



Resolución N° 1205/2023

INDDHH 2021-1-38-0000765

Montevideo, 11 de abril de 2023

Sr. Presidente del Banco de Previsión Social

Dr. Alfredo Cabrera

I) ANTECEDENTES

1. La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (en adelante INDDHH) recibió el 21 de octubre de 2021 una denuncia relativa a la eventual vulneración al derecho a la seguridad social y al debido proceso de la Sra. A.E. por parte del Banco de Previsión Social (en adelante BPS).
2. La denuncia se ingresó en el expediente N° 2021-1-38-0000765 y, habiendo sido analizados los requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley N° 18,446 y el Reglamento de la INDDHH, fue admitida por el Consejo Directivo el 27 de octubre de 2021.
3. Mediante oficios DEN 0303/2021 y 0038/2022 del 30 de noviembre de 2021 y del 9 de febrero de 2022, la INDDHH solicitó al BPS información sobre los hechos denunciados. El organismo remitió su respuesta el 8 de marzo de 2022.
4. De la información aportada por la denunciante y el organismo a ese momento, surge:
 - a) En 2019, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias (en adelante CJPB) otorgó a la denunciante una jubilación por invalidez permanente y absoluta, con motivo de un diagnóstico de fibromialgia.
 - b) A efectos de poder acceder a los aportes realizados a la Administradora de Fondos de Ahorro Personal (AFAP) Unión Capital, el 3 de enero de 2019 solicitó la jubilación también ante el BPS, quien habría rechazado su solicitud por no contar con los servicios ni edad suficientes, así como por tampoco alcanzar el baremo mínimo requerido.
 - c) Por su parte, conforme a la legislación vigente, la AFAP no permite el retiro o transferencia de fondos hasta tanto el BPS no le otorgue una jubilación o cumpla 65 años, por tratarse de un ahorro de uso exclusivo para financiar la jubilación.
 - d) Según la denunciante, el BPS no tuvo en cuenta la totalidad de su historia clínica, y fue evaluada únicamente por una médica de medicina general y una médica especialista en reumatología, pese a que ella había aportado informes de su médico de medicina general, un psicólogo, un psiquiatra, un fisiatra, un traumatólogo, un neurólogo y un médico legista.
 - e) En marzo de 2022, el BPS informó a la INDDHH que había realizado cuatro evaluaciones médicas completas que concluyeron que A.E. está incapacitada para realizar su tarea habitual, pero no para todo trabajo. En las evaluaciones



Institución Nacional
de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo



- habrían participado perito, reumatólogo, neurólogo y una junta médica de fibromialgia integrada por psiquiatra, psicólogo y reumatólogo.
- f) A.E. ha presentado reiterados escritos solicitando que el BPS revise la resolución, incluyendo recursos administrativos.
 - g) El BPS señaló que aún no había emitido resolución expresa respecto de los recursos administrativos interpuestos porque A.E. ha presentado en reiteradas oportunidades nueva documentación, la que fuere considerada por el BPS en desmedro de los plazos usuales de tramitación de este proceso. Asimismo, existiría denegatoria ficta por vencimiento de plazos.
 - h) Aproximadamente en enero de 2022, la denunciante solicitó la conformación de un tribunal de alzada para revisar su solicitud, lo que fuere admitido por el BPS, pero sujeto a que ella financiara los honorarios de los profesionales intervinientes.
 - i) La denunciante se habría opuesto al pago de honorarios para la conformación del Tribunal de Alzada por correo electrónico, y habría solicitado que ello sea resuelto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (en adelante MTSS)– a quien luego comunicaría directamente su oposición y solicitaría su incorporación a un expediente ya en trámite por la situación-. Al momento, el MTSS no se habría expedido.
5. Luego de analizar la denuncia y la información aportada por el organismo, el Consejo Directivo de la INDDHH dictó la Resolución N° 1116/2022 del 21 de junio de 2022, en la que resolvió:
- I.- Considerar que no hubo por parte del Banco de Previsión Social una vulneración al derecho al debido proceso administrativo en los procedimientos tramitados en los Expedientes (...) que dan curso a la solicitud de jubilación por imposibilidad física formulada por la titular A.E.,
 - II.- Recomendar al Poder Legislativo la revisión del artículo 52 de la Ley N° 16.7136 “Ley de Seguridad Social” en el sentido de contemplar las situaciones donde exista discrepancias entre el BPS y otro organismo de previsión social en cuanto las declaraciones de imposibilidad física total para trabajar, permitiendo a la persona implicada obtener el reintegro de los fondos acumulados en la cuenta de ahorro individual o su transferencia a una empresa aseguradora, a efectos de la constitución de un capital para la obtención de una prestación mensual.
6. La resolución fue notificada a la denunciante y al organismo el 23 de junio de 2022. El 28 de junio de 2022 la denunciante remitió sus observaciones respecto a la resolución dictada y manifestó su disconformidad con la conclusión arribada.
7. El 18 de setiembre de 2022, la denunciante se comunicó nuevamente con la INDDHH y solicitó al Consejo Directivo que reconsiderara el caso. Posteriormente, se comunicó en reiteradas ocasiones para aportar nueva información, de la que surge:
- a) El 10 de noviembre de 2022, la Dirección Técnica de Prestaciones desestimó el recurso de revocación interpuesto.
 - b) El 23 de enero de 2023, el BPS notificó a la denunciante la resolución definitiva N° 41-30/2022 del 7 de diciembre de 2022 que resuelve no hacer



