

Régimen de pensiones: solidaridad o autofinanciamiento. Una aproximación costarricense

Dr. Fernando Bolaños Céspedes (*)

I. La Seguridad Social como Derecho Fundamental.

La Conferencia Internacional del Trabajo, de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su Reunión número 89 celebrada en junio de 2001, aprobó algunos elementos conceptuales que sin lugar a dudas sirven de orientación a nuestro trabajo. El primero de ellos es el que establece que la seguridad social es un derecho fundamental, *“esencial para crear cohesión social”* y de ese modo contribuir *“a garantizar la paz social y la integración social”*.¹ El segundo es que *“no existe un modelo idóneo de seguridad social”*, con lo cual se quiere decir en realidad que no existe un sistema único, pues *“puede consistir en asistencia social, regímenes universales, seguro social y sistemas públicos o privados. Cada sociedad debe elegir cuál es la mejor forma de garantizar la seguridad y el acceso a la asistencia médica (...) La función prioritaria del Estado es facilitar, promover y extender la cobertura de la seguridad social”*.²

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha declarado que existe efectivamente un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, derivado materialmente de la prestación del trabajo, y formalmente de los artículos 33 y 73 de la Constitución.³ Esta definición ha permitido considerar la inconstitucionalidad de una norma penal que agrega a condenas de carácter civil o penal impuestas por los tribunales de justicia, la pérdida del derecho a la jubilación.⁴

Si bien no ha dudado la jurisprudencia patria en calificar como derecho fundamental el derecho a la jubilación, sin distinguir el sistema bajo el cual se ha obtenido tal derecho, más polémica ha resultado sin embargo la interpretación que ha hecho nuestra Sala Constitucional de los alcances del concepto de “seguridad social” inserto en el artículo 73 de la Constitución Política, a propósito de la entidad encargada del gobierno del sistema de seguridad social allí consagrado.

Establece la Carta Política costarricense en el citado numeral el siguiente tenor:

“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”.

(*) Doctor en Derecho Laboral. Abogado litigante. Magistrado Suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

1 Cfr. www.ilo.org/global/what_we_do/Officialmeetings/ilc/ilc/ILCSessions/89thSession/lang-en/index.htm Conclusión N° 2.

2 Ibidem, conclusión N° 4.

3 Así, en el Voto N° 1147-90, se dijo lo siguiente por parte de nuestro Tribunal Constitucional: “En primer lugar, la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, derecho que como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución”.

4 Voto 1147-90. Ver también comentario sobre este voto en artículo de Eric Briones Briones, “La Jubilación (un Derecho Fundamental de todo Trabajador)”, Revista de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, N° 5, Junio 2008, páginas 83 y 84.

El artículo que se transcribe, nos presenta varias características propias de los seguros sociales en Costa Rica. Se trata de un sistema público, en manos de una institución del Estado, a la cual se le asigna no solo la administración, sino también el gobierno de tales seguros, con lo cual ostenta la potestad reglamentaria del régimen de los mismos, aparte de que se trata de una sistema de contribución tripartita, esto es, con participación contributiva del propio Estado, de los empleadores y de los trabajadores.

A propósito de la promulgación de la llamada Ley de Protección al Trabajador, Ley N° 7983 de 16 de febrero del año 2000, se planteó la duda constitucional de si esta Ley podía crear como “segundo pilar” de la seguridad social, un sistema de jubilación complementario obligatorio, mediante capitalización individual, administrado por entidades públicas o privadas, distintas de la Caja Costarricense del Seguro Social.

La Sala Constitucional en su voto N° 3483-03 de las 14:05 horas del 2 de mayo de 2003, consideró que la Ley en cuestión no era inconstitucional, y para ello separó en la práctica el segundo pilar, del tronco común de la seguridad social que contenía el artículo 73 antes citado. Para llegar a esta conclusión el Tribunal Constitucional costarricense deslindó las características presentes en el mismo texto constitucional y en el régimen creado por la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social⁵, respecto del régimen creado a partir de la Ley N° 7983 – Ley de Protección al Trabajador-, de donde infiere que aparte de no constituir el sistema de pensión complementaria obligatoria creado por esta última ley un sistema de contribución tripartito (pues no aparece el Estado como contribuyente), encontramos otra serie de diferencias importantes entre ambos ordenamientos. Señala al respecto:

“Por otro lado, los seguros sociales son un sistema contributivo basado en el principio de seguridad social, lo que implica que todas las personas cotizan para el régimen de acuerdo al salario que perciben, los montos ingresan a un fondo común y de este modo, se subvencionan a los que menos ingresos reciben. Ello

no ocurre así en el caso de las pensiones complementarias, sino que el beneficio está en función del aporte individual de cada trabajador, del patrono y su eventual rendimiento. En este régimen, no se puede subsidiar un aporte con otro. Los seguros sociales constituyen un fondo común propiedad de todos los trabajadores; con las pensiones complementarias, cada trabajador es propietario del fondo, según su parte alícuota. Finalmente, en cuanto a los seguros, en atención a ese principio de solidaridad social que lo determina, existen montos mínimos y máximos de pensión, lo cual tampoco opera en el caso de las pensiones complementarias; pues cada trabajador recibirá en proporción a lo que cotizó, más los rendimientos que ello le generó. El cotizante siempre es propietario de su dinero, simplemente es obligado a mantenerlo por determinado tiempo, ganando utilidades, con el fin de dotarlos de un ingreso adicional vía pensión, para cuando no registren ingresos ordinarios por salarios y se hayan acogido a la jubilación ordinaria. Como señaló la Sala en la sentencia N° 0643-00, se trata de un beneficio a futuro, que no llegaría a plasmarse si quedara a elección del trabajador incorporarse o N° Este régimen lo que viene es a reforzar el régimen existente, lo que no implica que tenga naturaleza de seguro social, como lo entiende el accionante”.

