las cosas, esta magistratura entiende que el mentado ilícito laboral (violación de los arts. 2 y 3 del Decreto Ley nº 1860/50 y sus modificaciones) no se repara con el pago de una suma de dinero por parte del empleador al trabajador –como este lo entiende y reclama– sino con su inserción al sistema de Seguridad Social cuyo objetivo es prevenir y, en su caso, cubrir los riesgos a los que están expuestos el trabajador y su núcleo familiar, para ello lo que corresponde es que la parte empleadora –Emprendimientos Planeta S.A. y Bursátil S.R.L– posicione al trabajador demandante en la misma situación jurídica-económica en la que se hubiera encontrado –respecto de sus derechos derivados de la seguridad social– de no haberse configurado el ilícito laboral señalado. A tal efecto la patronal deberá integrar al ente previsional el capital constitutivo (aporte obrero-patronal) respecto del actor Orlando Raúl Galeano Cáceres según liquidación que habrá de practicar el Instituto de Previsión Social conforme con la antigüedad y salario determinados en estos. A tal efecto, la presente resolución deberá ser notificada al Instituto de Previsión Social...”

la Seguridad Social que nacen en cabeza de los herederos del trabajador causante –*iure proprio*–, deban o no ser estudiados y resueltos en el fuero laboral²¹⁰.

Hasta aquí hemos analizado la jurisprudencia nacional, a continuación pasaremos a estudiar parte de la jurisprudencia la extranjera; para este menester hemos escogido a la generada por la justicia colombiana, por ser ella –a nuestro criterio– la más emblemática en esta materia.

Según surge de los fallos respectivos analizados –provenientes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia– la competencia de la jurisdicción laboral en

²¹⁰ “...Indemnización de los daños emergentes por falta de inscripción en el IPS. El apelante también reclama la indemnización de daños y perjuicios derivados de la omisión o “ilicitud empresarial” cometida por el empleador al no inscribir al trabajador fallecido en el IPS, omisión con la que, según afirma, las dos menores hijas de éste quedaron imposibilitadas de percibir el beneficio que otorga IPS para las mismas en este caso, hasta su mayoría de edad. El A quo desestimó esta reclamación por entender que la jurisdicción laboral no es competente para entender en la demanda de indemnizaciones por daños y perjuicios como consecuencia de la muerte del trabajador que no ha sido inscripto en el Seguro Social obligatorio, cuestión que debe dirimirse –dice- ante la instancia administrativa o civil. A más de no compartir dicho criterio del A quo, entiendo que en estos autos quedó definitivamente fijada la competencia para entender en todas las acciones implicadas en este juicio, de conformidad con el Art. 45 del C.P.T., según el cual: “...una vez trabada la Litis, quedará definitivamente fijada la competencia para el juez y las partes”. De ahí que toda discusión sobre el tema de la competencia no sea tratable en esta apelación. Dicho esto, paso a considerar el fondo de la referida reclamación. En este aspecto, por un lado, debe señalarse que la falta de inscripción en el IPS constituye una infracción administrativa sancionada con multa aplicada por la institución (Art. 13, 15, 67 del Decreto Ley N° 1860, aprobado por Ley N° 375/56 y sus modificaciones). Por otra parte, la falta de inscripción del asegurado no es fuente de daño moral. La omisión de dicha obligación puede sí generar daño patrimonial, circunstancia que se da en este caso, pues no puede desconocerse que la falta de inscripción en el IPS del trabajador fallecido, privó de la pensión otorgada por la institución a los familiares sobrevivientes de aquel, consistente en una pensión equivalente al 60% del importe de la jubilación que le hubiere correspondido al trabajador (Art. 62 del Dto. N° 1860/50, aprobado por Ley N° 375/56). Estimo que en la especie debe otorgarse el daño patrimonial derivado de la referida omisión, en el monto equivalente al de la pensión que hubiesen percibido las dos menores hijas del trabajador fallecido, hasta su mayoría de edad. En cuanto a la madre, no corresponde otorgarle indemnización alguna, dado que ésta solo acciona en representación de sus hijas, ni siquiera afirma que era “concubina” del trabajador fallecido. Así el monto del daño debe determinarse de acuerdo con los parámetros indicados en los Arts. 60 y 62 del mencionado Decreto N° 1860/50, calculando el promedio de salario de los últimos 36 meses anteriores al último salario, en base al salario mínimo vigente en dicha época. Hecho el cálculo correspondiente de acuerdo con los parámetros indicados en las disposiciones citadas, todo conforme a los cuadros de los cálculos realizados que constan más abajo resulta que el monto de la pensión que dejaron de percibir las dos menores hijas del trabajador fallecido por la omisión de su inscripción en el IPS asciende a...”.

cuestiones de Seguridad Social no es objeto de discusión. Ahora bien, la resolución dictada en el expediente identificado con radicación n°: 37925 (resolución de fecha 07 de septiembre de 2010) sobre del reclamo de la reparación del daño causado por omisión del empleador de su obligación de inscribir al trabajador en el sistema de Seguridad Social, independientemente de la suerte que tuviera el caso en cuestión, hace referencia a otros pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en los cuales se condenó al empleador a compensarlo por los daños sufridos por haber omitido el cumplimiento de su obligación de inscribir al trabajador²¹¹. En este caso se hace expresa referencia a un supuesto error de la legislación anterior, al no responsabilizar al empleador incumpliente en forma expresa por las consecuencias dañosas que el trabajador no inscripto ante el sistema de Seguridad Social debía

²¹¹“... del Decreto 2665 de 1988, “dado que su finalidad era enmendar un tremendo error en que se había incurrido en la regulación antecedente en que no se había consignado de manera expresa (como se advierte de un examen de la jurisprudencia sobre el tema) como sanción el que el empleador debiera reconocer la prestación en los mismos términos en que la hubiere reconocido el Sistema, cuando omitía inscribir a un trabajador al respectivo régimen, tal y como lo dijo la Corte en sentencia del 27 de enero de 2009, radicación número 32.179”; pronunciamiento que reprodujo, además de otro que dejó de identificar... Así mismo, para resolver el asunto, esto es, sobre las consecuencias que le generan al empleador la afiliación tardía al Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tendría que acudirse a lo dicho por la Corte en sentencia del 8 de junio de 2000, reiterada en la del 30 de agosto de 2005, radicación 21378, en lo pertinente: <La afiliación, es un acto condición, mediante el cual una persona natural se incorpora al Sistema General de Pensiones por la aceptación del ente gestor de la solicitud de inscripción y queda sometida en sus derechos y obligaciones al conjunto normativo contemplado en la extensa regulación de ese componente de la seguridad social. “Cuando el asegurado es un trabajador dependiente, uno de los deberes fundamentales de su empleador, como responsable de las cotizaciones, es el de consignar el monto de éstas en su valor correcto en el respectivo ente administrador de pensiones, con base en el salario real que aquel devengue, que en el caso de trabajadores particulares es el indicado en el código sustantivo del trabajo”. (...) “Conviene así mismo hacer notar que no es igual la solución frente a la normatividad anterior al Acuerdo 044 de 1989, porque conforme a la jurisprudencia de la Corte, la reglamentación precedente <legitimaba al trabajador a reclamar la indemnización de perjuicios que se originara por tal omisión y, después de que empezó a regir esa normatividad, el empleador es responsable directo de aquellas prestaciones que le hubiesen correspondido por esa institución de seguridad social de haberse producido su afiliación>.”

soportar; el fallo aclara que esa situación se enmendó con el dictado del Decreto n° 2665 del año 1998.

Otro fallo que acoge idénticos fundamentos es el que consta en el caso identificado con radicación n° 38046 (resolución de fecha 24 de enero de 2012), por medio del cual los herederos sobrevivientes de un trabajador fallecido en un accidente de trabajo le reclaman al empleador una compensación por no haber podido acceder a las prestaciones proveídas por la Seguridad Social, al no haber sido el trabajador incorporado el sistema de traslado de riesgos²¹².

