

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍAS
EN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**INTERACCIONES JURÍDICAS ENTRE LOS MÚLTIPLES
FONDOS COMPLEMENTARIOS PREVISIONALES Y EL SISTEMA
DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIO ECUATORIANO**

CÉSAR AUGUSTO ATAPUMA PROAÑO

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según la normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación

César Atapuma Proaño

Quito, 23 de septiembre del 2009

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

MAESTRÍA EN DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA
EN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**INTERACCIONES JURÍDICAS ENTRE LOS MÚLTIPLES
FONDOS COMPLEMENTARIOS PREVISIONALES Y EL SISTEMA
DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIO ECUATORIANO**

DIRECTOR DE TESIS: DOCTOR JUAN ISAAC LOVATO

QUITO-ECUADOR

RESUMEN DE LA TESIS (ABSTRACT)

El tema del presente trabajo sobre las interacciones jurídicas entre la Seguridad Social y la seguridad complementaria, en concreto sobre los planes y fondos de pensiones desde una perspectiva comparada, esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto en el nuevo ordenamiento jurídico respecto de la Seguridad Social obligatoria se plantea problemas importantes relacionados con las prestaciones de la Seguridad Social y los planes y fondos de pensiones; los problemas y desafíos de la seguridad social frente al desarrollo de la seguridad complementaria; y, el control que debe implementarse en los dos casos.

El término complementario aplicado a la Seguridad Social sirve para designar un conjunto de técnicas de protección de riesgos sociales o incluso de mera generación de prestaciones económicas situado al margen del sistema público de Seguridad Social. Mientras el sistema público tendría por fin garantizar la dignidad de las personas incluidas en su ámbito que estuvieran en situación de necesidad; las técnicas de Seguridad Social complementaria tendría por fin generar prestaciones a favor de esas mismas personas para asegurarles en las situaciones de necesidad un estándar de vida cercano al que tenían antes de haberse colocado en tales situaciones. En lo que se refiere a la protección social se puede destacar que la Seguridad Social persigue la solidaridad social mediante la redistribución de la renta nacional, la universalización de la cobertura de carácter público. En la actualidad, aún se mantiene la pregunta sobre el futuro de la Seguridad Social, cuyo gran reto para el presente siglo será hallar un nuevo equilibrio entre el logro de la prosperidad económica y la perseverancia de la justicia social.

El tema pretende reivindicar el quehacer de la supervisión y control independiente en los regímenes previsionales. Por lo tanto, la propuesta es organizar la actividad supervisora específicamente para el área de los sistemas previsionales, mas allá de las que tradicionalmente se encuentran a través de los órganos de control del Estado, donde se privilegia la responsabilidad en el cumplimiento de las normas presupuestarias o bien las integradas a las instituciones específicas de la Seguridad Social.

A mi madre Ginita; mi esposa Susy; mis hijos
Pablo y Verito; mi nieto Matías Sebastián; y, mi
yerno Cesitar, con todo mi amor

El autor

INDICE

LA PREVISIÓN COMPLEMENTARIA

INTRODUCCIÓN:	1
CAPÍTULO I	2
LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES	2
1.1.- ANTECEDENTES.	2
1.2.- NORMATIVA LEGAL REGULADORA	4
1.2.1.- Normativa reguladora en el Ecuador.- Autoregulación	5
1.2.2.- Normativa constitucionales y legales	6
Antecedentes de las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Seguros con relación a los Fondos Complementarios	7
1.3.- LOS PLANES Y FONDOS PREVISIONALES DE PENSIONES JUBILARES.- CONCEPTO, NATURALEZA DEL PLAN DE PENSIONES Y PROPIEDAD DE LOS RECURSOS.-	9
Origen y propiedad de los recursos	12
Abuso de los recursos	16
1.4.- CLASES DE PLANES DE PENSIONES	17
1.5.- CREACIÓN DE UN PLAN DE PENSIONES	25
1.6.- PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PLAN DE PENSIONES	28
1.7.- PRESTACIONES PROPIAS DEL PLAN DE PENSIONES	30
1.8.- GARANTÍAS DEL PLAN DE PENSIONES	32
1.9.- ORGANOS DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES	33
1.10.- EXTINCIÓN DEL PLAN DE PENSIONES	34
CAPÍTULO II	
2.- EL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO EN EL ECUADOR.- NATURALEZA JURÍDICA.- OBJETIVO	35
El IESS por su origen	36
El IESS por su participación	36

El IESS por sus garantías y privilegios de que goza	36
El IESS por su finalidad	37
El IESS por su autonomía administrativa, financiera y reglamentaria	37
El IESS por disposiciones constitucionales y legales	37
Conclusiones jurídico doctrinales sobre su naturaleza jurídica	39
2.1.- CONTEXTO DE LA SEGURIDAD OBLIGATORIA.- CARACTERES Y TRANSFORMACIONES	39
2.2.- EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL	42
2.2.1.- Composición de los sistemas de seguridad social	42
2.2.2.- Principios de universalidad y profesionalidad	44
Principio de territorialidad	46
2.2.3.- Niveles de protección de los sistemas de seguridad	47
2.3.- INTRODUCCIÓN A LOS SISTEMAS DE PENSIONES	48
La acción protectora de la seguridad social.- Configuración de la situación protegida	48
Primera vertiente	49
Segunda vertiente	50
2.3.1.- Inclusión y equidad	51
2.4.- LA CLASIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES DE JUBILACIÓN	53
Regímenes universales	53
Regímenes de seguro social	54
Regímenes de asistencia	54
2.5.- EL NIVEL DE LA PROTECCIÓN: IMPORTE DE LAS PRESTACIONES	55
La revalorización de las pensiones de jubilación	56
La imposición fiscal de las pensiones por jubilación	57
2.6.- MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD EN EL ACCESO A LA JUBILACIÓN	58
2.6.1.- La jubilación anticipada voluntariamente	59
2.6.2.- El retraso en el acceso a la jubilación	60
2.6.3.- La jubilación flexible	60
CAPÍTULO III	
ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN EN REGÍMENES PREVISIONALES	61
3.1.- PORQUE SUPERVISAR.	62
A).- La seguridad social como una necesidad preferente	63

Las distintas organizaciones de los regímenes previsionales	65
B).- Justificación de la propuesta	66
3.2.- OBJETIVOS DE LA SUPERVISIÓN	67
Problemas habituales a todo tipo de régimen previsional	67
a).- Grado de cobertura	67
b).- Atención al usuario	68
c).- Beneficios	69
d).- Costos gerenciales	70
e).- Recaudación	71
3.3.- DIFICULTADES PROPIAS DE LOS REGÍMENES QUE DETENTAN FONDOS	72
a).- Contralor de las instituciones gestoras de fondos previsionales	73
b).- El control financiero	74
3. 4.- PROPUESTA DEL ENTE SUPERVISOR	76
a).- Justificación de la supervisión independiente	77
Envejecimiento de la población	78
Mala administración	79
Corrupción	80
b).- Pautas para el diseño de un ente supervisor	82
Dependencia administrativa	82
Financiamiento	83
Recursos humanos	85
Dirección del organismo	86
Facultades	88
3.5.- ORGANIZACIÓN DE LA SUPERVISIÓN	89
a).- Economías de escala	91
b).- Transparencia	92
c).- Coherencia en las regulaciones	92
d).- Disminución de costos para las entidades a Supervisarse	92
e).- Pérdida de especialización	92
f).- Establecimiento de límites entre las áreas Supervisadas	93
g).- Probabilidad de captura del órgano supervisor	93
h).- Soborno	93
CONCLUSIONES	94

LA PREVISIÓN COMPLEMENTARIA

INTRODUCCIÓN:

La redacción de un texto como el presente sobre la seguridad social complementaria y en concreto sobre los planes y fondos de pensiones desde una perspectiva comparada, esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto en el nuevo ordenamiento jurídico respecto de la Seguridad Social obligatoria y la seguridad social complementaria plantea problemas importantes que debe conocer el público y el trabajador en general.

En algunos ordenamientos jurídicos, bastantes del ámbito iberoamericano, el término planes y fondos de pensiones aplicado a la seguridad social únicamente nos indica un determinado nivel del sistema público de Seguridad Social. O sea, el citado sistema aparecería dividido en subsistemas que otorgarían protecciones distintas y en uno de ellos se integraría el nivel complementario de planes y fondos. Por lo demás, este nivel interno de la total Seguridad Social estaría abierto a los sujetos incluidos en el ámbito del sistema y se caracterizaría, generalizando, por vincular su financiación y prestaciones a la situación profesional de sus sujetos beneficiarios.

En ordenamientos jurídicos del ámbito europeo y en particular en el de los Estados Unidos de Norte América, la concepción de seguridad social complementaria es muy diferente de la apenas expuesta. El término complementario aplicado a la Seguridad Social sirve para designar un conjunto de técnicas de protección de riesgos sociales o incluso de mera generación de prestaciones económicas situado al margen del sistema público de Seguridad Social. Dicho de otro modo, mientras el sistema público tendría por fin garantizar

la dignidad de las personas incluidas en su ámbito que estuvieran en situación de necesidad, las técnicas de Seguridad Social complementaria tendría por fin generar prestaciones a favor de esas mismas personas para asegurarles en las situaciones de necesidad un estándar de vida cercano al que tenían antes de haberse colocado en tales situaciones. La Seguridad Social complementaria sería un nivel de protección externo al sistema de la Seguridad Social pública.

Los planes de pensiones y sus medios de gestión que son los fondos de pensiones son técnicas de seguridad social complementaria que se ven afectadas por la concepción del sistema de Seguridad Social público que adopte el ordenamiento jurídico de cada Estado. Por su puesto, planes y fondos tienen mucho en común en todos los sistemas jurídicos occidentales, esto es europeos y americanos, por ejemplo, su carácter colectivo, su base de capitalización, en gran medida las contingencias protegidas, pero es obvio que la división de los sistemas de Seguridad Social en los dos bloques antes expuestos impide ofrecer un panorama uniforme sobre su relación jurídica. El texto que sigue es elaborado partiendo de la limitación que se acaba de exponer, a la que hay que añadir algún otro condicionante, como por ejemplo el peso que tienen los planes y fondos de pensiones de carácter complementario que no forman parte del sistema obligatorio de Seguridad Social.

CAPÍTULO I

LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

1.1.- ANTECEDENTES.- Los planes empresariales de las empresas en beneficio de sus trabajadores, que con oscilaciones nacieron en el último tercio del siglo XIX pero se fueron extendiendo de manera patente durante la segunda mitad del siglo XX, constituyen

una especie de precedente de los planes y fondos de pensiones actuales. Entre los más remotos se puede citar, el plan de pensiones para sus empleados establecido en 1875 por la American Express Company y el de la Compañía de Ferrocarril de Baltimore y Ohio, de 1880. Asimismo se considera que constituye precedentes de las técnicas estudiadas los contratos de seguros de rentas diferidas para financiar planes, que se han venido desarrollando desde la puesta en el mercado americano del primero, en 1924, por la Equitable Life Assurance Society¹.

Los referidos planes de pensiones de las empresas fueron de muy diverso tipo. Atendiendo a la garantía de los compromisos a través de ellos asumidos, los hubo garantizados por póliza colectiva en una compañía de seguros y por fondos internos. Sobre los primeros se ha escrito que se aproximaban en gran medida al nivel de garantía que otorgan en la actualidad los fondos de pensiones. La separación entre el seguro colectivo y las finanzas de la empresa, así como la posibilidad del trabajador de conocer puntualmente sus derechos o de continuar con el seguro una vez abandonado el trabajo, asumiendo para ello el pago de las cuotas que pudieran corresponderle, hicieron de este sistema un medio satisfactorio de protección privada de los riesgos sociales².

Finalmente, los compromisos de las empresas por pensiones en beneficio de sus trabajadores se canalizaron en la etapa previa a la aprobación de la normativa reguladora de los planes y fondos actuales a través de anotaciones contables o de los llamados fondos internos, que en realidad no eran tales fondos pues lo que su existencia indicaba en muchas ocasiones era que la empresa atendía a sus obligaciones sociales con cargo a la cuenta de

¹ Huerta de Soto, Jesús, *Planes de Pensiones Privados*. Premio Internacional de Economía Rey Juan Carlos. Editorial San Martín. Madrid, 1984

² Soler Bordetas, Francisco Javier, *Fondos de Pensiones*. II Premio Internacional de Estudios Económicos Rey Juan Carlos. Ediciones Deusto S.A. Bilbao (s/f pero 1984)

resultados de cada ejercicio. Obviamente, en este caso los trabajadores veían amenazada la totalidad de sus potenciales derechos por la mala situación económica de la empresa. De todos modos, hay que tener en cuenta que los fondos de pensiones internos han sido también instrumentos importantes de desarrollo económico, prueba de ello es la experiencia alemana. Al parecer la carencia de capital que siguió en Alemania a la segunda guerra mundial fue en parte paliada por la creación de planes de pensiones garantizados por fondos internos que aparecían además beneficiados por una acertada política fiscal.³

Por lo que se refiere a las fuentes de los planes empresariales de las empresas existentes antes de la aprobación por los Estados europeos y americanos con generalidad de normativa legal reguladora de los planes y fondos de pensiones, hay que decir que fueron varias. Sin descartar la iniciativa individual del empresario, encontramos la negociación colectiva que se plasmaba en acuerdos de empresa y convenios colectivos empresariales. Por cierto la creación de planes a través de estos últimos ha provocado ciertos debates, pues dado el importante costo económico que para las empresas se derivaba de la asunción de los compromisos sociales ha llegado a plantearse la necesidad de que los pactos sobre tales materias se canalicen a través de convenios colectivos especializados y la necesidad de restringir las obligaciones impuestas en tales materias por los convenios de ámbito superior a la empresa negociados por asociaciones empresariales y sindicatos.

1.2.- NORMATIVA LEGAL REGULADORA.- Como hemos visto en el punto anterior, los planes y fondos de pensiones tuvieron su origen en pactos privados, producto tanto de la autonomía individual de la voluntad, origen de los contratos como de la negociación colectiva, origen de los convenios colectivos. En la actualidad, sin embargo, y

³ Huerta de Soto, Jesús, *Planes de Pensiones Privados*. Premio Internacional de Economía Rey Juan Carlos, Editorial San Martín. Madrid, 1984.

debido a su relevancia económica y social, ya que son canales importantes de ahorro y pueden contribuir a mejorar la protección social de los ciudadanos, que se atribuye primeramente la Seguridad Social pública, los planes y fondos de pensiones atraen la atención de los legisladores de los países, especialmente de los occidentales.

El interés del legislador por regular esta materia recibe un importante aval en aquellos sistemas jurídicos en los que las constituciones se refieren a la Seguridad Social complementaria. Este es por ejemplo, el caso de Italia (Constitución Italiana de 1947 artículo 38), de España (cuya Constitución de 1978, artículo 41 después de ordenar a los poderes públicos que mantengan un sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, dispone que la asistencia y prestaciones complementarias son libres), la de Portugal, artículo 63 o de Brasil, Constitución Federal de Brasil de 1988, artículo 201. En el caso del Ecuador en la Constitución de 1998, en su artículo 61 prevé a la seguridad complementaria como una teoría de la voluntad de los partícipes de afiliarse.

Ahora bien, la realidad demuestra que el éxito social de tales técnicas no depende únicamente de que las Constituciones se refieran a la seguridad social complementaria o de que exista una legislación que las regula: también depende de factores diversos: del nivel de protección del sistema público de Seguridad Social, de la situación económica de cada país, entre otros.

1.2.1.- NORMATIVA REGULADORA EN EL ECUADOR.-
AUTOREGULACIÓN Los planes y fondos de pensiones se rigen por su propio estatuto, en el cual será válido cualquier convenio que no se oponga a la Constitución, a la Ley, y Normas que emitan los órganos de regulación y control.

1.2.2.- **NORMATIVA CONSTITUCIONALES Y LEGALES.**- El artículo 61 de la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada el 5 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del 1998 dispone que los seguros complementarios estarán orientados a proteger contingencias de seguridad social no cubiertas por el seguro general obligatorio y que serán de carácter opcional. Se financiarán con el aporte de los asegurados, y que los empleadores podrán efectuar aportes voluntarios. Que serán administrados por entidades públicas privadas o mixtas reguladas por la ley. En la Constitución vigente, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, respecto de los planes y fondos previsionales no dispone norma alguna, sin embargo, en el artículo 368 dispone que el Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la Seguridad Social. La Ley de Seguridad Social, al referirse a la formación de los fondos complementarios, el artículo 220 expresa que los afiliados al IESS, independiente de su nivel de ingresos, podrán efectuar ahorros voluntarios para mejorar la cuantía o las condiciones de las prestaciones correspondientes al Seguro General Obligatorio o a proteger contingencias de seguridad no cubiertas por éste.

El inciso tercero prevé, los fondos privados de pensiones con fines de jubilación existentes, cualquiera sea su origen o modalidad de constitución, se regirán por la misma reglamentación que se dicte para los fondos complementarios y, en el plazo que ella determine, deben ajustarse a sus disposiciones y que en todo caso se respetará los derechos adquiridos por los ahorristas. Por su parte, el artículo 306 de la ley *ibídem* expresa que, las instituciones públicas y privadas integrantes del sistema nacional de Seguridad Social y del sistema del sistema de Seguro Privado, estarán sujetas a la regulación, supervisión y vigilancia de los organismos de control creados por la Constitución Política de la República para ese fin.

La Superintendencia de Bancos y Seguros según el artículo 222 de la actual Constitución Política de la República, controlará que las actividades económicas y los servicios que brinden las instituciones públicas y privadas de seguridad social, atiendan al interés general y se sujeten a las normas legales vigentes. La Superintendencia de Bancos y Seguros, mediante Resolución No.SBS-2004-0740 de 16 de septiembre de 2004, emitió las Normas para el registro, constitución, organización, funcionamiento y liquidación de los fondos complementarios previsionales.

ANTECEDENTES DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS CON RELACIÓN A LOS FONDOS COMPLEMENTARIOS.- Ante la ausencia del Reglamento a la Ley de Seguridad Social; y en virtud de que el artículo 308 de la Ley de Seguridad Social establece que el Superintendente de Bancos y Seguros expedirá mediante resoluciones las normas necesarias para la aplicación de la Ley, la autoridad de control expidió dos resoluciones relativas a fondos complementarios, siendo estas SBS-2003 0757 de 7 de noviembre de 2003, publicada en el Registro Oficial N. 257 de 22 de enero del 2004 y SBS-20040740 de 16 de septiembre de 2004, publicada en el Registro Oficial No.431 de 29 de septiembre de 2004. La primera, no cataloga a los fondos complementarios como cerrados, sino simplemente como fondos complementarios previsionales; contemplaba la administración por parte de una persona jurídica diferente y, en concordancia estableció una estructura de gobierno y administración acorde a ese mecanismo; tenía un sistema de capitalización de ahorro individual, en el que el afiliado tenía una cuenta individual; y, en su disposición transitoria obligaba al registro de los fondos existentes hasta el 30 de septiembre de 2004, previa adopción del sistema de capitalización de ahorro individual a través de cuentas individuales.

Por su parte la resolución SBS-2004-0740, establece que los fondos previsionales cerrados se integran con el patrimonio autónomo constituido a partir de la relación de dependencia laboral o gremial de los partícipes con instituciones privadas, públicas o mixtas o gremio profesional u ocupacional para mejorar la cuantía o las condiciones de las prestaciones; dispone que los fondos que se registren o se constituyan, según esas normas son de beneficio social; sin fines de lucro; tienen el carácter de privado y comprende un patrimonio autónomo diferente del ente que los constituyen; tiene fines previsionales; y, que serán legalmente capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La Superintendencia de Bancos y Seguros al amparo de lo dispuesto en los artículos 306 y 308 de la Ley de Seguridad Social, autorizará y aprobará la constitución, organización, funcionamiento y liquidación de los fondos existentes y en el caso de los fondos constituidos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Seguridad Social, las funciones y atribuciones del consejo de administración, comité de inversiones y comité de riesgo, definidos por la Superintendencia de Bancos y Seguros serán desempeñados por las instancias u organismos de dirección o de administración constantes en el respectivo estatuto o norma constitutiva, siempre y cuando la estructura orgánico funcional sea igual o equivalente a las normas establecidas, caso contrario deben reformar sus estatutos y adecuarlos a las disposiciones de la norma. Las reformas estatutarias de los fondos complementarios previsionales que hayan sido constituidos ante otros organismos del Estado, deben ser aprobados por la Superintendencia de Bancos y seguros, organismo de control que de conformidad con las disposiciones de la Ley de Seguridad Social ejercerá la supervisión.

