



3. Antecedentes del Proyecto de Ley

DH-0438-2016
5 de agosto de 2016

Expediente Legislativo 19.735

Señora

Ana Julia Araya Alfaro

Jefa de Área

Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales

Asamblea Legislativa

Estimada señora Araya:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto "Ley para hacer efectivo el aporte a la universalización de la pensión a los trabajadores no asalariados", expediente legislativo N°19.735, me refiero en los siguientes términos:

1. Resumen Ejecutivo

• **Principales observaciones al proyecto**

El Proyecto de Ley propuesto no es viable dado que dos instituciones del Estado, sean el Instituto Nacional de Seguros y el Instituto Costarricense de Electricidad tienen un impedimento de carácter legal para otorgar un porcentaje de sus utilidades a actividades extraordinarias o fuera de su giro comercial.

• **Conformidad o inconformidad de la DHR**

La Defensoría de los Habitantes expresa su inconformidad con el Proyecto de Ley N°19735, por razones de legalidad.

2. Competencia del mandato de la DHR

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del Sector Público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (Principios de París), la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los

reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

3. Antecedentes del Proyecto de Ley

Actualmente, la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador, establece una regulación similar a la propuesta en el Proyecto de Ley N° 19735.

Precisamente el artículo 78, de la Ley del Trabajador dispone que las empresas públicas del Estado deberán dar una contribución de hasta el quince por ciento (15%) de sus utilidades para fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza y también se estableció que sería el Poder Ejecutivo quien instauraría el monto de la contribución, según la recomendación que realizaría la Caja Costarricense del Seguro Social:

"ARTÍCULO 78.- Recursos para el fortalecimiento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Establecese una contribución hasta del quince por ciento (15%) de las utilidades de las empresas públicas del Estado, con el propósito de fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS, en cuanto a su financiamiento y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza. El monto de la contribución será establecido por el Poder Ejecutivo, según la recomendación que realizará la CCSS conforme a los estudios actuariales".

Por ello, mediante el Decreto Ejecutivo N° 37127-MTSS publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 103 el 29 de mayo de 2012, el Poder Ejecutivo estableció en forma escalonada la fijación del porcentaje que las empresas públicas del estado deben aportar para fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte según lo estipulado en el artículo 78, Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador. El artículo único del Decreto 37127-MTSS señala lo siguiente:

"Artículo 1º-Se establece en forma gradual la contribución que las empresas públicas del Estado deben aportar con el propósito de fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social, en cuanto a su financiamiento y para universalizar la cobertura de la Caja Costarricense del Seguro Social a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza, según lo estipulado en el artículo 78, Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador de la siguiente manera:

Un 5% a partir del año 2013.

Un 7% a partir del año 2015.

Un 15% a partir del año 2017.

A raíz de la vigencia del Decreto Ejecutivo N° 37127-MTSS, la Caja Costarricense del Seguro Social inició a partir del año 2013 con el cobro de las utilidades a las empresas públicas del Estado, creando para este fin el "Manual para la aplicación del cobro del Artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador".

Las empresas que la Caja Costarricense del Seguro Social tomo como empresas públicas del Estado y por lo tanto afectadas por el artículo 78 de la Ley de Protección al trabajador, son:

- 1) Correos de Costa Rica S.A.
- 2) Refinadora Costarricense de Petróleo S.A (RECOPE)
- 3) Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART)
- 4) Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER)
- 5) Instituto Nacional de Seguros (INS)

2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: correspondencia@dhr.go.cr • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

- 6) Editorial Costa Rica
- 7) Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
- 8) Banco Nacional de Costa Rica (BNCR)
- 9) Banco de Costa Rica (BCR)
- 10) Banco Crédito Agrícola de Cartago (BCAC)¹

Valga la pena indicar que la determinación de dichas empresas fue realizada por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo mediante oficio DAJ-D-101-2010 del 01 de junio de 2010.