Siguiendo con el análisis de los fallos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Colombia, en lo que respecta a la responsabilidad del empleador en caso de que un trabajador suyo sufra un accidente de trabajo y no haya sido afiliado al sistema de seguridad social, nos encontramos con el fallo dictado en el expediente individualizado como SL913 – 2013, Acta n° 37 de fecha 13 de noviembre de 2013²¹³, donde se afirma

²¹² “... Como se esbozó al resolver el cargo anterior, el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo impone al empleador las obligaciones de protección y seguridad para con sus trabajadores que, obviamente, comprenden la de afiliarlo a las coberturas ofrecidas por el sistema de seguridad social. No resultaría acertado asumir que la reparación de los perjuicios generados por un accidente de trabajo, no se considera una obligación emanada del contrato de trabajo, dado que la naturaleza del siniestro, y los deberes de protección y seguridad de que trata la norma recién citada, obligan, ante la ocurrencia del mismo, a indemnizar por el perjuicio ocasionado, de suerte que la responsabilidad en materia de seguridad social, debe entenderse siempre dentro del marco de la relación de trabajo, puesto que es ésta la que da origen al deber de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, y de garantizarle seguridad en el empleo, así como brindarle protección profesional y social. En tal virtud, y dado que la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no excluye la que fue objeto de la presente contención, no hay motivo para dudar de que la pensión de sobrevivientes de origen profesional, forma parte de “todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo”. Finalmente, es desatinado aducir como argumento un carácter sancionatorio que no tiene el artículo 91 del Decreto 1295 de 1994, en la medida en que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a cargo del empleador, como ya se explicó, es una obligación proveniente de la relación de trabajo, sólo que si el empleador afilia a sus trabajadores, el riesgo se traslada a la entidad de seguridad social, en virtud de la afiliación al sistema...”

²¹³ “...cabe destacar que siendo incontrovertida la declaratoria del contrato de trabajo entre Jhon Fabert Escobar Henao y Cable Unión S.A. entre el 14 de febrero y el 11 de mayo de 2002 (folios 72 a 90), la declaratoria de invalidez en porcentaje del 86,15 (folios 7 a 10) y la

que el Decreto n° 1295/1994 dispone en su Art. 4 que el empleador incumpliente deberá asumir la provisión de las prestaciones a las que habría accedido el trabajador en el supuesto de haber sido incorporado al sistema.

Las resoluciones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Colombia, hasta aquí analizadas, nos permiten tener un panorama general del abordaje legislativo y jurisprudencial en dicho país sobre de la cuestión planteada en este trabajo.

2. Crítica

De lo observado en los fallos nacionales, se advierte prontamente que dentro de la jurisprudencia de los tribunales de apelación del trabajo de la Capital existen posiciones claramente contrapuestas sobre la competencia del fuero del trabajo para entender en las cuestiones de daños derivados del incumplimiento –o cumplimiento irregular– de las normas sobre Seguridad Social.

En efecto, la Primera Sala –como viéramos– niega la competencia de los Juzgados y Tribunales del Trabajo sobre las cuestiones de Seguridad Social, salvo las que vengan por vía de apelación contra las resoluciones del Instituto de Previsión Social sobre denegación o limitación de beneficios a trabajadores; a diferencia de la Segunda Sala del

inexistencia de la afiliación al régimen de seguridad social, específicamente la de riesgos profesionales, se dio aplicación al Decreto 1295 de 1994, especialmente el literal e) del artículo 4º, el cual establece que ante el incumplimiento de la empresa de afiliar a sus trabajadores y pagar las cotizaciones periódicas, tal como aconteció en el sub lite, se impone al empleador la responsabilidad de cubrir las prestaciones derivadas de dicho riesgo. De allí que la no satisfacción de tal requerimiento legal derivara en la imposición del pago de la pensión de invalidez en los términos de la sentencia de primer grado, sin que para ello fuera necesario acreditar las 26 semanas en los supuestos previstos por el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, tal como se ha considerado, entre otras, en sentencia 38587 de 2 de agosto de 2013: Ahora bien, contrario a lo que sostiene el censor, esta Sala de la Corte, de tiempo atrás ha sostenido que cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral...”

mismo Tribunal, que la acepta. A nuestro entender, la postura de la Primera Sala importa una verdadera denegación de acceso a la justicia a los trabajadores que soportaron daños por el incumplimiento de su empleador, pues, como ya dijéramos más arriba, el recurso de apelación de revisión administrativa previsto por el Art. 241 del Cód. Proc. Laboral no es suficiente para que accedan a los órganos jurisdiccionales todas las situaciones conflictivas que las aplicaciones de las normas de Seguridad Social pudieran generar.

En cuanto al nivel de reparación de daños, del estudio de los fallos citados de la Segunda Sala, surge claramente que los sentenciantes buscan –con la condena– ubicar al trabajador en la misma situación en la que se encontraría de no haber incurrido el empleador en la omisión de su deber de inscripción. Esta postura denota que solo tienen en cuenta el iter causal dañoso que proviene estrictamente del incumplimiento del deber de inscribir, y no de otro iter causal concomitante, proveniente, por ejemplo, del incumplimiento de otras obligaciones, verbigracia, de las derivadas de la violación de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, que produjeron una agravación del riesgo normal al cual, en condiciones regulares, debería estar expuesto el trabajador, ocasionando con ello, obviamente, un considerable aumento en la extensión de los daños.

Creemos que en este último caso la concausa de la agravación del riesgo producida por otros incumplimientos negligentes o dolosos del empleador también debe integrar el estudio y ponderación del posible resarcimiento debido al trabajador preterido que ha sufrido un siniestro concreto. En este sentido, la norma de la Previsión Social –Art. 49 del Decreto Ley n° 1860/50 y sus modificaciones– que exonera al empleador de cualquier responsabilidad en caso de cumplir con su obligación de inscribir al trabajador, debe ser

interpretada en sus justos términos, y con una hermenéutica sistémica. La aparente amplitud total de exoneración de responsabilidad solo abarca a la línea de causalidad dañosa originada en el puro incumplimiento de la obligación de inscribir, dar alta o cotizar, y no a aquellos supuestos en los cuales el empleador hubiera agravado, dolosa o culposamente, los riesgos normales a los que se ve expuesto el trabajador por causa de sus tareas.

Ahora bien, en otro orden de cosas, debemos decir que el alto índice de incumplimiento de la obligación del empleador de inscribir al trabajador en el sistema de Seguridad Social –ya referido antes en este trabajo– no se refleja en las estadísticas de los Tribunales del Trabajo, lo que equivale a decir que es mucha la cantidad de trabajadores en situación irregular por la omisión de su empleador que no acceden al sistema de justicia para plantear sus derechos en este ámbito. En efecto, no son muchos los casos que llegan al fuero laboral por reclamos derivados de la omisión del empleador de su deber de inscripción; sí debemos admitir, empero, que en los últimos años se percibe un aumento de casos; este incremento bien podría ser explicado por la recepción positiva que encuentran en un sector de la jurisprudencia laboral. Entendemos que fallos como los de la Segunda Sala alientan al sector afectado a exigir el cumplimiento coactivo de las normas de la Seguridad Social, mientras que desalientan la infracción de la norma por parte del sector empleador, y, al mismo tiempo, se beneficia con ello no solo al trabajador reclamante, sino a todo el sistema de la Seguridad Social basado en la mutualidad, dado que permiten mitigar la fuga de integración del capital proveniente del aporte obrero-patronal, situación esta última que, como lo expusimos, debilita al sistema todo.

Ahora bien, comparando la situación jurisprudencial de nuestro país con la de Colombia, se nota que en ambas justicias se busca –a través de la condena al empleador infractor– posicionar al trabajador en la misma situación en que estaría de no haber sido privado de los beneficios de las prestaciones que provee el sistema de Seguridad Social, lo que significa –como ya dijéramos líneas arriba– que en ambas se tiene en cuenta solo el iter causal dañoso del incumplimiento del deber de inscripción por parte del empleador, y no otras líneas de causalidad.

En lo que respecta a la legislación, encontramos que en materia de accidentes laborales la norma paraguaya es más beneficiosa para el trabajador; en efecto, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional de un dependiente que no fue inscripto en el ente previsional, la seguridad social paraguaya se hace cargo de otorgar al trabajador las prestaciones previstas para el caso, y luego se ocupa de recuperar la integración del capital constitutivo, de parte del empleador remiso (Art. 49 del Decreto Ley n° 1860/50). Este diseño legislativo importa una solución rápida y oportuna para el trabajador siniestrado. En cambio, en la legislación colombiana (Art. 4 Decreto n° 1295/1994) el trabajador solo tiene acción contra el empleador infractor, y es sabido el tiempo que usualmente lleva transitar un proceso judicial hasta que el accionante logre obtener la reparación reclamada.

