

Tema de artículo científico

La Responsabilidad Solidaria Estatal por la
Administración de Fondos Públicos de las Operadoras
de Pensiones Privadas según el artículo 41 de la Ley de
Protección al Trabajador.

*Jorge Valerio Hidalgo

Dedicatoria

Este trabajo se lo dedico a mi madre y padre, quienes me brindaron su asesoría para seguir por el camino de la verdad.

Agradecimiento

A Dios, por ayudarme a realizar esta investigación.

A mis padres, amigos y compañeros de trabajo.

Los profesores de esta universidad que me vieron crecer como un profesional

A la Caja Costarricense del Seguro Social, por toda su ayuda brindada.

1.	Introducción	
1.1	Antecedentes históricos sobre seguridad social y repercusiones en materia de operadoras de pensiones en Costa Rica.	
2	Marco teórico	
2.1	Disposiciones constitucionales de seguridad social y sus derivados jurídicos.....	Pág. 1
2.2	La Regulación normativa sobre la protección al trabajador.....	Pág. 1
2.3	El Fondo de Capitalización Laboral (FCL).....	Pág. 2
2.4	Supervisión de los fondos de pensión y capitalización laboral.....	Pág. 4
2.5	Las entidades encargadas de administrar los fondos de pensión y de Capitalización laboral.	Pág. 4
2.6	Principios de responsabilidad enmarcada en el Estado.....	Pág. 6
2.6.1	-La reparación de daños como solución ultima.....	Pág. 6
2.6.2	-La teoría de la reparación de daños.....	Pág. 7
2.6.3	-La responsabilidad del Estado.....	Pág.10
3	La conducta del Estado ante el fracaso administrativo de las Operadoras de Pensiones.	Pág.11
3.1	El Estado como responsable solidario por la administración de fondos públicos de las operadoras de pensiones privadas según el artículo 41 de la Ley de Protección al Trabajador.....	Pág. 15
4.	Conclusiones y recomendaciones.....	Pág. 18

“La Responsabilidad Solidaria Estatal por la Administración de Fondos Públicos de las Operadoras de Pensiones Privadas según el artículo 41 de la Ley de Protección al Trabajador”

*Jorge Valerio Hidalgo

Introducción

1-La creación de la Ley de Protección al Trabajador propuso soluciones y iniciativas que salvaguardaran los fundamentos filosóficos de los seguros sociales como la obligatoriedad, solidaridad, igualdad, universalidad y unidad, ante estas ideologías, se ha derivado que el principio de la solidaridad del Estado haya provocado el levantamiento de un sistema normativo de trabajo, como protector a la necesidad social-laboral en nuestro país, siempre persistiendo a un estado social de derecho.

Dentro de la actual tendencia de reforzar la seguridad social costarricense, cabe la posibilidad de que se provoquen inquietudes sobre la verdadera administración de las operadoras de pensiones; al verificar si los que administran el fondo de capitalización, cuentan con un adecuado sistema competente de responsabilidad en el tanto se presente una situación crítica en el futuro. Aunado a esto, insita a situaciones futuras sujetas a riesgo y por ende repercusiones negativas en su nuevo ordenamiento jurídico.

Recientemente la Ley de Protección al Trabajador va llevando a cabo sus objetivos debido a su transición en la sociedad costarricense; sin embargo, hasta la fecha no se tiene noticia de que no se haya efectuado uno de sus fines, como la administración adecuada de los fondos de capitalización de los trabajadores.

Frente a tal situación, se reviste un especial interés y de suma importancia, hacer un breve análisis de la legislación antes mencionada y, en general, la figura de la responsabilidad en la que incurre el Estado sobre la administración y cuidado de los derechos de los trabajadores realizada por entes privados autorizados por ley y que a su vez dichos entes son escogidos por el proletariado.

El presente artículo científico comenta la responsabilidad solidaria del Estado, de su forma compensativa, en una situación de pérdida de los aportes y rendimientos de los trabajadores provocada por la actividad administrativa de las entidades autorizadas, conocidas como operadoras de pensiones.

Este análisis ha provocado la interrogante de cual es el fundamento jurídico para que el Estado se responsabilice solidariamente por la administración de fondos públicos de las operadoras de pensiones privadas según la Ley de Protección al Trabajador.

Se debe hacer hincapié en que el objetivo principal de esta investigación lo que es determinar si es valido el fundamento jurídico para que el Estado se responsabilice solidariamente por la administración de fondos públicos de las operadoras de pensiones privadas

De ahí que se deriven varios objetivos específicos como la diferencia entre la responsabilidad solidaria estatal y la responsabilidad de las operadoras, el escudo de inmunidad a la cual están sometidas, a quien afecta directamente la irresponsabilidad de las operadoras de pensiones por un incumplimiento, entre otras

En síntesis, el propósito pleno de esta investigación es tratar de un tema donde la responsabilidad de una persona jurídica privada es respaldada por el Estado, Convencido de que dicha responsabilidad debe ser garantizada a sus trabajadores. En consecuencia, el contenido de este tema tiene una finalidad eminentemente protectora al trabajador costarricense y no un escepticismo jurídico a futuro. El alcance y limitación de este trabajo se aplica al sector asalariado

1.1 Antecedentes históricos sobre seguridad social y repercusiones en materia de operadoras de pensiones en Costa Rica.

Costa Rica está ubicada en Centro América, con un área de 54,000 km² y 4 millones de habitantes, de los cuales se estima que 830,000 pertenecen al sector trabajador asalariado. La expectativa de edad es superior a 75.6 años.