Según se desprende de lo anterior, la sentencia parte del arriesgado criterio de que únicamente los sistemas de reparto o de capitalización colectiva pueden considerarse seguros sociales, aparte de considerar que solo en ellos se cumple el principio de solidaridad, mientras que un sistema fundamentado en la capitalización individual no podría considerarse parte de los seguros sociales. Posiblemente una de las claves para determinar si nuestro Tribunal Constitucional acierta o no en estas precisiones conceptuales deriva de recordar la diferencia entre seguridad social y seguros sociales.⁶ Ciertamente, para algunos autores, como Bonilla Marín, citado por Guillermo Cabanellas en su obra enciclopédica del Nuevo Diccionario de

5 Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943 y sus reformas.

6 La seguridad social sería el todo y los seguros sociales una de sus partes, según Guillermo Cabanellas. Los seguros sociales tienen precisamente el carácter de sociales, y cubren los riesgos a que se encuentran sometidos especialmente los trabajadores, “con el fin de mitigar al menos, o de reparar, siendo factible, los daños, perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias o sin mala fe en todo caso”. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, revisado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, páginas 369 y 394.

Derecho Usual, los seguros sociales se organizan colectivamente, y no individualmente, ⁷aparte de que son una adaptación de la técnica de los seguros privados, aunque sin perseguir fines de lucro y sin valorar en cada caso la relación entre prima y riesgo, como sucede efectivamente en los sistemas de reparto.⁸ La duda posiblemente surgirá del hecho de que el segundo pilar costarricense, establecido como seguro complementario obligatorio, no queda a la libre de adhesión del contribuyente, sino que se impone al mismo, igual que sucede en el modelo chileno, donde el sistema generalizado de capitalización individual no es voluntario sino obligatorio. Dicha obligatoriedad, acerca el sistema de capitalización costarricense a un concepto tradicional de seguro social, aunque desprovisto ciertamente del componente de la solidaridad, que caracteriza dichos seguros. Posiblemente sea entonces este último el criterio diferenciador más importante que nos permitiría fiar de la justeza de la apreciación del Tribunal Constitucional Costarricense al separar la pensión complementaria obligatoria creada en la Ley de Protección al Trabajador del artículo 73 de la Constitución, pues efectivamente este segundo pilar se estructura como un sistema de capitalización individual, donde la contribución le corresponde únicamente al patrono, a modo de una nueva carga social calculada sobre el salario de cada empleado.⁹ Dentro de este análisis, conviene recordar a Pasco Cosmópolis, quien nos brinda una serie de parámetros comparativos entre lo que denomina sistemas clásicos de seguridad social y sistemas privados de pensiones, a tono con el Voto de nuestra Sala Constitucional, presentándonos, entre otras, las siguientes diferencias básicas: la seguridad social es monopólica, administrada por un solo gran ente, en el otro sistema coexisten varias empresas privadas, entre las cuales se elige o se opta; la seguridad social no persigue ganancia material, en el sistema privado está presente el lucro de la administradora; la capitalización

y el reparto son colectivos en la seguridad social, en lo privado la capitalización es individual y no hay reparto; la contribución es bi o tripartita en la seguridad social tradicional, en el sistema privado está solo a cargo del trabajador. ¹⁰ Aún así, el autor peruano, insiste en que en el sistema clásico de seguridad social la adhesión es obligatoria, no siéndolo en el sistema privado. Esta matización final nos permite pensar que en realidad es difícil continuar haciendo separaciones tajantes entre un modelo y otro, pues igual un sistema de capitalización puede ser obligatorio, como parte de una política estatal definida, acercándose en otros aspectos a los sistemas públicos de seguridad social, como en el caso chileno, donde aparte de la obligatoriedad de la inserción en el sistema de pensiones, el Estado ha garantizado los altísimos costos de transición desde el sistema clásico tradicional hasta el sistema privado de pensiones. ¹¹ Dentro de esta misma tesis y a propósito de la dificultad para encasillar los nuevos sistemas de pensiones dentro de criterios tradicionales, es interesante mencionar aquí otras diferencias importantes del segundo pilar de pensiones complementarias obligatorias costarricense, respecto al sistema privado que nos describe Pasco Cosmópolis. En nuestro país las administradoras de pensiones pueden ser tanto empresas privadas como instituciones públicas, dándose el caso de que la mayor concentración de la administración de las pensiones complementarias se da hoy en día en bancos o instituciones públicas. En segundo término, mientras en la mayoría de países en que se ha impulsado el sistema de capitalización individual, las administradoras de pensiones cobran un porcentaje sobre el salario de cada trabajador, en Costa Rica, el porcentaje se fija sobre la rentabilidad del fondo.

Concluyamos este apartado de nuestro trabajo señalando que aunque la Sala Constitucional costarricense ha indicado en sus fallos que la seguridad

7 Ibidem, página 394.

8 Tal el criterio de Goñi Moreno, citado también por Guillermo Cabanellas. Ibidem, página 395.

9 Ver sentencia de la Sala Constitucional, sobre consulta de constitucionalidad de la Ley de Protección al Trabajador, voto N° 2000-00643 de las catorce horas treinta minutos del veinte de enero de 2000, donde al respecto de estas nuevas cargas sociales se dice: "...por otra parte se crea el Fondo de Capitalización Laboral, que por la forma en que se financia no reviste inconstitucionalidad, pues dispuesta la reducción de las indemnizaciones contempladas por el artículo 29 del Código de Trabajo, está diseñado como una "nueva" carga social dispuesta por el legislador y a cargo del patrono, a través del tres por ciento del salario- según artículo 3 del proyecto de ley consultado-. No es entonces, como se pretende hacer ver en la consulta, un adelanto de la indemnización de cesantía".