La legislación colombiana sí ubica al trabajador no afiliado a la Seguridad Social que sufra contingencias comunes en mejor posición que la nuestra, pues el Decreto n° 2665/1998 expresamente hace responsable y carga sobre el empleador incumpliente las consecuencias de los eventos dañosos. En cambio, como se viera a lo largo de este trabajo, nuestra legislación nacional nada prevé al respecto, dando al trabajador –como única vía– la denuncia ante el ente previsional de su situación irregular por el

incumplimiento de su empleador. Como también ya dijéramos, la situación de asimetría desventajosa en la que se encuentra el trabajador respecto de la patronal torna ilusoria la débil solución que propone nuestro actual diseño legislativo.

UNIDAD IX

Conclusiones.

Lo analizado hasta aquí, nos permite obtener las siguientes conclusiones:

1. Los presupuestos de la responsabilidad en lo laboral son los mismos que los de la responsabilidad civil contractual; sin embargo, la primera tiene perfiles propios que asientan en los principios interpretativos que informan el Derecho del Trabajo, en especial su naturaleza tuitiva, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la responsabilidad de las partes contratantes (empleadora y trabajadora) del cumplimiento de las obligaciones laborales, así como el principio de la norma más favorable al trabajador (*pro operario*), el principio de equidad, de la buena fe –trascendental en el cumplimiento e interpretación del contrato de trabajo- de la igualdad en el trabajo y de la dignificación del trabajo, el cual hace clara alusión a la humanización del trabajo, que impide que sea equiparado a una mercancía.
2. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo, ya sean ellas resultado de normas imperativas o voluntariamente pactadas, es siempre y primariamente de corte contractual. La responsabilidad asignada a un sujeto, respecto de un mismo vínculo de derecho, no admite que ella sea subsumida en un tipo mixto –contractual y extracontractual a la vez. Ello no implica que una situación no pueda hacer surgir, eventualmente, ambos tipos de responsabilidad, lo que ocurre es que esos tipos no pueden ser aplicados de modo conjunto o entremezclado. Al acreedor –el trabajador- cabe la opción de una u otra vía,

según sea más conveniente para sus intereses y de acuerdo con la situación particular en la que se encuentre, pero seguida que haya sido una vía, ya no puede transitar por la otra.

3. El concepto de seguridad social es disputado terminológicamente y en su contenido mismo; y lo es tanto en cuanto a la perspectiva sobre la cual se va a abordar el problema como en el entendimiento de las cuestiones que plantea. Las primeras normas que en nuestro país hacían referencia a la Seguridad Social no se ocuparon de definirla, y dichas normas se inscribían primariamente en la vertiente del seguro social, aunque su concepción ideológica y iusfilosófica no era ni es hoy materialista.
4. El orden público, el estado de derecho, las condiciones laborales mínimas, el acceso a una justicia pronta y cumplida, son factores que mejoran la sociedad como un todo, pero al no tomar en consideración la situación individual de un sujeto concreto, no pueden ser considerados ni global ni separadamente como Seguridad Social. Solo aquellas medidas que están designadas para sustentar o proteger a las personas delinean el concepto de Seguridad Social.
5. La composición de la Seguridad Social mantiene dos aspectos: la indemnidad social y la protección social, el primero comporta un aspecto preventivo, el segundo tiene un talante reactivo o paliativo.
6. La Seguridad Social apunta a bienes jurídicos inmateriales superiores a la provisión de un estándar de vida de mera supervivencia, y gana un significado que supera a los objetivos estatales de los países considerados particularmente. La concepción más moderna ve a la Seguridad Social como un aspecto inherente a la dignidad humana, un derecho humano

fundamental. No obstante su dimensión de derecho humano, el bienestar que la Seguridad Social puede procurar a la persona humana se encontrará fácticamente restringido a la organización y los recursos de cada estado, y a un sistema de progresividad.

7. La doctrina del Derecho Laboral sitúa el fundamento del Sistema de Seguridad Social en un principio de corte axiológico: la solidaridad social; siguiendo una línea ecléctica de pensamiento, entendemos que la Seguridad Social se asienta también en un interés pragmático.
8. Los sistemas de convivencia humana basan su eje de funcionamiento en la idea de colaboración. A mayor colaboración, mayor eficacia en el resultado de bienestar de esa convivencia. La justicia social hoy día emplea la herramienta de pensamiento de la teoría de juegos, perfeccionada por J. Nash, y produce algunos institutos estructurales imprescindibles, que tienden a una solución equilibrada en un conjunto de posiciones individuales, conjugando sus intereses hasta maximizar la ventaja de todos los participantes; la Seguridad Social es un sistema que, para tener eficacia, sigue tal fundamento.
9. Cuando se habla de Seguridad Social se debe distinguir entre seguro social y asistencia social; la Seguridad Social no se identifica ni se agota en ninguno de estos conceptos. La Seguridad Social propiamente dicha está incluida, junto con la asistencia social, en el concepto más amplio de protección social. La protección social es parte central de la política social y ésta es a su vez pieza fundamental de los regímenes de bienestar.
10. En la Seguridad Social normalmente se da una participación efectiva de los beneficiarios en la producción de los recursos que han de sustentar el sistema.

En la asistencia social los destinatarios no contribuyen a solventar la estructura de asistencia, debido, principalmente, a las condiciones socio-económicas desfavorables en las que se encuentran. La sustentabilidad del sistema en un lapso inmediato y mediano es parte esencial del concepto de Seguridad Social.

11. La Seguridad Social es un concepto más amplio que la previsión social; la Seguridad Social constituye un sistema por virtud del cual se intenta contener, controlar o neutralizar las contingencias, tanto materiales –es decir físicas– como sociales a las que se encuentra expuesta una persona. La Previsión Social, por su parte, tiene por finalidad preservar y remediar esas contingencias o riesgos, pero solo respecto de los trabajadores en relación de dependencia y sus familiares.
12. Son dos las grandes áreas de las que se ocupa la Seguridad Social: la conservación de las aptitudes que le permiten al trabajador el desempeño de una actividad remunerada, vale decir, su capacidad productiva, y la otra, destinada a la conservación de la oportunidad de aplicar esas capacidades productivas; todo lo cual podemos sintetizar en la estabilidad en sus distintas especies: bienestar ocupacional del individuo y bienestar social.
13. Los Seguros Sociales constituyen un sistema, total o parcialmente público, de programas de seguros obligatorios que generan una red social de protección para los individuos particulares frente a ciertas adversidades. Solo los ciudadanos que contribuyen a los programas del seguro social están legitimados para recibir beneficios de los mismos.

14. Un punto central en el seguro es la existencia de una mutualidad; esta última implica el agrupamiento de personas con comunidad de riesgos, y la constitución y contribución de un fondo que permite neutralizar o amortiguar la entidad de los riesgos que lleguen a ocurrir efectivamente, a través del reparto de la carga económica que implica la realización efectiva del riesgo (ocurrencia del siniestro) entre la pluralidad de los sujetos expuestos a los mentados riesgos: el riesgo individual se vuelve colectivo.
15. El seguro tiene mérito como mecanismo o tecnología de cooperación y como práctica social que diseña un específico contexto de interacción social. Este mecanismo es concebido como una de las funciones principales del estado, juntamente con la corrección de las fallas de la economía de mercado debidas a externalidades.
16. La valía del seguro radica en su idoneidad para administrar eficientemente los riesgos y en una práctica social –nutrida de relaciones morales– que genera un orden normativo específico, centrado en principios políticos como la igualdad y la responsabilidad, y la redistribución.
17. El sistema del seguro está marcado por la diferencia ética de relacionamiento que subyace en el concreto mecanismo de cooperación que plantea: alivio/asistencia recíprocos, diferente del modelo de caridad, que se basa en relacionamientos adversariales y está signado por un mecanismo de alivio/asistencia jerárquicos.
18. El seguro plantea una reconceptualización de la noción de responsabilidad. La complejidad de la empresa y de los mecanismos de gestión, la multiplicidad de sujetos que intervienen en esa gestión y los factores ambientales hacen

que la individualización de un específico agente dañoso resulte impracticable; ante esto, el sistema mutual produce una suerte de colectivización de la responsabilidad: todos los posibles sujetos a los cuales concierne el riesgo cargan de modo homogéneo y promiscuo, pero también de modo dispersado, la entidad del coste de esos riesgos.