La preocupación por la previsión de las pensiones en el país data de la década de los 40, con la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), institución encargada de la administración de pensiones.

Dicho régimen se denomina “Invalidez, Vejez y Muerte”, y en los últimos 15 años entró en un proceso de crisis que permitió a diversas entidades incursionar en el manejo de planes de pensiones complementarias.

De esta forma, a inicios de la década de los 90, surgieron las primeras operadoras de planes de pensiones complementarias en el país, las cuales administraban este tipo de producto por medio de la figura del fideicomiso, con base en la legislación existente contenido en el Código de Comercio.

A raíz del crecimiento de las operadoras y de los planes administrados, se origina la necesidad de crear una regulación especial para este tipo de producto, por lo que en el año 1996, entra en vigencia la “Ley de Planes Privados de Pensiones Complementarias” Ley 7523, la cual viene a normar todo lo relacionado con el tema de pensiones complementarias voluntarias del país, y crea la Superintendencia de Pensiones, encargada de la aprobación, supervisión y regulación de todas las operadoras de pensiones.

Debido a la crisis enfrentada por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social los diferentes sectores del país plantearon en una mesa de concertación, la necesidad de promover una reforma integral al sistema de pensiones existente. Fue así como el 18 de febrero del 2000, se aprobó y entró en vigencia la “Ley de Protección al Trabajador” Ley 7983, con la idea clara de desarrollar las pensiones en nuestro país

2-Disposiciones Constituciones de Seguridad Social y sus derivados jurídicos.

Cabe destacar que el derecho público y el derecho privado están vinculados por la seguridad social, dicha relación va dirigida a la obtención de fines que son necesarios para la comunidad trabajadora.

A través del compromiso que tiene el Estado de desarrollar la protección de los derechos y principios de la seguridad social en Costa Rica tanto a nivel laboral como en otras ramificaciones. Se ha tenido que garantizar la protección de la seguridad social mediante tratados internacionales, normas constitucionales, leyes especiales, Lo que ha provocado que estos derechos y principios tengan que estar garantizados mediante una regulación que implique la responsabilidad del Estado, lo que resguarda la equidad de los intereses de la sociedad costarricense.

Es menester de nuestra Constitución Política establecer legalmente los principios que regulan lo atinente a proteger los intereses sociales, en este supuesto; las pensiones de los trabajadores, dichos pilares básicos están fundamentados en los artículos setenta y tres de nuestra constitución política y el ciento noventa de la Ley general de la Administración Pública.

2.1-La Regulación normativa sobre la protección al trabajador

La Ley de Protección al Trabajador entró en vigencia el primero de Marzo del dos mil uno. Esta Ley establece una serie de disposiciones que modifican y aplican cambios en la pensión que recibirán los trabajadores, al introducir una segunda pensión complementaria a la que se recibe de la Caja Costarricense del Seguro Social (C.C.S.S) u otro régimen adscrito.

Los elementos principales:

- a) Creación de un ahorro laboral propiedad de los asalariados, el cual surge a través de la creación del Fondo de Capacitación Laboral.
(Artículo 3 LPT)
- b) Cambios en el sistema actual de pensiones que trae como consecuencia lo siguiente:

1. Creación del régimen obligatorio de pensiones complementarias.(Artículo 9 LPT)
2. Creación del régimen voluntario de pensiones complementarias y el ahorro voluntario.(Artículo 14 LPT)
3. Modificación a la Ley Constitutiva de la C.C.S.S., a fin de fortalecer su autonomía y mejorar sus procedimientos de cobro, particularmente frente a los patronos.(Artículo 85 LPT y su Transitorio V)
4. Ampliación del régimen No Contributivo de la Caja y su fortalecimiento financiero. (Artículo 86 LPT)

2.3- El Fondo de Capitalización Laboral (FCL)

Este fondo es un ahorro que se crea con el 3% calculado sobre la base del salario de cada trabajador o trabajadores. Con la antigua Ley, este 3% junto con el 5.33%, lo tenía cada patrono dentro de un fondo para pagar el Auxilio de Cesantía cuando despedía a una persona con responsabilidad patronal. (Artículo 3 LPT)

Este se constituye a partir de un aporte patronal del 3% del salario mensual del trabajador, reportado por el patrono; más sus rendimientos, y se mantendrá por el tiempo que dure la relación laboral sin límites de tiempo. Una vez al año o cuando se rompe la relación laboral por cualquier causa, el 50% de los aportes debidamente pagados a este Fondo son utilizados para constituir el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias (R.O.P.C.) Ese 50% que se mantiene restante se traslada del FCL (Artículo 3 LPT) .

En estos casos, los patronos les trasladaban a las asociaciones solidaristas un porcentaje para que ellos administraran esos fondos.