De conformidad con la información del organismo de control de los fondos, a la fecha de terminación del presente trabajo, bajo el control de la Superintendencia de Bancos

y Seguros se encontrarían 57 fondos registrados, sin embargo se conoce extraoficialmente que a nivel Nacional existirían más o menos 120 fondos, por consiguiente, más del 50 por ciento estarían fuera del control y supervisión de la Superintendencia, los cuales estarían funcionando con los organismos de dirección o de administración constantes en su propio estatuto o norma constitutiva. La falta de control de la totalidad de los fondos existentes podría ser por falta de normas con mayor precisión respecto del control; falta de logística del ente supervisor, exagerado requerimiento de documentación para la calificación, tales como: escritura original y/o documento constitutivo; estatuto y reglamentos internos, en el que deben constar los derechos adquiridos de los partícipes; copia notariada de la cédula de ciudadanía del representante legal del fondo; copia certificada del nombramiento del representante; estados financieros y el último balance mensual; el balance actuarial vigente de ser el caso; el listado de los partícipes con los valores de su cuenta individual y sus respectivos porcentajes de participación los fondos de cuentas individuales y para los fondos de reparto con el total de los aportes que tengan los partícipes; y, las políticas general de inversiones, documentación que en mi criterio, ha incidido en la falta de interés de los administradores y directivos de los fondos sean un tanto renuentes a buscar su calificación y registro en la Superintendencia de Bancos y Seguros.

1.3.- LOS PLANES Y FONDOS PREVISIONALES DE PENSIONES JUBILARES.- CONCEPTO, NATURALEZA DEL PLAN DE PENSIONES Y PROPIEDAD DE LOS RECURSOS.- Puede decirse que un plan de pensiones es un instrumento jurídico mediante el que se establece la obligación de determinada persona y/o de un tercero en su nombre de contribuir económicamente con periodicidad a la constitución de un patrimonio para generar en el futuro el derecho a favor de sí mismo o de otros beneficiarios a percibir rentas o capitales en los casos previstos en el ordenamiento que suelen ser los de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia.

Existen definiciones legales de los planes de fondos de pensiones que se orientan a veces a destacar su naturaleza privada, y otras a resaltar su fin o los tipos de prestaciones que se otorgan etc. Resaltando su origen, declara que un plan de pensiones es *“todo acuerdo que revista la forma de contrato, acto constitutivo o normativa que defina prestaciones de jubilación, así como las condiciones para su obtención”*⁴. La Constitución española establece, destacando su finalidad que *“los fondos de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse”*.

Desde este primer momento conviene recordar que los citados planes y fondos de pensiones no tienen naturaleza jurídica pública sino jurídica privada. De este dato se derivan dos importantes pilares que examino a continuación:

A).- En primer lugar, su constitución es voluntaria. Ahora bien, voluntariedad no significa que deba contarse con la autonomía individual para la creación de cualquier plan de pensiones. Concretamente, es posible pensar inicialmente que, salvo disposición en contrario en una norma constitucional o salvo en los derechos de raíz liberal, (donde predomina el principio de la autonomía de la voluntad individual), el plan de empleo, (o sea, el del empresario a favor de sus trabajadores), pueda imponerse a todos los trabajadores que no realicen aportaciones, (pues sí las realizan la posibilidad no está tan clara) o a todos los empresarios de un sector por medio de un convenio colectivo negociado entre sus representantes.

⁴ Rabadán Forniés, Mariano (Director) y otros autores, *Los fondos de pensiones. Su futuro en España*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984

Sin embargo, la opción legislativa en varios países se ha decantado por respetar la voluntad individual en el caso del plan de pensiones del sistema de empleo. En Italia, la adhesión a un fondo de pensiones es voluntaria e individual aunque se prevea en la negociación colectiva. En España, puede establecerse por convenio colectivo la incorporación de todos los trabajadores por él afectados al plan de pensiones del sistema de empleo. Ahora bien, de acuerdo con la ley habrá que fijar un plazo para que cada uno de ellos pueda declarar expresamente por escrito ante la comisión promotora o de control del plan que no tiene interés en tal incorporación. Asimismo, y previo acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, la comisión promotora del plan de pensiones una vez formalizado puede efectuar directamente la incorporación de los partícipes e incluso de los beneficiarios al mismo aunque tendrá que señalar también un plazo para que quienes lo deseen manifiesten por escrito su voluntad de quedar fuera. Por último, es admisible la suscripción de documentos individuales o colectivos de adhesión al plan de sistema de empleo en virtud de la delegación expresa otorgada por los partícipes.

B).- En segundo lugar, las prestaciones económicas que se otorgan por un plan de pensiones no sustituyen como regla general a las del sistema de Seguridad Social, afirmación esta que hay que poner en duda con respecto a determinados sistemas. No obstante lo anterior, las prestaciones que se derivan de los planes de pensiones pueden vincularse más o menos estrechamente con las pensiones públicas, como sucede en Gran Bretaña en Suiza, en Portugal o en España.

Además, determinados planes de pensiones cumplen normalmente una función complementaria de las pensiones públicas casi podría decirse que por naturaleza: así ocurre normalmente con el plan de pensiones del sistema de empleo. Este carácter complementario que puede atribuirse a las prestaciones de los planes de pensiones conduce a que su

generación y condiciones de devengo aparezcan vinculadas en mayor o menor medida a la normativa reguladora del sistema de Seguridad Social. De todos modos hay que recalcar que el carácter de complementario de las prestaciones públicas que pueden tener las prestaciones de algunos planes de pensiones no es característica imprescindible, esencial de estos instrumentos jurídicos.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de los fondos así constituidos son considerados, por las normas jurídicas que les dan vida, como personas jurídicas privadas e independientes de las instituciones del sector público de las que se generan, al igual que los recursos financieros.

ORIGEN Y PROPIEDAD DE LOS RECURSOS.- Los recursos con los que se financian los planes y fondos previsionales jubilares están dados, por los aportes voluntarios de los partícipes y los aportes patronales, están orientados a proteger contingencias de seguridad social no cubiertas, o mejorar la cuantía o las prestaciones correspondientes al seguro general obligatorio.

Con relación a los aportes patronales, éstos son de origen público que al amparo de la disposición contenida en el artículo 61 de la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada el 5 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del 1998 disponía que los empleadores podían efectuar aportes voluntarios. Esta disposición fue acogida por los fondos previsionales que se constituyeron en las instituciones públicas, con lo cual, tales aportaciones de los fondos se nutría con recursos públicos. En la Constitución vigente, publicada en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre del 2008, respecto de los planes y fondos previsionales no dispone norma alguna.

Parecería que podría existir un aprovechamiento de los recursos provenientes del presupuesto general de Estado por parte de los partícipes que, siendo empleados públicos tendrían este beneficio, lo cual podría parecer discriminatorio con otros sectores de los trabajadores en general, sin embargo, la mayoría de empleados y funcionarios de las instituciones del sector público por estar sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa no disponía de la jubilación patronal que sí contemplaba este beneficio para los trabajadores sujetos al Código Laboral, en cuyo caso, con la creación de los fondos complementarios se buscaría compensar, por decir de alguna manera, esta desigualdad. De otro lado, con la constitución de los fondos previsionales se busca también suplir las deficiencias de la Seguridad Social.

Por último, dicha propiedad se encuentra dada por así colegirse de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que en su segundo inciso expresa: “...*Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley*”.

Por su parte el artículo 220 de la Ley de Seguridad Social, al referirse a la formación de los fondos complementarios expresa que los afiliados al IESS, independientemente de su nivel de ingresos, podrán efectuar ahorros voluntarios para mejorar la cuantía o las condiciones de las prestaciones correspondientes al Seguro General Obligatorio o a proteger contingencias de seguridad no cubiertas por éste. Los fondos complementarios previsionales, son de beneficio social y sin fines de lucro, tienen el carácter de privados y

comprenden un patrimonio autónomo diferente e independiente del patrimonio de las instituciones administradoras o de aquellas de las que deriva la relación laboral o gremial, tiene únicamente fines previsionales y son legalmente capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Los fondos complementarios previsionales pueden ser administrados bajo el régimen de contribución definida con un sistema de financiamiento de capitalización, en el que el afiliado tiene su cuenta individual.

Los patrimonios autónomos que se constituyen para fines previsionales, al amparo de las normas expedidas por la Superintendencia de Bancos y Seguros (Resolución No.SBS-2004-0740 de 16 de noviembre de 2004 que contiene las “Normas para el Registro, Constitución, Organización, Funcionamiento y Liquidación de los Fondos Complementarios Previsionales”), son de naturaleza privada, distintos de la institución del sector público de la que se generan o provienen; diferente de las personas jurídicas públicas, privadas o mixtas que las administran; y, finalmente se encuentran integradas por partícipes.

Según el criterio jurídico expuesto por el señor Procurador del Estado en su oficio No. 0030725 de 11 de enero del 2007, manifiesta “...*estos fondos por mantener un patrimonio autónomo, evidentemente tienen una estructura fiduciaria, en la cual los partícipes son los propietarios pro indiviso del activo y pasivo del fondo a prorrata de sus aportes, tiempo de servicio y cálculos actuariales, es decir tienen una copropiedad, una comunidad de derechos y obligaciones sobre el total del activo y del pasivo del fondo, cuyo porcentaje de participación o alícuota, como unidad de cuenta, debe constar acreditado en las cuentas individuales de los partícipes...*”. Como se menciona en la respuesta del señor Procurador General del Estado, el partícipe es el titular de los valores que constan acreditados en su cuenta individual. Dicho pronunciamiento fue ratificado por el señor Procurador General del Estado, mediante oficio No. 31288 de 5 de febrero del 2007, el cual

por tener el carácter definitivo es de aplicación obligatoria y vinculante conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En efecto, una vez que a la cuenta individual de cada partícipe se acreditan tanto sus aportaciones individuales como aquellas que realiza su empleador, se forma un todo que, en la especie, pertenece única y exclusivamente a ese partícipe, sin que sobre ese valor tenga derecho un tercero, ni siquiera aquellos que en su momento fungieron como aportantes o cotizantes de dicha cuenta individual. En consecuencia, se establece la indivisibilidad de la propiedad de los recursos acumulados en las cuentas individuales de los partícipes de los fondos.

Sobre la propiedad de los recursos vale citar la Jurisprudencia de Casación que obra de la Gaceta Judicial. año XCIX. Serie XVI. No. 15 página 4480, sentencia que en su Tercer Considerando señala, respecto de los recursos del fondo de cesantía u otro similar de que trata el artículo 52 de la Ley de Modernización del Estado, que dice: *“...de existir los aportes personales conjuntamente con los públicos e institucionales en el fondo que se hubiere constituido, estos fondos no podrán ser retenidos por la autoridad administrativa ni aún en la parte proporcional al aporte público, porque desde el instante en que se crea al fondo de cesantía con los aportes de los empleados y el empleador, se constituye una figura económica y jurídica independiente de cada uno de ellos”*.

Por último, dicha propiedad se encuentra dada por así colegirse de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que en su segundo inciso expresa: *“...Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean*

transferidos a personas naturales o jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

La Constitución vigente, en lo referente a la propiedad establece en su artículo 321 que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental

ABUSO DE LOS RECURSOS.- Para efectos de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el artículo 3 define el concepto de “Recursos Públicos” y dice: *“Se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.*

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

Al tenor de la norma citada, los administradores y directivos de los fondos complementarios previsionales que se encuentren administrados bajo un régimen de

beneficio definido, con un sistema de financiamiento de reparto, en el cual, con los aportes personales, los aportes patronales provenientes de recursos públicos y los rendimientos se ha conformado un patrimonio autónomo indivisible, para el caso de abuso de esos dineros, deben ser reprimidos al tenor de la disposición contenida en el artículo 257 del Código Penal, en razón de que, los recursos entregados al fondo complementario previsional, por concepto de aportes patronales se ha efectuado con dineros de origen público y, a pesar de haber sido entregado al fondo previsional éstos no pierden su calidad de tales.

Sin embargo, los dineros de origen público, que por concepto de aportes patronales fueron entregados a los fondos complementarios previsionales administrados bajo un régimen de contribución definida con un sistema de capitalización, en el que cada partícipe tiene su cuenta individual conformada con el aporte patronal, (dinero de origen público), el aporte personal y los rendimientos y que fueron acreditados y contabilizados en la cuenta de cada uno de los partícipes, en el caso de abuso, de los directivos y administradores de ese dinero no estarían incurso en la disposición prevista en el artículo 257 del Código Penal, en razón de haber sido transferidos a cuentas individuales de personas naturales conforme a la ley, por así disponer el segundo inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

1.4.- CLASES DE PLANES DE PENSIONES.- Doctrinariamente se han ofrecido clasificaciones de los planes de pensiones que se basan muchas veces en la realidad social. Se han distinguido así planes de pensiones financiados por reparto, lo que en realidad los desvirtúa y aproxima al sistema público de seguridad social, y de capitalización. También se ha distinguido entre planes de pensiones gestionados por fondos internos, o sea garantizados por reservas contables y externos, cuyos recursos son independientes de la entidad o empresa que los promueve; planes de pensiones complementarios o no complementarios del

sistema público de Seguridad Social; planes de pensiones garantizados o no garantizados por seguro o aval; planes de pensiones abiertos al público en general o dirigidos a determinados colectivos, propios de los afiliados a una determinada asociación, o propios de los trabajadores de una empresa o grupo de empresas etc.

En concreto, pueden ser de varias clases en razón de los sujetos que los constituyan, promotor y partícipes y en razón de las obligaciones estipuladas. Según el primer criterio clasificatorio puede haber planes del sistema de empleo, cuyo promotor es un empleador y los partícipes los trabajadores, planes del sistema asociado, cuyo promotor son las asociaciones o sindicatos y cuyos partícipes son sus asociados, y planes del sistema individual, cuyo promotor es una entidad financiera y que están abiertos a cualesquiera personas físicas. Según el segundo criterio clasificatorio, por obligaciones estipuladas, puede haber planes de prestación o de aportación definidos o mixtos.

Hay que advertir que las combinaciones entre los planes definidos según los anteriores criterios clasificatorios pueden ser todas las pensables, aunque en algunos ordenamientos jurídicos se establezcan excepciones. En España, por ejemplo, la ley sienta que los planes del sistema de empleo y los planes del sistema asociado pueden ser de prestación o aportación definidas o mixtas. En cambio, los planes del sistema individual sólo pueden ser de aportación definida.

Por lo demás, las anteriores clasificaciones no son meramente ordenadoras de los planes de pensiones. Muchas veces la ordenación está dando cuenta de ciertos efectos importantes: por poner un ejemplo, mientras en los planes de prestación definida es el promotor del plan, que suele ser una empresa, el que soporta el riesgo económico de cara al futuro, en los de aportación definida este riesgo se desplaza al trabajador.

En el Derecho positivo ecuatoriano existen diferentes instrumentos jurídicos, a través de los cuales las instituciones del Estado han constituido fondos de cesantía o de jubilación, con la finalidad de mejorar las prestaciones que otorga la Seguridad Social obligatoria. A manera de ejemplo citaré los siguientes:

1.- La Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa, publicada en el Registro Oficial No.479 de 15 de junio de 1986, crea el Fondo de Cesantía del Personal Legislativo Permanente, el cual se financia, a más del aporte del servidos legislativo con el aporte mensual obligatorio del Congreso Nacional equivalente al 2 por ciento de la remuneración del servidos legislativo permanente. El artículo 13 de la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa establece *“a favor de los servidores del Congreso Nacional la jubilación patronal. El financiamiento de este beneficio será previsto y constará anualmente en el presupuesto de la Función Legislativa”*.

2.- Mediante acuerdo No. 56, publicado en el Registro Oficial No.618 de 5 de febrero de 1991, se expide el Reglamento de Jubilación Patronal de los Empleados de la Contraloría General del Estado, el cual dispone que *“El Sistema de jubilación patronal protegerá a los funcionarios, servidores y empleados de la Contraloría General del Estado de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por medio de una pensión complementaria de mejora, independiente de la que, para estos casos, confiere el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. El sistema se financiará con el aporte de la Contraloría, de los asegurados y otras fuentes. La jubilación patronal se financia con el aporte personal, institucional, contribución inicial de veinticinco millones de sucres entregada por la Contraloría, que se incrementará en un 10 por ciento durante cada año de los quince del período de equilibrio del sistema, determinado por el estudio actuarial”*.

3.- En el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No.226 de 31 de diciembre de 1977, consta la sección XII relativa a la Jubilación Patronal Especial, la cual *“Constituye un sistema de seguro independiente del establecido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y organismos similares de la Fuerza Pública y otros”*, por lo cual este pago no obsta el pago de las prestaciones a que por Ley se encuentra obligados los mismos. La Jubilación Patronal Especial ampara a los funcionarios, empleados, servidores y trabajadores del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, así como de las Empresas Metropolitanas de Aseo y Obras Pública. El Fondo de Jubilación Patronal Especial es de carácter privado y se financia con una contribución inicial de quince mil millones de sucres, entregados por el Gobierno Nacional, equivalente a la reserva matemática por los años de trabajo anteriores al 31 de diciembre de 1992, de todos los servidores del Municipio, según los cálculos actuariales. El Municipio cubrirá los montos de reserva actuariales correspondientes a 1993, hasta la fecha en que entre en vigencia el programa. Estas reservas serán calculadas con sujeción a las normas actuariales respectivas y serán presupuestadas por el Municipio desde 1995 durante quince años, que es el período de capitalización del Fondo. Por último, se financia con una cotización anual igual al 10.85 por ciento de la remuneración mensual de los asegurados, correspondiente el 50 por ciento al aporte patronal y al 50 por ciento al aporte personal.

4.- Mediante acuerdo Ministerial No. 227, publicado en el Registro Oficial No. 952 de 8 de junio de 1992, se establece el Fondo de Cesantía Privado que ampara a todos los trabajadores del Ministerio de Finanzas y Crédito Público. *“Constituyen recursos del Fondo de Cesantía Privado a más del aporte individual mensual obligatorio de los servidores el aporte mensual del Ministerio de Finanzas y Crédito Público equivalente al 15 por ciento de la base imponible de cada servidor”*.

Del breve recorrido efectuado por el marco legal ecuatoriano se puede establecer que los fondos con fines previsionales de pensiones o de cesantía vigentes, han sido instituidos por las entidades del Estado a través de distintos instrumentos legales, de diferente jerarquía, tales como leyes, acuerdos, resoluciones y ordenanzas. De ellas se desprende que, en todos los casos, a las instituciones del Estado les ha correspondido financiar los fondos previsionales con recursos que constan en cada uno de los presupuestos de gastos institucionales, no solamente los aportes sino incluso la prestación de jubilación, es decir el pago de la pensión de jubilación hasta la muerte del afiliado o de sus derecho habientes.

Dentro de este contexto realizaré un análisis de los aspectos jurídicos del Fondo Complementario Previsional Cerrado de Jubilados y Pensionistas del Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador fue creado como una Sociedad Anónima, mediante Ley expedida el 4 de marzo de 1928. En el año 1938 se creó la Caja del Seguro Social para los Empleados Privados y Obreros, de la que quedaron excluidos los trabajadores bancarios en razón de estar protegidos por la Caja de Pensiones creada precisamente, en el año 1928, para los empleados públicos y bancarios. En el mismo año de 1938 se expidió y promulgó el Código del Trabajo, en el cual se estableció el derecho a la jubilación patronal, que aunque inicialmente tenía carácter transitorio hasta que los trabajadores sujetos a la Caja del Seguro alcanzaran el derecho a la jubilación prevista en esta Caja, terminó por constituirse en permanente.

La Constitución Política de la República del año 1946, en su artículo 195 preceptuaba: *“Se garantiza la estabilidad y autonomía de las Cajas de Previsión, del Banco Central del Ecuador y de los Bancos del sistema de crédito de fomento, instituciones que*

son de derecho privado con finalidad social o pública”. Al amparo de esta norma, los empleados del Banco Central del Ecuador estaban sujetos al Código del Trabajo y en consecuencia, tenían derecho a la jubilación patronal establecida en este Código.