19. Como las pérdidas están colectivizadas, cada beneficiario se convierte en materialmente responsable de todos los demás, y por ello mismo tiene un interés en monitorear el comportamiento de cada uno de los otros miembros.
20. Los, así llamados, “estados de bienestar”, en sus diversas variantes, casi siempre combinan diferentes tipos de herramientas de cooperación y redistribución social. Para considerar los sistemas como eficientes –desde un punto de vista restringido– éstos deben cumplir con los requisitos de: una equivalencia entre los aportes y calidad de aseguramiento –con cierto nivel de *pool* de riesgos redistributivo, que los sistemas sean actuarialmente sustentables y que no requieran del apoyo de rentas generales, de modo creciente.
21. El seguro social emplea la técnica actuarial del instituto del seguro, pero difiere de éste en que en el seguro social no se exige proporcionalidad entre la prima y el riesgo como en los seguros comerciales.
22. Los seguros sociales cubren los riesgos clásicos, incluyendo: desempleo, vejez, invalidez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad y derechos de los sobrevivientes. Otros sistemas incluyen también, enfermedad laboral y no laboral, maternidad, lactancia, viudez.

23. Enfermedad laboral constituye todo desorden físico o síquico causado por el trabajo o por las condiciones del trabajo. La enfermedad no laboral implica aquellas patologías que disminuyen o impiden por completo el desempeño laboral, pero no tienen su fuente en el trabajo o sus condiciones. El accidente de trabajo debe ser un suceso repentino y violento de una causa exterior al trabajador que ocasione una “lesión orgánica”, vinculada causalmente con el trabajo que ejecuta para su empleador; la frase “lesión orgánica” que contiene nuestra legislación social parecería excluir a los daños psicológicos, también derivados de la actividad laboral; empero el Código Laboral impone a las personas particulares, al Estado, e incluso a los gremios de trabajadores la obligación de velar por que la prevención de los riesgos y su eventual reparación cubra todas las esferas posibles de daños, tanto físicas como psicológicas, por lo tanto no se podrá predicar la exclusión de estos últimos.
24. Las normas de Seguridad Social no tienen previsiones efectivas para la población de personas con discapacidad anterior a la relación laboral, y que de ordinario están excluidas del mercado laboral; los compromisos que en tal sentido han sido asumidos por el estado han quedado en la esfera meramente declarativa.
25. La protección de la maternidad debe considerarse en un doble aspecto: por un lado la prevención de los daños derivados del trabajo sobre la mujer y su descendencia, y, por otro, la prevención de las desigualdades y de la discriminación en el empleo vinculadas con la situación de embarazo, parto reciente y lactancia. Nuestra legislación de Seguridad Social abarca el periodo de gravidez, puerperio y lactancia, pero no se extiende más allá de esta

última, ni prevé los casos de nacimientos de personas con discapacidad, que requieren de cuidados especiales y del tiempo correspondiente para proporcionarlos.

26. En los países en desarrollo las personas mayores permanecen económicamente activas hasta una edad mucho más avanzada que los países desarrollados, y por ello están expuestas al riesgo de no contar con sustento cuando el aporte laboral se les hace imposible, lo cual aumenta su vulnerabilidad, aunque, paradójicamente, son actores del desarrollo económico. Pero el estado de salud, esencial en el mercado de trabajo, depende, en gran medida, de las condiciones en las que se desarrolló la vida laboral de la persona. Por otra parte, el envejecimiento demográfico impone nuevos desafíos vinculados al coste y financiamiento de la Seguridad Social aplicada al factor de vejez. Nuestra legislación trata la problemática de la edad solo marginal e indirectamente al hablar del retiro o pensionamiento de la vida laboral; y de un modo directo solo por sus consecuencias incapacitantes para el trabajo: la senilidad o vejez precoces.

27. La legislación laboral aborda las consecuencias del fallecimiento del trabajador, previendo solamente los gastos inmediatos del deceso y la situación de apremio o desamparo económico en que quedan los familiares del trabajador que dependían económicamente de éste para sus subsistencias y ahora se ven privados de su fuente de manutención.

28. El fiel cumplimiento de las obligaciones del sector privado, especialmente lo referente a la inscripción y pago regular de aportes, tienen una importancia fundamental en la constitución y funcionalidad de los sistemas de bienestar

social. Su incumplimiento impacta no solo a nivel individual en el patrimonio del individuo afectado, sino en el esquema general de la política pública estatal que se esté implementando para la consecución colectiva de dicho bienestar, lo cual puede traer aparejadas consecuencias patrimoniales de gran envergadura.

29. La Previsión Social es una planificación metódica y ordenada de todos los elementos que coadyuvan a la seguridad bioeconómica. La Seguridad Social es la idea de la Previsión Social –y consecuentemente del Derecho Laboral– proyectada a la humanidad, como idea de justicia social que se generaliza a todas las personas.
30. La Previsión Social está constituida por la política pública previsional y las instituciones: lo primero consiste en un cúmulo de imperativos que el estado se impone a sí mismo y al conjunto de los agentes sociales en procura del aseguramiento de un nivel decoroso de vida para el trabajador –bien común; lo segundo tiene un talante ejecutivo: son medidas concretas que se adoptan para realizar esa política pública, que tienden a variar de conformidad con las condiciones y circunstancias. Es claro, por tanto, que la Seguridad Social trasciende los límites del orden jurídico laboral y muchas de sus instituciones caen dentro de la órbita del Derecho Administrativo.
31. El objeto de la Previsión Social es garantizar y reparar, mediante las diversas prestaciones previstas en la ley, las contingencias o necesidades de orden natural, profesional o social que puedan privar a los beneficiarios de su capacidad de trabajo, de ingreso suficiente y de bienestar, de forma total o parcial.

32. En ese conjunto de beneficios podemos identificar, básicamente, dos tipos de prestaciones: las que consisten en un dar y las prestaciones que importan un hacer. Las obligaciones que surgen en las relaciones de la Seguridad Social pueden referirse a las prestaciones impuestas a los empleadores como obligaciones de aporte imperativas y de fuente no voluntaria, las obligaciones de aporte, impuestas también a los trabajadores, las obligaciones de aporte impuestas al Estado y las prestaciones de los beneficios sociales que el sistema de seguridad debe proveer a los trabajadores y a las personas que dependen de él, en su caso.
33. La Previsión Social en el Paraguay está a cargo de una entidad estatal, regida a la vez por el Derecho Administrativo, y por el Derecho Laboral y de la Seguridad Social; la obligación de cotización a cargo del empleador frente a los trabajadores en relación de dependencia se encuentra impuesta por ley. En la actualidad el sistema es público y concentrado –principalmente– para los trabajadores del sector privado; para el funcionariado público el sistema es parcialmente público y no concentrado.
34. La mutualidad que proporciona los recursos económicos para el funcionamiento de la entidad y la provisión de los beneficios está formada por tres fuentes de aporte que son: los trabajadores, los empleadores y el estado, en diferentes proporciones. La naturaleza de la prestación del estado se inscribe más bien en el ámbito de los subsidios, entendiéndose por éstos a la ayuda o auxilio económico proveído por el estado o las entidades estatales a un determinado fin. La obligación dineraria de aporte a cargo del empleador,

que se incluye la categoría de la obligación de dar, es un tributo; se trata de una obligación de naturaleza fiscal especial.

35. Una característica de la legislación que sustenta al Instituto de Previsión Social es que cuenta con un cuerpo normativo medular o central, que gira en torno del Decreto Ley n° 1860/50 que fuera aprobado por la Ley n° 375/56, eje que fue siendo complementado con una serie de leyes posteriores. Todo este entramado legislativo hace que el sistema adolezca de dispersión, así como de repeticiones y reformulaciones que en nada ayudan a la transparencia del sistema y que evitan u obstan que el trabajador, como persona lega en tales recovecos burocráticos, tenga claro el panorama total de sus derechos.
36. El concepto jurídico de riesgo contractual ha de entenderse como un sistema de soluciones que el derecho aporta en el evento de un quiebre contractual por caso fortuito o fuerza mayor, esto es, cuando la frustración del sinalagma del contrato o incumplimiento de la prestación debida tiene su raíz en un evento involuntario, ajeno a las partes. En caso de que el incumplimiento de la obligación nacida del contrato se deba a una imposibilidad objetiva sobreviniente, es regla que el deudor incumpliente quede liberado, según lo dispone nuestro Código Civil; la contraparte queda a su vez eximida del deber de cumplir la prestación a su cargo, generando la resolución del contrato. El riesgo contractual tiene, empero, particularidades propias en el contrato laboral, debido a la naturaleza de tracto sucesivo que caracteriza a la relación laboral, y, sobretodo, el talante social del contrato de trabajo.
37. Considerar la posibilidad de ruptura del vínculo de dependencia ante la ocurrencia de un evento dañoso fortuito que impida al trabajador prestar

servicios, importaría la desestabilización del bienestar personal de uno de los sujetos contractuales, de la subsistencia para él y para su grupo de personas dependientes. La situación de exclusión de la red social productiva acarrea al sujeto trabajador, no solo descalabros materiales, sino también desarreglos de orden existencial. El desenlace de quiebre o resolución contractual plantea una salida insatisfactoria para el Derecho Laboral, es por ello que éste propone un remedio menos dramático que la ruptura contractual, cual es el de la suspensión temporal del vínculo. Ante el evento de una imposibilidad de prestación del servicio a causa de un elemento azaroso o fortuito, el empleador no está, en principio, obligado a satisfacer la contraprestación salarial. Su ocurrencia no extingue los derechos y obligaciones que emanan del contrato, mas, las prestaciones recíprocas –trabajo vs. salario– cesan temporalmente.

