

# **Inconstitucionalidad de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones**

## **Un proyecto económico a costa del estado de derecho**

*Departamento de Ciencias Jurídicas*

### **Resumen**

El Estado tiene la obligación de velar por la seguridad social de los trabajadores. Este principio constitucional, y todo el andamiaje que lo sustenta en la legislación secundaria, es violado, como lo sostiene este artículo, por la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, que es sólo una de las iniciativas abiertamente inconstitucionales comprendidas en el plan de modernización y privatización impulsado por el gobierno.

### **1. Introducción**

Probablemente una gran mayoría de lectores no estará de acuerdo con el título de este artículo. Pensarán que no corresponde a la realidad nacional desprovista de constitucionalidad, y donde el Estado de derecho es una acepción vacía. Muchos incluso pensarán, como lo hacía Enrique Gimbernat, conocido profesor español, que en El Salvador existe más bien un "Estado de deshecho". En realidad, aún no se ha terminado de hacerle remiendos chapuceros a nuestras estructuras jurídicas, profundamente socavadas. De estas bases

ruinosas heredadas de la historia es muy difícil levantar una plataforma jurídica que sostenga a una economía fuerte y a un país social y políticamente estable. La impresión general es que la Constitución política, las leyes y el comportamiento de las instituciones sólo ha servido para cometer arbitrariedades o proteger intereses personales.

Empero, también estamos seguros que ningún economista serio consideraría inútil preocuparse por un Estado de derecho. Precisamente, las nuevas realidades han demostrado que si no hay un sistema jurídico confiable que establezca reglas

claras, no se puede conservar la armonía social ni llevar cohesión a la sociedad, entonces sería imposible alcanzar el desarrollo.

Las transformaciones económicas de los últimos tiempos le han permitido a El Salvador, y a una enorme cantidad de países del tercer mundo, asumir que aquella tesis tradicional, la de la soberanía del Estado, carece de sentido en un mundo donde los organismos supranacionales, los estados poderosos y las empresas multinacionales imponen decisiones a los individuos, a los países y otros organismos.

Para algunos se trata nada más de superar viejas barreras teóricas que suponían que todos los estados eran dueños de su destino social, económico y político. Esas formas diametralmente opuestas de concebir a la soberanía han incidido para que hoy se niegue sin reparos la posibilidad de un Estado —no de todos, por supuesto— que ejerza su poder dentro de sus propios límites internos y a nivel internacional. Está claro que los Estados sólo pueden hacer valer su soberanía frente a la comunidad de naciones a base de prestigio y de poder económico o militar. Y como El Salvador carece de cualquiera de esos elementos para hacer valer su voluntad soberana, es un país fácilmente maleable.

De ahí que el llevado y traído tema de la globalización no sea más que otro episodio de nuestra maleabilidad: las nuevas estructuras internacionales del poder nos imponen comportamientos económicos, políticos y sociales idóneos con sus intereses.

Algunos, ante esta desproporcional relación, sostienen que si no lo aceptamos y entramos a la globalización abriendo nuestros mercados y compartiendo nuestras riquezas sin restricciones, quedaremos aislados y nunca saldremos de la pobreza. Otros pensamos que es inaceptable quedarnos con los brazos cruzados y ver cómo nuestros gobernantes regalan al extranjero todo lo que nos pertenece a cambio de nada.

Para muestra basta un botón. La aprobada Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones es parte de

un programa económico dictado desde afuera, y supone tragarse toda una apología de la privatización sobre la base de la incapacidad administrativa del Estado. Este último aspecto deja en evidencia, una vez más, la sinrazón de quienes, al ser gobernantes, piensan que es mejor separar al Estado de la propiedad de los bienes nacionales entregándolos en manos del capital privado, especialmente extranjero, cuando lo lógico sería que ellos, al reconocer su incapacidad para administrar, renunciaran a su puesto en lugar de sacrificar el patrimonio nacional. O, ¿no sucede así en una empresa privada? ¿Acaso una sociedad mercantil soportaría tener como dirigentes a los miembros de una junta directiva incapaz y corrupta? ¿Qué socios estarían dispuestos a vender el patrimonio social porque la junta directiva no hace las cosas

---

**La impresión general**  
es que la Constitución política, las leyes  
y el comportamiento de las instituciones  
sólo han servido para cometer  
arbitrariedades o proteger intereses  
personales.

---

bien, sin antes intentar cambiar a los directivos? ¿Es necesario que el Estado, con tal de obtener una gestión privada, renuncie a la misma propiedad de los bienes? Finalmente habría que preguntarse, ¿acaso todas las empresas privadas son eficientes y honestas?