En concordancia con la norma constitucional, el inciso tercero del artículo 184 de la Ley de Régimen Monetario y anexos promulgada como Decreto Ley de Emergencia, en el Registro Oficial No.149 de 13 de marzo de 1948 disponía que el Banco Central del Ecuador hará anualmente con cargo a gastos, la provisión que sea necesaria para constituir el fondo de reserva y jubilación, mencionados en el Código del Trabajo, con la finalidad de cubrir los derechos que a los funcionarios y empleados concede el mencionado Código. Dicha provisión comprenderá también, las sumas indispensables para cubrir ciertos beneficios adicionales que si bien no estaban contemplados en el Código del Trabajo, el Banco ha acostumbrado o acuerde conceder a los funcionarios y empleados. Esta norma fue posteriormente, reiterada en la Codificación de la Ley de Régimen Monetario promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 356 del 6 de noviembre de 1961.

En atención a las normas citadas, la Junta Monetaria, mediante Regulación No. 427-A de 18 de agosto de 1964, resuelve establecer el Departamento de Seguro Adicional, como un organismo del Banco Central del Ecuador encargado de conceder pensiones de vejez, de invalidez, de viudedad y de orfandad complementarias y adicionales de las que otorga el Seguro Social, a los funcionarios, empleados y pensionistas del seguro de muerte, del Banco Central del Ecuador. Desde su origen el Fondo del Seguro Adicional ha tenido como fuente de financiamiento el aporte institucional con cargo a su presupuesto, previo al cálculo actuarial que corresponde y el aporte de empleados y pensionistas, equivalente al 3 por ciento del sueldo básico.

La regulación 427-A fue reformada en varias ocasiones durante los siguientes años, manteniéndose el esquema básico por el cual el fondo del Seguro Adicional del Banco Central del Ecuador se nutría con los aportes del instituto emisor, de los aportes individuales de los servidores y jubilados del banco y del rendimiento de su inversión. Mediante Regulación No.1040-A-79 de 2 de agosto de 1979, la Junta Monetaria expide el Reglamento del Seguro Adicional de los Trabajadores del Banco Central del Ecuador, creando la figura de la revalorización de las pensiones y reformando el cálculo de la pensión jubilar en función de la remuneración pensionable, que equivalía a dos veces el salario básico.

La Junta Monetaria, con resolución No. JM-446-FPJ de 3 de junio de 1992, modifica sustancialmente el régimen de pensiones adicionales vigente desde 1964, en la que se estableció el Fondo de Pensiones Jubilares de los Empleados, jubilados y pensionistas del Banco Central del Ecuador y un nuevo régimen independiente del sistema administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Este régimen mantenía los aportes del Banco Central, de sus servidores y pensionistas, sin embargo, los porcentajes de aportes individuales de los empleados aumentaron del 4,5 al 6 por ciento. En este régimen de pensiones se modificaron también los requisitos para acceder a la pensión jubilar estableciéndose que el empleado debía acreditar 25 o más años de servicio en la institución, con los consiguientes aportes al fondo y 50 o más años de edad. Posteriormente, tales requisitos variaron con la expedición de las resoluciones números JM-484-FPJ de 6 de mayo y JM-490-BCE de 24 de agosto de 1993, con las cuales se estableció que para acceder la pensión jubilar el empleado debía acreditar 20 años o más de servicio en la institución con los consiguientes aportes al fondo y 45 o más años de edad, al tiempo que se cambió la forma de cálculo de la pensión.

Debe advertirse que el régimen de pensiones descrito ha sido establecido en la época en que las relaciones del Banco Central con sus servidores se regían por el Código del Trabajo. Las reformas a la Constitución de la República del año 1996 modificaron sustancialmente el régimen jurídico de las personas que prestan sus servicios en el sector público y desde entonces, quienes laboran en el Banco Central del Ecuador pasaron a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

El Directorio del Banco Central del Ecuador, en atención a las normas legales vigentes a esa fecha y a las disposiciones previstas en la Resolución No. SBS-2003-0757 de 7 de noviembre de 2003, expide la Resolución No. DBCE-155-FPJ de 7 de enero del 2004, resuelve que el Fondo de Pensiones Jubilares de los Empleados, Jubilados y Pensionistas del Banco Central del Ecuador se constituya como un Fondo Complementario Previsional Cerrado, administrado bajo un sistema de capitalización de ahorro individual, en la que sus servidores tendrán una cuenta individual. Determina también que aquellos empleados que ya han accedido al beneficio por viudedad u orfandad, seguirán percibiendo sus pensiones al amparo de las resoluciones con las que accedieron al respectivo beneficio.

La resolución incluyó también una disposición para que se registre en el balance institucional del Banco Central del Ecuador, como un pasivo, el monto equivalente al déficit actuarial, fijando el plazo del pago de cuotas anuales durante veinte y cinco años, aspecto que debía ser aprobado por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Organismo Supervisor que luego de varias puntualizaciones en relación al déficit del cálculo actuarial sobre el fondo de pensiones jubilares, se ratifica en la existencia del déficit actuarial en aproximadamente USD 83 millones, valor que de acuerdo con lo establecido en la resolución del Directorio del Banco Central del Ecuador No. DBCE-155-FPJ de 7 de enero del 2004, se amortizaría en 25 años.

Todos estos actos tienen como base el artículo 61 de la Constitución Política del Ecuador; los artículos 220, 224, 304, 305, 306 y 308 de la Ley de Seguridad Social; las resoluciones Nos. SBS-2003-0757 de 7 de noviembre de 2003 y SBS-2004-0740 de 16 de septiembre de 2004, emitas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Si bien las reformas a la Constitución Política de la República del año 1996, modificaron sustancialmente el régimen jurídico de las personas que prestan sus servicios en el sector público, en especial quienes laboran en el Banco Central del Ecuador pasaron al Derecho Administrativo, sin embargo, en mi criterio, el cambio no debería privar a los jubilados y pensionistas del Banco Central el derecho adquirido a la jubilación a cargo del empleador, no solo porque este principio está recogido en el artículo 7 del Código Civil, sino porque creo que se trata de un principio general del derecho común aplicado a todas las ramas del derecho.

1.5.- CREACIÓN DE UN PLAN DE PENSIONES.- Los sujetos protagonistas de los planes de pensiones son inicialmente el promotor o promotores y los partícipes o participantes. En algunas legislaciones se une a los anteriores el beneficiario (lo que de relieve la proximidad del plan al contrato de seguro) o incluso el contribuyente.

En los ordenamientos jurídicos que permiten la libre creación de planes de pensiones (no sucede lo mismo en aquellos otros que incorporan al sistema de seguridad social un régimen de capitalización), en tales ordenamientos decimos, el promotor del plan puede ser en principio cualquier empresa, aunque las diversas legislaciones exigen ciertos requisitos para serlo, estos pueden ser: relacionados con su solvencia, la obtención de ciertas licencias administrativas, la condición de empleador de un número determinado de trabajadores. En algunas legislaciones también se permite que sean promotores de planes de empleo los

grupos de empresas o incluso varias empresas, pequeñas o medianas, de un mismo sector o las empresas afectas por un mismo convenio colectivo supraempresarial.

En los casos de planes de pensiones de empleo, esto es, promovidos por las empresas para proteger a sus trabajadores, por empresa hay que entender la definida en la legislación laboral de cada país, esto es, cualquier persona física o jurídica o grupo de empresas sin personalidad para los que presten sus servicios trabajadores en régimen de dependencia. Dentro de la definición mencionada puede incluirse a las sociedades cooperativas o laborales.

El participante o partícipe del plan es la persona física en quien reside el interés por su existencia, y que puede ser beneficiario de sus prestaciones futuras, es lo que ocurre en el caso de jubilación e invalidez, o únicamente causante, lo que ocurre en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia. El partícipe en los planes de empleo es siempre el trabajador de la empresa promotora, tal como aparece definido por la legislación laboral, dependiente, por cuenta ajena, asalariado, o por la legislación de seguridad social, integrado en alguno de sus niveles o regímenes; el concepto de trabajador suele interpretarse por los legisladores de forma amplia, para incluir a los especiales como directivos altos o medios, a los que no se aplica la totalidad de la legislación laboral. En algunas ocasiones, en los planes puede integrarse trabajadores autónomos, por ejemplo, pequeños empresarios en el plan creado por convenio sectorial.

El partícipe o participante además puede o debe, según los casos, realizar aportaciones al plan. En algunos ordenamientos jurídicos que incorporan al sistema de seguridad social un régimen de capitalización se establece la necesaria aportación económica de los partícipes a los fondos de pensiones.

Junto al promotor y a los partícipes encontramos al beneficiario del plan. Este es la persona física que ostenta el derecho a percibir las prestaciones del plan. Hay que advertir que en ciertos casos un beneficiario de prestaciones puede ser también partícipe del plan, como por ejemplo, un jubilado puede ser partícipe del plan para las contingencias derivadas del riesgo de muerte y supervivencia.

Como ya dije anteriormente, la fuente de donde procede el plan de pensiones puede ser la autonomía individual o la autonomía colectiva. El que se acuda más a una o a otra depende de la tradición y de la realidad social de cada país, por dar ejemplos se puede citar, en Alemania los planes de pensiones derivan de una promesa unilateral del empresario o un acuerdo contractual, en Italia, las fuentes de regulación de los planes de pensiones son la negociación colectiva, mientras que en España, la negociación colectiva es la fuente preferida de la creación de planes de pensiones.

En cuanto a las formalidades que se exigen para crear los fondos de pensiones, varían mucho de unas legislaciones a otras. En algunas de ellas se opta por simplificar al máximo los trámites; en otras, la formalización del plan de pensiones es tan importante como la decisión de crearlo, pues una vez creado pasa a aplicársele una abundante normativa. En otras, por fin, se exige la realización de ciertas operaciones, como la redacción de un documento dando cuenta del ámbito del plan, las condiciones en que se asienta, de sus organismos de control etc.

Una vez realizadas tales formalidades, el plan puede desarrollarse con independencia de su fuente creadora. La formalización del plan origina además importantes efectos cuando es un plan de empleo, ya que en ciertos sistemas jurídicos se impide que por medio de la

negociación colectiva por la que se creó se adopten decisiones que contraríen derechos adquiridos o incluso derechos en trance de adquisición.

1.6.- PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PLAN DE PENSIONES.- Las diversas legislaciones suelen coincidir en indicar que los planes de pensiones tiene que ajustarse a unos principios básicos. Los más importantes suelen ser los siguientes: no discriminación; capitalización; y, atribución de derechos. En algunos casos se considera entre estos principios la integración obligatoria del plan en un fondo de pensiones, aunque en realidad más que un principio es esta última una técnica de garantía de su efectividad.

A).- Como he señalado, el plan de pensiones no puede ser discriminatorio o, lo que es igual no puede excluir sin motivo objetivo razonable a quienes pueden ser en principio partícipes. Por supuesto, todo lo dicho en el punto anterior, en cuanto a la posibilidad de exigir requisitos para acceder al plan, o en cuanto a la existencia de aportaciones diferentes a favor de diversos trabajadores, debe ser recordado, en esta situación para entender correctamente el principio a que me refiero ahora. Debe garantizarse el acceso como partícipe de un plan a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato. Los planes de pensiones establecidos por patrones o derivados de contratación colectiva deben otorgarse en forma general, en beneficio de todos los trabajadores.

B).- En segundo lugar los planes de pensiones se instrumentan mediante sistemas financieros de capitalización. Aunque doctrinalmente se han aceptado los sistemas privados de pensiones basados en reparto, la realidad es que este principio tiende a imponerse como una de sus características fundamentales. Por medio de la capitalización se establece una correspondencia jurídica y económica entre las aportaciones efectuadas en nombre de una

determinada persona o por esa persona misma a un plan de pensiones y las prestaciones del plan que ella o sus beneficiarios van a tener derecho a recibir en el futuro cuando se dé la contingencia protegida.

C).- En tercer lugar, las aportaciones del promotor y los partícipes a los fondos de pensiones garantes de los planes constituyen o sirven para constituir los que se llaman derechos consolidados o adquiridos, lo que significa, que los citados partícipes no pueden perderlos. Por lo demás, los derechos consolidados se entienden, en los planes de pensiones de aportación definida, la cuota parte que corresponde al partícipe; en los de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado. Esto distingue los planes de pensiones de los llamados planes garantizados por fondos internos de las empresas, que crean sólo ciertas expectativas de derechos, que pueden perderse si la empresa quiebra, o si el trabajador no llega a causar la contingencia protegida, es decir no llega a jubilarse.

Hay que recordar que el examen de los diversos ordenamientos jurídicos muestra que la consolidación de derechos a favor de los partícipes no suele ser automática, dado que las legislaciones restringen normalmente esta posibilidad con varios límites: el padecimiento de enfermedad invalidante, el cumplimiento de determinada edad, la posesión de determinada antigüedad en la empresa o en el sector en que trabaja, la pérdida del trabajo y la entrada en situación de desempleo.

1.7.- PRESTACIONES PROPIAS DEL PLAN DE PENSIONES.- De la revisión de los ordenamientos jurídicos demuestra que la prestación propia de los planes de pensiones, la más típica y en algunos casos la única, es de carácter económico y se otorga por la contingencia de jubilación, esto es, la retirada de un trabajador del mercado de trabajo

por razón de edad; en la normativa más antigua de seguridad social esta contingencia sigue apareciendo como vejez. Es interesante resaltar que en algunos casos, las leyes reguladoras de los planes se refieren expresamente a la jubilación en su mismo título.

Pero, el examen de los diversos ordenamientos demuestra además dos cosas que de alguna manera hacen replantearse lo anterior: en primer lugar, un buen número de ellos se entiende la jubilación en el sentido amplio, como situación de cesación del trabajo derivada de la vejez o de la enfermedad o del accidente; y, en segundo lugar, en muchos de ellos se considera que el partícipe perceptor de la jubilación puede ser asimismo causante de prestaciones por muerte y supervivencia. En fin, hay algún ordenamiento que admite expresamente como prestaciones propias de un plan de pensiones las derivadas de las contingencias de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia.

Las contingencias protegidas por un plan, en la mayoría de las legislaciones son la jubilación, la incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual, la incapacidad absoluta y permanente para todo el trabajo, la gran invalidez, situación en la que el inválido necesita de una tercera persona para que le ayude en los actos más esenciales de la vida, tales como comer o vestirse y la muerte del partícipe o incluso del beneficiario lo que origina pensiones de viudedad u orfandad.

Tal vez la única conclusión segura en este apartado sea que los planes de pensiones están más bien pensados para generar prestaciones en situaciones de cesación, que se estima más o menos definitiva en el trabajo especialmente por razón de edad y especialmente en situaciones de muerte del trabajador, pero no para otorgarlas en casos de incapacidad temporal o de cesación temporal en el trabajo.

Las contingencias protegidas no suelen definirse en los sistemas de Seguridad Social en los que un nivel complementario de capitalización se integra en la Seguridad Social pública; pero sí suelen ofrecerse conceptos de ellas o suelen darse criterios para su conceptualización; en otros, en los que la seguridad social complementaria se encuentra extramuros de la pública. Por lo que se refiere a la jubilación, los ordenamientos de varios países se remiten para caracterizarla a lo dispuesto en los regímenes públicos de Seguridad Social con los que se hace coincidir en mayor o menor medida.

Nada se opone a que se contemplen por un plan de pensiones las situaciones de jubilación anticipada o de prejubilación. Tampoco a que se considere en el mismo la posibilidad de que se vuelva voluntariamente al trabajo, normalmente no teniendo por qué hacerlo, dado que se está jubilado, y a que se suspendan las prestaciones que hasta entonces se venían percibiendo y se reanuden las aportaciones para cobrarlas en el futuro o para generar otras a favor de ciertos familiares.

La tercera y última contingencia protegible por un plan de pensiones suele ser la muerte del partícipe o beneficiario, que puede generar prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares. En este punto, lo mismo que sucede en los anteriores, los ordenamientos jurídicos pueden remitirse a la legislación del sistema público de Seguridad Social para definir las prestaciones otorgables por la contingencia de muerte o suelen silenciar este punto cuando el nivel complementario se vincula estrechamente al primer nivel del citado sistema público. De todos modos, y sobre todo en el caso de los primeros ordenamientos mencionados, no parece imposible que el plan de pensiones defina los requisitos del acceso a prestaciones de viudedad y orfandad con cierta libertad. En concreto, podría obviarse la necesidad de existencia de matrimonio para causar las primeras. Por lo que se refiere a las segundas, de orfandad, parece claro que podrían o tal vez deberían

destinarse a atender tanto a los hijos nacidos en el seno del matrimonio como a los adoptivos y naturales, debiendo recordar que en el plan de pensiones está sometido a la prohibición de discriminaciones, con lo cual llevaría a la imposibilidad de tratamiento perjudicial a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

1.8.- GARANTÍAS DEL PLAN DE PENSIONES.- Algunas leyes establecen una serie de garantías para proteger los derechos de los partícipes de un plan de pensiones. Se suele disponer, que los derechos consolidados de los partícipes no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o que se hagan efectivos los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración, o dicho de otro modo hasta el momento en que entren en el patrimonio de los partícipes o en su caso de los beneficiarios del plan. Pero además, y esto es aún más importante, algunos ordenamientos prevén la necesidad de que se contraten seguros, avales o garantías con entidades financieras con el fin de asegurar la cobertura de las prestaciones. Este precepto se ha interpretado en el sentido de que obliga imperativamente a que se establezcan por ley garantías obligatorias de los compromisos por pensiones asumidos por los empresarios con respecto de sus trabajadores.

En el ámbito comunitario europeo, se dispone que los estados miembros de la Unión Europea se aseguren de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajos asalariados y de las personas que han dejado ya la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social.

Por todo ello, habrá que plantear en que medida se ajustan al derecho comunitario ordenamientos como el español por ejemplo, en cuya ley se dispone que el plan podrá prever la contratación de seguros, avales y otras garantías con las correspondientes entidades financieras para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de las prestaciones. En este caso, como puede comprobarse, la norma encomienda la garantía de las prestaciones a la autonomía colectiva o individual, esto es, el aseguramiento de ellas es potestativo pero no obligatorio.

1.9.- ORGANOS DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES.- Los ordenamientos jurídicos suelen ocuparse de los órganos de control del plan de pensiones sobre todo, aunque no exclusivamente, cuando se trata de un plan de empleo. Algunas leyes son particularmente cuidadosas en este punto.

Los ordenamientos jurídicos pueden prever que, cuando exista una comisión de control del plan de pensiones esté formada por representantes de los dos estamentos interesados en el plan: el promotor y los partícipes; aunque también podrían formar parte de ella los beneficiarios, a no ser que se permita que los intereses de ellos sean defendidos por los representantes de los partícipes. La designación de los representantes de los sujetos del plan en la comisión de control suele estar regulada reglamentariamente o en algunos casos y cuando se trata de planes de empleo se encomienda a la negociación colectiva.

El procedimiento para tomar acuerdos y la representación de los sujetos de un plan de pensiones del sistema de empleo en la comisión de control está regulado legalmente en algunos países. En cuanto a la representación referida, suele ser paritaria entre el promotor del plan y los partícipes, las legislaciones quieren con ello reforzar el control de los últimos sobre los planes.

1.10.- EXTINCIÓN DEL PLAN DE PENSIONES.- Como expresé al inicio del tema que el origen de los planes de pensiones está normalmente basada en la autonomía individual y en la autonomía colectiva. También puede estarlo su extinción, aunque con ciertos condicionamientos. Por ejemplo, el promotor de un plan no puede extinguirlo una vez que se han adherido a él los partícipes sin contar con el asentimiento de éstos; los sindicatos y empresarios creadores de un plan de pensiones por medio de la negociación colectiva no puede, una vez constituido y en funcionamiento, dotado por tanto de su propio estatuto o reglamento, modificarlo por decisión tomada únicamente por ellos. Los ordenamientos jurídicos a veces se ocupan y otras muchas no de las causas de extinción de los planes de pensiones. Los últimos los que no se ocupan, normalmente reconocen a los partícipes en los planes la posibilidad de trasladar a otros planes sus derechos adquiridos o en curso de adquisición, con lo que en gran medida hacen innecesario regular la cuestión que ahora expongo.