38. El modelo de sistema de distribución de responsabilidades y riesgos que sigue nuestra legislación, permite, a través de la Seguridad Social, trasladar las consecuencias económicas derivadas del *casus* a la entidad previsional. La inscripción o el alta del trabajador en el sistema de Seguridad Social permite trasladar el riesgo al ente encargado de la Seguridad Social, y los costes del sistema, por imperatividad legal, se imponen a tres entidades subjetivas: el trabajador, el empleador y el estado, en diferentes proporciones. La legislación está diseñada para que el ente previsional se ocupe inmediatamente de la situación del trabajador sujeto de un evento dañoso, asumiendo su daño, y dando una respuesta eficaz y acorde con la premura de las circunstancias en las cuales éste se ve involucrado. El esquema en sí está

pensado para ser tuitivo y ser eficaz, empero, no alcanza a solventar todas las dificultades que puedan acaecer.

39. El Derecho Laboral es un derecho imperativo, que se impone a la voluntad de las partes. Por ello, muchas de las cláusulas contractuales tienen por fuente material a la ley. No por provenir la incorporación de una obligación o prestación de la voluntad imperativa de la ley, aquélla se convierte o asume la forma de un deber jurídico, y deja de tener una naturaleza contractual, es decir, obligacional. El “deber del empleador de dar de alta al trabajador en el sistema de seguridad social” es y tiene en realidad la naturaleza jurídica de una obligación, específicamente de una obligación contractual de hacer.
40. El empleador, aun no teniendo a su cargo, en las vinculaciones laborales, el riesgo contractual por eventos fortuitos que sufre el trabajador, igualmente carga con la obligación del aporte constitutivo del capital que formará la mutualidad. Este aporte constituye para el empleador un tributo. Es una obligación de hacer que permite que el trabajador cuente con las ventajas y beneficios de protección que el sistema brinda, y que es implícita o de *ius cogens* entre las partes.
41. La obligación del empleador tiene varias etapas, pasos o momentos: el deber de inscripción, también llamado de afiliación, el segundo paso, es el alta o entrada. A diferencia de la inscripción, el alta o entrada debe tener lugar cada vez que se asume una nueva relación laboral, por lo tanto, puede ser sucesiva o simultánea. La afiliación y las altas subsiguientes constituyen el mecanismo para determinar quiénes son los responsables de la obligación de cotizar. El siguiente paso es la cotización, que es la determinación de la cuota que en

concepto de aporte obrero-patronal se ha de abonar. Esto implica una obligación de dar, que consiste en hacer efectivo el aporte, vale decir, entregar las sumas retenidas y las debidas a título propio al ente que administra el sistema. Finalmente está la obligación de retención, la cual importa un hacer a cargo del empleador, ya que, por un lado, es un mero tercero a quien por razones prácticas se encarga la tarea de gestionar y recaudar el tributo, pero también tiene la impronta de ser un sustituto del contribuyente.

42. En cuanto a la responsabilidad del empleador, se deben considerar dos escenarios contrapuestos y excluyentes, el primero aquel en el cual el empleador inscribe o da de alta a su trabajador en el sistema de Seguridad Social; y el segundo, en el cual el empleador omite su obligación legal de incorporar a su trabajador en el sistema de Seguridad Social.
43. La obligación nace desde el momento en que se inicia la actividad laboral; permanece mientras dura la actividad laboral, incluso en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo. Se extingue cuando se produce la terminación de la relación de dependencia, siempre y cuando se comuniquen esta circunstancia al ente administrador, en la forma y plazos previstos en la normativa. Es decir, para que la omisión quede configurada es necesario, primeramente, que exista una relación laboral de trabajo dependiente; la omisión se encuadra, así, en un incumplimiento contractual.
44. El empleador remiso en cumplir con sus obligaciones de inscripción y/o cotización respecto de sus trabajadores tiene también un tratamiento concreto dentro del sistema de Previsión Social: se considera una falta de

Derecho Administrativo. Falta que no requiere una imputabilidad en el obrar subjetivo, los que nos lleva a la conclusión de que la falta puede ser cometida tanto por personas físicas como jurídicas.

45. Existiendo una vinculación convencional o contractual previa, los daños causados en su marco serán, en principio, siempre resarcidos por la vía de la responsabilidad contractual. Los familiares dependientes del trabajador, terceros al contrato laboral, podrían reclamar del empleador remiso *iure proprio* los daños contractuales que el incumplimiento frente al trabajador les ha causado, con base en el instituto del efecto tuitivo del contrato respecto de terceros interesados, siempre que no tengan ninguna otra acción viable frente al patrón incumpliente, ya que para ellos el incumplimiento contractual primario del empleador reviste interés, pues están incumbidos en la debida satisfacción de la obligación primaria de inscripción, cuyo incumplimiento puede provocar también lesiones a sus derechos. La institución del contrato con efectos respecto del interés tuitivo de un tercero permitiría que estos familiares accedan a un postulado que posibilite fundar una pretensión indemnizatoria.

46. La naturaleza tuitiva del Derecho Laboral hace que, aun en caso de que el contrato adolezca de un vicio invalidante que no pueda atribuirse culposa o dolosamente al empleador, sino al trabajador, aquél deba igualmente las prestaciones legales y de Seguridad Social, quebrando el conocido principio de que nadie pueda aprovechar su propia torpeza.

47. En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, existen dos niveles a considerar: el primero es la posición subjetiva del empleador que incumple y,

el segundo, la línea de imputabilidad del evento que es el que finalmente causa el daño al trabajador (enfermedad, accidente de trabajo, embarazo, etc.). En cuanto al primer nivel, el mero incumplimiento contractual posiciona subjetivamente al empleador en una situación culposa, pues, esta es la regla común en materia del Derecho de las Obligaciones.

48. El hecho del propio trabajador, acreedor de la prestación de hacer, no resulta relevante en la línea causal del incumplimiento, pues éste carece de la facultad de disponer sobre la inscripción o de renunciar a ella; como todo derecho que la ley acuerda al trabajador, es también irrenunciable.
49. El caso fortuito o la fuerza mayor no tienen un margen de aplicación demasiado importante en cuanto a la cumplimentación de la obligación de inscribir, pues el hecho de tercero que pueda ser impeditivo del cumplimiento de la obligación de inscripción solo podría darse en casos de muy artificiosa construcción.
50. La obligación de cotizar sí podría verse afectada por el caso fortuito o fuerza mayor, y aun por hecho de tercero, dado que la eventualidad de insolvencia del empleador podría impedir a éste último hacer las erogaciones necesarias para hacer el aporte. Caso distinto es el de la quiebra, pues ésta produce la terminación del contrato de trabajo.
51. En el ámbito de incumplimiento de la obligación de inscripción del empleador solo se consideran los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, y no los objetivos, ya que en los contratos la responsabilidad objetiva aparece bajo la forma de asunción especial o particular de riesgo.