Al modificarse el auxilio de cesantía, el patrono tiene que aportar un 3% del salario mensual al Sistema Centralizado de Recaudación de la Caja Costarricense de Seguro Social (SICERE). Debemos tener claro que este fondo debe ser deducido

mensualmente del salario. Dicho aporte se hará mes a mes durante el tiempo que se mantenga la relación laboral sin límites de años. (Artículo 31 Ley constitutiva CCCSS)

La entidad administradora de este fondo traslada anualmente un 1.5% al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, el otro 1.5% restante, más los rendimientos acumulados, se trasladan a las entidades autorizadas como ahorro laboral. Los fondos son propiedad de los trabajadores y éstos los pueden trasladar a otra empresa para que los administre. Los asalariados pueden darse cuenta de lo aportan, a través de los informes que la operadora de pensiones complementarias y del ahorro laboral está en la obligación de entregarle. Éste es un estado de cuenta individual donde se indica el monto del ahorro y pensión, así como los intereses que está ganando. Es importante recordar que la operadora de pensiones complementarias es seleccionada por el trabajador. (Artículos 12 y 13 LPT)

El ahorro laboral se podrá retirar de acuerdo con las reglas siguientes: (Artículo 6 LPT)

1. Al extinguirse la relación laboral por cualquier causa.
2. Por los beneficios, en caso de muerte laboral.
3. Cada cinco años durante la relación laboral

Aunado al artículo 4 de la LPT, el ahorro laboral estará sujeto a los siguientes principios:

- a) No podrá ser embargado ni retenido por otro motivo, excepto por concepto de pensiones alimentarias, hasta la mitad de lo ahorrado.
- b) No se elimina por causas de enfermedad, vacaciones, huelga legal u otras causas parecidas.
- c) No será un servicio que pueda excluirse de alguna cláusula del contrato laboral.

2.4- Supervisión de los Fondos de Pensión y Capitalización Laboral

La Superintendencia de Pensiones (SUPEN) es la entidad encargada de supervisar el Sistema Nacional de Pensiones y al régimen de Capitalización Laboral. Al igual que la SUGEF y SUGEVAL es una institución de máxima desconcentración al Banco Central de Costa Rica y controlada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). (Artículo 2 LPT inciso n)

La nueva Ley faculta a la SUPEN de supervisar los mecanismos y agentes que participan en materia de pensiones y capitalización laboral, por tanto, su objetivo es velar por la adecuada administración de los recursos, la correcta y oportuna concesión de los beneficios a los afiliados y, en general, hacer que se cumpla todo lo dispuesto en la Ley y sus reglamentos.

2.5- Las entidades encargadas de administrar los fondos de pensión y de capitalización laboral.

Las empresas que administrarán los recursos de los trabajadores se les identifican como entidades autorizadas.

Dentro de este grupo están las Operadoras de Pensiones Complementarias (OPC), que son sociedades anónimas autorizadas para administrar fondos de pensión complementaria y fondos de capitalización laboral. Estas empresas reciben una comisión por la administración de esos recursos, es decir, por captarlos y colocarlos en títulos valores que se custodian en otra entidad especializada en este servicio.

También organizaciones sociales como asociaciones solidaristas, cooperativas y los sindicatos pueden formar empresas para el manejo de fondos de capitalización laboral.

En definición del concepto operadora de pensiones complementarias y de capitalización laboral se señala lo siguiente:

La operadora de pensiones es una empresa pública constituida por orden de la Ley de Protección al Trabajador utilizando la figura jurídica de una sociedad anónima.

El concepto de empresa pública se refiere a un ente que participa en el proceso de producción de riqueza o de comercialización de servicios o de bienes con personalidad jurídica y perteneciente al sector público según destaca informe de sesión N° 7984 del 18/08/2005 de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del seguro social.

La operadora de pensiones como subsidiaria tiene personalidad legal (jurídica) integra y plena, tal personalidad jurídica plena no se opone a la a la concepción de la integración con la entidad financiera autorizada pues, la sociedad anónima sirve como simple mecanismo para que la matriz amplíe su actividad de acuerdo al oficio N° 30.372 del 19/08/2005 por la Junta Directiva de la CCSS.

Sobre la utilización de la figura jurídica de la sociedad anónima, para que este tipo de empresas públicas opere, el legislador la concibió con carácter instrumental como medio patentizado para que la administración, recurriendo pero a la vez alejándose del derecho privado, (con un solo socio) pueda actuar en un campo específico sin la rigidez propia del derecho público concediéndole más flexibilidad para competir con agentes privados en un mercado altamente regulado.

Conforme a la ley de protección al trabajador y a la Ley Reguladora del Mercado de Valores, las diversas sociedades anónimas que crean los entes públicos funcionan en el mercado con las mismas regulaciones que los operadores totalmente privados, en ese funcionamiento no existe estatuto de prohibición para operar solo a través de una sociedad anónima instrumental.

Es de saber que la asamblea legislativa en la creación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores el Banco de Costa Rica había hecho la propuesta de participar en el mercado directamente o por medio de una sociedad anónima. Tal moción fue desechada por criterio del asesor legislativo Sr. José Rafael Brenes, como a continuación comenta:

“El principio de crear sociedades anónimas para la administración de actividades bursátiles o cualquiera otras que se vaya a dar, porque lo que se persigue es mejorar la transparencia, evitar la competencia desleal, lo que consigue es que los bancos estatales puedan proteger los intereses de los inversionistas” Fs 2989-2990, proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Cabe destacar en lo referido sobre Brenes (1998) que la entidad jurídica “sociedad” sea cual fuere su condición, debe ser reconocida como persona capaz de derechos y obligaciones, con entera independencia de la personalidad particular de cada uno de los socios que la integran. (p250). Es elemental que la sociedad anónima (OPC) autorizada por el Estado para fungir como instrumento del mercado de valores cuente con los requisitos fundamentales de una sociedad anónima constituida.