Varios ordenamientos jurídicos se ofrece un listado de las causas extintivas que son bastante completas. Concretamente son causas de disolución de los planes: a) dejar de cumplir sus principios básicos; b) la paralización de la comisión de control; c) el incumplimiento en plazo de las medidas previstas en un plan de saneamiento o financiación; d) la imposibilidad de llevar a cabo variaciones necesarias en aportaciones o prestaciones; e) la ausencia de partícipes y beneficiarios por más de un año; f) la disolución del promotor del plan de pensiones; g) cualquier otra causa válida que se establezca en las especificaciones del plan. En algunos textos normativos nacionales y supranacionales se han preocupado de los efectos que pueda tener la transmisión de una empresa sobre los derechos pasivos de los trabajadores, esto es, sobre los llamados planes de empleo; de si la llamada sucesión de empresa, por causas tales como su fusión con otra, provoca o debe provocar la extinción de los planes de pensiones de los trabajadores.

En el derecho comunitario europeo, no garantiza la continuidad de los planes de pensiones en el caso de sucesión de empresa, aunque permite a los estados miembros de la UE que lo garanticen en sus ordenamientos internos, pero sí ordena que se respeten los derechos consolidados de los partícipes, que podrían integrarse en otro plan de pensiones.

CAPÍTULO II

2.- EL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO EN EL ECUADOR.- NATURALEZA JURÍDICA.- OBJETIVO.-

En la vida jurídica y Constitucional del Ecuador, no se señalan con precisión meridiana cuales son los organismos que se deben considerar como entes jurídicos públicos, los cuerpos constitucionales y doctrinales, solamente se han limitado a indicar a aquellos establecimientos o ramas de los servicios generales del Estado, erigidos en órganos dotados de vida propia, o aquellas instituciones que en sus leyes de origen lo consagran el carácter de públicos, como es el caso del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, universidades etc.

En el caso del IESS, la falta de definición de su naturaleza jurídica, casi desde su creación ha propiciado interpretaciones de la más variada índole y con efectos jurídico económicos más negativos que positivos para el seguro social y por ende para sus asegurados.

A fin de ubicar al IESS dentro de la órbita del Derecho Público o del Derecho Privado, analizaré doctrinaria y jurídicamente ciertas características comunes y diferenciadoras de estas dos clases de personas jurídicas, es decir analizaré, su origen, su

participación, las garantías y privilegios de que goza, su finalidad, la formación de sus fondos y el grado de autonomía del seguro social.

EL IESS POR SU ORIGEN.- El seguro social nace con la ley del Seguro Social Obligatorio, el 14 de julio de 1942, y como el actual IESS, nace con el Decreto Ley No. 40 de 25 de julio de 1970 como persona jurídica de carácter autónomo con finalidad social, para la prestación de servicios públicos. Estas leyes de origen, expresamente tienen su referente constitucional en los artículos 55 y siguientes; y, 33, 34, 367 y siguientes de la actual Constitución. Es decir, el IESS por su origen es un ente jurídico de Derecho Público, ya que una persona de Derecho Privado en nuestro sistema jurídico no tiene origen constitucional.

EL IESS POR SU PARTICIPACIÓN.- El régimen de aseguramiento y de aportación del IESS es obligatorio por excelencia y voluntario por excepción, es decir, no existe posibilidad de renunciar a sus beneficios, ni el IESS puede rehusar de aquellos, lo que no sucede con una persona de derecho privado. (Artículo 34 de la Constitución y primero de la Ley Codificada del Seguro Social Obligatorio).

EL IESS POR SUS GARANTÍAS Y PRIVILEGIOS DE QUE GOZA.- Tanto el artículo 372 de la Constitución Política vigente, como el artículo primero, inciso tercero de la Ley Codificada del Seguro Social Obligatorio, garantizan que los fondos del seguro social, son propios y distintos de los del Estado y servirán exclusivamente para cumplir adecuadamente los fines de su creación y funciones. Además, los privilegios de que goza el IESS, son: exoneración de impuestos en los juicios, tiene a su favor el recurso de consulta, tiene la jurisdicción coactiva para el cobro de sus deudas por concepto de aportes, fondos de

reserva, descuentos por créditos, por responsabilidad patronal, multas, intereses etc. Estas garantías no lo tienen en su conjunto, las personas de Derecho Privado.

EL IESS POR SU FINALIDAD.- El Estado, tiene como su fundamental finalidad, la de propiciar el bien común y el mejoramiento del nivel de vida de los ecuatorianos, y, delega parte de esta potestad o poder a instituciones de servicio público, en este caso, el Estado, delega al IESS, la responsabilidad de otorgar prestaciones y servicios sociales de acuerdo con la ley, el Estatuto y sus Reglamentos internos, una entidad de Derecho Privado, persigue fines limitados, con afán de lucro.

EL IESS POR SU AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y REGLAMENTARIA.- Por la potestad o autonomía administrativa, el IESS, la ejerce cuando extiende nombramientos o celebra contratos etc., valiéndose de su propia estructura y normativa interna, y de la legalmente aplicable del sector público en forma complementaria. La autonomía o potestad financiera la ejerce el IESS, cuando realiza inversiones en todos los renglones económico financieros, porque sus fondos o reservas son propios y distintos a los del Estado, o cuando adquiere, conserva o enajena bienes raíces, sin otros requisitos que los señalados en sus Estatutos y el Derecho Común. (Artículo 227 de la Ley Codificada del Seguro Social Obligatorio). La autonomía o potestad Reglamentaria lo ejerce el IESS, cuando por medio de su Administración, concede prestaciones y servicios sociales a los asegurados, valiéndose de su propia legislación. Estas prerrogativas en su integridad no son propias de un ente de Derecho Privado.

EL IESS POR DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.- El artículo 34 de la Carta Política dice: *“La seguridad social será deber del Estado y un derecho irrenunciable de todos los habitantes. Se prestará con la participación de los*

sectores público y privado de conformidad con la Ley". El Artículo 370 expresa: *"El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la Ley, será responsable de las prestaciones de las contingencias del Seguro Universal Obligatorio a sus afiliados"*.

El artículo primero de la Codificación de la Ley de Seguro Social Obligatorio, en la parte pertinente dice: *"El régimen del seguro social obligatorio será aplicado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), en los términos de esta ley, en su Estatuto y Reglamentos"* .

El artículo 2 de la Ley de Presupuestos del sector público expresa: *"Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán en los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado y a las personas jurídicas creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o para actividades económicas asumidas por el Estado, a excepción de los organismos y empresas, contemplados en el Título V, Sección III, de la Constitución Política del Estado. Para efectos de esta ley, el sector público se conforma por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"*.

El artículo 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en su parte pertinente dice: *"Sector Público.- Para efectos de esta ley, sin que ello implique cambio en la naturaleza de las entidades y organismos, o en las relaciones de sus servidores, el sector público comprende:... 4. Las entidades creadas por la ley u ordenanza como de derecho público o derecho privado con finalidad social o pública el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Junta de Beneficencia de Guayaquil"* .

CONCLUSIONES JURIDICO DOCTRINALES SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA.- Por las consideraciones doctrinales, constitucionales y legales expuestas, que deben ser tomadas como una opinión jurídico discrecional se concluye:

- El IESS, es una entidad del sector público creada por ley;
- El IESS, esta dotado de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria propias y distintas a las del Estado;
- El IESS, es una persona jurídica, de Derecho Público, que presta servicios públicos;
- El IESS, tiene un fin público único e indelegable, otorgar las prestaciones sociales en todo el territorio nacional;

Por los fundamentos en derecho expuestos en este análisis jurídico doctrinal, queda claramente demostrado de que el IESS es una Institución de Derecho Público, que brinda un servicio público.

2.1.- CONTEXTO DE LA SEGURIDAD OBLIGATORIA.- CARACTERES Y TRANSFORMACIONES.- En la actualidad aún se mantiene la pregunta sobre el futuro de la Seguridad Social, máxime si tenemos presente la configuración de los sistemas dentro de un contexto cambiante y globalizado. Sin embargo, la realidad actual no es tan catastrófica, aparentemente al menos, como en décadas pasadas se auguraba.

En los años ochenta y noventa se hablaba de la crisis de la Seguridad Social y se vaticinaba su quiebra en torno al año 2020. Prácticamente en todos los estados, los sistemas de Seguridad Social estaban recibiendo críticas generalizadas relacionadas con su viabilidad futura desde el punto de vista económico. Ello junto con las estadísticas negativas relativas al bajo nivel de ocupación, el débil desarrollo económico y la descompensación existente

entre las tasas de natalidad y mortalidad planteaban un contexto de aplicación del sistema poco halagüeño.

En efecto, los sistemas de Seguridad Social se han encontrado con nuevos desafíos, siendo éstos:

- La presencia de nuevas manifestaciones de pobreza
- La imposibilidad de garantizar el pleno empleo
- La incorporación tardía de los jóvenes al mercado de trabajo
- El fenómeno de la inmigración de los países subdesarrollados
- El envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida
- La disminución del gasto público y la atenuación de las políticas de redistribución.

El gran reto de la Seguridad Social para el presente siglo será hallar un nuevo equilibrio entre el logro de la prosperidad económica y la preservación de la justicia social. No obstante, en la actualidad, suspendido de momento el debate sobre crisis de la Seguridad Social, los problemas actuales residen en cómo se administra los sistemas, esto es, la inclusión de nuevas formas de gestionar o administrar y dirigir la Seguridad Social. La financiación es, pues, el tema clave.

Las dificultades de financiación existentes condicionan aspectos como la extensión del ámbito subjetivo de protección y la cobertura de nuevos riesgos en una sociedad cambiante. Ello impide la garantía del principio universalista tanto desde el punto de vista de los sujetos como desde la cobertura total de los riesgos.

Después de determinados estudios sobre el contexto de aplicación de la Seguridad Social ha sido necesario replantearse nuevos medios de financiación, gestión y de protección. Así por ejemplo, los sistemas públicos de Seguridad Social se han fortalecido por la creación de seguros y programas complementarios que han ayudado a elevar la cobertura dentro de los respectivos países y a prever los desafíos que el futuro les plantea

Pese a todo, y según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sólo una de cada cinco personas en el mundo cuenta con una adecuada cobertura de seguridad social. Según el organismo se debe dar la máxima prioridad a las políticas e iniciativas que aporten Seguridad Social a aquellas personas que no están cubiertas por los sistemas vigentes.

No obstante, la OIT considera que las organizaciones de los trabajadores se basan en valores, ideales y en una visión de sociedad en la que se reconozcan los derechos de los trabajadores, en un entorno de estabilidad, equilibrio y justicia para todos. Su capacidad de acción, particularmente valiosa, constituye la espina dorsal para lograr la equidad y la justicia de todos los trabajadores, sin embargo, deben encontrarse las medidas prácticas y necesarias para alcanzar los objetivos.

Los valores defendidos por los trabajadores como son la equidad, la justicia y la cohesión social están siendo amenazadas. La mundialización y las fuerzas del mercado están transformando el entorno social y económico de los trabajadores y están cuestionando la pertinencia de los métodos establecidos de distribución de los ingresos. El aumento de las desigualdades de los ingresos tanto dentro de los países como entre los países está empezando a amenazar la estabilidad misma de las sociedades.

Los trabajadores pueden contribuir a dar un rostro humano a la economía mundializada al influir en una política social que pueda establecer un equilibrio entre la eficiencia de los mercados y la equidad para la población. La economía mundializada, las sociedades y los trabajadores necesitan encontrar un equilibrio, entre la función reguladora del Estado, la capacidad de creación de riquezas del mercado y las necesidades sociales de la población. Para encontrar un equilibrio entre estas decisiones hace falta la participación colectiva de todos los actores sociales. Por su parte la OIT compromete su contingencia para apoyar los esfuerzos de los Estados para que garanticen que se respeten esos principios.

2.2.- EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.-

2.2.1.- COMPOSICIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.- El convenio de la OIT número 102⁵ de 1952, relativo a la norma mínima en materia de Seguridad Social, no contempla criterios relativos a la estructura de los Sistemas de Seguridad Social. Cada Estado, según sus propias particularidades, establecerá el sistema idóneo de protección social según sus características sociales, laborales y económicas.

a).- Con carácter general, se puede afirmar que los sistemas nacionales de Seguridad Social se estructuran en modelos complejos constituidos por una pluralidad de subsistemas o regímenes (sistemas pluralistas). Dichos subsistemas se constituyen como elementos que organizan, en definitiva, la protección social. Asimismo, puedo señalar que a pesar de las diferencias existentes en los subsistemas, éstos se someten a principios comunes que rigen en el sistema de Seguridad Social y que asegura la igualdad de trato.

b).- Con todo, conviene advertir la existencia de una tendencia consistente en establecer un modelo o punto de referencia dentro de los subsistemas, esto es, un modelo que actúa de prototipo donde se integran los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios. Actualmente, los sistemas de Seguridad Social tienden hacia una estrategia unificadora, imponiéndose cada vez con mayor frecuencia reglas imperativas que aproximan de forma efectiva los subsistemas de Seguridad Social. Ciertamente, la lenta tendencia a la unidad de los sistemas tiene como fin la unidad en las prestaciones, es decir, debido a la dificultad de conseguir la refundición de los distintos subsistemas convendría, en todo caso, buscar una cierta homogeneización en el ámbito de la acción protectora.

c).- Como se indicó, junto al sistema prototipo propio de los trabajadores dependientes por cuenta ajena, coexisten subsistemas especiales según las particularidades propias de cada Estado, atendiendo a criterios económicos estructurales o de carácter meramente técnico. Por tanto, estos modelos especiales suelen incorporar en su ámbito de protección a sectores profesionales no sometidos al ordenamiento laboral, como por ejemplo, a autónomos, escritores, funcionarios, estudiantes, servicios domésticos, etc.

La especialidad de dichos subsistemas se debe a que poseen una regulación propia y distinta para un sector diferenciado de la población asegurada, de modo que las prestaciones de dichos modelos especiales pueden ser diferentes de la acción protectora del sistema estándar. Ahora bien, ello no siempre ha de suponer una debilidad protectora. En determinados casos algunos subsistemas especiales pueden calificarse como pobres en prestaciones, sin embargo, también existen otros ricos en prestaciones que conceden privilegios a sus asegurados.

⁵ Convenio OIT número 102 de 1952

2.2.2.- PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y PROFESIONALIDAD.- En general se puede destacar tres faces o etapas históricas en materia de campo de aplicación de la Seguridad Social.

a).- En un primer momento, como sabemos, el modelo bismarckiano⁶ o continental se configura como modelo de protección reservado a determinadas capas de trabajadores manuales, esto es, el proletariado industrial, que era a la postre el sector de la población más desfavorecido.

b).- Una segunda fase, dicho sistema iría acogiendo de forma progresiva a nuevos colectivos cuya nota en común era la existencia de un vínculo de laboralidad con un empresario o patrono. De este modo, puedo decir que el asegurado fue el trabajador con un contrato de trabajo, en principio de la industria y el comercio, con ingresos mensuales o anuales inferiores a un cierto nivel determinado legalmente. Pese a todo, no se puede hablar todavía de un principio de universalidad. En esta Fase, como se puede observar, existe una fuerte laboralización de los sistemas de Seguridad Social, éstos tenían una rígida vinculación a las categorías jurídicas propias del Derecho del Trabajo.

c).- Posteriormente, en una tercera etapa se produciría un proceso de generalización de los sistemas de Seguridad Social. Se tiende a suavizar el criterio de laboralidad dando paso a una futura universalización en determinadas prestaciones y servicios. Surge un nuevo elemento a tener en cuenta: la situación objetiva de necesidad. Ésta da paso a la protección en los supuestos en los que pueda sobrevenir una contingencia adversa, si ésta incide negativamente en la obtención de rentas del trabajo. Dichas rentas debe entenderse en

⁶ Modelo Bismarck: Modelo que atrae las técnicas de los seguros privados al ámbito de la Seguridad Social

sentido amplio, esto es, no solo salario desde el punto de vista de la legislación laboral, sino también percepciones económicas en general, por ejemplo, los ingresos de un autónomo o funcionario, o de beneficios de un socio o los honorarios de un profesional laboral.

En cuyo caso, esta última fase coincide con la generalización del criterio de la universalidad. Dicho principio pretende garantizar una protección global, de modo que todo ciudadano que se encuentre en situación de necesidad, por el mero hecho de serlo, tenga derecho algún tipo de protección que debe ser distinta de la que se dispense a quienes se encuentren en su misma situación y reúnan los mismos requisitos.

Con carácter general, la mayoría de los modelos constitucionales de Seguridad Social optan por el criterio de la universalidad de la protección social. La pieza clave de estos sistemas reside en la justicia social. Por ejemplo se puede destacar la fijación del principio cobertura universal contenida en las constituciones Brasileña y Mexicana.

No obstante, en la actualidad el criterio de universalidad convive con el principio de profesionalidad, éste en la actualidad se entiende en sentido amplio, incorporándose al mayor número de colectivos con independencia, por ejemplo, del tipo de contrato de trabajo, de la fijeza o eventualidad de la relación laboral, de la categoría profesional, etc. En esta tendencia de expansión los sistemas de Seguridad Social han optado por atraer en virtud de asimilaciones a determinados colectivos ajenos a la noción clásica de trabajador dependiente por cuenta ajena. La regla básica a tener en cuenta es la expansión obligatoria de la protección a todos los trabajadores por cuenta ajena y asimilados.

El convenio de la OIT número 102 de 1952, relativo a la norma mínima en materia de Seguridad Social no prevé una referencia expresa a los sujetos incluidos en los sistemas

de Seguridad Social. Únicamente, y a propósito de cada una de las contingencias protegidas, se fijan unos criterios mínimos en relación a las personas protegidas por la Seguridad Social. Con carácter general podemos destacar que se incluyan en el ámbito de la protección social a las categorías prescritas por las legislaciones nacionales de asalariados que en total constituya, por lo menos el 50 por ciento de todos los trabajadores y en relación a la población económicamente activa que en total constituya, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residente. Como se puede apreciar, estamos ante reglas flexibles y genéricas que deberán ser determinadas por los legisladores nacionales en cada uno de los sistemas nacionales.

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.- El principio de territorialidad coincide con una de las funciones de soberanía de los Estados, ya que se aplicarán a los sujetos protegidos las normas de seguridad social del Estado en que se prestan o han prestado servicios. No obstante, y pese a esta regla general, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a).- La protección social de los sistemas se delimita, con carácter general, mediante la aplicación conjunta de los criterios de ciudadanía y de residencia desarrollando actividad en el territorio del Estado en cuestión.

b).- El principio de territorialidad concurre con la necesidad de la igualdad de trato de modo que tales normas se aplican al extranjero en las mismas condiciones que al nacional. Sin embargo, este planteamiento puede verse alterado por la aplicación de mecanismos entre Estados vía, generalmente, convenios internacionales bilaterales, que vienen a ampliar en muchos casos supuestos de adquisición y mantenimiento de derechos.

c).- Asimismo, conviene apuntar como otro efecto de la aplicación del principio de territorialidad que el trabajador va a viajar con su seguridad social a través de las fronteras. De este modo, acumulará derechos por los tiempos trabajados y asegurados en los diferentes países en los que desarrolló su actividad profesional. Por tanto, su seguridad social será la resultante de dicho proceso de acumulación.

Los procesos internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social se refieren básicamente a la acción protectora y no al ámbito de aplicación de la Seguridad Social que sigue siendo una potestad soberana de los Estados. Sin embargo, se debe anotar que se han expedido reglamentaciones en el seno de la OIT y del Consejo Europeo, que no tienen la finalidad de armonizar los sistemas nacionales de Seguridad Social, sino únicamente de coordinarlos.

Concretamente en el ámbito de la Unión Europea, como ejemplo de integración entre países, hay una base legal que posibilita que las prestaciones sociales se otorguen más allá de las fronteras o que la asistencia sanitaria esté garantizada en los Estados Miembros. En la Unión Europea, los beneficiarios de la protección son todos los trabajadores que están o han estado asegurados con arreglo a la legislación de cada uno de los Estados Miembros y que tienen la nacionalidad de un país de la Unión Europea. Así, se intenta garantizar que la aplicación de las distintas legislaciones nacionales no penalice a las personas que ejercen su derecho a desplazarse y a permanecer en distintos países de la Unión Europea.