Hasta el día de hoy, la Caja Costarricense del Seguro Social reporta que del período 2013, se ha recaudado un 35% del total reportado y del periodo 2014 se ha recaudado un 42% de las ganancias reportadas de las empresas del Estado:

"...En razón de lo que indica el artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador (LPT) y el Decreto Ejecutivo 37127-MTSS se procedió a realizar el cobro del 5% de las utilidades a las empresas Públicas del Estado (Coreos de CR, RECOPE, SINART, INCOFER, INS, Editorial Costa Rica, ICE, BNCR, BCR, BCAC), creando para este fin el "Manual para la aplicación del cobro del Artículo 78 de la LEY DE PROTECCIÓN AL TRABAJADOR", basados en este documento debidamente aprobado por las Gerencias Financiera y de Pensiones, se calculó para el período 2013 el monto total de 9,011.82 millones de colones del cual se recaudó durante el 2014 un 35% del total reportado, sobre estos montos se estiman intereses por cobrar que se informan vía administrativa a cada una de las empresas públicas para que rindan el pago correspondiente de la deuda más los intereses por mora. En esta misma línea de acción los cálculos de la contribución sobre las utilidades brutas para el año 2014, el monto calculado es de ₡10,660.92 millones y se ha recaudado un 42% del total reportado, debiendo continuarse con las acciones de cobro iniciadas en el año 2014, tendiente a que las empresas afectas a realizar esta contribución; procedan con del pago respectivo..."²

4. Contenidos del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley N° 19735, consta de solo un artículo, en el que se dispone lo siguiente:

*"Artículo 78.-Recursos para el fortalecimiento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte
Se establece una contribución del quince por ciento (15%) de las utilidades de las empresas públicas del Estado, luego del pago del impuesto sobre la renta, con el propósito de fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, en cuanto a su financiamiento y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza."*

Rige a partir de su publicación. TRANSITORIO.- La contribución establecida en el artículo único se empezará a pagar en el año siguiente a la aprobación de esta ley, a razón de un cinco por ciento (5%) en los primeros tres años, un diez por ciento (10%) los siguientes tres años y a partir del séptimo año se aplicará la tasa establecida.

5. Análisis del contenido del proyecto

Al analizar el Artículo 78 de la Ley de Protección del Trabajador y el artículo propuesto, determinamos que ambos artículos persiguen un mismo fin, el de precisamente fortalecer el Régimen de invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social y la cobertura de la Seguridad Social a los trabajadores no asalariados en condición de pobreza destinando un porcentaje de las utilidades de las empresas del estado para contribuir con este fin.

¹ Dirección Financiera y Administrativa de la Gerencia de Pensiones, Caja Costarricense del Seguro Social, Informe de recaudación y cobro en relación con el Artículo 78 de la LPT. Diciembre 2015, página 2.

² Ibid, página 29.

Sin embargo, la razón por la cual se propone un nuevo artículo en el mismo sentido del vigente se debe, según los diputados que lo promueven³, al hecho de que las instituciones obligadas a contribuir con un porcentaje de sus utilidades han hecho esfuerzos para evitar su pago.

También señalan que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y el Instituto Nacional de Seguros (INS) consideran que al aprobarse las reformas a sus leyes constitutivas, se dio una derogatoria tácita del artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador y por lo tanto no están obligados a aportar estos recursos en beneficio de los costarricenses, adultos mayores y en desventaja social.

"En los últimos años, las instituciones obligadas a esta contribución han hecho esfuerzos para evitar su pago. Las últimas, el Instituto Costarricense de Electricidad y el Instituto Nacional de Seguros, han pretendido que, dada la aprobación de reformas a sus leyes constitutivas, implican la derogatoria tácita de esta disposición de la Ley de Protección al Trabajador, N° 7983 de 16 de febrero de 2000 y sus reformas. Y por ello, asumen que no deben aportar estos recursos en beneficio de los costarricenses, adultos mayores y en desventaja social..."⁴

Sobre este punto, debemos indicar que efectivamente con la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador se dispuso un deber a las empresas públicas estatales de contribuir con el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Según la Procuraduría de la República, dicha contribución se trata de una imposición de naturaleza tributaria o tributo parafiscal dirigida a satisfacer fines sociales.