- lugar al recurso jerárquico interpuesto y señala que en el caso se ha agotado la vía administrativa, por lo que se procedería a archivar el expediente.
- c) En la resolución, el BPS sostiene que a la denunciante no le corresponde la jubilación por incapacidad ni puede ampararse en lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 16.713 por no tener una incapacidad absoluta y permanente, así como tampoco le corresponde el subsidio transitorio por incapacidad parcial por no haber estado en periodo de actividad o inactividad compensada a la fecha de inicio de la incapacidad.
 - d) Por otro lado, se hace referencia a que, en abril de 2022, conjuntamente con la Junta Médica de Fibromialgia, se expidió la Comisión Técnica de AFAP y dictaminó que la recurrente no configura una incapacidad “por cuanto las enfermedades alegadas no provocan una pérdida de la capacidad del trabajo amparable legalmente”.
 - e) El 25 de enero de 2023, la denunciante consultó sobre la posibilidad de que, en relación a este caso, la INDDHH realizara una pericia médica en el marco de lo dispuesto por el artículo 35 de la ley 18.446.
8. El 14 de marzo de 2023, la denuncia actualizada fue puesta a consideración del Consejo Directivo de la INDDHH, que dispuso reabrir el caso y dictar una nueva resolución.

I) CONSIDERACIONES DE LA INDDHH

9. En primer lugar, cabe aclarar que el objeto de la investigación de la INDDHH consistió en determinar si el BPS, el organismo competente para realizar una valoración de la incapacidad provocada por la patología de la denunciante, procedió conforme a derecho y brindando las debidas garantías procesales tanto en la valoración misma como en las posteriores instancias decisivas y recursivas.
10. En tal sentido, queda descartada la sugerencia de la denunciante de que la INDDHH realice una pericia médica respecto de su persona, en el marco del artículo 35 de la Ley N° 18.446 para determinar el baremo que corresponde a su incapacidad y compararlo con el resultado arribado por el BPS.
11. Los hechos denunciados, tal como se desarrollará más adelante, son consecuencia de la diversidad de baremos aplicables entre los organismos y de su aplicación misma, particularmente en el caso del BPS. En tal sentido, que la INDDHH realizara una nueva valoración de la incapacidad de la denunciante no aportaría a la investigación, menos aún si consideramos que no se tienen criterios definidos para ello y que no podría conformarla adecuadamente para atender a la complejidad de la patología de la denunciante.
12. Luego de analizar nuevamente estas actuaciones, la INDDHH concluye que existe vulneración al derecho al debido proceso administrativo de A.E. por parte del BPS al no integrar la junta médica de fibromialgia conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 19.728 y al no contar con criterios precisos y objetivos para que los profesionales valoren la incapacidad.