2.6-Principios de responsabilidad enmarcada en el Estado

2.6.1- La reparación de daños como solución última, implica que han fracasado las situaciones de anticipación y prevención del sistema, es decir, se ha perdido la gobernabilidad y entonces es necesario estructurar una respuesta para el dañado.

El daño es el acontecimiento social e individual mas traumático en el tratamiento jurídico social y económico, de allí que sea necesario establecer un sistema Gherzi (1999) que contemple el mismo en forma sistematizada y logre recomponer al damnificado como individuo/persona con la mayor optimización posible y simultáneamente, que acaezca con el menor costo socioeconómico, especialmente cuando hablamos de la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad económica del Estado sea en especie o en dinero Guersi (1997) es una situación de redistribución que se conjuga por medio de impuestos y contribuciones de los ciudadanos, de allí entonces que constantemente la jurisprudencia ha insistido en la prudencia tanto en la atribución de responsabilidad como en el monto de las indemnizaciones reparadas. (p27)

Consideramos pertinente como metodología de exposición establecer dos momentos: por un lado, hacer una breve explicación de la Teoría General de la Reparación de daños y en un segundo, incorporar la Responsabilidad del Estado.

2.6.2- La teoría general de la reparación de daños. Estructuras y sus elementos.-

La idea central de sistematizar una “teoría general de la reparación de daños”, es analizarla y lograr escalonarla en base a estructuras modulares que constituyen fases de análisis yuxtapuestas y evolutivas.

a. Primera fase: Sus elementos comunes

La primera estructura está compuesta por un conjunto de elementos que denominados comunes a toda situación de reparabilidad es decir, independientemente de cual sea luego el factor de atribución.

En este sentido hemos nominado a los siguientes: el hecho humano, cuando se trata de un daño acaecido con la actividad humana o comportamiento Pérez(1994)en una formulación directa, pudiendo ser esta de acción u omisión; la máquina o la tecnología cuando esta aparece en relación de causalidad directa con el daño y el hecho humano aparece sindicado por el ordenamiento jurídico como responsable por distintas razones que son de decisión de política económica-social y legislativa, que denominamos de atribución jurídica y por último el hecho o acto del Príncipe o Estado donde el accionar o la omisión de éste, provoca el daño y donde intervienen funcionarios públicos, instituciones, etc., dentro del cual esta enmarcado nuestro supuesto y sobre el que volveremos cuando lo abordemos en forma específica.(pp386-387)

El segundo elemento es el daño y que constituye a la persona jurídica de existencia visible o ideal en dañado.

La simple constatación del daño Pérez (1994) es el comienzo para investigar si el mismo se puede constituir en daño reparable o resarcible, es decir, el objeto del derecho de reparación del Estado. (p392)

La constitución del daño reparable de distinta manera o en distinta formulación en lo que se constituye uno de los elementos jurídicos del daño reparable: la lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido, pues el reconocimiento de estos varía ideológicamente conforme a la intensidad con que se desea cumplir aquel rol y las funciones, verbigracia: si invierto menos en salud, tendrá mas damnificados pero estos

será dañados del sistema y no se constituirán en damnificados para la reparación de daños del ámbito del derecho privado, es decir su daño será sociológico y no jurídico

Los otros dos elementos son también discutibles y por ello tampoco están exentos de crítica: que el daño deba ser cierto y por último, algo tal vez elemental, que deba ser a otro.

El tercer elemento de esta primera estructura es la relación de causalidad Pérez (1994) entre el hecho o acto antecedente simple, como acto humano o complejo y el daño reparable o resarcible, de tal forma que podamos hacer una identificación de autoría para lograr así la reconstrucción del acontecimiento total de esta primera fase (p401)

Tampoco la relación de causalidad está exenta de discusiones ideológicas, pues entendemos que como la proyecta el Código Civil, a través de la relación de causalidad adecuada.

b. Segunda fase: Elementos específicos

La misma está constituida por los elementos específicos Colmo(1961)de cada vía de acceso a la reparación, donde lo que varía es el factor de atribución, así por ejemplo, en la responsabilidad subjetiva deben adicionarse tres elementos específicos: la antijuridicidad, la culpabilidad y causalidad a título de culpa o dolo (p716).

c. Tercera fase: Elemento común

Se constituye también por un elemento en común y entraña la posibilidad de que se frustre la posibilidad de reparación.

Se trata de evaluar al advenimiento de hechos o actos que impliquen aquella situación frustración: la compensación del monto indemnizatorio, el casamiento con la posterior ofendida, etc.

También puede tratarse de situaciones mas complejas como que un sujeto quede incurso en mora en el pago de los impuestos o servicios recaudados por el Estado a

consecuencia de la quiebra de un banco, el particular triunfe en su acción por responsabilidad por el estado, y que esto se haya alegado como causa de la primera situación jurídica, de tal forma que va a frustrar la primer indemnización, por mora del contribuyente.

d) La cuarta fase: Extensión de la reparación.

Atiende a la medición de la extensión de la reparación de daños, que conforme a la actual legislación se mide por el sistema de consecuencias porque (inmediatas, previsibles o previstas y remotas) así lo disponen los artículos 1045 del Código Civil. Tanto para el daño económico, en sus rubros de daño emergente, como de lucro cesante y el daño extraeconómico, especialmente en sus aspectos de daño moral y psicológico.

e) Quinta fase: formulaciones reparatorias

Se constituye por el análisis de la posibilidad de que la reparación se plasme en especie o en dinerario, conforme a los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, también de dicho cuerpo normativo.