52. Al empleador caben también las obligaciones llamadas por la doctrina “de seguridad”, por las cuales éste debe ciertas prestaciones de seguridad e higiene en el marco del desarrollo de la relación laboral, obligaciones que han sido equiparadas a la obligación de garantía, que imponen el alcanzar un cierto, un determinado resultado o estado de cosas, bajo pena de responsabilidad por las consecuencias de no haberlo alcanzado o producido.
53. El segundo nivel de responsabilidad atiende al factor de atribución que corresponde al evento o a la situación por la cual el trabajador puede obtener seguridad e indemnidad en el sistema de Previsión Social. En este segundo nivel, los eventos absoluta o mayormente fortuitos no presentan ningún problema para la cuestión que aquí estamos examinando: al no haber intencionalidad por parte de ninguna de las personas involucradas en la ecuación, el elemento o factor de atribución del incumplimiento que venimos examinando no sufre alteraciones. Pero cuando el empleador altera el riesgo normal del contrato de trabajo, agravándolo por su propio hecho u omisión, como cuando obvia el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo, y pese al tenor aparentemente absoluto de la norma establecida en la legislación previsional, la exoneración de responsabilidad del empleador debe ser entendida solo de aquellos riesgos que son los normales o usuales de la relación laboral.
54. Tratándose de eventos como maternidad, lactancia y otros similares, éstos incluyen un elemento intencional por parte del sujeto dañado; las reglas corrientes de responsabilidad indican que las consecuencias deberían ser atribuidas al agente que inserta su voluntad en la producción del daño; sin

embargo, en la dinámica de la relación laboral, la producción de estos eventos, o bien constituye el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, lo cual de suyo excluye su antijuridicidad y toda posibilidad de invocación como con causa culposa –caso de maternidad, o bien se trata de una consecuencia reglada en la economía contractual y que por tanto recibe un tratamiento específico, conforme las cláusulas pactadas o impuestas imperativamente, por lo que tampoco podrán implicar una causa exculpatoria en el evento dañoso.

55. En los contratos con cláusulas predeterminadas, que distribuyen o asignan riesgos imperativamente a una de las partes, podemos debatir sobre si estamos propiamente ante una atribución contractual de riesgos, vía *ius cogens*, o se trata de una tipificación básica del contrato, que pasa a ser el esquema normal o regular del mismo. En estos supuestos se asigna a la parte asimétricamente más fuerte de la relación, en nuestro caso al empleador, una serie de consecuencias derivadas de hechos que él no ha generado o producido, por lo que también podríamos caracterizar técnicamente este factor de atribución como objetivo.

56. Los daños que pueden surgir de la falta de inscripción son los beneficios de los que el trabajador hubiese gozado, de no haberse incurrido en la omisión. La principal prestación de la Seguridad Social es proveer un sistema de seguridad ante los avatares a los que está expuesta la vida de las personas: vejez, muerte, accidentes y enfermedades de trabajo, accidentes y enfermedades comunes, invalidez, maternidad.

57. Cuando el empleador es cumplidor de su obligación, se libera de las consecuencias del evento dañoso o potencialmente dañoso, es decir,

enfermedad, maternidad, invalidez, muerte y adultez impediende, salvo que el evento dañoso se hubiere producido por su dolo o culpa. En presencia de dolo o culpa del empleador, éste debe proveer los capitales constitutivos del valor de los beneficios que sean pertinentes; el sujeto legitimado para exigir esta prestación dineraria es el Instituto de Previsión Social. Nuestra legislación indica que la culpa ha de ser grave para que opere la exclusión, lo cual coloca al sistema dentro de la típica formulación de los seguros ordinarios. No se menciona el dolo en el articulado correspondiente, pero una razón de simple lógica induce a concluir que el dolo ha de recibir el mismo tratamiento que la culpa grave, y habrá de ser excluido igualmente de la cobertura de indemnidad del empleador.

58. La aplicación irrestricta del principio de regularidad del acto administrativo impide que el obrar irregular de los agentes estatales pueda ser imputado orgánicamente al estado, como acto de éste; a través de ello se mantiene la separación subjetiva entre el agente público y la entidad estatal, de modo tal que cualquier asignación de responsabilidad solo puede resolverse por la vía refleja. Esta configuración hace que el estado se desligue conceptualmente de todo obrar irregular y ayuda a sustentar la idea, también plasmada normativamente, de la siguiente cualidad de la responsabilidad estatal, cual es la de la subsidiariedad.

59. El régimen de subsidiariedad de la responsabilidad del estado deviene en un obstáculo para que el trabajador perjudicado obtenga una rápida reparación por los daños derivados de la conducta omisiva del estado, en cuanto a sus

funciones de vigilancia e inspección en el cumplimiento de la obligación de inscripción a cargo del empleador.

60. La situación se agrava con la Ley n° 1493/2000, que dispone la inembargabilidad de los bienes del estado: la ausencia de un patrimonio sobre el cual hacer recaer el cumplimiento compulsivo de una condena a indemnizar, a cargo del estado, vuelve ilusoria para el trabajador la percepción efectiva de la indemnización que le es debida y coloca la satisfacción de ese crédito laboral en manos de la voluntad del propio sujeto originalmente incumpliente.

61. Los empleadores, salvo alguna casual inspección y multa por parte de la previsional, no tienen estímulo suficiente para cumplir con la obligación de inscripción y subsiguiente cotización. Se precisan medidas más drásticas para enfrentar la falta de cumplimiento, como vg. la sanción penal, por la vía de la tipificación de la conducta de omisión de inscripción, como delito, al ejemplo de otras legislaciones. La penalización prevista en la ley n°5655/16 (la no entrega al ente por empleador del aporte del trabajador) no alivia la situación.

62. La jurisprudencia de los Tribunales Laborales no es unívoca sobre su competencia en materia de daños originados en el marco de un contrato de trabajo, dejando desprotegido a un importante sector de la población laboral dependiente.

A modo de corolario, hemos de aludir a la hipótesis que propusimos al principio de este trabajo; las conclusiones que hemos expuesto más arriba nos llevan a corroborar que el trabajador dependiente, perteneciente al sector privado, que no haya sido inscripto en el sistema de seguridad social, tiene, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el derecho de obtener de su patrón una indemnización de fuente contractual, dirigida a reparar los perjuicios derivados de la susodicha omisión.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Adorno, Luis O., Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Alonso Olea, Manuel, Instituciones de Seguridad Social, Ed. Aranzadi, Madrid, 1985.
- Almansa Pastor, José M., Derecho de la Seguridad Social, Ed. Tecnos Madrid, 1977.
- Alterini, Atilio Aníbal, La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Alterini, Atilio Aníbal, Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1970.
- Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto, Enciclopedia de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Alterini, Atilio Aníbal/López Cabana, Roberto, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1999.
- Andrada, Alejandro, Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad por Daños, Derecho de los Contratos, Teoría General del Contrato, Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ed. UNFL, FCJS, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.
- Bandeira de Melho, Celso A., Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, en Responsabilidad del Estado, UNSTA, Tucumán.
- Bar, Carl Ludwig von: Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, Neudr. d. Ausg. Leipzig 1871, Aalen 1971.
- Berghman, Jos., Basic Concepts of Social Security in Europe, Bruylant, Brussels, 1991.
- Bessone, Mario, Istituzioni Di Diritto Privato, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997.
- Bezerra de Menezes, Geraldo Montedonio, “Aseguranga Social no Brazil”, Ed. G. Haddad, Rio de Janeiro, 1961.
- Bidart Campos, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967.
- Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, 6ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964.
- Bielsa, Rafael, Régimen Jurídico de Policía, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957.
- Bueres, Alberto J., Responsabilidad por daños, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Bueres, Alberto José; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Busso, Eduardo, Código Civil Anotado, Editorial Adiar, Buenos Aires, 1954.
- Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1973.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, 3º Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992.