10 Ponencia presentada por el autor Mario Pasco Cosmópolis, titulada "Tendencias Actuales en la Seguridad Social", XII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Culiacán-Mazatlan, Sinaloa, 14, 15 y 16 de noviembre de 2001.

11 Para el autor Carmelo Mesa Lago, no deja de resultar paradójico que se hable de un modelo privado de pensiones en el caso chileno, cuando el Estado asume riesgos que hoy todavía representan un 5% del PIB, y se ha decretado la obligatoriedad de pertenencia al sistema. Así lo expresó en su intervención en panel sobre régimen comparativo de pensiones de Chile, Argentina y Costa Rica, celebrado en la Universidad de Costa Rica, el día 5 de febrero de 2009.

social es un derecho fundamental, a la hora de precisar el contenido del artículo 73 de la Constitución Política, pareciera haber reducido el ámbito de aplicación de esta norma a los seguros sociales de contribución tripartita y fundados en el principio de solidaridad, descartando otros tipos de seguros. Habría que pensar que al incluir también el artículo 73 antes indicado, de manera expresa, el seguro de riesgos de trabajo – que en Costa Rica financia únicamente el empleador- la condición de derecho fundamental se extiende también a este seguro en particular.¹² Siendo riesgosa, según se dijo líneas atrás la tesis de nuestro Tribunal Constitucional, guarda sin embargo congruencia con el hecho histórico del surgimiento de los seguros sociales como un seguro fundado en la solidaridad, a diferencia de los seguros fundados en el derecho mercantil.

II. Fenomenología de la solidaridad en el sistema de jubilaciones y pensiones costarricense.

Costa Rica pertenece al grupo de países latinoamericanos que crean su sistema de seguridad social entre los decenios 1930 y 1940, no siendo por tanto de los pioneros en establecerlo.¹³ Corresponde la creación de dicho sistema a lo que algunos denominan “segunda ola” de reformas ocurrida en América Latina en los años cuarentas, y se basa en los principios de obligatoriedad, universalidad y solidaridad.¹⁴

Siguiendo el esquema del Banco Mundial y de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la existencia de tres pilares en los sistemas de pensiones, podemos afirmar que la Ley de Creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, N° 17 de 1 de noviembre de 1941, y la incorporación a la Constitución de 1871 de un capítulo de garantías sociales en el año

1943, donde ya encontramos el antecedente del actual artículo 73 constitucional - entonces artículo 63-, junto con la Ley N° 2738 de 12 de mayo de 1961, que impone la universalización de los seguros sociales en Costa Rica, constituyen los principales hitos históricos que signan el surgimiento y desarrollo del primer pilar.

¹⁵ Un pilar caracterizado, según ya se adelantó por la obligatoriedad, contribución tripartita (empleadores, trabajadores y el Estado, este último con una contribución menor)¹⁶, extensión gradual hasta su universalización en 1961, y administración monopólica por parte de una institución descentralizada del Estado.

A partir de los años 90 el sistema tradicional de seguridad social costarricense fue objeto de importantes reformas institucionales y programáticas, tanto en pensiones como en salud. Se ha dicho al respecto que *“las reformas han sido graduales y enfocadas en los instrumentos de seguridad social, en vez de radicales y dirigidas a cambiar sus principios”*.¹⁷ De esta manera, el 7 de julio de 1995, se aprueba la Ley N° 7523, denominada “Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio”, la cual establece la obligación de las empresas e instituciones que venían participando en el mercado del llamado ahorro previsional, a inscribirse ante la Superintendencia de Pensiones que esa misma ley crea. Corresponde a este ente la autorización para el funcionamiento de las personas jurídicas que se constituyan como operadoras, así como llevar un registro de ellas, lo mismo que fiscalizar el funcionamiento de las operadoras autorizadas. Esta ley prevé incentivos importantes para los cotizantes de sistemas de pensiones, tales como la posibilidad de deducir de la renta imponible para efecto de impuesto

12 La posición de la Sala Constitucional costarricense encontraría apoyo en las palabras del Prof. Mario Pasco Cosmópolis, quien afirma que “Los sistemas privados no corresponden valorativamente a la idea de la seguridad social, puesto que no se ajustan a los principios inalienables que sustentan a ésta. Desde el punto principista, los sistemas privados, no son, pues, seguridad social”. Cfr. “Tendencias Actuales en la Seguridad Social”, op. cit., página 10 de la ponencia escrita.

13 ORTEGA Juan José y RODRIGUEZ Olga Marta, “Historia de las Pensiones en Costa Rica”, Editorial Ministerio de Información y Comunicación, San José, Costa Rica, 1998, página 9.

14 MARTINEZ FRANZONI Juliana y CARMELO MESA-Lago, “Las reformas inconclusas: Pensiones y Saludo en Costa Rica”, Fundación Friederich Ebert, San José, Costa Rica, 2003, página 5.

15 Pasco Cosmópolis resume los tres pilares de los sistemas de pensiones de la siguiente manera: un primer pilar de ahorro obligatorio basado en la solidaridad colectiva, que debe conducir a una pensión básica o mínima y general; un segundo pilar de ahorro obligatorio y capitalización individual administrado privadamente para proveer una pensión suficiente; un tercer pilar absolutamente voluntario, para incrementar el monto de la pensión final. Cfr. “Tendencias Actuales en la Seguridad Social”, op. cit., página tres de la ponencia escrita.