La tendencia desde finales de la modernidad y comienzo de la posmodernidad es establecer la reparación en especie, dada la dificultad de establecer, la transformación del valor del daño en dinero indemnizatorio, así como los desequilibrios que la transferencia de estos recursos ocasionan a la sociedad y especialmente en el ámbito económico, pues acarrearán más problemas, por el costo autónomo del dinero.

f) Sexta estructura o fase: Cuantificación económica.

La idea central es que se parte del supuesto de que no ha podido efectivizarse la reparación en especie y en consecuencia debe procederse el proceso de cuantificación económica de daños.

2.6.3- Responsabilidad del Estado:

En cuanto a nuestra segunda propuesta, el análisis teórico de la responsabilidad del Estado, enmarcada la misma, dentro de la teoría general de la reparación.

El primer elemento (hecho humano) se tratará de una conducta que pueda atribuirse al Estado, la que obviamente será efectivizada por un funcionario dentro de una institución estatal.

Podemos diferenciar la actuación del funcionario si el mismo posee nivel decisorio artículo 1045 del Código Civil o simplemente es un dependiente, en los términos del artículo 1048 del Código Civil, ya que el tratamiento es distinto especialmente la responsabilidad personal y solidaria, así como la repetición y sobre el cual volveremos.

En cuanto a la conducta estatal, estamos aludiendo a las funciones, estas pueden ser de acción, la cual causa daño (pudiendo ser con juridicidad o antijuridicidad) y la omisión del no cumplimiento del control de una función que le es asignada en forma específica.

El daño para que se constituya en reparable, no tiene que tratarse de un riesgo que asumido el usuario conforme a los artículos 1048 del Código Civil, empresa que solicita un crédito en condiciones de financiación preferido o subsidiadas y deviene en una situación de incumplimiento.

Se trata entonces de una situación en la cual el daño se presenta como propio de la incumbencia del Estado, sobre el que volvemos para establecer más especificaciones.

Lo concerniente al factor de atribución, el mismo debe ser objetivo y directo, pues no se concibe una responsabilidad subjetiva del Estado, ya que sería imposible considerar la posibilidad de uno de los elementos de dicha responsabilidad: la antijuridicidad, puesto que el cometido del Estado jamás puede ser o constituirse en antijurídico, es contrario a su finalidad teleológico.

En cambio si puede haber responsabilidad subjetiva indirecta, devenida de ese obrar de un funcionario público y que le sea atribuida al Estado la responsabilidad refleja o de dependencia o terceros por los cuales deba responder

En lo conducente la Procuraduría General de la República en su punto B del oficio C-202-2000 de fecha 01/09/2000 se pronunció al respecto:

“ B-. Una garantía de carácter social... El Estado compensa cuando el patrimonio de la operadora resulta insuficiente para cubrir la indemnización proveniente de su responsabilidad. En términos de responsabilidad , podría decirse que el Estado es obligado en forma subsidiaria....El Estado cubre el "faltante" no cubierto por el patrimonio de la sociedad, es decir, lo que no es cubierto por el propio patrimonio de los personeros y empleados de la operadora y el de ésta.. Pareciera que esa ausencia de patrimonio con qué responder debe haber sido declarada judicialmente. Es decir, no es suficiente con que el órgano encargado de la supervisión y fiscalización de la operadora señale la ausencia de patrimonio.

3- La conducta del Estado ante el fracaso administrativo de las Operadoras de Pensiones.

Así mismo, las entidades autorizadas son sociedades anónimas que responden con su patrimonio por cualquier pérdida debida a su culpa o dolo. Lo que da un origen a meditar si las posibilidades de definir la responsabilidad son claras y escuetas.

Comenta acerca de la Pérez (1994) de que el que encarga (Estado) a una persona (Operadora) al cumplimiento de uno o muchos actos, esta obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y vigilar la ejecución en los limites de la diligencia de un buen padre de familia y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios (no de los daños) que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones. (p411).

Generada la responsabilidad de las Administración Pública, es considerada como un sistema de garantía que se fundamenta en un criterio de solidaridad social según el cual los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esa actividad MARTIN (1995), salvo porque aquí no existe acción de los poderes públicos. (pp. 5930-5931),

En definición de la naturaleza jurídica de la sociedad anónima como ente público no estatal, a este respecto, la sala primera de la Corte Suprema de Justicia indicó en los considerando primero de su resolución 114-92 del 19/08/1992, lo siguiente:

“ I. Esta Sala ha resuelto que el artículo tercero inciso segundo de la Ley General de la Administración Pública dispone, que la actividad de los entes constituidos como empresas mercantiles comunes, se rige por el derecho privado, pero tal circunstancia es ajena a la cuestión de competencia , porque en todo caso , debe siempre privar la jurisdicción contenciosa administrativa para decidir los procesos en que exista interés directo del Estado, las sociedades nacionalizadas o que se formen con capital del Estado conservan su carácter público, por más que la actividad de ellas esté sometida al derecho privado, pues bien, jurídicamente, el patrimonio pertenece a la empresa, no se puede ignorar que en tanto en que éste se desmejore, se afecta el capital, representado por las acciones, y que, por consiguiente en esa medida se perjudica el patrimonio del estado. Cabe agregar ahora que, por esas mismas razones, el Estado tiene interés directo en el correcto funcionamiento de esas empresas.”

Dado que la referencia del párrafo supraindicado deja una inquietud sobre la estructuración correcta de una sociedad anónima que es creada por el código de comercio y la sociedad anónima que el Estado le autoriza mediante ley especial al efecto.