2.2.3.- NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD.- Por último conviene realizar una breve referencia a los niveles de protección de los sistemas de seguridad social, siendo éstos: nivel contributivo o de capitalización y nivel no contributivo o asistencial.

a).- En Alemania fue donde se impulsó el nacimiento de lo que hoy se entiende por modelo contributivo. Los tutela en su modalidad contributiva parte de la previsión de un sistema obligatorio de seguro vinculado al trabajo asalariado. El nivel contributivo protege a todas las personas comprendidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social por el hecho de realizar una actividad profesional. A estos colectivos se le reconocen, en su caso, prestaciones sustitutivas de los salarios, cuando los trabajadores pierden temporalmente o definitivamente sus rentas del trabajo debido a existencias de contingencias cubiertas por el sistema en la modalidad contributiva.

b).- Por su parte, el nivel no contributivo o asistencial protege a las personas que, careciendo de protección en el nivel contributivo, no tienen recursos económicos suficientes y se encuentran en determinadas situaciones de necesidad objetiva. En este tipo de tutela social se refuerzan las labores de redistribución y justicia social inherentes a los sistemas de Seguridad Social.

c).- Con todo, la tónica actual consiste en el establecimiento de modelos de proyección mixta, como sucede en otros países como por ejemplo Argentina, España o México. No obstante, y según las particularidades de cada Estado, se puede advertir en mayor o menor medida un acusado predominio de carácter contributivo al sistema.

2.3.- INTRODUCCIÓN A LOS SISTEMAS DE PENSIONES

LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.-
CONFIGURACIÓN DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA.- Con independencia de sus raíces

etimológicas⁷ la jubilación viene a representar la protección que se otorga a una persona que en razón de una determinada edad ha cesado en la realización de un trabajo o de una actividad profesional o, como se hacía figurar en los textos clásicos, se trata de la protección en razón de la vejez.

En este sentido, y a efectos de la protección a dispensar, la vejez, o al menos, el cumplimiento de una determinada edad, del que deriva la jubilación, puede ser entendida desde dos vertientes diferentes, de las cuales derivan los criterios que fundamentan su protección y, en definitiva, la propia configuración desde las correspondientes prestaciones en los sistemas de Seguridad Social.

PRIMERA VERTIENTE.- Desde la primera vertiente, se configura la vejez como sinónima de ancianidad, entendida como último período de la vida del hombre, al que se llega tras un largo período dedicado a la actividad y a la producción. Consecuentemente, es suficiente con llegar a ese período y alcanzar una determinada edad, para encontrarse en la situación de vejez, con independencia del estado físico-psíquico de la persona.

La protección se basa en el derecho al descanso obtenido y merecido por la aportación de una persona a la actividad productiva realizada durante un largo período de tiempo, protección que se configura como jubilación, acepción recogida generalmente del Derecho Administrativo aplicable a los funcionarios, y se considera como una contraprestación en razón de los años de productividad y de servicio.

⁷ Jubilación proviene del hebreo yobel que indicaba el período –cada 50 años- en que las tierras volvían a sus anteriores dueños o se producía una manumisión de los siervos.

En la articulación de los mecanismos protectores seguidos en esta acepción, la prestación a percibir por el pensionista queda constituida como la suma ahorrada durante el período de actividad y, generalmente con carácter obligatorio, para ser dedicada durante los períodos de vida, posteriores al cese en la actividad. De aquí, que la cuantía de la prestación sea una proporción adecuada de los ingresos obtenidos en el desarrollo de la correspondiente actividad.

SEGUNDA VERTIENTE.- Desde otra alternativa, la vejez se considera como sinónima de la senectud o senilidad, entendida como erosión del estado físico o psíquico de la persona, a consecuencia del transcurso del tiempo. Por ello, para la obtención no es suficiente con que una persona alcance una determinada edad, sino que es preciso, además, la constatación de que se ha producido una redención de las facultades físicas o psíquicas. De ahí que en esta segunda acepción la protección no se base tanto en un derecho al descanso, sino en la situación de necesidad social producida por esa reducción de las facultades físicas o psíquicas de las personas, que les impide continuar en el trabajo y, por tanto, procurarse los ingresos para su subsistencia. La protección se configura como retiro, es decir, alejamiento de las actividades ordinarias, cuyo desarrollo queda impedido o dificultado por esa erosión del estado físico de la persona.

El nivel de la protección se desvincula de la actividad, ya que atiende más a la cobertura de la situación de necesidad provocada por la incapacidad para el trabajo, en razón de la edad. En consecuencia, la prestación no guarda relación con los ingresos obtenidos en la actividad, sino que tiende a fijarse en una cantidad uniforme, sin perjuicio de la existencia de suplementos que mejoran el importe de la prestación, en razón de las cargas familiares o de las mayores necesidades del pensionista.

Esta segunda vertiente es la que fue seguida en los albores de las articulaciones de los sistemas de Seguridad Social. Este criterio fue seguido por la OIT en los distintos Convenios o Recomendaciones durante la primera mitad del siglo XX. En una fase posterior y dentro de dar una mayor protección a los pensionistas, de modo que mantengan, en una proporción adecuada, los ingresos de la actividad, el criterio anterior se va abandonando, siendo sustituido por el de la cobertura de la jubilación, sin perjuicio de que se mantenga la vejez como senilidad en los mecanismos de protección asistenciales o no contributivos.

No obstante, la realidad de esta prestación se sitúa en la complejidad de la protección a dispensar, que difícilmente permite encasillarla en una concepción simple. Antes bien, la jubilación exige su consideración desde ambas perspectivas, ya que las mismas se complementan, puesto que el problema de la naturaleza y la extensión de la provisión que ha de hacerse para la gente de edad avanzada es el más importante y, en algunos aspectos, el más difícil de todos los problemas de la Seguridad Social⁸. De ahí que los mecanismos más simples y nítidos que se implantaron en los primeros momentos de la instauración de los sistemas de pensiones se han ido haciendo más complejos, combinando mecanismos de ambas acepciones, de forma que, en los momentos actuales, es difícil encontrar un régimen de cobertura de jubilación que responda en su integridad a las características de cualquiera de las dos acepciones indicadas.

2.3.1.- INCLUSIÓN Y EQUIDAD.- El artículo 340 de la Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, prevé que el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio,

⁸ BEVERIDGE, W.H. (1989) "Seguro Social y Servicios afines. Informe de Lord Beveridge" Traducción al castellano en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid

garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo, se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad, no discriminación y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitad y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte.

A lo largo de las últimas dos décadas se acometieron reformas a los sistemas de pensiones en América Latina y dentro de este en el Ecuador, que introdujeron esquemas de capitalización privados de carácter obligatorio. Los sistemas de capitalización no parecen propicios dado las fuertes desigualdades, caracterizados por la persistente pobreza y una elevada informalidad laboral. Este sistema privado estaría diseñado para una fuerza laboral formal, urbana, con empleo estable, salario fijo, pero en el Ecuador la mayoría de la fuerza laboral es informal o rural agrícola, con empleo inestable y salario bajo.

Ante estas circunstancias, la Constitución Política de la República, vigente se plantea una reformulación de los sistemas de pensiones a través del Régimen del Buen Vivir, Capítulo Inclusión y Equidad, con la finalidad de instaurar regímenes de pensiones de carácter universal o asistencial. En el ámbito de los fondos complementarios previsionales han ido asumiendo, cada vez con mayor fuerza, que las reformas a las políticas públicas en materia de protección social forman parte de un todo integral, en el que los nuevos sistemas contributivos deben complementarse con programas que atiendan las demandas de los sectores más precarios de la población, a través de regímenes de pensiones de asistencia o con garantía mínima, con cargo al presupuesto fiscal. En cuyo caso, se podría combinar

múltiples pilares sin afectar las economías, con lo cual se permitiría que los sectores con menores oportunidades accedan igualmente a esquemas de protección social.

2.4.- LA CLASIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES DE JUBILACIÓN

Cualquiera que sea el modelo que sirva de inspiración, la finalidad de los sistemas de Seguridad Social es la de abonar una prestación adecuada ante la presencia de determinadas situaciones y de las necesidades que las mismas comportan, aunque “en ninguna de las ramas de Seguridad Social, los planificadores han ejercitado su ingenio y su capacidad de análisis con más asiduidad que en la articulación de los regímenes de la previsión por vejez”⁹.

Siguiendo la clasificación de la OIT, las distintas técnicas o mecanismos que se han articulado en la provisión de prestaciones por jubilación se puede sintetizar en tres grandes grupos.

REGÍMENES UNIVERSALES.- A través de estos regímenes, se otorgan a todas las personas residentes, que hayan sobrepasado la edad prescrita en la correspondiente legislación, prestaciones con independencia de sus ingresos, su situación laboral o de la totalidad de sus rentas, prestaciones de cuantía uniforme, aunque pueden existir suplementos en razón de las cargas de los pensionistas. Además en estos regímenes, al lado de esas prestaciones uniformes, se suele establecer complementos de pensión a favor de las personas de edad carentes de recursos suficientes.

⁹ (OIT. 1984) Organización Internacional del Trabajo

En los países donde existen estos regímenes universales, suele establecerse un segundo nivel, también obligatorio, mediante el que se conceden pensiones en función y proporción al tiempo de actividad y a las cotizaciones aportadas. Estos sistemas están presentes en los países nórdicos de Europa, como Dinamarca, Suecia o Finlandia.

REGÍMENES DE SEGURO SOCIAL.- A través de estos mecanismos, se otorgan prestaciones a las personas que, además de haber cumplido una determinada edad, haya acreditado un período prescrito de cotización o de empleo. En estos regímenes se busca que exista una relación adecuada entre las cuantías de las prestaciones y los ingresos obtenidos en la actividad. Por ello, la cuantía de las prestaciones depende del período previo de cotización y del nivel de las cotizaciones ingresadas.

Estos regímenes únicamente daban protección a quienes se encontraban previamente afiliados al régimen de Seguridad Social, como consecuencia del desarrollo de una actividad laboral o profesional, dejando sin cobertura de protección a quienes no ejercían una actividad o a quienes, aún habiéndola desarrollado, no se había llevado a cabo durante el tiempo requerido para acceder a la pensión. Esta falta de cobertura se va solucionando, en una etapa posterior de desarrollo del régimen, mediante la introducción de regímenes asistenciales o no contributivos, que otorgan protección a quienes carecen de pensión contributiva y carecen de recursos suficientes para la cobertura de sus necesidades.

REGÍMENES DE ASISTENCIA.- Mediante estos regímenes se establecen prestaciones a las personas de edad necesitadas, condicionadas a la comprobación de sus recursos y de los gastos a los que, de forma inevitable, deben hacer frente. Estos regímenes fueron los primeros establecidos en el denominado modelo atlántico.

Estos regímenes, generalmente son complementados con otros mecanismos a favor de los trabajadores tendientes a posibilitar el otorgamiento de prestaciones superiores, en razón de la actividad realizada, y en proporción a las cotizaciones realizadas.

2.5.- EL NIVEL DE LA PROTECCIÓN: IMPORTE DE LAS PRESTACIONES

Los importes de las pensiones de jubilación varían según sea el régimen que abona la pensión. En los regímenes asistenciales o no contributivos, la pensión suele tener un importe, aunque esta cuantía única coexista con suplementos, en función, generalmente, de las cargas familiares del pensionista; en los regímenes universales, la pensión, en principio, uniforme, salvo los suplementos otorgados a los pensionistas sin recursos, puede variar en función de los períodos de residencia o de empleo.

En los regímenes contributivos o regímenes ligados a los ingresos de actividad, los importes de las pensiones están en función de las cotizaciones ingresadas por el interesado a lo largo de su vida laboral, los cuales, a su vez suelen girar, sobre los salarios, de los trabajadores por cuenta ajena, o de los ingresos profesionales de los trabajadores por cuenta propia. Suele ser usual que la cuantía de la pensión se calcule en función del promedio de la cotizaciones realizadas en un determinado período, generalmente inmediatamente anterior al momento de acceso a la pensión, promedio al que se aplica un porcentaje, en razón de los años de cotización acreditados.

En los regímenes de jubilación que tiene por objetivo lograr que se produzca una proporcionalidad adecuada entre la cuantía de la pensión y las cotizaciones realizadas en la época de actividad, a efectos del cálculo de la pensión se suele determinar un promedio de

las cotizaciones realizadas en una época determinada anterior al acceso a la pensión de jubilación, este promedio se denomina, según los distintos sistemas, base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio ó haber jubilatorio.

Cuando el promedio de cotizaciones corresponde a un período reducido, como de dos o tres años anteriores a la jubilación, se suele tomar las cotizaciones ingresadas en su valor nominal, sin embargo, si el período de cotización, a efectos de la base reguladora, es amplio pudiendo llegar, incluso, a toda la vida labora, las cotizaciones efectuadas suelen actualizarse, en base a distintos mecanismos, a fin de tomar en consideración los efectos de la inflación.

Los períodos de cálculo de la base reguladora o haber jubilatorio son muy diferentes, aunque suelen situarse en un mínimo de los dos últimos años y un máximo de 25 años. Existen sistemas, que toman en consideración todos los períodos de cotización.

LA REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN.- Los beneficiarios de las pensiones, en general, y de las jubilaciones en particular, están expuestos como el resto de la población a los peligros de la inflación y de la coyuntura económica, ya que pueden influir en menor medida que otros grupos en el comportamiento de esas variables y, así mismo, tienen menos posibilidades de resistir esos peligros con éxito relativo. Por ello, todos los sistemas de Seguridad Social suelen tomar medidas para preservar el valor de las pensiones y hacer partícipes a los pensionistas de la mejora general de la economía. En la actualidad, suele ser una práctica muy generalizada que los sistemas hagan evolucionar o ajusten las pensiones de forma periódica para adaptarlas a la evolución de la economía.

LA IMPOSICIÓN FISCAL DE LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN.- Una de las cuestiones que, con frecuencia, suscita polémica en los sistemas de pensiones en general, y también en los regímenes de jubilación, es si las mismas deben estar o no sujetas a imposición fiscal, esto es, impuesto sobre la renta e las personas físicas, impuesto sobre las ganancias de las personas etc.

Para una parte de la doctrina, los pensionistas ya tuvieron que pagar los impuestos en su época de activo, en los que contribuyeron de forma decidida a la riqueza del país. Por ello, en los momentos de cese en la actividad y percibo de las correspondientes pensiones de jubilación, aquellos deberán percibir sus importes íntegros, sin soportar ninguna minoración, lo cual se consigue si las pensiones no quedan sujetas a la imposición fiscal.

Para otra corriente de opinión, no existe una fundamentación, objetiva de equidad social, para que los pensionistas tengan un tratamiento fiscal distinto que el resto de la colectividad. Los pensionistas perciben, a través de sus pensiones, unos determinados ingresos o rentas, como lo hacen, a través de sus salarios, los trabajadores en activo. Declarar exentos de impuestos a los pensionistas sería contrario a los principios de equidad, en cuanto que la sujeción a los impuestos debe ser por la cuantía de las rentas, y no por su naturaleza. Además, los pensionistas, en los períodos de actividad, ya se beneficiaron de las exenciones fiscales, en cuanto que las aportaciones ingresadas en los regímenes de pensiones ya dieron lugar a las oportunas deducciones o desgravaciones fiscales.

Los regímenes de pensiones se mueven en una y otra posición, si bien se observa que la primera de ellas, la de exención de impuestos, es propia de los sistemas iberoamericanos, mientras que la segunda, la de sujeción de las pensiones a los impuestos, está más extendida dentro de los sistemas europeos. Existen posiciones intermedias en las que, aún sujetando

las pensiones a imposición fiscal, sin embargo las declaran exentas cuando no llegan a una determinada cuantía o en el tramo de la cuantía que no supere ese límite. No obstante, se viene observando una tendencia clara de dar a las rentas provenientes de las pensiones un tratamiento fiscal similar a las demás rentas y por tanto, sujetarlas a imposición fiscal.

2.6.- MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD EN EL ACCESO A LA JUBILACIÓN

Todos los regímenes de jubilación tienen establecido una edad legal en el acceso a la pensión de jubilación. No obstante, a pesar de esta edad legal, la realidad de las pensiones de jubilación es que las personas, como media, accedan a esta clase de pensiones a una edad inferior a la prevista en el ordenamiento jurídico. El hecho anterior se debe a la existencia de mecanismos que flexibilizan la rigidez de una determinada edad. Todos los sistemas, con mayor o menor incidencia, prevén la posibilidad de que se pueda acceder a la pensión de jubilación a una edad distinta a la fijada en el ordenamiento jurídico vigente.

Como regla general, la anticipación de la edad de jubilación suele implicar una reducción de la cuantía de la pensión, mientras que el retraso en el acceso a la pensión supone una mejora del importe de la misma. No obstante, también el acceso a la pensión se ve afectado por determinadas necesidades de política económica y social; la crisis económica, la necesidad de modernizar las estructuras productivas y el paro masivo ha llevado en la mayor parte de los países a lograr dar salida a excedentes de mano de obra. Una de estas salidas ha consistido en proceder a la jubilación de muchos trabajadores, de mayor edad pertenecientes a los sectores en crisis, procurando que este adelantamiento de la edad de jubilación no tuviese incidencia en sus derechos de pensión.

Además, aunque los regímenes de jubilación han procurado que estos adelantamientos masivos de la jubilación no afecten a sus cuentas de resultados, de manera que los mayores gastos fueran asumidos por el Estado, sin embargo, resulta difícil encontrar algún sistema de Seguridad Social en los que la anticipación de la jubilación, en los supuestos indicados, no haya implicado una minoración de los recursos disponibles.

2.6.1.- LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIAMENTE.- Los diferentes regímenes de jubilación posibilitan que las personas anticipen voluntariamente la edad de jubilación, aunque, al propio tiempo, reaccionan de diversas formas contra esa posibilidad, reduciendo la cuantía de la pensión a percibir por el interesado. Esta reducción se fundamenta tanto en el hecho de que el régimen de pensiones tiene que abonar las mismas en una fecha anterior a la generalmente prevista, como a la pérdida de ingresos que se producen por el cese en el abono de las cotizaciones ocasionado como consecuencia del adelantamiento de la pensión de jubilación. Por regla general, y aunque existen excepciones, la anticipación de la edad de jubilación permitida es de cinco años y la reducción de la pensión suele oscilar entre el 5 y el 7 por ciento de la pensión por cada año de anticipación.

Otra de las formas de anticipar la edad de jubilación es la debida a la realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos, al entender que la dureza de ese trabajo debe llevar aparejado que los interesados no tengan que esperar hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general. En estos últimos supuestos, en la anticipación de la jubilación se suele utilizar dos métodos, bien fijar una edad menor, para todos los trabajadores que llevan a cabo esa actividad tóxica o peligrosa ó bien aplicar un coeficiente que reduce la edad general, por cada año que se haya trabajado en la actividad que se haya reconocido como peligrosa o insalubre.

2.6.2.- EL RETRASO EN EL ACCESO A LA JUBILACIÓN.- Así como los regímenes de jubilación suelen penalizar la anticipación voluntaria de la jubilación, es raro encontrar algún sistema que contenga disposiciones que impidan el retraso de los interesados en la solicitud de las correspondientes prestaciones e, incluso, algunos de estos regímenes prevén disposiciones favorables a ese retraso.

Estos mecanismos de jubilación progresiva son más frecuentes en los sistemas europeos, y aunque su regulación varía en buena parte de ellos, el incentivo al retraso en la edad de jubilación consiste en incrementar la pensión, mediante una aplicación de un coeficiente que se sitúa como media entre el dos y el ocho por ciento.

No obstante, este coeficiente no se aplica indefinidamente, sino que los diferentes sistemas en los que se permite el retraso en el acceso a la jubilación suele poner un límite a ese diferimiento, o al menos, en los incentivos a que el mismo se produzca, por lo general, una vez alcanzados los 70 años, ya no se aplican coeficientes de mejora de la pensión de jubilación.

Los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social posibilitan a los Estados el que puedan incompatibilizar la pensión de jubilación con el desarrollo de una actividad¹⁰.