"...Se trata de una imposición de naturaleza tributaria, dirigida a satisfacer fines sociales a cargo de una entidad autónoma con presupuesto propio. La particularidad de esos recursos es que no ingresan al presupuesto estatal: la contribución es de carácter parafiscal. En efecto, se trata de una obligación impuesta coactivamente por el Estado en ejercicio de su potestad de imperio. Por lo que reúne los requisitos indispensables para considerar que se está ante una imposición tributaria. Como es sabido, se utiliza el concepto de parafiscalidad para hacer referencia a la contribución destinada a cumplir un fin específico, que constituye la razón de ser de la obligación. La particularidad del tributo parafiscal consiste en que no es administrado por órganos del Estado ni figura como ingreso presupuestario suyo. La ley le dota de un destino específico, que es integrar un fondo manejado por un ente descentralizado, generalmente en orden a asistir financieramente a los propios contribuyentes; lo que no excluye que se dirija a otros destinos y, por ende, satisfaga intereses extraños al contribuyente..."⁵

No obstante, en el año 2008 con la firma del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la República Dominicana, Centro América y Estados Unidos mediante, Ley No. 8622 de 21 de noviembre de 2007 (CAFTA), el país se vio obligado a abrir el mercado de las Telecomunicaciones y Seguros, lo que provocó que se tuvieran que reformar las Leyes Constitutivas de Instituto Nacional de Seguros y el Instituto Costarricense de Electricidad y la búsqueda de la sostenibilidad financiera de esas empresas del Estado ante el mercado de libre competencia y con esta Reforma el artículo 78 de la Ley del Trabajador se vio afectado.

Es por ello, que en el artículo 11 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros, No. 12 de 30 de octubre de 1924, reformado por el artículo 52 de la Ley Reguladora de Seguros, No. 8653 de 22 de julio de 2008 (fecha posterior a la Ley de Protección del Trabajador), que el legislador liberó al Instituto Nacional de Seguros de cualquier carga o contribución económica extraordinaria ajena a la actividad comercial o rol

³ El proyecto de Ley N° 19735 fue propuesto por los diputados Luis Alberto Vásquez Castro, Johnny Leiva Badilla, Rafael Ortiz Fábrega y Gerardo Vargas Rojas.

⁴ Proyecto de Ley N° 19735.

⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-277-2012.

2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: correspondencia@dhr.go.cr • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

de empresa con el fin de no debilitar a la Institución y que pudiera competir en igualdad de condiciones frente a sus competidores.

"Artículo 11.-Eliminación y distribución de cargas económicas.

Eliminase cualquier carga o contribución económica extraordinaria ajena a su actividad, excepto la relacionada con el Benemérito Cuerpo de Bomberos, que por precepto de ley se haya impuesto al INS.

Quedan incluidos dentro de la eliminación del párrafo anterior, entre otras y sin limitarse a las enunciadas, las cuotas establecidas en la Ley Nº 3418, de 3 de octubre de 1964, y sus reformas, referente al pago de cuotas a organismos internacionales por el Estado y los entes públicos.

Los aportes directamente relacionados con el Seguro de Riesgos del Trabajo regulado en el Código de Trabajo y con el Seguro Obligatorio de Vehículos Automotores regulado en la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, continuarán operando de manera obligatoria y universal y se regirán por lo dispuesto en los cuerpos normativos que los rigen.