Debido a lo expuesto bajo el criterio de la doctrina dominante y la recomendación jurídica es viable ahondar en la interpretación del concepto de la sociedad anónima a la cual están sujetas las operadoras de pensiones privadas.

Por el contrario, el Estado sólo responde cuando se han agotado todas las instancias y es claro que las instancias para reclamar se agotan en los tribunales. Este requisito es susceptible de provocar problemas delicados para los trabajadores del fondo de pensiones administrado por la operadora, puesto que podrían ver diferido su derecho a recuperación. Lesión que existirá, en todo caso, si está obligado a acudir a los tribunales a reclamar su derecho.

Quizás lo fundamental en orden a la reparación por el Estado es que ésta no obedece a los principios generales de la responsabilidad. En efecto, el Estado responde sin que se den los presupuestos de la responsabilidad de los poderes públicos, ya se trate de la responsabilidad del legislador, de la administración de justicia o, lo usual, la responsabilidad administrativa. La responsabilidad cobra sentido cuando existe una lesión (que debe ser antijurídica) en la esfera jurídica de otra persona. Lesión respecto de la cual es posible establecer una relación de causalidad con la conducta de otra persona.

Es decir, presupuesto indispensable de la responsabilidad es la relación de causalidad: la lesión debe ser la consecuencia directa e inmediata del hecho considerado como lesivo (causa). Sobre el tema se refiere Parada (1999) en que todo sistema de responsabilidad, sea civil, administrativa o penal, supone la acción u omisión de una persona, un resultado dañoso y una relación o nexo causal entre uno y otro. Este nexo o relación causal lo expresa la Ley diciendo que la lesión debe ser "consecuencia" del funcionamiento normal o anormal del servicio público". (p. 454).

Sin embargo, en el supuesto del artículo 41 no existe acto estatal alguno generador de la lesión, la cual es imputable a la sociedad o a sus directivos, administradores o empleados, pero no al Estado. No encontramos, en ese sentido, un acto administrativo al cual sea imputable la producción del daño.

Se ha afirmado que en los supuestos en que el Estado responde in vigilando, la relación de causalidad no puede ser establecida respecto de la Administración, ya que el autor del acto es un tercero. No obstante que ese tercero interviene en el proceso causal, se explica la responsabilidad administrativa por una causalidad indirecta o en el fondo, una omisión o insuficiencia en la vigilancia. Pero, ese supuesto al que volveremos más tarde, es diferente del que nos ocupa. La responsabilidad del Estado es substancial y absolutamente distinta de la responsabilidad administrativa. Su carácter es el de una garantía de los derechos de los trabajadores. Este aspecto ha sido retenido por la Sala Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que dio origen a la N. 7983, al afirmar que en cuanto a su contenido, la inclusión de éste párrafo se hizo mediante moción N° 809 del diputado Luis Fishmann, y se reproduce un efecto del principio proteccionista del Estado, sea que no obstante la respectiva operadora es la responsable directa de los dineros por ella administrados, en tratándose de fondos que

beneficiarían a los trabajadores y ante la posibilidad de que aun tomadas todas las cautelas legales, alguna operadora no cumpliera con sus obligaciones, el Estado en última instancia asumiría una obligación subsidiaria destinada a compensar faltantes, todo con el fin de no perjudicar a los beneficiarios.

A la Sala Constitucional costarricense le parece que, por la naturaleza de los intereses que están en juego, este tipo de responsabilidad bien puede ser establecido mediante ley ordinaria. Se trata de otorgar confianza al sistema y solamente un ejercicio desviado podría ser atacado en la vía respectiva, sin que la normativa como tal, pueda atacarse de ilegítima". Sala Constitucional, N.643 de 14:30 hrs. del 20 de enero de 2000.

Efecto proteccionista, la responsabilidad no se origina en una omisión ni, en general, en una actuación antijurídica imputable al Estado o a otra Administración Pública. Se responde porque así lo ha decidido el legislador. Una decisión que, se repite, no es posible determinar su razón de ser por la ausencia de elementos en el expediente legislativo que justifiquen la procedencia del artículo 41 de la Ley. Empero, podría afirmarse que el interés es que en caso de una situación de daño a los derechos de los afiliados y cotizantes de la operadora, el Estado venga en socorro de los afiliados asumiendo parte de los daños irrogados. Se deduce que en esos casos, la responsabilidad estatal tiene función de aseguramiento del régimen que se crea.

Aunado a esto Fombeur (1999) considera que ante ciertos dramas personales, se ha partido de la responsabilidad hacia la solidaridad. La jurisprudencia palia así la ausencia de garantía, pero induce un desfase creciente entre una voluntad de solidaridad que es propia en principio de la nación, y los principios clásicos de la responsabilidad que quieren que la reparación de los daños sea asegurada por la persona que ha conducido la actividad, que ha actuado (pp. 100-101). Por superar la falta de educación y cultura... muchas personas no tiene claro que los aportes realizados para constituir esa futura pensión son un ahorro a largo plazo, que deben invertirse en los mercados de capitales y que eso conlleva un riesgo ...Casante J. (2004,21 de junio) régimen complementario. La nación, p. 3

3.1 El Estado como responsable solidario por la administración de fondos públicos de las operadoras de pensiones privadas según el artículo 41 de la Ley de Protección al Trabajador.