2.6.3.- LA JUBILACIÓN FLEXIBLE.- Se ha venido insistiendo, en la últimas décadas, sobre la conveniencia de que exista un tránsito brusco desde el cese en la actividad y el paso a la jubilación, proponiéndose, por diferentes motivos, entre ellos también los de

¹⁰ "Código Iberoamericano de Seguridad Social", artículo 51. Madrid. 1995.

naturaleza psicológica o sociológica que afectan al propio trabajador, que los regímenes de jubilación se articulen de forma que posibiliten la simultaneidad entre una reducción por etapas de la actividad, con una garantía de ingresos, procedentes de los sistemas de pensiones, en esa época intermedia de transición paulatina desde la actividad a la jubilación.

Desde diferentes Organismos Internacionales se vienen efectuando recomendaciones, en el sentido de flexibilizar la edad de jubilación, a fin de evitar los aspectos traumáticos que puede ocasionar el pase brusco desde la actividad a la jubilación, recomendaciones, que si bien no han tenido el efecto esperado, si han servido para que en varios de los sistemas de Seguridad Social se hayan implantado medidas para flexibilizar el acceso a la jubilación.

CAPÍTULO III

ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN EN REGÍMENES PREVISIONALES

Dentro de las prestaciones dinerarias de la Seguridad Social, las pensiones por vejez, invalidez y muerte o sobrevivientes observan desde las primeras décadas del siglo pasado un importante crecimiento en todos los países del mundo, pudiéndose visualizar que aquellos económicamente más avanzados, fueron los primeros en introducir programas de esta naturaleza, siguiendo los de América Latina¹¹.

Es conocido que este tipo de actividad se caracteriza, entre otras, por abarcar un considerable número de años en la vida de las personas, prácticamente desde que el

individuo se incorpora a la fuerza laboral, pasando por la obtención de beneficios, jubilación, hasta el fin de sus días, o incluso más allá si existen beneficiarios que ameriten una pensión. De ahí, la necesidad de lograr no sólo una administración eficiente en la gestión, sino también ofrecer los máximos recaudos para que en definitiva los haberes previsionales, y el régimen en sí, no se vean desvirtuados por el paso del tiempo. Ello implica una demanda permanente de supervisión y control del desenvolvimiento del sistema, distinta a la requerida tradicionalmente en otras actividades estatales, donde la relación agente-beneficiario es directa e inmediata.

Dada la significación que tiene en la actualidad los procedimientos previsionales, la supervisión y control del quehacer previsional es importante. Se ha podido observar que, en más de una oportunidad una inadecuada gestión de esa naturaleza ha llevado al fracaso o por lo menos producido considerables problemas en los regímenes de seguridad social, no sólo en aquellos de capitalización individual, sino incluso en los de reparto.

El propósito de este trabajo es auscultar los argumentos centrales que hacen a la determinación de implementar un sistema de supervisión y control, independiente y autónomo, en los regímenes previsionales.

3.1.- PORQUE SUPERVISAR.- En este capítulo intentaré sentar las bases que justifican la necesidad de incorporar procedimientos estrictos de supervisión y control en la previsión social, independientes del resto de las instituciones que abarca un régimen, gestión, recaudación, etc., sin interesar el método aplicado, beneficios definidos o contribuciones definidas, para satisfacer este tipo de necesidades.

¹¹ Mesa-Lago Carmelo y Bertranou, Fabio 1998, Manual de Economía de la Seguridad Social.

La supervisión, al ser de carácter operativo, donde se considerará las posibles soluciones que la teoría y la práctica indican, están en buena medida supeditados al consenso previo sobre la necesidad de supervisión.

A).- LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UNA NECESIDAD PREFERENTE.-

Existe acuerdo entre los distintos tratadistas de la Teoría de las Finanzas Públicas, en aceptar desde hace tiempo la clasificación de las necesidades de una sociedad en privadas y públicas según puedan ser satisfechas o no por medio de los mecanismos del mercado¹².

Las de carácter público se dividen a su vez en sociales y preferentes. En las sociales, además del no funcionamiento del mecanismo de mercado, el disfrutarlas no puede sujetarse al pago de un precio, pues su satisfacción se lleva a cabo en forma conjunta al del resto de la sociedad. Por lo tanto, la mayor o menor demanda no implicará exclusión para el resto de los sujetos. En cambio, las necesidades preferentes se atienden con servicios que se encuentran sujetos al principio de exclusión del mercado y el Estado convierte a este tipo de necesidades en deseos tutelados por él mismo, dirigiendo de esta manera su satisfacción.

Las necesidades preferentes o meritorias se justifican si se cumplen con alguna de las tres siguientes condiciones¹³:

- 1) Dificultad del individuo de evaluar todos los beneficios de cierta actividad;
- 2) La ayuda que su utilización puede prestar a una mejor distribución del bienestar; y,
- 3) Cuentan con algunas notas que caracterizan a los bienes públicos.

¹² Musgrave, Richard (1968) Teoría de la Hacienda Pública Ed. Aguilar, Madrid, España

Por lo tanto,, en estos casos, se rompe con la soberanía del consumidor y en cierta medida estas necesidades preferentes ofrecen un ejemplo del fracaso del pleno mecanismo del mercado; observándose que los problemas que plantea su solución muestra un mayor grado de dificultad que en las necesidades sociales, dado el dispositivo político necesario para su solución, donde se combinan aspectos de demanda individual y conjunta.

Es viable derivar que la previsión social es un caso típico de necesidad preferente, pues se identifican no una sino las tres condiciones indicadas, lo cual puede fundarse en las siguientes evaluaciones:

- a) Es ampliamente reconocida la posibilidad que una persona, sobre todo cuando es joven, no cuente con una visión precisa de lo que le acontecerá en el futuro, sino toma los ahorros para cuando sea más viejo. Esa falta de previsión se suele denominar miopía del ciudadano y es uno de los principales justificativos de la participación del Estado en la aplicación de métodos previsionales contributivos obligatorios;
- b) La necesidad de implementar un seguro para poder brindar una jubilación, puede enfrentar las dificultades típicas de éstas actividades e imposibilidad de ser considerados en forma voluntaria en aquellos casos de actividades riesgosas que desarrollan determinadas personas;
- c) Fallas o irregularidades en los sistemas de información, lo cual puede no indicar con exactitud los tipos de riesgo que pueden estar corriendo, básicamente por falta de solvencia del organismo que tiene a su cargo estos tipos de actividad.

¹³ Head, J. G. 1974 Public Goods and Public Welfare Durham, N. C. Duke England. Traducido al castellano en Madrid. España

Como conclusión de los anteriormente mencionado se puede ratificar que las necesidades emergentes de la previsión social (vejez, invalidez y muerte o sobreviviente) deben ser consideradas como necesidades de índole preferente. Ello indica que la participación del Estado en este tipo de actividades es ineluctable.

LAS DISTINTAS ORGANIZACIONES DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES

En la práctica, existen innumerables métodos organizativos tendientes a brindar los servicios previsionales contributivos. Primeramente se los dividirá en obligatorios y voluntarios. A su vez los de carácter obligatorio se dividen en:

- Métodos de capitalización, con cuentas individuales administradas privadamente;
- Métodos de capitalización individual administrados por el Estado
- Métodos de reparto con fondos que en general necesitan de la aplicación de contribuciones escalonadas; y,
- Método de reparto puro.

Los sistemas voluntarios son organizados en su mayoría como complementarios de los regímenes obligatorios, prevaleciendo el método de capitalización y pueden mantenerse las reservas en la propia empresa o en fondos externos de carácter privado. La existencia de fondos previsionales, se observa en los tres primeros de los sistemas de tipo obligatorio, debiéndose agregar a ellos la generalidad de los sistemas de carácter voluntario.

La presencia de esas reservas, corrientemente concretadas en su mayor parte en activos financieros, de por sí manifiesta la necesidad de una precisa reglamentación basadas

en dos objetivos esenciales, protección de los fondos y lograr de los mismos una rentabilidad adecuada. La aplicación de normas específicas para el cumplimiento de la finalidad anteriormente mencionada, de por sí justifica la implementación de un régimen de contralor y supervisión, más aún si pensamos que estos fondos son administrados por el propio Estado o por empresas privadas especializadas.

Mi propósito es enfocar el problema desde la óptica pertinente a los regímenes previsionales en su faz global y por lo tanto además de la protección de los fondos, se deben incluir otros objetivos, en los cuales incluso participan los métodos de reparto sin fondeo. De esta forma, se debe juzgar que no sólo el control de las reservas resulta importante, a efectos de preservar la viabilidad del sistema, sino también temas como el grado de cobertura alcanzado, costos de administración, nivel de los beneficios que se están brindando, atención a los contribuyentes y a los beneficiarios, procedimientos de recaudación y toda otra gestión relacionada al progreso y funcionamiento del sistema.

B).- JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.- Entre Los múltiples motivos que han llevado a la decepción sobre el funcionamiento de los sistemas previsionales merece recordarse los siguientes causales, tomadas de acuerdo a su grado de significación y reiteración en diferentes países, básicamente de América Latina:

- Conseguir un grado de cobertura, lejos del esperado;
- Laxitud en los procedimientos de otorgamiento de beneficios de las pensiones, generalmente provenientes de las presiones de índole políticas que en definitiva producen considerables inequidades en el tratamiento entre diferentes tipos de trabajadores. Ello a su vez en múltiples ocasiones han llevado en el mediano y largo plazo a la inviabilidad financiera del sistema;

- Deficientes colocaciones de las reservas; y,
- Registros contables inapropiados y poco transparentes.

Cabe advertir que dentro de ese conjunto de causales y de otras, a menudo ha jugado un papel preponderante la corrupción, que se ha visto facilitada por la falta de un control y supervisión eficaz y efectiva. Lo señalado justifica la posibilidad de una intervención en los sistemas de seguridad social a través de una institución específica e independiente constituida para las tareas de supervisión y control. En donde deberá, en primer término, revelarse cabalmente una autonomía externa respecto al aparato administrativo gubernamental y por otra estar provista de las normas y potestades necesarias para llevar a cabo de manera eficaz y eficiente sus cometidos.

3. 2.- OBJETIVOS DE LA SUPERVISIÓN.- En este tema conviene detallar las principales cuestiones que merecen considerarse dentro de una organización cuya finalidad es la supervisión de los fondos previsionales, siempre bajo el estigma de defender al contribuyente, tratando de lograr una plena protección a sus intereses. Dada la existencia, de diferentes modelos aplicados a los fines de brindar los beneficios previsionales, la ponderación de cada uno de los temas, depende de las particularidades que observe cada método.

PROBLEMAS HABITUALES A TODO TIPO DE RÉGIMEN PREVISIONAL

a).- GRADO DE COBERTURA.- Como expresé anteriormente, prácticamente todos los regímenes previsionales en América Latina adolecen del problema de sólo cubrir a determinados grupos de trabajadores, por cierto no es un tema menor, sino por el contrario es uno de los principales que deben enfrentar las autoridades de la seguridad social, sobre

todo de las políticas sociales. Además, las diferencias dentro de cada país por lo general son significativas, destacándose aquellos grupos que han destacado mayor poder y por ende llegan a alcanzar a todos los trabajadores de esos sectores, como fuerzas armadas, empleados públicos, sectores claves de la economía, de otros donde casi ningún individuo llega a gozar de estos beneficios, como empleadas domésticas, pequeños productores, mineros, agrícolas o trabajadores informales; o bien estas diferencias pueden registrarse regionalmente, donde las zonas urbanas y de mayor grado de desarrollo muestran una cobertura muy superior a las áreas rurales y más pobres¹⁴. Por ello se suele indicar que la cobertura alcanzada no sólo es baja sino que es de carácter sesgado protegiéndose a los trabajadores que cuentan con un mayor grado de organización.

Como puede conjeturarse, las causales citadas en general poco tienen que ver con el método previsional que se aplique, sin embargo se estima que una mejor administración de ellos, puede ayudar a reducir la cantidad de trabajadores excluidos del mismo y por lo tanto merece preocupar a los órganos de supervisión.

b).- ATENCIÓN AL USUARIO.- Como se explicó en párrafos anteriores la defensa del contribuyente en los regímenes jubilatorios, es el objetivo esencial de todo sistema de control y supervisión. Sin embargo a menudo se detectan fallas en cuanto al trato e información a propiciar, tanto a los aportantes como a los pasivos.

En general se estima conveniente alcanzar la máxima simplificación en las reglas, de por sí difíciles de discernir, sin olvidar el nivel de preparación de la gran mayoría de los usuarios del régimen. Dadas esas complicaciones en más de una oportunidad esas personas

¹⁴ Mesa-Lago Carmelo (1985), El desarrollo de la Seguridad Social en América Latina- Ed. CEPAL, Santiago, Chile.

deben recurrir a especialistas en la materia, con los costos que ello implica, quienes usufructúan de los procedimientos engorrosos, pocos claros y no debidamente compilados y ordenados. Así esas normativas mas se asemejan a un aquelarre que a un sistema orgánico. Es por todos conocido el papel que juega la información en todos los órdenes de la sociedad. Tal afirmación se fortalece plenamente en lo que atañe a estos regímenes, convirtiéndose en una premisa no siempre recordada por quienes tienen a su cargo las funciones administrativas de los mismos.

Se aprecia como acción insoslayable de los órganos de supervisión, asegurar a través de los mismos o por quien se dispusiera, brindar una comunicación de alta calidad y confiabilidad.

En definitiva, lo importante es contar con las suficientes garantías que la información imprescindible llegara a los interesados en forma asequible y en los tiempos apropiados. Resulta aconsejable, sin interesar el método de pensiones que se utilice, no sólo instrumentar cuentas individuales para cada contribuyente, sino hacerlas conocer en cuanto a sus movimientos, de tal manera que cada uno pueda observar su situación particular.

c).- BENEFICIOS.- Si bien en general es altamente probable que las técnicas tendientes a determinar los montos de los beneficios a formalizar no observen mayores complicaciones, resulta aconsejable constatar si los respectivos procedimientos de cálculo cumplen sin mayores dificultades. No obstante lo anterior, cabe advertir que en ciertos casos, con alguna frecuencia, se observen presentaciones de las personas reclamando por lo que ellas consideran errores en los cálculos que ciertamente los perjudican.

Cabe a su vez recordar, aún cuando casi es obvio, que aquellos casos en que el error beneficie al individuo, es muy difícil que éste lo declare perjudicándose íntegramente al régimen.

Tampoco deberá relegarse en esos controles la determinación de si el organismo está cumpliendo plenamente con la legislación del momento. Es frecuentemente la existencia de cambios en los procedimientos e interpretación de las norma previsionales, que incluso suelen llegar a aplicaciones disímiles entre los funcionarios, por lo cual es prudente una supervisión de esas eventualidades.

d).- COSTOS GERENCIALES.- La independencia y autonomía, no desestimables, de los organismos previsionales, con asiduidad han demostrado un gasto de carácter gerencial elevado. Ello es manifestación de ineficacia en la aplicación de los recursos destinados a la finalidad. Los gastos más reiterados se dan en:

- Remuneraciones al personal, sobre todo si se lo compara con el resto de la administración pública, y con mayor énfasis en los cargos superiores;
- Adquisición de ciertos elementos no siempre imprescindibles (vehículos, lujosos edificios, etc.; y
- Gastos superfluos (viajes, homenajes, etc.).

Por cierto que con nivel de prudencia tales erogaciones no deberían ser criticables, pero sobre todo en el pasado se han dado reiterados caso de abusos, que de existir una adecuada supervisión se hubiesen evitado.

Usualmente, se suele juzgar que esas instituciones poseen una interesante capacidad económica-financiera, que a menudo no observan las entidades públicas dependientes del presupuesto general del Estado y por lo tanto resultan una invitación, sobre todo para el sector público, en cuanto a demandar empleos, frecuentemente con altas remuneraciones, financiar viajes, organizar eventos, etc. De ahí que, gracias a la supervisión las coacciones de esa naturaleza se pueden reducir notablemente, desalentándose el uso de los organismos previsionales con fines de clientelismo político.

Incluso por resguardo a quienes se encuentran al frente de las instituciones previsionales, la existencia de organismos de control externo, los protegerá en más de una ocasión de esas distintas presiones que deben habitualmente enfrentar.

e).- RECAUDACIÓN.- El tema de la entrega de los aportes y contribuciones de los trabajadores y empleados respectivamente, tiene a diferencia de los otros tributos impositivos, una doble finalidad. La que podemos denominar usual, cual es la recolección de las sumas abonadas por quienes se encuentran legalmente obligados a pagarlas, a lo que cabe adjuntar el hecho de la ligadura entre los pagos previsionales y la cobertura del régimen. Es conocido, que una persona para hacerse acreedora del beneficio jubilatorio debe contar con un número mínimo de aportes, además del requisito de la edad, y más aún mantenerse al día en esos pagos.

Sí desafortunadamente ocurre un suceso durante la vida laboral, que le implique al trabajador un perjuicio y por lo tanto se espere percibir una pensión por invalidez o bien su deceso y en este caso los supérstite , para poder contar con la respectiva pensión, siempre se deberá demostrar haber cumplido, tanto el trabajador como el empleador, con los aportes que legalmente se exigen.

De lo anterior, se colige la fundamental significación que tiene controlar el cumplimiento de los pagos y la incorporación de nuevos trabajadores por parte del ente responsable de la recaudación.

De las experiencias sin estudios existen dos líneas enfrentadas, sobre a que organismo le corresponde cumplir con las funciones recaudatorias. Por una parte, hay quienes ven la necesidad de contar con una entidad que tenga exclusivamente la finalidad de administrar la percepción de los aportes y contribuciones de la seguridad social. Por el contrario, otros abogan para que el proceso recaudatorio se cumplimente conjuntamente con el resto de los gravámenes fiscales. Los primeros fundamentan su posición en la naturaleza propia de los tributos de la seguridad social, tanto por su diferencia intrínseca con el resto de imposiciones, como su trascendencia al momento de brindar los beneficios previsionales, condiciones a las que cabe agregar la asignación específica de tales gravámenes al área previsional. Los segundos apoyan su perspectiva en que los entes de recaudación general de impuestos cuentan con una vasta experiencia al respecto. En la eventualidad pueden lograr significativas economías de escala, gracias a la posibilidad de entrecruzar los datos provenientes de los distintos gravámenes.

En realidad, la referida divergencia no resulta significativa pues fuese una u otra la posición acordada, la supervisión y el control de estos organismos no pierde trascendencia, sobre todo considerando el doble cometido, recaudar los fondos y cumplir con una condición necesaria para lograr una jubilación o una pensión.

3.3.- DIFICULTADES PROPIAS DE LOS REGÍMENES QUE DETENTAN FONDOS

Tal como el título lo expresa las medidas que a continuación se detallan están referidas a los fondos previsionales, sin tomar en cuenta quien administra esas reservas. Tampoco dependerá si las mencionadas sumas corresponden a un sistema de capitalización o a de reparto con fondeo, o de aportes con carácter obligatorio o voluntario. Por lo tanto sólo quedan excluidos en estas apreciaciones los regímenes de reparto puro.

El enfoque previamente definido girará en torno a la supervisión financiera de esos fondos, dividiéndose en dos partes. Controles que hacen a los aspectos organizativos y administrativos de quienes tiene bajo su responsabilidad la gestión de esas reservas, destinándose el siguiente punto exclusivamente al tratamiento de las inversiones, que en buena medida son aplicadas en activos financieros.

a).- **CONTRALOR DE LAS INSTITUCIONES GESTORAS DE FONDOS PREVISIONALES.**- Tres serán las cuestiones que se considerarán a continuación, como necesarias de supervisión, dentro de este tema.

En primer término debe señalarse la necesidad de constatar el cumplimiento de las normas legales a tener en cuenta para lograr la licencia necesaria para ejercer las funciones de mandante de los fondos previsionales. Como así la implementación de los preceptos administrativos, a los cuales están sujetas por su condición de gestoras de esos fondos, tales como por ejemplo normas de auditoría, internas y externas, rutinas de control a las cuales deben sujetarse, balances periódicos, registro de desempeño, sobre a todo a través de la aplicación de parámetros estadísticos que permitan observar el desenvolvimiento en el tiempo de la gestión empresarial, como así para el examen comparativo.

En segundo lugar cabe hacer especial referencia a las obligaciones que éstos organismos deben tener en cuanto al avance de las cuentas de cada aportante, quienes en definitiva son los propietarios de esos fondos. Debe puntualizarse sobre este tema de la propiedad de los fondos, que toda acción tendiente a robustecer este concepto resultará por demás oportuno. Esto se basa, en el permanente desconocimiento por gran parte de la sociedad, que confunden administración por parte de las empresas con propiedad de esos fondos.