- Carranza Latrubesse, G., Responsabilidad del Estado por su Actividad Lícita, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, 7ma. Ed., Ed. Abeledo-Perrot - Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., Derecho de las Obligaciones, Ed. Platense, La Plata, 1969.
- Cettina Vargas, Osvaldo, Derecho Integral de la Seguridad Social, Universidad del Externado, Bogotá, 1986.
- Colombo, Leonardo A., Culpa Aquiliana. Cuasidelitos, 3ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965.
- Comba, Mario; Corrado, Renato, Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privatto e Publico, Lezioni di Diritto del Lavoro, 3ra. Ed., G. Giappichelli, Torino, 1953.
- Cordini, Miguel A., Derecho de la Seguridad Social, Eudeba, Buenos Aires, 1966.
- Corte, Néstor T.; Machado, José Daniel, Siniestralidad Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- Cristaldo, Jorge Darío, Hacia la Seguridad Social, Ed. Litocolor SRL, Asunción, 2005.
- Cristaldo, Jorge Darío, Legislación Laboral Paraguaya, Ed. Litocolor SRL, Asunción, 1997.
- Darity, William A., International Encyclopedia of the Social Sciences Jr., 2nd. Edition, Macmillan Reference, USA, 2008.
- De Ferrari, Francisco, Los Principios de la Seguridad Social, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1972.
- De la Cueva Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Ed. Porrúa, Ciudad de Méjico, 1963.
- De Lorenzo, Miguel Federico, El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Deveali, Mario, Tratado de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1966.
- Di Martino, Carmelo Carlos; Kriskovich, José, Lecciones de Derecho Laboral, Ed. Gráfica Empresarial S.A., Asunción, 1996.
- Diez-Picazo, Luis, Derecho de Daños, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- Dromi, Roberto, Tratado de Derecho Administrativo. 9ª ed., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.
- Dupeyroux, J.J., Droit de la Sécurité Sociale, 12 éme. Edition, Dalloz, Paris, 1993.
- Dworkin, Ronald, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press, Cambridge, 2002.
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ed. J. C. B. Mohr, 15ta. Ed., Tübingen, 1960
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Ed. J. C. B. Mohr, 15ta Ed., Tübingen, 1958
- Estevill, Luis Pascual, Derecho de Daños, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- Estivill, Luis Pascual, Hacia un Concepto Actual de la Responsabilidad Civil, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

- Estivill, Luis Pascual, La responsabilidad Extracontractual Aquiliana o Delictual, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1992.
- Frescura y Candia, Luis P., Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975.
- Gala Durán, Carolina, La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- García Martínez, Roberto, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1998.
- Gherzi, Carlos A., Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación, Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Gherzi, Carlos A., Rossello, Gabriela; Hise, Mónica, Derecho y Reparación de Daños, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- Gherzi, Carlos Alberto, Teoría General de la Reparación de Daños, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Gherzi, Carlos Alberto, Valor de la Vida Humana. Cuantificación Económica, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Gherzi/Rossello/Hise, Derecho y Reparación de Daños, Editorial Universidad, Bs. As, 1998.
- Goldember, H. Isidoro, La relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- Goldember, H. Isidoro, Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- Goodin, Robert E., Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State, Princeton University Press, New Jersey, 1988.
- Handel, Gerald, Social Welfare in Western Society, Transaction Publishers, New Jersey, 2009.
- Iribarne, Héctor Pedro, De los Daños a la Persona, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- Josserand, Louis, Les Transports en Service Intérieur et en Service International (transports ferroviaires, roulage, navigation intérieure et navigation aérienne), à l'exclusion des transports maritimes, 2ª ed. París, 1926.
- Juliani Fonrouge, Carlos M., "Derecho Financiero", 9º edición, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Kaser, Max, Römisches Privatrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2DA. Ed., Tomo I, München, 1971.
- Von Kries, J. von, Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung: Eine Logische Untersuchung, Tübingen: Mohr, 1886.
- Krostochin, Ernesto, Instituciones de Derecho del Trabajo, Tomo I, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1947.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Ed. C.H. Beck, 14ta. Ed., München, 1987.

- Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Ed. C.H. Beck, 7. Ed., München, 1989
- Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., 1976.
- López Cabana, Roberto, Responsabilidad Civil Objetiva, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Mairal, Héctor A., Control Judicial de la Administración Pública, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 4ta. Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Martínez Vivot, Julio J., Elementos del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- Maslow, Abraham, “Motivation and Personality”, 3° Edición, Ed. Longman, 1970.
- Mazeaud, Henri et León, Tunc, André, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- Meilij, Gustavo R., Reparación Integral de los Accidentes del Trabajo, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- Messineo, Francesco, Doctrina General del Contrato, Editorial Egea, Buenos Aires, 1962.
- Messineo, Francesco, Doctrina General del Contrato, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1952.
- Midgley, James, Social Welfare in Global Context, Sage Publications, Thousand Oaks (CA), 1997.
- Morris, Robert, Encyclopedia of Social Work, NASW, Washington, 1973.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.
- Novoa Fuensalida, Patricio, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- Orgaz, Alfredo, El daño Resarcible, Ed. Omega, Buenos Aires, 1960.
- Padillo, René A., Responsabilidad civil por la mora, Astrea, buenos Aires, 1996.
- Paine, Thomas, The Writings of Thomas Paine, Collected and Edited by Moncure Daniel Conway, G.P. Putnam’s Sons, New York, 1894.
- Perez Botija, Eugenio, Curso del Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 1960.
- Pérez Leñero, José, “Fundamentos de la Seguridad Social”, Ed. Aguilar, Madrid, 1956.
- Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- Reiriz, María Graciela, Responsabilidad del Estado, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1969.
- Sánchez Calero, Fernando, Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Ed. Arasandi, Pamplona, 2001.

- Saux, Edgardo Ignacio; Müller, Enrique Carlos, Responsabilidad Civil y Aquiliana, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.
- Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, Tomo I, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Stiglitz, Joseph E., The Economic Role of the State, Blackwell Publishers, Oxford, 1989.
- Tamayo Jaramillo, Javier, De la Responsabilidad Civil, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Trigo Represas, Félix A.; Stiglitz, Ruben S., Derecho de Daños, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1996.
- Weingarten, Celia, Manual de Derecho de Daños, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- Vázquez Vialard, Antonio, Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- Villagra Maffiodo, Salvador, Principios de Derecho Administrativo. 1ª ed., El Foro, Asunción, 1981.
- Villegas, Héctor Eduardo, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 7º edición, JJCPM, Buenos Aires, 2001.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1949,
- Visintini, Giovanna, Tratado de la Responsabilidad Civil, Traducción de Aida Kemelmajer de Carlucci, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Von Bismarck, Otto, Die Gesammelten Werke, Friedrichsruher Ausgabe, Verlag für Politik und Wirtschaft, Berlin, 1935.

Diccionarios

- Diccionario Iter Latino-Español, Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1983.
- Encyclopedia of Public Health, Ed. Lester Breslow, Gale Cengage, 2002.

Artículos/Revistas

- Blanke, Hermann-Josef, El principio de Proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano, La Tutela Efectiva en la Justicia Administrativa, Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2008.
- Burgos, Débora y Vessoni, Hugo A., La Obligación de Seguridad, JA, I-1995.
- Coronel, Germán A., Responsabilidad Extracontractual del Estado por Acto Ilícito de sus Dependientes en Ejercicio o en Ocasión de sus Funciones (Una Adecuada Interpretación a la Luz del Derecho Administrativo de la Relación Causal Funcional) Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Rubinzal – Culzoni Editores, nro. 9, año 2000.
- Delgado Toral, Gabriel, Una Introducción a los Teoremas de Punto Fijo y a la Existencia de Equilibrios en Economía, en: Economía Informa, Publicación Bimestral de la Facultad de Economía de la UNAM, Volumen 388, Septiembre-Octubre, México, 2014.

- Ferrer, Germán Luis y Roitman, Horacio, Responsabilidad de Directores por las Obligaciones Laborales, Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Rubinzal – Culzoni Editores, nro. 8, año 2000.
- Galdós, Jorge Mario, Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales Pautas Directrices, Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Rubinzal – Culzoni Editores, nro. 9, año 2000.
- Galtung, Johan, The Basic Needs Approach, en: Papers - Chair in Conflict and Peace Research, University of Oslo, nro. 74, University of Oslo, Oslo, 1979.
- Galtung, Johan, Violence, Peace, and Peace Research, Journal of Peace Research, September 1969; vol. 6, 3.
- Galtung, Johan, en: Human Needs: A Contribution to the Current Debate, Katrin Lederer, Johan Galtung, David Antal, Oelgeschläger, Gunn & Hain, Cambridge (MA)1980.
- González Pérez, Feliciano, Bases Conceptuales y Realismo en el Derecho del Trabajo, Derecho del Trabajo, Anuario de la Facultad de Derecho, nro. 3, Unex, Extremadura, España, 1984/1985.
- Josserand, Louis La Responsabilité Enver Soimême en: Recueil Hebdomadaire de Dalloz, (Chronique) n° 28, 1934, París.
- López Olaciregui, José M., Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Director Atilio Aníbal Alterini, Editorial La Ley, Buenos Aires, nro. 1, 1999.
- Myerson, Roger B., Nash, Equilibrium and the History of Economic Theory, Journal of Economic Literature, Vol. 37, Nro. 3, Pittsburgh, 1999.
- Nallar, Florencia, Arrascaeta, Arturo, Responsabilidad del Estado por Acto Lícito, Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Rubinzal – Culzoni Editores, nro. 2, año 2014.
- Rodríguez-Sala, María Luisa, La Cofradía-Gremio durante la baja Edad Media y los siglos XVI y XVII, el caso de la Cofradía de los cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España, Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, Nro. 10, Toledo, 2009
- Tanzi, Silvia, La Reparabilidad de la Pérdida de la Chance, en la obra colectiva La Responsabilidad, libro en homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Trigo Represas, Felix A., La Dependencia en los Ámbitos Contractual y Extracontractual. Similitudes y Diferencias, Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Rubinzal – Culzoni Editores, nro. 3, año 2007.
- Stone, Deborah, Beyond Moral Hazard: Insurance as Moral Opportunity, Connecticut Insurance Law Journal, 6:45, 1999/2000.
- Von Buri, Maximilian, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Der Gerichtssaal, Der Zeitschrift für Volkstümliches Recht, Herausgabe Ludwig Jagemann, 29, Beilageheft, Stuttgart, 1878.