Ahora bien, en materia de responsabilidad el principio es el de la reparación integral. Es decir, se repara el daño sufrido en su integridad, de manera que el patrimonio de la persona lesionada no sea alterado. La Ley de Protección al Trabajador establece una responsabilidad por los aportes, sin mencionar otros extremos. La inexistencia de un nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación del Estado debe ser tomada en cuenta a la hora de establecer el alcance de la reparación. En efecto, estamos ante una reparación excepcional, en la que no median los elementos esenciales de la responsabilidad, tal como antes se dijo. Puesto que no se está en el ámbito de la responsabilidad, se comprende que no pueden regir los principios en torno a la reparación. El texto expreso de la ley se refiere en forma exclusiva a los "aportes". Conforme el principio de legalidad, el Estado no puede otorgar una garantía a favor de terceros salvo si una ley lo autoriza. Y si lo autoriza, la garantía es en los términos en que la ley lo dispone. Aspecto que nos lleva a concluir que en el presente caso, el deber de reparar que corre a cargo del Estado está limitado a los aportes, sin que pueda interpretarse ampliativamente la ley de manera de cubrir también los rendimientos.

En la entrevista efectuada al licenciado Rodrigo Cordero Fernández, (director Jurídico de la CCSS) Licenciado Tobías de Ambrosio (Asesor CCSS), Guillermo Mata Campos, (abogado interno CCSS) se les contempla la inquietud de una responsabilidad del Estado por un todo, pero que dicha solvencia económica flaquea por estar la realidad económica sujeta a la obligación del mismo Estado, lo que acarrea la idea de que cae por su propio peso.

Cabe agregar que a favor de una interpretación restringida, el hecho mismo del mecanismo de financiamiento de los gastos del Estado. Imponerle al Estado asumir la responsabilidad de las operadoras en forma plena entraña imponer a la generalidad de los contribuyentes el deber de cubrir la insuficiencia patrimonial de la operadora y quizás, también su ineficiencia, su abuso. El Estado no responde íntegramente porque su deber de reparar es excepcional y externo a él.

Ciertamente, esa conclusión puede entrañar una lesión al patrimonio de los trabajadores. No obstante, el criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos Marcial (1999) podría decirse que el Estado no está obligado a garantizar el éxito económico de la inversión realizada por un particular. La garantía que se presta es para proteger un mínimo, y ese mínimo está constituido precisamente por los aportes. Unos aportes que, empero, sin los rendimientos, habría que considerarlos como devaluados. (p. 391),

Es de advertir que en ausencia de una relación de causalidad entre la lesión y la actuación del Estado, sólo podría pensarse en una responsabilidad estatal en el caso de que en la situación que lleva a la operadora a no poder cumplir con sus obligaciones, pueda imputarse una omisión, incumplimiento o negligencia en la fiscalización y supervisión. Lo cual nos lleva a la necesidad de que la fiscalización y control sobre la operadora sea celosamente realizado, así como que los trabajadores cuenten con información veraz y oportuna sobre las operadoras, para que les permita no ya solo escoger la operadora, sino decidir si se mantiene con la operadora seleccionada o bien, si cambia a una que le ofrezca más ventajas, particularmente, mayor seguridad.

Las deficiencias de supervisión podrían originar o inducir a perjuicios para los trabajadores y ello sí podría comprometer la responsabilidad de la Administración en los términos de la Ley General de la Administración Pública. Ciertamente, se respondería por los daños y perjuicios, daños y perjuicios que podrían consistir – precisamente- en los aportes y rendimientos que el Régimen de Pensiones supone.

En resumen, la protección estatal se debe en razón de bienes jurídicos que exceden la responsabilidad civil de la Administración y que son propios de un mecanismo asegurativo (protección social). Dado ese carácter, y como por principio la garantía del Estado debe ser otorgada conforme a la ley, está impedida la Procuraduría de interpretar que el Estado debe responder también por los rendimientos no cubiertos. La protección es, por el contrario, limitada, según lo indica criterio de la Procuraduría C-202-2000 de fecha 01 de setiembre del 2000.

Se consulta si estas disposiciones del artículo 41 se refieren al Régimen Obligatorio o bien, si abarcan también los sistemas voluntarios de pensión complementaria.

En relación con este punto, cabe recordar que la Ley se dirige a crear un Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, como régimen de capitalización individual, susceptible de complementar los beneficios que el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS proporciona "para todos los trabajadores dependientes o asalariados".

La Ley no tiende a regular el Sistema privado de pensiones complementarias de la Ley N.7523 de 7 de julio de 1995, si éste es tocado por la ley es con el fin de reformar no el régimen bajo el que funcionan las operadoras, sino adaptar el régimen de fiscalización y control que se les impone. Pero, eso no significa que exista un interés de que ambos regímenes se refundan o sean regulados por las mismas disposiciones, particularmente en materia de responsabilidad, según lo indica Magda Rojas Chaves en su criterio antes mencionado de la procuraduría.

Por otra parte, el legislador impone a los trabajadores la pertenencia al Régimen y de ese hecho les obliga a que los fondos que servirán para su pensión complementaria, sean administrados por una operadora de pensiones. Desde esa perspectiva, existe una diferencia sensible en relación con el régimen privado de pensiones complementarias. En primer término, porque como su propio nombre lo dice, el régimen es voluntario. Es decisión de cada trabajador el decidir pertenecer a ese régimen y cuáles serán los aportes que hará para disfrutar en el futuro de mejores condiciones económicas. Y como es voluntario y los aportes son personales, se comprende que una parte sensible de los trabajadores podría no estar interesada en pertenecer a ese régimen.