16 Actualmente, la contribución para los asalariados está compuesta por un 5.75% de los salarios, aportado por los empleadores; un 3.50% aportado por los trabajadores y un 1.25% que aporta el Estado.

17 MARTINEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., página 5.

de la renta las aportaciones que se hagan al respectivo fondo de pensiones, con un límite del 10% del ingreso bruto mensual, en el caso de los trabajadores dependientes, y de un 10% de su ingreso bruto anual para los trabajadores independientes con actividades lucrativas.¹⁸ En complemento con lo anterior, los rendimientos de los fondos acumulados para servir como pensión complementaria no se consideran un ingreso gravable sobre el cálculo del impuesto de la renta del afiliado.¹⁹ De esta forma, la Ley N° 7523, se convirtió en lo que podríamos catalogar como la columna vertebral del tercer pilar de pensiones, promoviendo, regulando y fiscalizando el sistema voluntario de pensiones.

Finalmente, la Ley de Protección al Trabajador, Ley N° 7983 de 16 de febrero del año 2000, crea el régimen obligatorio de seguros complementarios, con el 50% del aporte que hace el empleador al fondo de Capitalización Laboral- fondo que es igual al 3% del salario mensual de cada trabajador-, con un aporte adicional del empleador del 1.5% mensual sobre los sueldos y salarios pagados, y con los aportes del 1% y del 0.5% sobre los salarios mensuales que pagan mensual y respectivamente los trabajadores y los empleadores al llamado Banco Popular y de Desarrollo Comunal.²⁰ La pensión complementaria obligatoria que crea esta Ley, y que viene a constituir el segundo pilar de las pensiones en Costa Rica, da pie a la creación de cuentas individuales de capitalización para cada trabajador, cuyo producto puede servir al momento de jubilación del afiliado para adquirir una “renta vitalicia”, o una “renta permanente”. En este último caso, lo que se ofrece al afiliado es el pago del rendimiento de la inversión del monto acumulado en su cuenta individual, con la condición de que el saldo se entregará a los beneficiarios del mismo a la ocurrencia de su muerte.²¹

Del primer pilar de pensiones de nuestro país, que cubre los riesgos de vejez, invalidez y muerte, se ha predicado que es un régimen “basado en un compromiso solidario intergeneracional, por el cual los trabajadores activos financian las pensiones de los pasivos,

confiando que la siguiente generación continuará cumpliendo dicho compromiso. Sin embargo, no se trata de un sistema de reparto puro sino de un sistema de capitalización, parcial, colectiva (cpc), con prima media escalonada”.²² Esta última apreciación se desprende seguramente del hecho de que a fin de cuentas los afiliados tienen la oportunidad de devengar mayores prestaciones de reemplazo a mayor cotización, con un límite máximo que establece la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), reglamentariamente, para las pensiones más altas. No obstante, no puede perderse de vista que las pensiones más altas se encuentran gravadas progresivamente con el impuesto de renta, con lo cual el sistema como un todo pretende mantener sus notas de solidaridad. Quienes han estudiado las posibles estimaciones de la tasa de reemplazo del primer y segundo pilar en Costa Rica, nos indican que no se conoce con certeza si la tasa de reemplazo del primero, conocido como IVM, oscila entre el 60% y el 68.8%, lo cual era en ese momento muy alto en comparación con otras naciones, a lo que agregan que según cálculos actuariales del segundo pilar hechos en 1998, tales datos proyectaban un tasa promedio de reemplazo de un 15% a un 20% del ingreso de referencia.²³ A propósito de estos temas, en la más reciente visita a Costa Rica del experto Mesa-Lago, señalaba este estudioso del tema que según sus proyecciones, el primer pilar de pensiones descenderá posiblemente a una tasa de reemplazo del 40% en años futuros, con lo cual, si se suma el 15% o 20% de la pensión complementaria obligatoria, ello ofrecería a quien se jubile una pensión que a juicio del expositor resultaba más que razonable, tomando en cuenta lo que ofrecen los sistemas de pensiones en otras partes del mundo.²⁴

En cuanto al segundo y tercer pilar, tal como es común en este tipo de sistemas, los fondos son propiedad de los afiliados y son distintos del patrimonio de la entidad que los administra, siendo por tanto los afiliados al plan respectivo, copropietarios del Fondo.

Al sistema de pensiones público o primer pilar, que según cálculos recientes alcanzaría aproximadamente

18 Ver artículo 25 de la Ley N° 7523.

19 Ver artículo 19 de la Ley N° 7523.

20 Ver artículo 13 de la Ley N° 7983

21 Ver artículos 22 a 25 de la Ley N° 7983.

22 MARTINEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., página 10.

23 IBIDEM, página 21

24 Panel celebrado en la Universidad de Costa Rica el 5 de febrero de 2009.

un 56% de la población económicamente activa, se agrega en nuestro país, un régimen de pensiones no contributivo (RNC) creado en 1974, por medio de la llamada Ley de Desarrollo y Asignaciones Familiares (LDAF). Este sistema, que sigue la filosofía de los programas asistenciales creados en América Latina a partir de los años ochenta, destinados a personas en extrema pobreza y/o con graves discapacidades permanentes, se diferencia en Costa Rica de tales programas, por la alta participación de las contribuciones patronales en la composición total del financiamiento del RNC. Según datos incorporados por Bertranou, Solorio y van Ginneken, en su trabajo “Pensiones No Contributivas y Asistenciales (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay), el financiamiento del RNC en Costa Rica proviene de las siguientes fuentes: 48.3% de rentas generales del Estado; 46.2% de Contribuciones patronales; 5.4% de impuestos específicos (cigarrillos, cerveza y whiskey), y 1.7% de intereses devengados por depósitos judiciales.²⁵ Nuevamente encontraríamos entonces en este sistema de pensiones una nota de solidaridad signada por la alta contribución patronal en su sostenimiento.