No se pretende negar que algunos proyectos de privatización pueden ser razonables, sino señalar que un programa de privatización no debería llevarse adelante sobre bases falsas aceptando, en forma absoluta, una teoría simplista de la privatización y globalización.

Algunos arguyen que los legisladores y gobernantes tiene derecho a tomar las decisiones que se les antojen una vez ganadas las elecciones... Nada más alejado de la realidad, no sólo porque quienes votan no conceden un derecho absoluto a decidir, sino también porque los electores no representan, sobre todo con la creciente tendencia al abstencionismo, a la mayoría de los salvadoreños. Obtener los votos de un sector de ciudadanos tiene relevancia en términos de representatividad política, pero no en lo relativo a conservar la cohesión social y la estabilidad política. La gobernabilidad de un país no se gana en las urnas.

De todas maneras, nuestra Constitución estableció un régimen económico y una realidad diseñada por reglas jurídicas, que no pueden ser alteradas —si es que se quiere actuar conforme al de-

recho— sino a través de los mecanismos dispuestos por la misma Carta Magna. Sucede que nuestro Estado de derecho, si partimos de su existencia, ha sido abiertamente conmovido por nuestros legisladores, que han modificado la normativa constitucional sin lograr consenso mayoritario en la asamblea y sin acordar ni ratificar la reforma constitucional. La observación es doblemente importante si se considera que algunos temas son de interés mayoritario y, por ende, corresponde administrarlos de la forma más responsable, de cara a la ciudadanía que, en muchas ocasiones, puede no estar representada completamente dentro de la asamblea legislativa. De ahí que un tema tan delicado como la transformación de la seguridad social debe ser resuelto por medio de una reforma constitucional y no con la simple aprobación de una ley, y tomando en cuenta a la mayoría de sectores.

Lo anterior es una cuestión de fondo y forma que afecta profundamente la vida nacional y la subsistencia de nuestro Estado. Si se continúa desprestigiando a nuestras instituciones y a nuestro sistema jurídico, no será posible evitar el descalabro social, extensión del caos de nuestras estructuras.

Este artículo recoge la opinión técnico jurídica de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", a solicitud de una de las comisiones de la asamblea legislativa cuando la actual Ley de Pensiones era todavía un proyecto. De más está decir que estas observaciones, apuntadas fundamentalmente a la necesidad de reformar la Constitución si se quería llevar adelante la transformación de la seguridad social, no fueron atendidas.

---

Obtener los votos de un sector de ciudadanos tiene relevancia en términos de representatividad política, pero no en lo relativo a conservar la cohesión social y la estabilidad política. La gobernabilidad de un país no se gana en las urnas.

---

## 2. Consideraciones generales sobre la seguridad social

La seguridad social se basa en la solidaridad entre las personas que componen una sociedad, en especial, entre los trabajadores, patronos y el Esta-



do, de tal forma que todos participen en el financiamiento de las prestaciones que se otorgan por medio de la seguridad social.

La solidaridad es un pilar esencial de la seguridad social y se refiere, más que a la colaboración entre las personas de una misma generación, a la contribución de las personas económicamente activas para el financiamiento de las prestaciones a que tienen derecho las personas inválidas, las de la tercera edad, o en estado de viudez y minoría de edad.

Al dictarse una ley que pretenda regular aspectos de la seguridad social no puede obviarse al conjunto de principios básicos que la regulan y conforman. La seguridad social es un medio fundamental para conquistar mejores cuotas de justicia social.

Siendo esa la razón —la solidaridad que debe existir entre todas las personas—, la Constitución de la República y la legislación secundaria es-

tablecen que el trabajador, el patrono y el Estado concurren al financiamiento de la seguridad social (Art. 50). Y ello porque, desde que la seguridad social se constituye como un servicio público obligatorio, el Estado tiene la obligación de garantizar los medios para soportar su costeo, tanto en la



aportación de sus propios recursos como al exigir la colaboración económica de los empresarios.

El Proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones deja a un lado la solidaridad que debe existir entre los trabajadores y, más grave aún, se olvida de la solidaridad, del apoyo que las personas en su etapa productiva deben brindar a las personas de la tercera edad, a los minusválidos, a las viudas y los menores de edad.

La naturaleza jurídica de la figura que se plantea en el proyecto corresponde a la de un seguro privado obligatorio, destinado a cubrir riesgos futuros como la invalidez, la vejez y la muerte. Como todo contrato de seguro, se fundamenta en la transferencia técnica de la cobertura del riesgo a un tercero. Producido el riesgo, será cubierto por una institución administradora de fondos de pensiones, denominada como AFP. Estas entidades se encargarán de administrar el sistema de ahorro para pensiones y obtendrán como contraprestación a su servicio una retribución erogada íntegramente por los trabajadores. Constituye, pues, una actividad con ánimo de lucro, sin valor solidario alguno, aunque diluya los riesgos en un extendido grupo de personas o colectivo. En opinión del conocido mercantilista Joaquín Garrigues, el seguro social carece de las notas de voluntariedad, libertad y proporcionalidad entre la prima y el riesgo propias del seguro privado. "Lo esencial es que el seguro social no se basa en un contrato y, por consiguiente, no existe el mecanismo de la bilateralidad regido por el principio de la equivalencia de las prestaciones..."<sup>1</sup>.