El principio de solidaridad social que informa la garantía del Estado no puede aplicarse en forma indiscriminada en relación con el régimen privado de pensiones complementarias. Incluso, obligar al Estado a garantizar ese régimen podría generar una discriminación y afectar el propio principio de solidaridad. De allí que interpreta la Procuraduría que la garantía es exclusiva del Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias.

CONCLUSIONES:

1-. Tanto el artículo 40 como el 41 de la Ley se refieren a una responsabilidad solidaria. Sin embargo, si en su accionar como persona jurídica privada, la operadora causa lesión a los asalariados es responsable directa de los daños que origine. En efecto, en el tanto en que exista una relación de causalidad (agentes externos del mercado que pueden inferir en la inversión de los fondos) entre la lesión y la actuación de la operadora, su responsabilidad será directa y se regirá por lo que disponen los artículos 1045 y 1048 del Código Civil.

2-. La responsabilidad solidaria de la operadora no excluye la responsabilidad principal y directa del autor del daño, ya sea éste directivo, gerente o que ocupe otro puesto dentro de la operadora.

3-. La operadora responde con su patrimonio propio tanto por los aportes como por los rendimientos de asalariados.

4-. El deber de reparar del Estado es subsidiario y limitado a los aportes al fondo de pensiones o sea los rendimientos quedan pendientes no abarcando el cien por ciento de la finalidad de la Ley de Protección al Trabajador.

5- El Estado esta sujeto al presupuesto que exista para cancelar la deuda en caso de quiebra de una operadora, mientras la superintendencia de pensiones actúa según corresponde para asignar la nueva operadora que administrara los fondos de los afiliados afectados.

6- Este carácter limitado se justifica por la circunstancia misma de que la responsabilidad civil es propia de la operadora de pensiones, en tanto que el Estado compensa por un principio proteccionista, como garantía de un beneficio, ciertamente mínimo, de los trabajadores.

7- Ese principio proteccionista y solidario presente en el artículo 41 de la Ley de Protección al Trabajador hace valido jurídicamente que el Estado responsa con su erario por los aportes de los trabajadores indistintamente si las operadoras son entidades privadas reguladas por Ley; aunque la administración de las operadoras sean un riesgo a corto plazo a la economía estatal, es eso lo que aquí se debate.

Bibliografía consultada

1-Brenes Córdoba, Alberto, Tratados de los contratos, Editorial Juricentro,1998.San José, Costa Rica, Capítulo IX, p 250.

2-Brenes Córdoba, Alberto, Tratados de las obligaciones, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, Capítulo III, p 57.

3- Colmo Alfredo, Obligaciones. Editorial Abeledo Perrot, Págs. 716 y sgtes.1961

4-García Pendón, Manuel. Sociedades Mercantiles, México, Haría S.A. de C.V., 1993, p 619.

5-Garita González, Víctor Manuel. El abuso de la personalidad jurídica en sociedades anónimas. En: Revista Judicial, año XV, N'50, San José, Junio 1994, p44.

6-Guersi Carlos, Teoría General de la reparación de daños. Introducción. Editorial Astrea.1999.

7- Guersi Carlos, Derecho y reparación de Daños. Volumen I. 1997. Pág. 27.

8-Herrera Fonseca, Rodrigo. Manual sobre títulos de crédito, Editorial investigaciones jurídicas S.A.2000, San José, C.R, p 16.

9- R, PARADA: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, p. 454.

10-Luis Martín Rebollo: "Responsabilidad de la Administración", Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, 1995, pp. 5930-5931).

11-Pérez Vargas, Víctor, Derecho privado, litografía e imprenta LIL, 1994, San José, Costa Rica, p 386-387

12-Pérez Vargas, Víctor, Derecho privado, litografía e imprenta LIL, 1994, San José, Costa Rica, p 392

13-Pérez Vargas, Víctor, Derecho privado, litografía e imprenta LIL, 1994, San José, Costa Rica, p 401.

14-Pérez Vargas, Víctor, Derecho privado, litografía e imprenta LIL, 1994, San José, Costa Rica, p 411

15-" P. FOMBEUR: "Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute". AJDA, 1999, pp. 100-101.

16-Am, Magide Herrero, La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, p. 391),

Revistas

1-Javier Cascante. (21 de junio 2004) régimen complementario. La nación, p. 3

2- Superintendencia de Pensiones Lo que todo trabajador y trabajadora debe saber sobre la Ley de Protección al Trabajador. San José, Costa Rica. Superintendencia de Pensiones. : 2001 .pp. 1-52

Legislación

1- Código de Trabajo. San José, Costa Rica. Provenir: 1994 Artículo 29.

2- Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica. Centro de Estudios Superiores de Derecho Público: 2000.artículo 63.

3- Ley de Protección al Trabajador, número 7983. San José, Costa Rica. Porvenir: 2000, artículo 41.

4- Actas legislativas, Fs 2989-2990, proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Jurisprudencia jurídica

1- Sala primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 114-92 del 19/08/1992.

2- Sala Constitucional, N.643 de 14:30 hrs. del 20 de enero de 2000.

Jurisprudencia administrativa

1-Oficio N° 30.372 del 19/08/2005 por la Junta Directiva de la CCSS.

2- Procuraduría General de la República en su punto B del oficio C-202-2000 de 01/09/2000.