El objetivo nominal del RNC es el de proporcionar auxilio económico a todas aquellas personas en condiciones de extrema pobreza y que a la vez no se encuentren protegidas por ninguno de los regímenes contributivos de pensiones existentes en el país. Según Durán Valverde, en un principio, este régimen otorgaba únicamente pensiones de monto básico u ordinarias. No obstante, con la aprobación en enero de 1989 de la Ley de Pensión Vitalicia para las personas que padecen Parálisis, el programa tuvo que asumir también la gestión de las pensiones asignadas a este grupo especial de personas²⁶. El programa permite la obtención de prestaciones económicas, equivalentes a una pensión mensual que se incrementa en función del número de dependientes, y prestaciones sociales consistentes en el acceso de los pensionados a los servicios de salud que brinda la C.C.S.S.²⁷ Para los efectos de definir los beneficiarios del régimen, se

establece un orden prioritario de los mismos, y que el artículo tres del Reglamento en cuestión describe en el siguiente orden: a) personas adultas mayores con o sin dependientes; b. personas inválidas con o sin dependientes; c) viudas desamparadas; d) menores huérfanos y e) otros. Pero además, define el reglamento como requisito del beneficio, el encontrarse en necesidad de amparo económico inmediato, entendiéndose como tal el caso que se presenta cuando el ingreso per cápita mensual de la persona solicitante de pensión o del núcleo familiar del cual forme parte, resulte inferior o igual al costo de la canasta básica de alimentos vigente, según lo defina el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.²⁸

El régimen no contributivo ha recibido algunas críticas importantes en nuestro país, desde distintos ángulos de visión. El primero por tratarse de un fondo financieramente acotado, cuyo crecimiento está limitado por la proporción que destine la Junta Directiva de la C.C.S.S. a ampliar estas pensiones, pudiendo la institución ampliar, reducir o suspender los beneficios globales, por tratarse de un sistema de reparto que no determina la adquisición ni acumulación de derechos en forma permanente.²⁹ Según Durán, estimaciones para el año 2000 indican que, del total de personas de más de 65 años, un 20.2% obtienen una pensión del RNC, un 35.3% del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte o de los regímenes especiales, y un 44.4% no posee ninguna pensión.³⁰

Un segundo problema tiene relación con la injusta asignación de pensión a personas que no requieren este beneficio, mientras otras personas, que realmente necesitan esta pensión no tienen acceso a la misma. Así, de acuerdo con datos de la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples del 2000, un 40% de los pensionados del Régimen No Contributivo pertenece a hogares que según la medición de la pobreza por el método de obtención de ingresos, clasifican como no pobres.³¹

25 BERTRANOU M. Fabio, SOLORIO Carmen y VAN GINNEKEN Wouter, “Pensiones No Contributivas y Asistenciales (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay),”, página 19.

26 DURAN VALVERDE Fabio, “Los Programas de Asistencia Social en Costa Rica: El Régimen No Contributivo de Pensiones”, de la obra de varios autores “Pensiones No Contributivas y Asistenciales (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay”, op. cit., páginas 194 y 195.

27 Ver artículo 5 del Reglamento del Régimen No Contributivo de pensiones, de la Caja Costarricense del Seguro Social.

28 Ibídem, artículo 2.

29 Ver artículos 3 y 7 del Reglamento del Régimen.

30 “Los programas de Asistencia Social en Costa Rica: El régimen no contributivo de Pensiones”, op. cit., página 208.

Recientemente, y ante el aumento que se ha dado del monto de las pensiones no contributivas, como una medida para paliar la crisis financiera que asola el mundo, y fortalecer la posición de las personas de menores recursos, se ha llamado la atención sobre la proporción de tres a uno que se estaría dando entre el monto de una pensión común por vejez, obtenida del primer pilar y una pensión del régimen contributivo. Según Mesa-Lago, esa proporción es de cuidado, pues podrá ser un estímulo negativo para sectores marginales que preferirían no cotizar al régimen de pensión obligatorio, ante la posibilidad de una pensión relativamente alta del régimen no contributivo.³² Aún así, pareciera que el principal problema del RNC no es ni de lejos el que señala el Prof. Mesa-Lago, como una simple luz de alerta. El verdadero problema es que según estimaciones que nos ofrece Durán, un 60% de la población meta de este programa no estaría siendo atendido, lo cual dice de los retos formidables que existen en materia de pensiones asistenciales en nuestro país.³³

El caso especial de los trabajadores independientes.

Aunque no tenemos cifras en nuestro poder para señalar el porcentaje de trabajadores por cuenta propia o independientes afiliados al régimen de seguro obligatorio de reparto de la C.C.S.S., es lo cierto que a partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense del Seguro Social, y el nuevo impulso recibido por el Transitorio XII de la llamada Ley de Protección al Trabajador, la institución aseguradora ha hecho avances importantes en la afiliación de estos trabajadores.³⁴

Precisamente, una de las particularidades del sistema de seguridad social costarricense es la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes tanto al seguro de salud como al primer pilar de pensiones. El artículo 3 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, del año 1943, ya establece en su párrafo segundo la potestad de la Junta Directiva de esa institución de fijar la fecha en

que entrará en vigor el seguro social para trabajadores independientes, sin perjuicio del derecho de afiliación de aquellas personas que desearan hacerlo, voluntariamente, antes de su vigencia general. El Transitorio XII de la Ley de Protección al Trabajador, de febrero del año 2000, promulgada entonces más de medio siglo después, vino a dar el banderazo de salida para la universalización obligatoria del seguro social para los trabajadores independientes, al indicar lo siguiente:

“Los trabajadores independientes se afiliarán a la a la C.C.S.S. en forma gradual, durante los primeros cinco años a partir de la vigencia de la presente ley”.