Finalmente, en tercer lugar y relacionado con el enfoque precedente, será necesario que la información de la situación particular de cada ciudadano aportante llegue a sus manos en forma clara, sencilla y en los tiempos adecuados, a los efectos que los mismos puedan tener una visión acabada en cuanto al estado de sus ahorros acumulados.

b).- EL CONTROL FINANCIERO.- Es ampliamente reconocido que la existencia de fondos destinados a la seguridad social conlleva por esa aplicación una fuerte justificación sobre la necesidad de una profunda protección, incluso en casos superior a la que normalmente se implementa en el sector financiero, tendiente a garantizar una adecuada rentabilidad, minimizándose los riesgos propios de esas inversiones.

Vale la pena hacer una disgregación semántica, importante para el presente cometido. La misma está referida a la diferencia entre riesgo e incertidumbre. De acuerdo a Barr, N (2002)¹⁵ el primero de los conceptos implica un suceso, donde con mayor o menor justeza puede estimarse su probabilidad de presentación y por lo tanto existe la perspectiva de tomar los recaudos necesarios para minimizar los mismos.

En cambio la incertidumbre involucra sucesos que no responden a leyes casuísticas y por lo tanto resultan imposibles de vaticinar. La incertidumbre es motivada por circunstancias que en la mayoría de los casos provienen del Gobierno. De ahí que se las suele reconocer como riesgo político, siendo imprevisibles y por lo tanto imposibles de encontrar normas que protejan a las inversiones de esos efectos nocivos¹⁶.

Los exámenes sobre el control de las inversiones de los fondos, han ganado en popularidad, dado los elevados montos de las reservas existentes, así como por la mayor participación de instituciones privadas que el Estado debe indefectiblemente controlar. Esto último es típico de los países que han concretado reformas que implican la incorporación de métodos de capitalización individual. Generalmente éstas inversiones de carácter institucional se encuentran forzosamente reguladas, concentrándose las autorizaciones de adquisición en títulos públicos y privados, acciones y depósitos bancarios, observándose normas donde prevalece el objetivo de la diversificación del riesgo.

Esas regulaciones a menudo establecen, entre las diferentes categorías de activos, máximos de participación en el total del portafolio administrado, como también entre los instrumentos dentro de una misma categoría de inversión. Agregándose a esos topes el cumplimiento de normas sobre calificaciones del riesgo para los distintos papeles.

Cabe advertir que la experiencia en los últimos años no han observado problemas profundos en el comportamiento de los fondos, obligatorios o voluntarios, como su pérdida parcial, o incluso total. Por ello las discusiones al respecto, más vale han girado

¹⁵ Barr, Nicholas (2002) "Otorgamiento de prestaciones sociales – Transferencia histórica de la responsabilidades del Estado al sector privado"- Conferencia: Sobre la iniciativa de la AISS – Vancouver, Canadá

¹⁶ Schulthess, Walter (2004) "Consideraciones sobre las reformas de los regímenes previsionales en América Latina" – Estudios de la Seguridad Social AISS No. 94 Buenos Aires, Argentina

frecuentemente sobre el nivel de rentabilidad conseguida, donde surge que la protección ha prevalecido sobre el riesgo que implica la hipotética probabilidad de obtener una mayor ganancia.

Lo anterior permite ser optimista en cuanto al cumplimiento de los fines de los fondos previsionales y por ende de los métodos de capitalización, pues no se han presentado situaciones irreversibles, que hayan implicado reducciones notables o incluso pérdida total de los montos acumulados.

3. 4.- PROPUESTA DEL ENTE SUPERVISOR

No obstante haber establecido la conveniencia de implementar organismos de supervisión y control independiente, más allá del tipo de régimen jubilatorio de que se trate, en esta parte del trabajo se pretende, en primer término, justificar porque llevar a cabo una política bajo ese paradigma, especialmente si el sistema se encuentra únicamente administrado por el Estado y mas aún si a la vez es de reparto sin fondos. Luego se presentarán pautas a considerar en el diseño de las instituciones de este tipo. Por último se ofrece algunas consideraciones particulares relacionadas con las funciones de éstos organismos y su relación con el resto de los sectores, sobre todo el público.

Por cierto que la propuesta de creación de un organismo de supervisión por fuera del propio Estado, está avalada por la significación que para la sociedad tiene un régimen jubilatorio, implicando por sus características la necesidad de una efectiva protección, tanto a los afiliados, como a los beneficiarios del mismo.

Sin embargo, la literatura sobre el tema es de carácter reciente y no muy amplia, lo cual implica que en el conjunto de soluciones en más de una oportunidad deberá privilegiarse la racionalidad, supliendo la teoría.

El conjunto de pautas que a continuación se detallan, no pretende ser exhaustiva ni indiscutibles. Si no que el objetivo perseguido es abrir el juego a las diferentes posiciones, que por cierto en esta materia son sumamente dispares. Tratando que de la discusión surjan propuestas que orienten en la búsqueda de senderos que permitan llegar a soluciones específicas.

a).- JUSTIFICACIÓN DE LA SUPERVISIÓN INDEPENDIENTE.- Existe convencimiento, que toda acción tendiente a corregir las deficiencias propias de los sistemas de pensiones, o disminuir los conflictos a que los mismos normalmente se ven involucrados, así como a preservarlos de los peligros propios de éstos regímenes, en última instancia pretende posibilitar el aumento en el bienestar, no solo de los directamente comprendidos en un sistema de esta naturaleza, si no que tiene implicancias económicas y sociales para la totalidad de la población.

Lo anterior será más practicable cuando conspicuas resulten las condiciones de supervisión y control, que por cierto tendrán que vérselas con trabas de diferentes índoles, para el buen desempeño del sistema. A manera de sinopsis esas dificultades se las caracteriza en función de tres pautas, siendo estas:

- Envejecimiento de la población;
- Mala administración; y,
- Corrupción.

A las cuales se debe agregar una cuarta, habitualmente presente en los países de menor grado relativo de desarrollo, como lo es el bajo grado de cobertura.

ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN.- En la discusión teórica sobre los regímenes de previsión social, la problemática del envejecimiento de la población no sólo está permanentemente presente, si no que se estima es la circunstancia por antonomasia a resolver¹⁷.

El tema del envejecimiento relativo de la población observa mayor relevancia en las sociedades mas desarrolladas, sin embargo poco a poco se está universalizando, pasando a convertirse también para las economías en vías de desarrollo, en una dificultad nada despreciable.

Advertir sobre las dificultades que han de presentar en el futuro, motivado en la mayor participación de los grupos etarios compuestos por aquellos que ostentan sesenta o más años de edad, es justamente una de las funciones indelegables de los órganos de supervisión. En otros términos no se debe quedar conforme, por ejemplo con una situación de equilibrio presente, cuando la amenaza del descalabro, sobre todo de carácter financiera, puede estar próximo.

Por ello, básicamente en los regímenes de reparto, la perspectiva que dan los balances actuariales, es el de una herramienta primordial para encauzar los cambios demográficos que se avecinan. Si bien este instrumento surge prácticamente desde el nacimiento de los regímenes previsionales, no siempre se le ha prestado la debida atención.

¹⁷ Dejardin, Jérôme (2002) "El Perfil de la Seguridad Social en el Siglo XXI" – Estudios de la Seguridad Social – AISS No. 90 – Buenos Aires

Sobre todo cuando los resultados que emanan en los mismos, no está de acuerdo con los anhelos y pretensiones de quienes tienen en sus manos las decisiones políticas, que desgraciadamente no siempre son garantía de racionalidad.

MALA ADMINISTRACIÓN.- Los problemas de una administración ineficiente, ha jugado en el pasado, con mayor o menor énfasis según los casos, un papel substancial dentro de la región, pues las historias de malas gestiones en los regímenes previsionales se las puede encontrar en todos los países de América Latina y el Caribe¹⁸.

Las políticas de personal han adolecido de profundas fallas, que lógicamente han repercutido en la asignación eficiente del gasto. Exceso de personal y remuneraciones medias elevadas han caracterizado a las administraciones de los sistemas previsionales. En muchas ocasiones esas instituciones se han convertido en espacios tomados como conquistas por los gobernantes de turno, permitiéndose el nombramiento de personal sin mayores justificaciones, ni preparación laboral adecuada para esos fines. Lo cual en más de una oportunidad, han implicado la conformación de estructuras burocráticas imposibles de subordinar a las reformas y nuevas políticas que se deseaban poner en vigencia.

Otros aspectos que han llevado a malas gestiones administrativas, están dadas por los deficientes procesos de organización, siendo frecuente hallar multiplicidad de exigencias que se superponen entre sí, que en más de una oportunidad pueden causar duplicaciones de tareas, diferencias en las interpretaciones de una misma norma, transmisión compleja y lenta en los trámites necesarios para el logro de un beneficio.

¹⁸ Mesa – Lago, Carmelo (1994) La Reforma de la Seguridad Social en América Latina y el Caribe CIEDESS – Santiago de Chile.

Un ente de control y supervisión ayudará en el objetivo de imponer una organización mas adecuada, registrando el cumplimiento de reglas, algunas veces existentes, pero que en la practica no se las aplica, o bien directamente inexistentes, pero que resultan aconsejables de implementar, exigir rutinas de control, auditorías internas y externas, balances periódicos, análisis cuantitativo del desempeño de la institución.

Además de considerarse cada uno de los distintos aspectos que producen aspectos no deseados sobre la administración, cabe remarcar en un par de puntos, por cierto íntimamente relacionados con toda la propuesta realizada, para alcanzar un mejoramiento en la faz gerencial de un sistema. Para ello es necesario volver sobre dos conceptos ya destacados. La necesidad que se tome plena conciencia de lo importante que resultará a tales fines lograr la máxima transparencia en todas las acciones y procesos organizativos. En igual sentido, la imprescindible de implementar cuentas individuales para los aportantes.

CORRUPCIÓN.- La corrupción puede expresarse sin temor a equívocos, siempre ha existido, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un fenómeno de gran trascendencia, tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados. Por ello se le está prestando gran atención, tratando de determinar las causales y efectos que produce, como asimismo las formas de prevención.

Los regímenes jubilatorios no escapan a la generalización de ese fenómeno y por lo tanto firmemente se deberá investigar los orígenes y derivaciones de esos comportamientos delictivos y consecuentemente tratar de potenciar los remedios que permitan extinguir o por lo menos atenuar sus efectos indeseables.

Al respecto cabe realizar dos consideraciones en cuanto a causales de la corrupción¹⁹ pudiéndose observar que ellas son viables de equiparar a los sistemas previsionales.

- Cuando existen mayores reglamentaciones por parte del Gobierno, las probabilidades de presentarse cohechos es mas alta; y,
- Donde existen rentas y cierta discrecionalidad por parte de los funcionarios en su asignación, el soborno encuentra una vía apropiada a los efectos de lograr ventajas.

A su vez se distinguen dos tipos de corrupciones

- De alto nivel; y,
- Bajo nivel

Si bien ambos tipos pueden darse en la seguridad social, posiblemente el segundo es el más frecuente.

La falta de transparencia y débil relación entre lo aportado y el monto del beneficio jubilatorio ha encubierto frecuentemente situaciones indeseables. Por ello es posible que los regímenes de beneficios definidos resulten más permisivos a maniobras dolosas, que los de contribuciones definidas. Ello sería una justificación mayor para incorporar sistemas de supervisión en las administraciones gubernamentales de sistemas de reparto, pues siempre son gestionadas por el sector público.

¹⁹ Mauro Paolo (1998) “La corrupción: causas, consecuencias y un programa para intensificar la investigación” Finanzas y Desarrollo – Marzo- FMI – BM Washington USA

Cabe puntualizar dos aspectos sobre los cuales corrientemente existen indicios de corrupción. Prestaciones de beneficios por invalidez y grados de incumplimiento en el pago de las contribuciones.

Dada la propia naturaleza del beneficio, en las pensiones por invalidez, existe una considerable dosis de arbitrariedad en su otorgamiento, el grado de discrecionalidad por parte del otorgante es elevado, dando lugar a la posibilidad de concesiones fraudulentas mas allá de no haber cumplido con los requisitos mínimos legalmente estipulados. Viceversa, negar la pensión a quienes se encuentran legítimamente protegidos según las normativas, y de esa manera solicitar dinero para aprobar el trámite.

En cuanto al estado de inobservancia de las normas recaudatorias, en tiempo y forma, suele provenir de arreglos entre los aportantes, generalmente empleadores y quienes tienen a su cargo la recaudación de esos tributos.

b).- PAUTAS PARA EL DISEÑO DE UN ENTE SUPERVISOR.- En este acápite se destinará a mencionar ciertos tópicos dignos de consideración, en el diseño de un ente supervisor, compatibles con los desarrollos previos. Siguiendo los patrones del trabajo, una vez más debe quedar claro, que no se pretende agotar el tema, sino brindar algunos lineamientos sin profundizar en los detalles.

DEPENDENCIA ADMINISTRATIVA.- El emplazamiento dentro de la organización gubernamental, de una institución constitutiva para supervisar y controlar los regímenes previsionales, dependerá en buena medida de la estructura administrativa, donde la competencia jurídica de los diferentes organismos que componen el Estado, será un determinante imprescindible de consideración.

Pero aún tomando como base esa conformación estructural, existen otras múltiples posibilidades en cuanto a este tipo de decisión que no deben desestimarse, si no mas vale analizarse profundamente a los efectos de lograr una adecuada actividad de esas instituciones.

Las diferentes posibilidades en cuanto a su composición que muestran los regímenes a los que va dirigida la función supervisora, también es un determinante a tomar en cuenta al momento de la decisión sobre la localización de la institución dentro de la organización del sector público. Así por ejemplo deberá considerarse si el régimen a controlarse es de aportes voluntarios u obligatorios, de beneficios definidos o contribuciones definidas, etc. Tampoco por su significación, deben omitirse de tal disposición los aspectos culturales, los cuales en mas de una oportunidad se omiten, con consecuencias indeseables para el funcionamiento del régimen al cual se aplicarán.

Prácticamente es imposible dar una regla fija sobre el posible emplazamiento dentro del sector público de un organismo de esa naturaleza. Solo cabe advertir lo substancial que para este tema resulta, que esa localización le garantice al ente supervisor plena independencia en sus gestiones y no entorpecimiento en sus funciones. Sobre todo pensando que en más de una ocasión deberá dirimir situaciones, que pueden afectar a determinados funcionarios o grupos de interesados.

FINANCIAMIENTO.- Existe un conjunto de posibilidades en cuanto al funcionamiento de los organismos de supervisión. En forma resumida, se han agrupado esas distintas alternativas en tres siendo a su vez las más frecuentemente aplicadas:

Exclusivo del Gobierno;

Mixto entre el Gobierno y entidades supervisadas; y,
Exclusivamente entidades supervisadas²⁰.

El financiamiento único por parte del Gobierno, puede subdividirse en dos, según los recursos provengan de rentas generales o de impuestos específicos establecidos a tales fines.

En el primer caso el peligro consiste en que si el sistema tributario es general es regresivo, por ejemplo fuerte preponderancia de los impuestos sobre el consumo de las personas, ese financiamiento se convertiría en doblemente contraproducente para las capas sociales de menores ingresos. Pues además de lo retrógrada de la estructura tributaria, hay que especular que quienes se ven beneficiados por los sistemas de pensiones generalmente son personas relativamente pudientes, o por lo menos no son los indigentes.

La utilización de gravámenes con fines específicos tiene la ventaja de asegurar un nivel de ingresos dado, el cual lógicamente dependerá de los impuestos seleccionados que podrán estar relacionados con los beneficiarios de la labor supervisora o incluso son de carácter progresivo. El mayor inconveniente de adoptarse este método, está dado por la posibilidad de obtener recursos excesivos o bien que no alcancen a cubrir los requerimientos financieros del organismo de control. En ambos casos resultarán situaciones engorrosas, pues si existen excedentes ello puede llevar al derroche, a su vez si no se llega a cubrir el presupuesto del organismo deberá recurrirse a otras fuentes de financiamiento.

La posibilidad de utilizar un acuerdo mixto de financiamiento entre el Gobierno y las entidades supervisoras, implica por una parte introducir parcialmente el concepto que los

²⁰ Carvalho Pinheiro, Vinicius (2003) "Supervisory Structures for Private Pension Funds in OECD Countries" en Supervising Private Pensions OECD Private pensions series No. 6 – Paris, Francia

beneficiarios del control deben pagar por tales acciones y además evita que la entidad supervisora quede cautiva de los organismos a supervisarse, como sería en la tercera propuesta de financiamiento.

No debo dejar de mencionar que cualquiera que fuese el origen de los recursos, ello no debe ser óbice para que el organismo supervisor cuente con un presupuesto anual perfectamente detallado y al cual deberá ajustar su gestión.

RECURSOS HUMANOS.- Es conveniente que los entes supervisores tengan la mayor autonomía posible para fijar sus políticas de selección, designación y remuneración del personal, evitándose toda intromisión externa a la organización, sobre todo de los políticos.

A este respecto cabe señalar la necesidad de no olvidar la casi segura competencia con los organismos supervisados, por lo tanto sobre todo en materia salarial, corresponde tener muy en cuenta ese detalle, percatándose que si la mensualidad resulta comparativamente baja, se podría alentar la rotación de los trabajadores hacia esas organizaciones, con los costos que ello implica, dada la inversión realizada en el entrenamiento de esos trabajadores.

Además si el estipendio es menor al de las organizaciones supervisadas, se estaría alentando la corrupción.

Otra cuestión también asociada a la política sobre recursos humanos, es el peligro que existe que al pasar un funcionario al sector de las supervisadas, traslade información de la institución supervisora o de otras de las controladas. Para evitar tal efecto, se suele

recomendar el dictado de una normativa que prohíba por algún tiempo ese pasaje. No se descuenta que una medida de esa naturaleza resulta difícil de controlar, existiendo múltiples maneras para obviarlas, como por ejemplo no ser incluido por algún tiempo en la nómina salarial o facturar las tareas por interpuesta persona.

El punto analizado, sobre el tipo de financiamiento posible de aplicar a estos organismos, juega un rol importante para la política de recursos que se quiera establecer. Si los recursos provienen del presupuesto general del Gobierno es probable que las condiciones de contratación se vean limitadas, sin poder dar un tratamiento mas allá del que recibe el resto de los funcionarios públicos.

DIRECCIÓN DEL ORGANISMO.- La dirección de un organismo supervisor puede ser unipersonal o colegiado. Existe en la práctica ejemplos en uno y otro sentido. De adaptarse la primera forma, es decir unipersonal, es potencialmente factible ganar en celeridad, persistencia, firmeza y unificación de los criterios interpretativos, sobre todo del conjunto de normas a aplicar. Por otra parte, de existir políticas gubernamentales al respecto será mas fácil aplicarlas directamente.

En contraposición, si la dirección es colegiada a través de una junta o consejo, se podrán escuchar diferentes voces y enfoques referidos a un mismo problema. De adoptarse esta alternativa, es aconsejable que en el mencionado ente colegiado se encuentren representados los diferentes actores y agentes propios de un sistema jubilatorio. Por ello, como mínimo deberían constituirlo delegados gubernamentales, del sector de activos, empleadores y empleados, y de los pasivos.

La experiencia demuestra que ambas soluciones son aplicables en distintos países. En América Latina en aquellos casos de sistemas que han sido reformados a través de regímenes de capitalización individual, en todos los casos la dirección es unipersonal²¹. En cambio tradicionalmente los sistemas de reparto clásicos frecuentemente contaron con órganos pluripersonales, en general conformados por los tres reconocidos estamentos propuestos por la OIT: gobierno, trabajadores y empleadores.

En aquellas organizaciones con cuerpos colegiados, con representantes de las diferentes esferas laborales, se suele llevar a cabo desdoblamientos en algunas de esas categorías, por ejemplo, divisiones según diferentes sindicatos o por agrupaciones empresarias o de jurisdicciones gubernamentales. A ello es recomendable agregar, como en ciertas ocasiones se ha hecho, la incorporación de los beneficiarios del régimen previsional. Se estima que esta última medida es aconsejable, pues en realidad la omisión de los pasivos implica la ausencia de uno de los principales agentes que conforman un régimen jubilatorio y que por cierto están tan interesados como el resto, o más aún, del contralor del mismo.