Institución Nacional
de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo



13. De igual forma vulnera los derechos de la denunciante la diversidad de baremos aplicados y la falta de articulación entre los organismos previsionales involucrados.
14. Respecto a las demás cuestiones analizadas, si bien no se cuenta con elementos suficientes para constatar vulneración a los derechos de A.E. particularmente en este caso (artículo 32 de la Ley N° 18.446), sí se constatan circunstancias generales que atentan contra las garantías del debido proceso, tal como la conformación del Tribunal de Alzada y lo relativo al acceso a este, lo que ameritara realizar recomendaciones generales al organismo (artículo 4 literal K de la Ley N° 18.446).

Conformación de la Junta Médica de Fibromialgia

15. La Ley N° 19.728 del 18 de enero de 2019, que se encuentra actualmente vigente, establece en su artículo 5 que las juntas médicas especializadas que el BPS deberá constituir con el fin de determinar casos de incapacidad derivados de fibromialgia, estarán integradas por reumatólogo, fisiatra, psicólogo y psiquiatra.
16. Conforme a lo informado por el propio organismo, este habría omitido la integración de un fisiatra, con lo que le asiste la razón a la denunciante cuando sostiene que las juntas médicas no se conformaron conforme a lo previsto.
17. Sin perjuicio de que se trata de una ley que no establece un plazo para que ello se implemente, teniendo en cuenta que la ley tiene aproximadamente 4 años de vigencia, la conformación de las juntas se torna un derecho de los solicitantes, que en este caso se ve vulnerado por el incumplimiento del BPS.

Criterios de valoración de la discapacidad

18. Las normas del BPS que regulan la valoración de la incapacidad (baremo) resultan imprecisas e insuficientes. Estas normas deberían establecer criterios más precisos y objetivos que restrinjan el margen de discrecionalidad con que los profesionales los aplican, a efectos de que las decisiones del organismo sean congruentes.
19. A este problema lo agrava la falta de fundamentación de las resoluciones denegatorias. Si bien en este expediente no surge copia de las respuestas denegatorias del BPS, los antecedentes de casos similares investigados por la INDDHH permiten constatar que cuando el BPS deniega prestaciones por no alcanzar el baremo mínimo requerido, se limita a informar su conclusión, pero no su fundamento, incumpliendo así con su deber de motivar los actos administrativos.
20. Esta falta de motivación tiñe de ilegitimidad las decisiones del organismo y vulnera el derecho al debido proceso administrativo de los solicitantes.

Tribunal de alzada

21. El Decreto N° 306/2013 del 25 de octubre de 2013 -que aprueba las Normas para la Valoración del Grado de Invalidez (Baremo)- prevé la conformación de un tribunal de alzada en caso de divergencias entre los técnicos actuantes, la Gerencia de Peritajes Médicos o ante la solicitud del médico tratante.
22. La denunciante señala que para acceder a un tribunal de alzada que revise la decisión, el BPS le exige que pague los honorarios de un médico de la Facultad de Medicina. Esto no está previsto en el Decreto N° 306/2013 y no se encontró otra normativa que lo avale. Por



su parte, el BPS no se refirió a esta cuestión y el MTSS tampoco se habría expedido al respecto.

23. Si bien no es posible afirmar si esta exigencia implica para la denunciante una vulneración real al derecho al debido proceso –ya que ello requeriría verificar si cuenta o no con los medios suficientes para costearlo-, sí se advierte que en la situación de algunos solicitantes ello aparejaría vulneración no solo al derecho al debido proceso, sino también, al principio de igualdad –ya que solo podrían acceder al tribunal quienes dispongan de los medios para pagar los honorarios-.
24. Por otra parte, el análisis de las características de este tribunal permite concluir que difícilmente este brindaría garantías al solicitante. En primer lugar, porque no se pauta en el baremo la actuación del tribunal. En segundo lugar, por su integración: se conforma con dos médicos representantes del BPS (de los cuales uno actuará como presidente y eventualmente tendrá doble voto), un médico representante de la Facultad de Medicina, el médico tratante del solicitante que tendrá voz, pero no voto, y tratándose de jubilaciones se incluye además un médico representante de las aseguradoras.
25. Es decir que, el solicitante no tiene ningún representante con voto que vele por sus intereses, y el BPS tiene la mayoría de votos en ambas conformaciones -en pensiones siempre y en jubilaciones en caso de empate-, con lo que la decisión última de si otorgar o no las prestaciones siempre recae sobre el BPS.
26. En tal sentido, la intervención del tribunal de alzada, en caso de poder acceder a este, no solo no brinda garantías al solicitante, sino que por su integración vulnera las garantías del debido proceso.