Si bien puede argumentarse que esta afiliación de los trabajadores independientes al régimen de seguridad social que administra la C.C.S.S. no funciona bajo el mismo esquema del régimen tripartito que prevé la Constitución Política en su artículo 73 para los trabajadores asalariados, dado que no existe cuota patronal en el seguro de los independientes, es lo cierto que el principio de solidaridad se cumple de alguna manera, en cuanto que las cuotas que pagan estos trabajadores fundamentalmente al seguro de salud, permite el financiamiento del sistema de seguridad social como un todo. En el caso del seguro de invalidez, vejez y muerte, se cumpliría con este seguro una figura de sistema de capitalización colectivo, en cuanto que no estamos ante un sistema de reparto puro, aunque tampoco ante un sistema de capitalización típico, dado que todos los recursos del régimen de pensiones, tanto de asalariados, independientes y asegurados voluntarios van a una sola masa común de recursos, y los beneficios de las prestaciones previstas para los trabajadores independientes son iguales en condiciones y forma de cálculo a las que reciben el resto de asegurados.

Una discusión de orden constitucional se planteó en Costa Rica, al poco tiempo de que la Caja Costarricense del Seguro Social, tras la aprobación de la Ley de Protección al Trabajador, decidiera extender el seguro social en forma obligatoria a todos los trabajadores

31 Ibídem, página 208. Según el mismo autor, la situación descrita “está originada en buena medida en la ausencia histórica de instrumentos precisos de calificación.

32 Panel celebrado en la Universidad de Costa Rica el 5 de febrero de 2009

33 “Los programas de Asistencia Social en Costa Rica: El régimen no contributivo de Pensiones”, op. cit., página 215.

34 Según reportajes de la prensa escrita nacional, entre junio de 2006 y junio de 2007, hubo en Costa Rica un aumento del diez por ciento en la cobertura de los seguros de salud y pensiones. Periódico “La Nación del sábado 6 de octubre de 2007, página 10^a.

independientes. Ello con fundamento en la disposición del artículo 73 constitucional, supra mencionada, la cual se refiere únicamente a la contribución forzosa del Estado, patrono y trabajadores, como un sistema que solo puede referirse, según sus propios términos, a quienes participan de una relación laboral típica. De acuerdo a la tesis de quienes adversan la obligatoriedad del seguro social para los trabajadores independientes, la Constitución Política costarricense solo previó dichos seguros para los trabajadores asalariados, resultando inconstitucional pretender asociar obligatoriamente a los trabajadores por cuenta propia. Varias acciones por la vía del juicio de Amparo ha resuelto la Sala Constitucional en este sentido, y en ellas ha recurrido para resolver el caso a la sentencia 2000-643 de las 14:30 horas del 20 de enero de 2000, donde se pronunció sobre la constitucionalidad de varios artículos del entonces proyecto de lo que sería la Ley de Protección al Trabajador. En todos estos votos, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que si el criterio del legislador ha sido el de extender el seguro social obligatorio a los trabajadores independientes, ese es un tema de política legislativa y no un problema de constitucionalidad. En segundo término, el Alto Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 74 de la misma Carta Política del país, los derechos contenidos en el Capítulo de Garantías Sociales de la Constitución son derechos mínimos, los cuales pueden ser aumentados por el legislador, de acuerdo con los principios de solidaridad nacional que contempla ese mismo numeral. Al respecto ha dicho la Sala Constitucional:

“Debe tener presente el recurrente que lo regulado por la Constitución Política en los artículos 63, 73 y 74 es un mínimo en relación con la seguridad social, el principio de solidaridad y los derechos laborales, de modo que bien puede el legislador ampliar las coberturas mínimas allí contempladas, sin que ello viole la Constitución. Sobre el tema, la Sala en la sentencia ya citada expresó:

“...el artículo setenta y cuatro de la Constitución Política es claro en señalar que los derechos y beneficios que contiene su Título de Derechos y Garantías Sociales, no excluyen otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley. De modo tal, que también

en este campo, el legislador tiene un espacio de discrecionalidad...”

Es claro, entonces, que el contenido del Capítulo de Derechos y Garantías Sociales de la Constitución Política constituye una regulación mínima que bien puede ser ampliada discrecionalmente por el legislador. Es al legislador al que corresponde determinar, discrecionalmente, cuáles labores deben estar afiliadas obligatoriamente al régimen de la Caja, de modo que si el recurrente ejerce su profesión en forma liberal y el legislador ha establecido que en esa condición también debe estar afiliado al régimen de la Caja, ello no es contrario a la Constitución Política, no viola ningún derecho”.³⁵

Creación de beneficios en materia de pensiones por medio de Convención Colectiva.

Un caso particular de la jurisprudencia constitucional costarricense se ha encargado de dilucidar una pregunta de sumo interés, como es el de la posibilidad de que por medio de una convención colectiva entre una empresa pública del Estado y sus trabajadores, pudiera crearse un régimen de prestaciones especiales a quienes todavía no disfrutaban de una pensión otorgada por el sistema público de pensiones, en lo que pareciera ser un sistema de pensión anticipada para los trabajadores con incapacidad física o mental para trabajar. Este tema se planteó a raíz de la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 77 de la convención colectiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), por quienes consideraron que estábamos frente a una norma abusiva, que excedía las facultades normativas de las partes contratantes, por tratarse JAPDEVA de una empresa que se financia con fondos públicos. El texto de la convención colectiva cuya inconstitucionalidad se pretendió expresaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 77: JAPDEVA establecerá un sistema de pagos salariales que ampare a todos aquellos trabajadores que por su edad, condición física y/o salud no pueden laborar, y que por falta de cuotas no han adquirido el derecho a ser pensionados por la Caja Costarricense de

35 Ver voto de la Sala Constitucional N° 2006-7022 de las 13 horas 7 minutos del 19 de mayo de 2006.

Seguro Social; se les eximirá de la obligación de trabajar hasta que completen el número de cuotas mínimas y entren en el disfrute pleno de su pensión.