Una de las dificultades que no ha encontrado una solución adecuada dentro de las organizaciones supervisoras colegiadas, es la manera de llegar a la selección de esos directivos. Incluso en aquellos casos, como en los trabajadores y los pasivos, en menor medida los empresarios que lo hacen en forma democrática (votación) no se resuelve el problema en cuanto a la elección de las personas más idóneas para esa posición. A menudo la llegada a esos cargos es a través de la vía política como compensación de favores realizados (clientelismo). La representatividad e idoneidad de esas personas es

²¹ Mesa-Lago, Carmelo (2004) "Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social" CEPAL Unidad de Estudios Especiales No. 144, Santiago, Chile.

frecuentemente criticada, siendo éste un verdadero desafío, interesante de indagar por aquellos que apoyan la dirección a través de cuerpos colegiados.

Como complemento de lo anterior, se observa la necesidad que las personas a designarse en esos cargos directivos, unipersonal o por consejos, deban contar con las suficientes garantías de permanencia en el cargo y que no podrán ser removidas sin un justificativo valedero, se estima conveniente que la posición deba tener una fecha límite, cuatro o cinco años, y que su nombramiento guarde las mayores seguridades, incluso podrán efectivizarse a través de la anuencia del Poder Legislativo.

FACULTADES.- Es de esperar que el diseño de la estructura institucional organizativa de un gobierno permitirá implementar con justeza y claridad las funciones de una supervisora de la naturaleza de la que se está planteando.

No obstante no puede dejarse de considerar que dentro de ese marco general de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno y de instituciones, pueden existir ciertos puntos grises sobre la competencia de cada organismo. Ello se suele observar sobre todo con relación a los órganos de controles habituales, como son contadurías, contralorías generales, tribunales de cuenta, etc., existentes en todos los países y la organización propuesta.

Sin embargo, se estima que las funciones son nítidamente diferentes entre ambos tipos de instituciones. Mientras en las de carácter tradicional prevalece el enfoque jurídico e histórico, donde el análisis se centra en el cumplimiento legal de las normas, sobre todo referidas al gasto, y en la relación con lo presupuestado, los organismos supervisores que acá se están auspiciando apuntan sobre todo a los procesos operativos, tales como, reglas

sobre los afiliados, otorgamiento de beneficios, determinación de la invalidez, atención al usuario, además del conocido control de las inversiones.

Dada la importancia que para la sociedad tiene poder contar con suficientes garantías de un adecuado desarrollo de los regímenes previsionales, se piensa que existe una plena justificación para incorporar un sistema de supervisión como el expuesto en los puntos anteriormente tratados. Por cierto, que los mismos han de contar con otra óptica respecto a los tradicionalmente conocidos controles usualmente empleados en las administraciones públicas.

Existe un objetivo social, que se manifiesta en distintas circunstancias, tales como incrementar el grado de cobertura, mejorar las jubilaciones y pensiones, aplicar normas de eficiencia en los procesos administrativos, etc., que sin lugar a dudas avalan la moción de estructurar a tales fines, un régimen especial de supervisión.

3.5.- ORGANIZACIÓN DE LA SUPERVISIÓN

De acuerdo a lo expresado, se identifica como imprescindible declarar que un ente supervisor y de control de un sistema previsional, independiente de su organización, de reparto o de capitalización, encuentra su razón de ser en la exigencia en el cumplimiento de las promesas referidas al monto de las pensiones y su prolongación a través del tiempo, las garantías estatales comprometidas y el mantenimiento en la confianza futura, en cuanto a la sustentación económica – financiera del régimen.

De existir consenso sobre esos aspectos, queda todavía buscar un acercamiento que últimamente ha ganado identidad en su tratamiento y es que está referida a la conveniencia

de unificar o no en un solo ente supervisor a las diferentes organizaciones supervisoras y de control que actúen en un país.

Cabe recordar que mientras en general la literatura en esta materia se centra en los regímenes que muestran fondos de reserva, mi objetivo es adelantar un paso más y hacerla extensiva a todo el sistema jubilatorio, con o sin existencia de fondos de reserva.

En realidad el nacimiento de esta temática se fundamenta en la aparición de los denominados conglomerados financieros y en la necesidad de aprovechar los aspectos positivos de tales conglomerados y frenar asimismo los problemas que ellos pueden involucrar.

A continuación, brevemente se enumeran las principales causas, que se han identificado por jugar un papel significativo en la discusión sobre la utilidad de integrar en uno sólo al conjunto de los entes supervisores. O en contraposición la conveniencia de que cada uno funciones en forma independiente, como lo es en la mayoría de los casos actuales²².

- Dificultades para delimitar los diferentes tipos de actividades que se encuentran bajo las reglamentaciones de una supervisora;
- Regulaciones muy específicas para cada caso y no siempre coherentes entre sí;
- Aumento en las demandas de esas regulaciones;
- Incremento en el número y volumen de los negocios financieros;
- Transformaciones en el mercado financiero, ganando cada día mayor participación las entidades que administran “ahorros contractuales”;

- Permanentes innovaciones y mayor complejidad de los instrumentos financieros; y,
- Mayor movilidad de los fondos, efectos de los mercados financieros en el mundo globalizado.

Cabe apreciar que los puntos anteriormente mencionados, están primariamente referidos a problemas de carácter financiero. Ello como y se advirtió, fruto del origen de la problemática sobre la integración de los entes supervisores.

A continuación, en función de tales perspectivas, se pasará revista a los aspectos mas importantes que cabe considerar a efectos de implementar las distintas políticas que se estiman convenientes, con la finalidad de propiciar o no la integración de los entes supervisores.

a).- ECONOMÍAS DE ESCALA.- La unificación de los entes de control evitará duplicaciones de tareas, sobre todo de índole administrativa. Además, como puntos positivos deberán considerarse: la introducción de un sistema único de requerimientos de información, sobre todo de los entes a supervisar; contar con una base de datos consolidada; unificación de los sistemas de reclamos; posibilitar el mejoramiento del personal, especialmente de aquellos que cubren cargos jerárquicos, esto es elevación del capital – humano.

Las economías de escala es el argumento mas frecuentemente citado y de mayor peso para justificar la integración de las instituciones de supervisión y control. Sin embargo, se suele identificar un peligro, cual es llegar a crear un ente de tal magnitud que éstas

²² CEF (Centro para la Estabilidad Financiera) 2004 Nota de Política No. 3 Buenos Aires, Argentina

lleguen a superar a las reducciones de costos logrados con la integración. En la jerga económica tal contrariedad se conoce bajo la denominación de “elefantiasis de la empresa”.

b).- TRANSPARENCIA.- Para algunos, la unificación de los órganos supervisores pueden proveer a un mejoramiento en los mecanismos de control, haciendo mas nítida la situación general del organismo a supervisarse, al observarse integralmente su entorno.

De esta forma se estarían reduciendo las posibilidades de diferencias entre diversas presentaciones y por ende quedaría en evidencia las incompatibilidades a través de las cuales se pretende encubrir realidades que impliquen hechos dolosos.

c).- COHERENCIA EN LAS REGULACIONES.- La existencia de un exclusivo ente supervisor integrado, permitirá en mas de una oportunidad, convertir a las diferentes regulaciones en un solo cuerpo de normas, donde a través de la contextura del mismo, se minimizaran las existencias de criterios interpretativos diferentes por parte de los distintos funcionarios.

d).- DISMINUCIÓN DE COSTOS PARA LAS ENTIDADES A SUPERVISARSE.- Tener que enfrentar, por parte de las instituciones a controlarse, diferentes inspecciones, puede llegar a duplicar erogaciones y la asignación de personal asignados a atender a los órganos supervisores. Incluso, podría llegar a designarse a una sola persona para el contacto con la supervisora y así éstas encontrarían un punto fijo que les facilitaría sus operaciones.

e).- PÉRDIDA DE ESPECIALIZACIÓN.- Es reconocido que la adecuada estructura organizativa y entrenamiento de los funcionarios de una supervisora en particular, son

objetivos precisos y condición vital que justifican su implementación. Ello se podría ver afectado, ante las múltiples funciones que tendría una única institución supervisora.

f).- ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES ENTRE LAS ÁREAS SUPERVISADAS.-

La práctica demuestra que ante la existencia de varios organismos de contralor, se pueden encontrar zonas grises, donde o bien ninguno participa bajo el supuesto que ese es campo del otro, o bien dos o mas organismos supervisores se atribuyen facultades de intervención sobre una misma área. Esta contrariedad, día a día se muestra con mayor énfasis, sobre todo por el crecimiento de los productos a cargo de los entes regulados.

g).- PROBABILIDAD DE CAPTURA DEL ÓRGANO SUPERVISOR.- Este problema es de vieja data, pues se ha observado que en mas de una ocasión, los organismos controlados ejercen la suficiente presión como para incidir en las decisiones de las entidades supervisoras. Hay quienes opinan que la conversión en un único ente de esta naturaleza, dadas las múltiples funciones, hará mas difícil que el mismo se convierta en presa de los fiscalizados. Pero otros juzgan que no será así y por el contrario enfrentar a un único ente de control facilitará las operaciones corruptas.

h).- SOBORNO.- Relacionado con el tema anterior se encuentra la posibilidad del soborno, pues hay quienes estiman que dentro de un sistema de varios organismos supervisores especializados resultará más viable ese delito, pues solo hará falta identificar una o más actividades que se estimen necesarias de encubrir.

A su vez, por el contrario a tal posición, hay quienes expresan que una organización integrada de supervisión, facilitaría el accionar ilegal a quienes están dispuestos al cohecho, asegurándose que todos sus flancos están cubiertos y no solo parcialmente.

Fácil es reflexionar que no existen elementos estrictamente determinantes para justificar la integración o no de los regímenes supervisores. Como se expresó, la carencia de teorías al respecto, como solo por ahora incipientes análisis empíricos no permiten embanderarse con una u otra posición. Sin lugar a dudas que la situación expuesta deberá convertirse en un elemento ineludible para tutelar decisiones a seguirse en este campo.

Para lograr tal objetivo, sí se estima imprescindible constituir entes que observen plena autonomía, con normativas claras en cuanto a su gestión, para de tal manera amparar en sus derechos tanto a los afiliados como a los pasivos del sistema. En última instancia, no es mas que hacer prevalecer el derecho de propiedad, el cual debería garantizarse a todo habitante de una sociedad que se valore como moderna.

CONCLUSIONES

1.- El término complementario aplicado a la Seguridad Social sirve para designar un conjunto de técnicas de protección de riesgos sociales o incluso de mera generación de prestaciones económicas situado al margen del sistema público de Seguridad Social. Dicho de otro modo, mientras el sistema público tendría por fin garantizar la dignidad de las personas incluidas en su ámbito que estuvieran en situación de necesidad, las técnicas de Seguridad Social complementaria tendría por fin generar prestaciones a favor de esas mismas personas para asegurarles en las situaciones de necesidad un estándar de vida cercano al que tenían antes de haberse colocado en tales situaciones. La Seguridad Social complementaria sería un nivel de protección externo al sistema de la Seguridad Social pública.

2.- Los planes de pensiones y sus medios de gestión que son los fondos de pensiones son técnicas de seguridad social complementaria que se ven afectadas por la concepción del sistema de Seguridad Social público que adopte el ordenamiento jurídico de cada Estado. Por su puesto, planes y fondos tienen mucho en común en todos los sistemas jurídicos, su carácter colectivo, su base de capitalización, en gran medida las contingencias protegidas, impide ofrecer un panorama uniforme sobre su relación jurídica.

La normativa no depende únicamente de las Constituciones se refieran a la seguridad social complementaria o que exista una legislación que las regule, sino que depende de otros factores como la autoregulación y la expedición de normas legales

3.- Los planes de pensiones previsionales son de naturaleza voluntaria, por lo que suelen ser el producto de la autonomía individual, pero en algunos sistemas de Seguridad Social la adhesión a ellos se considera obligatoria y su gestión se encomienda a organismos gestores públicos, en cuyo caso las prestaciones que otorgan los planes de pensiones tienen a veces carácter complementario de las pensiones del sistema público de Seguridad Social.

La naturaleza jurídica de los fondos, por las normas jurídicas que les dan vida son personas jurídicas privadas e independientes de las instituciones del sector público de las que se generan. Mientras que los recursos, de origen público que por concepto de aportes patronales ingresan al fondo siguen como tales en los fondos de reparto, en tanto que en los fondos de capitalización y cuentas individuales, una vez acreditadas en las cuentas de los partícipes pasan a ser privados.

4.- Los principios básicos a que deben ajustarse los planes de pensiones, se resalta que los ordenamientos jurídicos disponen de la capitalización y no discriminación. Sin

embargo, no impiden que con carácter general se exijan requisitos de edad o de antigüedad en una empresa para tener derecho a adherirse a ellos. En cuanto a las contingencias protegidas por los planes de pensiones, debe tenerse en cuenta que son ante todo de jubilación, pero también que de ella se derivan naturalmente las de muerte y supervivencia y a ella que se añade en algunos casos la invalidez.

5.- Con relación a la Seguridad Social ésta es el resultado de una larga evolución histórica de la políticas de protección social. En un primer momento, los seguros sociales se manifestaron como una nueva forma de protección social, caracterizada por su carácter obligatorio y profesional, donde cada seguro cuenta con su propia estructura administrativa. En definitiva, se trasladaba al campo de los riesgos sociales las técnicas propias de los seguros privados.

6.- Los sistemas de la Seguridad Social persiguen la solidaridad social mediante la redistribución de la renta nacional, buscando siempre la universalidad de la cobertura, con lo cual se intenta abarcar a toda la población. Todo ello se realiza en virtud de una administración y gestión unificada de carácter público. Se puede destacar la generalización del criterio de la universalidad. La mayoría de los modelos constitucionales de Seguridad Social optan por el criterio de la universalidad de la protección social. No obstante, la universalidad convive con el principio de profesionalidad y de territorialidad.

7.- Los Sistemas de Seguridad Social se han encontrado con nuevos desafíos. El gran reto de la Seguridad Social para el presente siglo será hallar un nuevo equilibrio entre el logro de la prosperidad económica y la perseverancia de la justicia social.

8.- De otra parte, se pretende reivindicar el quehacer de la supervisión y control independiente en los regímenes previsionales, principalmente por el enorme compromiso que tienen quienes administran estos sistemas y la necesidad de apoyarse en el mayor número posible de agentes que le garanticen lo procedente de las medidas que se vienen desarrollando o a las cuales debería propenderse.

9.- Se busca la implementación a tiempo de medidas correctivas que deberían provenir de un adecuado control, a fin de evitar problemas, relacionados a la viabilidad económica y financiera. Las evaluaciones que provengan de los organismos de control y supervisión, deben contar con una considerable fuerza resolutive y coercitiva, de tal manera que resistirse a ellas pueda tener responsabilidades, no solo de carácter administrativo, sino incluso penal.

10.- La propuesta es organizar la actividad supervisora específicamente para el área de los sistemas previsionales, mas allá de las que tradicionalmente se encuentran a través de los órganos de control del Estado. Previo a establecer las pautas que deberían considerarse en la delineación de un organismo de supervisión, se refuerza la posición respecto a la necesidad que el mismo cuente con total independencia, financiera-económica y sobre todo política.

11.- En mi criterio, debe existir un solo ente de control y debe ser independiente, además, los mecanismos de control y supervisión deben ser unificados, con la finalidad de evitar duplicaciones de tareas, sobre todo de índole administrativa. Con la centralización y unificación se buscará introducir un sistema único de requerimientos de información, se podría contar con una base de datos consolidada; se contaría con criterios unificados para la

absolución de los reclamos y fundamentalmente posibilitaría la capacitación y mejoramiento del personal que cubren cargos jerárquicos.

El ente de control debería tener plena autonomía, con normativas claras en cuanto a su gestión, para de tal manera amparar en sus derechos tanto a los afiliados como a los pasivos del sistema, con ello se haría prevalecer el derecho de propiedad de quienes lo integran el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Huerta de Soto, Jesús, *Planes de Pensiones Privados*. Editorial San Martín, Madrid 1984.
- Rabadán Fornés, Mariano y otros autores, *Los Fondos de Pensiones*. Su futuro en España. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1984
- Soler Bordetas, Francisco Javier, *Fondos de Pensiones*. Ediciones Deusto S.A. Bilbao 1984.
- Beveridge, W.H. 1989 *El Seguro Social y Servicios Afines*. Informe de Lord Beveridge. Traducción al castellano en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.
- Barr, Nicholas 2002 “*Otorgamiento de prestaciones sociales – Transferencia histórica de las responsabilidades del Estado al sector privado*” Vancouver, Canadá .
- Carvalho Pinheiro, Vinicius 2003 “*Supervisory Structures for Private Pension Funds in OECD Countries*”. Paris Francia.
- CEF (Centro para la Estabilidad Financiera 2004 “*Desarrollo del Ahorro Contractual Argentino*”. Nota de Política. Buenos Aires, Argentina.
- Dejardin, Jérôme 2002 “El perfil de la Seguridad Social en el Siglo XXI” Estudio de la Seguridad Social AISS Buenos Aires, Argentina.
- Head, J.G. 1974 *Public Goods and Public Welfare* Durham, N.C. Duke Englad.
- Mauro, Paolo 1998 “*La corrupción: causas, consecuencias y un programa para intensificar la investigación*”. Finanzas y Desarrollo FMI-BM- Washington, USA.
- Mesa Lago, Carmelo 1985 “El desarrollo de la Seguridad Social en América Latina Ed. CEPAL, Santiago, Chile.
- Mesa- Lago, Carmelo y Bertranou, Fabio 1998 “*Manual de Economía de la Seguridad Social*” Ed. Centro Latinoamericano de Economía Humana Montevideo.
- Mesa - Lago 2004 “Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social” CEPAL Unidad de Estudios Especiales, Santiago de Chile.
- Mesa – Lago, Carmelo 1994 “La reforma de la Seguridad Social en América Latina y el Caribe CIEDES Santiago de Chile.
- Musgrave, Richard 1968 *Teoría de la Hacienda Pública* Ed. Aguilar, Madrid España.

- Schulthess, Walter 2004 “Consideraciones sobre las reformas de los regímenes previsionales en América Latina” Estudio de la Seguridad Social AISS Buenos Aires, Argentina.

BIBLIOGRAFIA ORIENTATIVA

Obras generales sobre Seguridad Social complementaria consultadas

- Aguilera Izquierdo, Raquel; Barrios Baudor, Guillermo y otros, *Protección Social Complementaria*, Universidad de Complutense de Madrid. Madrid 2003
- Alonso Olea, Manuel; Tortuero Plaza, Jose Luis, *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas Ediciones SL. Décimo Octava edición, revisada, Madrid, 2002.
- Taddei, Pedro JM; Mongiardino, Carlos J; Naccarato, Reinaldo, y otros autores, *Manual de la Seguridad Social*. Editorial Abaco. Ciudad de Buenos Aires, 2002.
- Romero Burillo, Ana María, *Los Planes de pensiones del Sistema de Empleo*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.
- Asociación Internacional de la Seguridad Social (2004) *Tendencias de la Seguridad Social 1998-2001*. Ginebra 1995.
- Banco Mundial 1994 Envejecimiento sin crisis: *Políticas para la creación de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford.
- Mesa Lago, C. 2001 “La reforma estructural de las pensiones de seguridad social en América Latina: modelos características, resultados y lecciones”. Revista Internacional de Seguridad Social.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico 1989 “*El futuro de la protección social y el envejecimiento de la población*”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.
- Organización Iberoamericana de la Seguridad Social: 2004 “*Banco de Información de los sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos. Situación a 1 de enero de 2004*”. Madrid
- 1989 “*La Seguridad Social en los años 2000*”. Ginebra.

PÁGINAS WEB DE INTERÉS

www.fiap.el

Federación Internacional de Administradores de Fondos de Pensiones

www.anses.ag

La página web de la Administración Nacional de la Seguridad Social de Argentina

www.bancomundial.org

Página web del banco Mundial. Contiene documentos especializados, incluyendo de Seguridad Social.

www.ilo.org

Página web de la Organización Internacional del Trabajo, contiene temas de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

www.issa.int

Página web de la Asociación Internacional de la Seguridad Social

www.oiss.org

Página web correspondiente a la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social

www.un.org/spanish/

Página web de la Naciones Unidas