Igualmente, quedan a salvo de esta disposición los aportes a los que está obligado el INS en materia de Salud Ocupacional, de acuerdo con el artículo 205 de la Ley Nº 6727, de 9 de marzo de 1982, y para cosechas, según la Ley de seguro integral de cosechas, No. 4461, de 10 de noviembre de 1969, y sus reformas". (La negrita no es del original)

Asimismo, en este mismo contexto, la Ley Nº 8660, Ley para el Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones también dispone en su artículo 13, la Política Financiera del ICE, estableciendo que ni el Estado ni sus instituciones podrán exigirle al ICE transferencias o superávit y además que sus excedentes deberán ser capitalizados como reservas de desarrollo para el cumplimiento de sus fines:

"ARTÍCULO 13. Política financiera

Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponer restricciones ni limitaciones financieras a las inversiones y al endeudamiento del ICE y sus empresas, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley.

Ni el Estado ni sus instituciones podrán solicitar ni exigir transferencias, ni superávit, ni compra de bonos; en general, no se podrá obligar al ICE y sus empresas a mantener depósitos en cuenta corriente, ni en títulos del gobierno.

En caso de distribución de excedentes a favor del ICE o sus empresas, generados por la prestación o comercialización de productos o servicios de electricidad, telecomunicaciones, infocomunicaciones y servicios de información, así como la comercialización de otros productos y servicios desarrollados o comercializados por el ICE o sus empresas o por medio de alianzas con terceros, estos excedentes deberán ser capitalizados como reservas de desarrollo para el cumplimiento de sus fines.

Por lo anterior, podemos concluir que a raíz de la promulgación de Leyes especiales, ni el INS ni el ICE están obligados a contribuir con sus utilidades al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social y la cobertura de la Seguridad Social a los trabajadores no asalariados en condición de pobreza, y no es cierto que dichas instituciones quieran "evitar" o evadir el pago.

Sobre este mismo punto, debemos indicar que en Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 11 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia Nº 2015-11078, de las diez horas treinta minutos del veintidós de julio de dos mil quince,

declaró que el Artículo 11 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros es constitucional, y que dicha norma derogó parcialmente el artículo 78 de la Ley de Protección del Trabajador al eliminar la contribución económica de parte del INS, pero no así para otras empresas del Estado. También la Sala Constitucional señaló que la norma cuestionada resultaba congruente con el nuevo papel que juega el INS como un actor más dentro del mercado de seguros. Adjuntamos un extracto de la sentencia:

"...ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD. Analizados los argumentos formulados considera este Tribunal que el cuestionado artículo 11 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros no resulta inconstitucional... **De otra parte, aunque, ciertamente, la norma suprimió la contribución que debía efectuar el INS de un porcentaje (hasta un máximo de un 15% de sus utilidades) para fortalecer el régimen de Invalidez Vejez Muerte, en cuanto a su financiamiento y para universalizar la cobertura de la Caja Costarricense de Seguro Social a los sectores de trabajadores no asalariados en condición de pobreza, lo cierto es que el Instituto Nacional de Seguros es una de las tantas "empresas públicas del Estado" no la única, con lo que el resto de las que tengan esa condición seguirán aportando. La diferencia estriba en que por la apertura del mercado de seguros el INS se ha visto sometido a la competencia, razón por la que demandarle una contribución adicional de carácter extraordinario, podría debilitar a la entidad frente a sus competidores. Se trata, entonces, de una afectación parcial del artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador, pero, ni por asomo, de su derogación total.** Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centro América y Estados Unidos mediante Ley No. 8622 de 21 de noviembre de 2007, se obliga a legislar hacia la apertura del mercado de seguros, siendo la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, No. 8653, la normativa que responde a esa obligación adquirida por el Estado costarricense de realizar las modificaciones necesarias para el cumplimiento de ese compromiso. En ese contexto, con el rompimiento del monopolio de seguros, lo que se pretende es fortalecer al INS para que participe en el mercado competitivo en igualdad de condiciones, permitiéndole invertir sus reservas y liberándole de cargas económicas desvinculadas de su actividad comercial que, demás está decir, no resultan exigibles para los otros competidores del mercado de seguros. **De ahí que la norma resulta congruente con el nuevo papel que juega el INS como un actor más dentro del mercado de seguros. En todo caso, debe subrayarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, párrafo 1º, de la Constitución Política, el régimen del IVM se mantiene a través de una contribución forzosa tripartita del Estado, patronos y trabajadores, siendo que ese aspecto constitucional esencial no es afectado con la norma que se impugna por ser presuntamente inconstitucional, por lo que no existe una vulneración de lo dispuesto en los artículos 50, 73 y 74 de la Constitución Política.** (la Negrita no es del original).