Se elaborará a través del Departamento de Recursos Humanos y la Sección de Clasificación y Valoración de Puestos, la lista respectiva de beneficiados.

Se establecerá un mínimo de (10) DIEZ AÑOS de laborar con la institución para acogerse a este beneficio. En casos excepcionales, a juicio de JAPDEVA, este plazo de (10) DIEZ AÑOS podrá reducirse.

Aquellos funcionarios que hayan laborado por un mínimo de 20 años ininterrumpidos en la Institución, que tengan más de 55 años de edad y que no tengan derecho aún a pensionarse por la Caja Costarricense de Seguro Social que crean tener un padecimiento o incapacidad física o mental, podrán solicitar que se les reconozca el salario hasta que puedan acogerse al régimen universal de la Caja Costarricense de Seguro Social. En caso de que se compruebe que obtienen o perciben salario en otra actividad ajena a la institución dejarán de percibir dicho beneficio en forma automática.

Una comisión bipartita, formada por tres miembros de cada una de las partes, en un plazo de tres meses, contados a partir de la firma de la presente Convención, reglamentará este artículo, para lo cual podrá hacerse asesorar por quienes considere necesario.

Una vez confeccionado este reglamento se someterá a ambas juntas directivas para su aprobación”.

La Sala Constitucional, en su voto N° 2006-06730 de las 14 horas 45 minutos del 17 de mayo de 2006, estimó que en lo fundamental este artículo no era inconstitucional, en la medida en que resultaba razonable, salvo en lo referido al párrafo que pudiera excepcionar del requisito de tener al menos 10 años de laborar con la institución.³⁶

Desde nuestro punto de vista, este fallo reviste una importancia enorme, no solo por la posibilidad que crea la jurisprudencia constitucional de utilizar fondos públicos para considerar una pensión anticipada a trabajadores con incapacidad real de trabajar, cuando no tienen otras fuentes de ingreso, sino también por la apertura que se concede de crear, dentro del marco de seguros sociales típicos, un régimen selectivo, a favor de personas con alto riesgo social, por medio de convenciones colectivas de trabajo.

Discriminaciones directas dentro del sistema de pensiones.

Dos situaciones concretas han sido señaladas por los estudios del sistema de seguridad social costarricense como causantes de situaciones directas de discriminación (no abordamos en este trabajo otras posibles situaciones de discriminación indirecta). Me refiero a cierto sesgo de discriminación por género, en el segundo pilar, y a la clara discriminación respecto de los trabajadores independientes.

En cuanto a lo primero, los sistemas de capitalización individual agudizan las desigualdades de género, pues

36 En su sentencia, señaló el Tribunal Constitucional costarricense lo siguiente:

“Sobre el particular, estima esta Sala que el artículo anterior no resulta inconstitucional salvo la parte que se dirá, pues en términos generales constituye un complemento saludable al régimen de seguridad social, que pretende la protección del trabajador en casos de invalidez y vejez hasta tanto pueda acogerse al régimen de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social. Se trata en consecuencia de una medida transitoria, excepcional y que está sujeta a reglamentación, además que el beneficio únicamente es otorgado al trabajador que no reciba ningún ingreso adicional, tal como lo establece la norma citada.

Asimismo, dentro de los límites razonables que observa esta Sala está lo dispuesto en cuanto a que el trabajador debe haber laborado un mínimo de diez años con la institución para acogerse al beneficio, pues ello garantiza que ha existido una contraprestación de trabajo por un periodo razonable de tiempo. Por lo anterior, lo que sí estima esta Sala un uso indebido de los fondos públicos, es la posibilidad establecida en la norma de que ese plazo de diez años sea reducido en casos excepcionales, pues un trabajador que no cuenta con la antigüedad suficiente, no puede pretender ampararse a un beneficio como el establecido en la norma. Ello podría ocasionar que muchas personas decidan ingresar a JAPDEVA, únicamente con la intención de acogerse a una licencia de esta naturaleza mientras esperan su ingreso al régimen de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por lo anterior, esta Sala estima razonable lo dispuesto en la norma, únicamente para los trabajadores que han puesto su esfuerzo durante al menos diez años en la institución, por lo que el párrafo subrayado de la norma en cuestión debe

aparte de que los salarios de las mujeres son inferiores en promedio al de los hombres, la edad de retiro de las mujeres es con frecuencia inferior (tres años en el caso de la reglamentación costarricense), con lo cual las mujeres acumulan menos cotizaciones que los hombres, situación que se agrava por el hecho de que las mujeres suelen salir más rápidamente del mercado laboral que los varones, no solo para el parto y la lactancia, sino también por la crianza de los hijos. Pero además, la mayor esperanza de vida de las mujeres también juega en su contra en estos sistemas. Juliana Martínez y Carmelo-Mesa explican la discriminación a que hacemos referencia en las siguientes palabras:

“Los sistemas de capitalización individual (como el segundo pilar de Costa Rica) aplica tablas de mortalidad diversas por género tanto para las rentas vitalicias como las rentas permanentes, la suma individual es dividida por el promedio de esperanza de vida, por lo tanto las pensiones de las mujeres son menores que las de los hombres, y más aún si ellas se retiran más temprana. Se puede argumentar que este tratamiento es más justo porque evita los subsidios entre sexos, pero ignora que las mujeres terminan pagando enteramente el costo de la crianza de los hijos puesto que en Costa Rica, al igual que en la mayoría de los países de América Latina (única excepción es Brasil), el sistema de pensiones no otorga créditos por dicha labor”.³⁷

En lo que se refiere al caso de los trabajadores independientes, sabemos ya que el segundo pilar no los cubre, por ser exclusivo para los trabajadores asalariados. Si a lo anterior sumamos que existe todavía un contingente muy importante de trabajadores independientes, sobre todo del llamado sector informal que se resiste al aseguramiento en el primer pilar, la brecha entre trabajadores subordinados y trabajadores por cuenta propia se mantiene abierta, en lo que a seguridad social se refiere, perpetuándose respecto de los mencionados trabajadores independientes una situación de inequidad. Nótese que la brecha indicada no se cierra con la sola universalización del primer pilar para los trabajadores independientes, como ha sucedido en Costa Rica, pues a pesar de la misma,

amplios sectores de trabajadores por cuenta propia, la mayoría ubicados en el sector informal y de los pequeños empleadores en general, no son cubiertos por el sistema. No podemos olvidar, en este sentido, tal como lo afirma Bertranou, que en América Latina, la estructura del empleo prácticamente define el alcance de los sistemas de pensiones³⁸, y aunque en el caso de Costa Rica el número de trabajadores independientes así como el nivel de informalidad es inferior al de otros países del área y del continente, es lo cierto que existe un porcentaje muy alto de la población económicamente activa, superior al 40% del total, que no está cubierto por el régimen obligatorio de pensiones del primer pilar, y por tanto excluido también del segundo pilar de seguridad social. La mayor parte de este porcentaje de no asegurados se encuentra, seguramente en el llamado sector informal de la economía, donde los modelos proteccionistas clásicos del derecho laboral y de la seguridad social no penetran de ninguna manera.

III. A modo de conclusiones.

En el trabajo del Prof. Mario Pasco Cosmópolis, presentado en el año 2001 al XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que él tituló “Tendencias actuales en la Seguridad Social”, señaló este autor que si pudiera resumirse en una sola expresión las tendencias actuales de la Seguridad Social en América Latina, ella sería: privatización.³⁹ Es posible que en el balance de la evolución de los primeros años del nuevo milenio esto resultara cierto, y lo es en el caso concreto de países muy cercanos a nosotros como el caso de República Dominicana, con su Ley N° 87-01 de creación del Sistema de Seguridad Social Dominicano, promulgada el 9 de mayo de 2001. No es ese sin embargo el caso de Costa Rica, con la Ley N° 7983 de febrero del 2000, y definitivamente no lo sería en el caso Argentino donde más bien se ha procedido a devolver a manos del Estado los fondos de pensiones que se encontraban en manos del sector privado. Lo interesante del caso costarricense es que habiéndose iniciado como un sistema totalmente público, al punto de constitucionalizar el monopolio de su gobierno

anularse”.

37 MARTINEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., páginas 24 y 25.

38 BERTRANOU Fabio, “Reformas a los Sistemas de Jubilaciones y Pensiones en América Latina: Paradigmas y Temas Emergentes”, Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, OIT, agosto 2004, página 5. Este artículo puede localizarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oitchile.d/pdf/publicaciones/ele/elec005.pdf>.

y administración en una institución descentralizada del Estado – aunque con representación en su Junta Directiva de una mayoría de representantes sectoriales, valga decir⁴⁰ –, avanzó por medio de la ley N° 7523 de 7 de julio de 1995, pero sobre todo por medio de la Ley de Protección al Trabajador, N° 7983 de febrero del año 2000, hacia un sistema mixto, gracias a la posibilidad de que administradoras privadas pudieran participar directamente en el mercado de fondos de pensiones de lo que se ha denominado el segundo pilar. No se cumple pues en el caso de nuestro país la anunciada tendencia hacia una privatización del sistema, sobre todo porque en Costa Rica, el principal seguro social sigue siendo el obligatorio y monopolístico del Estado, y porque además aún en el caso del segundo pilar, los principales operadores de pensiones son los bancos del Estado.

Se dice que los sistemas de pensiones cumplen el doble objetivo de permitir a los trabajadores y a sus familias afrontar la falta de ingresos ante situaciones de riesgo social, lo mismo que permitir mediante la solidaridad nacional una redistribución de los ingresos. Nos parece que ambos objetivos se cumplen a medias en el sistema de seguridad social costarricense. Mientras la cobertura del seguro social no alcance a más del cuarenta por ciento de la población económicamente activa, la protección contra los riesgos sociales como la enfermedad, la discapacidad y la vejez subsisten para un amplio sector, y mientras haya un sistema que de alguna manera discrimine respecto de la población femenina y los trabajadores independientes, sobre todo de los de menores recursos económicos, entre estos últimos, no existirá una verdadera redistribución del ingreso.

39 Op. cit., página 8.

40 Aparte del Presidente Ejecutivo de la institución, que designa directamente el Poder Ejecutivo, los restantes ocho miembros de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social se eligen por el mismo Poder de la siguiente forma: dos miembros en representación del Estado, tres miembros en representación del sector patronal y tres miembros del sector laboral. La representación del sector patronal la propone al Poder Ejecutivo la Unión de Cámaras de empresarios, y la representación del sector laboral la proponen al mismo poder las confederaciones sindicales mayoritarias, las cooperativas, por medio del Consejo Nacional de Cooperativas, y el llamado Movimiento Solidarista.