Discordancia entre resoluciones del BPS y la CJPB

27. Si bien no se pudo conocer el baremo utilizado por la CJPB, en vista de las distantes conclusiones arribadas por los organismos, podemos presumir que es distinto al que el BPS utiliza. Los baremos utilizados por los organismos del Estado son diversos, lo que puede generar discordancias.
28. Particularmente en el caso de estos dos organismos previsionales, sería conveniente que acordaran cómo proceder ante discordancias en sus valoraciones. A modo de ejemplo, podrían habilitar la realización de un trámite conjunto.
29. Si bien ello no solucionaría el problema de fondo –es decir, la diversidad de baremos para un mismo fin que se utilizan en la Administración Pública-, sí evitarían eventuales perjuicios y brindaría certeza y seguridad a los solicitantes.

II) Por todo lo anteriormente expuesto, EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO RESUELVE:


- 1) Modificar la resolución N° 1116/2022 del 21 de junio de 2022. Dejando sin efecto lo resuelto en el numeral 1).
- 2) Que el Banco de Previsión Social vulneró el derecho al debido proceso administrativo de la Sra. A.E. por no integrar la junta médica de fibromialgia de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 19.728; por no contar con criterios precisos y objetivos para que los profesionales valoren la incapacidad ni




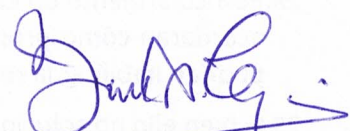
Institución Nacional
de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo

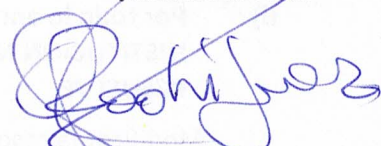


- informar adecuadamente los motivos en que se fundan las denegaciones; y por no brindar soluciones ante las discrepancias con otros organismos previsionales en la aplicación de sus respectivos baremos.
- 3) Recomendar al organismo que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 19.728, integre las juntas médicas de fibromialgia con médicos reumatólogo, fisiatra, psicólogo y psiquiatra.
 - 4) Recomendar al organismo que establezca criterios claros y objetivos para orientar la tarea de los profesionales en la valoración de la discapacidad. Asimismo, se recomienda que se informe adecuadamente a los solicitantes sobre la valoración realizada y los motivos que fundan el porcentaje de baremo concluido, especialmente en casos de denegatorias.
 - 5) Recomendar al Banco de Previsión Social que articule y establezca junto con otros organismos de previsión social un proceder ante situaciones de discrepancias en las aplicaciones de sus baremos. Particularmente, la INDDHH aconseja establecer un trámite y una valoración conjunta.
 - 6) Recomendar la revisión del Decreto N° 306/013, Normas para la valoración del grado de invalidez (baremo), en cumplimiento de lo recomendado en el numeral 4), así como también en lo que refiere al acceso al tribunal de alzada, eventuales honorarios e integración, conforme al principio de igualdad y a las garantías del debido proceso.
 - 7) En virtud de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 18.446 y artículo 96 del Reglamento de la INDDHH, se solicita al Banco de Previsión Social que en plazo diez (10) días hábiles manifieste formalmente si acepta o no las presentes recomendaciones.
 - 8) Notificar a la denunciante y al Banco de Previsión Social.


Cr. MARCOS ISRAEL
PRESIDENTE
Institución Nacional de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo


JIMENA FERNANDEZ BONELLI
DIRECTORA
Institución Nacional de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo


Dr. BERNARDO A. LEGNANI
DIRECTOR
Institución Nacional de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo


Dra. CARMEN RODRÍGUEZ NÚÑEZ
DIRECTORA
Institución Nacional de Derechos Humanos
y Defensoría del Pueblo