- Von Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Volume 9, Issue 1, 1889.

Páginas de internet

http://blue.lim.ilo.org/cariblex/pdfs/ILO_dec_philadelphia.pdf.

<http://www.economicwebinstitute.org/glossary/unemploy.htm>

<http://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/poverty/>

http://www.who.int/occupational_health/activities/occupational_work_diseases/en/

<http://www.bacn.gov.py/constitucion/sesion-plenaria/ds-05-06-018.htm#Artículo95>.

<http://www.bacn.gov.py/constitucion/sesion-plenaria/ds-06-17-043.htm#Artículo95>.

Legislación

Constitución de la República del Paraguay, año 1992

Ley n° 01/89 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

Ley n° 4/92 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Ley n° 5/92 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Ley n° 1040/97 Protocolo de San Salvador

Decreto n° 10.810/52 que reglamenta al Decreto-Ley n° 1.860/50.

Ley n° 375/56 "Por la cual se aprueba el Decreto-Ley n° 1.860/50, por el cual se modifica el Decreto-Ley n° 17.071 de fecha 18 de febrero de 1943 de creación del Instituto de Previsión Social".

Ley n° 537/58 "Que declara obligatoria la inclusión dentro del régimen de seguro social del IPS, a todos los maestros y catedráticos del magisterio primario y normal de la República".

Ley n° 792 de fecha 05 de junio de 1962 que aumenta los aportes de patronos y obreros al Instituto de Previsión Social.

Ley n° 1.085/65 "Que modifica y amplía las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50 aprobado por Ley n° 375 del 27 de agosto de 1956".

Ley n° 427/73 "Que modifica y amplía las leyes n° 375, del 27 de agosto de 1956, y n° 1.085, del 8 de setiembre de 1965, del Instituto de Previsión Social.

Ley n° 430/73 "Que establece el derecho al beneficio de jubilaciones y pensiones complementarias a cargo del Instituto de Previsión Social".

Ley n° 1.286/87 "Que modifica y amplía disposiciones de las leyes que rigen el Instituto de Previsión Social".

Ley n° 98/92 "Que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por Ley n° 375/56, y las leyes complementarias n° 537 de fecha 20 de setiembre de 1958, n° 430 de fecha 28 de diciembre de 1973 y n° 1.286 de fecha 4 de diciembre de 1987".

Ley n° 532/94 "Que modifica y amplía el artículo 13 de la Ley n° 98 del 31 de diciembre de 1992, que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones a cargo del Instituto de Previsión Social".

Ley n° 731/95 "Que amplía el artículo 13, inciso p), de la Ley N° 98 del 31 de diciembre de 1992".

Ley n° 1.398/99 "Que declara obligatorio incorporar al régimen de asistencia médica del Instituto de Previsión Social a los docentes jubilados de todo el país".

Ley n° 2.263/03 "Que modifica parcialmente la Ley n° 98/92, que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por la Ley n° 376/56, y las leyes complementarias n° 537, de fecha 20 de setiembre de 1958, n° 430, de fecha 28 de diciembre de 1973, y n° 1.286, de fecha 4 de diciembre de 1987".

Ley n° 3.404/07 "Que modifica el artículo 25 de la Ley n° 430, de fecha 27 de diciembre de 1973, modificado por el artículo 4°, de la Ley n° 98 de fecha 31 de diciembre de 1992".

Ley n° 3.515/08 "Que autoriza la incorporación al seguro social del Instituto de Previsión Social de los funcionarios y contratados del Ministerio Público y de los jubilados que hayan prestado servicios en dicha repartición.

Ley n° 3.613/09 "Que modifica el artículo 13° de la Ley n° 2.345/03 "De reforma y sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público"". Establece condiciones para la obtención del seguro médico del IPS por parte de los docentes jubilados.

Ley n° 3.856/09 "Que establece la acumulación del tiempo de servicios en las Cajas del sistema de jubilación y pensión paraguayo, y deroga el artículo 107° de la Ley n° 1.626/00 "De la función pública" (INTER CAJAS). Decreto n° 4.392/10 "Reglamento de la Ley n° 3.856/09 de inter Cajas".

Ley N° 4.199/10 "Que establece el seguro social para músicos, autores, compositores y cultores del arte en general, sin relación de dependencia".

Decreto N° 9.606/2012 "Por el cual se reglamenta la Ley N° 4.199, del 13 de diciembre de 2010 "Que establece el seguro social para músicos, autores, compositores y cultores del arte en general, sin relación de dependencia"".

Ley N° 4.370/11 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas".

Decreto n° 8.324/12 "Que reglamenta la Ley n° 4.370/11 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas"".

Ley n° 4.290/11 "Que establece el derecho a solicitar reconocimiento de servicios anteriores en el Instituto de Previsión Social y modifica parcialmente el artículo 59 del Decreto-Ley n° 1.860/50, aprobado por Ley n° 375 del 27 de agosto de 1956, modificado por el artículo 2° de la Ley n° 98/92, y aclara el alcance de la Ley n° 3.404 del 7 de diciembre de 2007 de continuidad en el beneficio".

Ley n° 4.426/11 "Que establece un haber mínimo jubilatorio y de pensiones para los asegurados del Instituto de Previsión Social".

Ley n° 4.629/12 "Que estable un régimen especial de jubilaciones e indemnizaciones para los trabajadores de Aceros del Paraguay S.A.", esta ley fue declarada inconstitucional por Acuerdo y Sentencia n° 31 de febrero de 2016.

Ley n° 4933/2013 "Que autoriza la incorporación Voluntaria de Trabajadores Independientes, Empleadores, Amas de Casa y Trabajadores Domésticos al Seguro Social – Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Previsión Social".

Ley n° 213/93; y su modificación ley n° 496/95 Código del Trabajo.

Ley n° 5555/2015 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas".

Ley n° 5.508/15 De la Promoción, Protección de la Maternidad y Apoyo a la Lactancia Materna que modifica el Código del Trabajo.

Ley n° 5.407/2015 Del Trabajo Doméstico, que modifica el Código del Trabajo

Otros

- Beveridge, William, Social and Allied Services (The Beveridge Report), Londres, 1942.
- Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. 1919 - 1984, O.I.T., Bélgica, 1985.
- Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Cumbre de Naciones Unidas 13-14 de junio de 1992, Rio de Janeiro, Brasil.
- Envejecimiento en América Latina, Sistemas de Pensiones y Protección Integral, bajo dirección de Antonio Prado y Ana Sojo, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2010.
- ICD-10 Report of the WHO Meeting, Génova, 8-10 de July 1998.
- International Classification of Impairments, Disability and Handicaps (ICIDH), Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1980.
- INTO Twenty-first Century: Development of Social Security, O.I.T., Geneva, 1984.
- NPD 2008, División de Población de Naciones Unidas, World Population Prospect.
- Ocupacional Health, A Manual for Primary Health Care Worker's, World Health Organization, Regional Office for de Eastern Mediterranean, Cairo, 2001.
- Resolution Concerning Statistics of the Economically Active Population, Employment, Unemployment and Underemployment, adopted by the Thirteenth International Conference of Labour Statisticians, Ginebra, 18 al 29 de octubre de 1982.
- Seguridad Social: Guía de Educación Obrera, O.I.T., Ginebra, 1995.
- Tawil, Guido S., Algunas Reflexiones Respecto al Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa, ED 122/811 y sgtes.
- Von Maydell B., Fundamental Approaches and Concepts of Social Security, en: Blanpain R., Law in Motion, La Haya, 1997, n. 1034.
- Salud y Seguridad en el Trabajo (SST). Aportes para una Cultura de la Prevención, 1ª Ed., Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Instituto Nacional de Educación Tecnológica, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2014.