Asimismo, debemos mencionar que mediante Expediente 13-003698-1027-CA, se tramita actualmente ante el Tribunal Contencioso Administrativo una demanda ordinaria presentada por los Bancos del Estado (Banco de Costa Rica, Banco Nacional de Costa Rica y Banco Crédito Agrícola de Cartago) en contra del Estado, por considerar que el Decreto Ejecutivo 37127-MTSS es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, por lo que se solicita la nulidad absoluta del decreto mencionado.

Si bien dicho proceso ordinario de conocimiento se encuentra pendiente de resolución, consideramos necesario que el proyecto de Ley N°19735 o cualquier otro que se presente, suspenda su trámite hasta su resolución y hasta su resolución por parte de los Tribunales de Justicia.

• **Conveniencia y oportunidad**

En virtud del análisis realizado al contenido del Proyecto de Ley 19735: **"LEY PARA HACER EFECTIVO EL APOORTE A LA UNIVERSALIZACION DE LA PENSION A LOS TRABAJADORES NO ASALARIADOS"**, considera esta Defensoría de los Habitantes que el proyecto de Ley propuesto no es viable dado que no se puede incluir nuevamente al Instituto Nacional de Seguros y al Instituto

2015-2024 Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Tel. (506) 4000-8500 • Fax (506) 4000-8700 • Apdo. 686-1005 San José, Costa Rica • Correo: correspondencia@dhr.go.cr • Calle 22, Ave. 7, Barrio México

Costarricense de Electricidad como empresas del Estado que están obligadas a contribuir con sus utilidades al Régimen de Invalidez Vejez y Muerte y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza, pues precisamente estas actividades extraordinarias no son parte del giro comercial de dichas instituciones y ambas instituciones tienen un impedimento de carácter legal para otorgar un porcentaje de sus utilidades a actividades extraordinarias.

Valga la pena señalar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N° 2015-11078 declaró que el Artículo 11 de la Ley de Seguros, es constitucional y por ende, su resolución es vinculante para todos. Dicho artículo libera al INS de cualquier carga o contribución económica extraordinaria ajena a la actividad comercial. Asimismo, la Sala Constitucional señaló que imponerle al INS una contribución adicional de carácter extraordinario, podría debilitar a la entidad frente a sus competidores, dado a la apertura del mercado de los seguros en el país.

Consideramos que de aprobarse el proyecto de Ley, se generarían nuevas acciones de inconstitucionalidad y recursos de amparo por parte del INS y del ICE, que lejos de lograr el fin propuesto, generaría un gasto de recursos al someter de nuevo a discusión un asunto que ya fue juzgado y resuelto por la Sala Constitucional.

También consideramos oportuno, esperar hasta que se dicte sentencia judicial por parte del Tribunal Contencioso Administrativo en el expediente 13-003698-1027-CA, relativo a los Bancos del Sistema Bancario Nacional para efectos de analizar el pronunciamiento e incorporar las consideraciones judiciales en futuros proyectos de ley.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes expresa su disconformidad con la eventual aprobación del Proyecto de Ley, en los términos consultados, por razones de legalidad.

La Defensoría de los Habitantes, si considera que la Asamblea Legislativa debe de brindar financiamiento por Ley que venga a inyectar de recursos económicos al Sistema de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, con la finalidad de universalizar la cobertura de la CCSS a los Sectores de Trabajadores No Asalariados en condiciones de pobreza, por lo que consideramos que se debe de conseguir otra fuente de financiamiento para ello.

Al agradecer la deferencia consultiva aprovecho la ocasión para reiterarles las muestras de mi consideración.

Atentamente,


Montserrat Solano Carboni
Defensora de los Habitantes de la República