En la administración de las administradoras de fondos de pensiones no se ha contemplado la participación, ni de los trabajadores, ni de los patronos, mientras que la participación del Estado se restringe únicamente a ejercer "un control".

La Constitución política establece, reconoce y garantiza la seguridad social como un derecho de la persona, estableciendo quién es el titular del derecho de crédito y quién es el titular de la obligación.

Como decíamos antes, el legislador debe tener en cuenta —al dictar una ley en la que se pretenda cubrir en parte o totalmente los aspectos de la seguridad social— sus características, que constituyen, según la doctrina, la máxima expresión de la

contribución del Estado moderno a la reforma social y a la justicia social. El seguro social se caracteriza por la ausencia de lucro en su gestión económica. Se basa en el principio de solidaridad, que se manifiesta concretamente en la forma de su financiamiento por medio de cotizaciones del trabajador, el patrono y el Estado. Su cobertura se extiende a los riesgos profesionales y a los riesgos comunes, de forma que el seguro social se configura como una forma más sólida de garantizar el goce de los derechos y las prestaciones sociales que la simple protección asistencial. Además, existe participación de los propios interesados en las entidades encargadas de su administración.

Lamentablemente, el proyecto no cumple con esa consideración. Sería temerario asegurar que garantiza la seguridad social, cuando supone que el Estado desatienda sus deberes específicos, ignorando su titularidad y sus efectos a mediano y largo plazos.

En la actualidad, además de las personas que reciben una pensión pagada por el Estado, existe un buen número de personas que recibe algún tipo de pensión de parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social y de parte del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, que son financiadas por la cotización de las personas que actualmente están en edad productiva y que tienen trabajo. Con la entrada en vigencia del proyecto, lo más probable es que un buen porcentaje se transfiera del sistema público de pensiones al sistema propuesto —por el mismo diseño de la Ley, que directa o indirectamente obliga al trabajador al cambio de sistema—, lo cual producirá un desequilibrio financiero y obligará al Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS) y al Instituto Nacional de Pensiones a los Empleados Públicos (INPEP) a recurrir a las reservas técnicas. Cuando éstas se agoten, de manera proporcional a la disminución de los ingresos al sistema público, no se podrán pagar las pensiones actuales ni las de los trabajadores que, adscritos al sistema público, están a punto de retirarse, debiendo entonces el Estado asumir su erogación. La pregunta será entonces, ¿cómo costeará el Estado esta obligación? No queda duda que la solución a la que acuden los estados burocráticos es generalmente la de los impuestos, ya sea el decreto de nuevos tributos o ele-

1. Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1987, pp. 245-246.

var los actuales. En ambos casos se corre el riesgo que el Estado incurra en figuras confiscatorias, generando la doble tributación que, aparte de inconstitucional, afectará a la economía y al desarrollo nacional.

### 3. Disposiciones constitucionales violadas

Una vez analizado, se ha determinado que el Proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones viola los artículos 1, 3, 14, 21, el inciso tercero del artículo 38, y los artículos 50, 110, 220 y 246 de la Constitución política.

#### 3.1. Principio de razonabilidad de la ley: justicia

Según el artículo 1 de la Constitución, el Estado salvadoreño reconoce a la persona humana como el origen y fin de su actividad, que está organizada hacia la consecución de la justicia. Esto implica que toda la actividad del Estado debe estar regida bajo límites de justicia, cuya principal proyección es la razonabilidad de la actuación de los órganos y funcionarios.

Como lo ha establecido la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, número 4-90, "...el Organismo Legislativo debe ser cuidadoso al legislar, observando el principio de razonabilidad de la ley, el cual es obviamente coherente con el de la justicia, que debe caracterizar a toda declaración de la voluntad soberana...".

Con esa sentencia como base, se sostiene que algunas disposiciones del proyecto carecen de razonabilidad. Así, se establece como requisito de edad para la pensión de vejez los sesenta años en la mujer y los sesenta y cinco años en el hombre (Art. 104)<sup>2</sup>. Sorprende el establecimiento de esta edad para gozar de la pensión de vejez si en nuestro país el promedio de vida es de *sesenta y siete* años, con lo cual el período de goce de las pensiones, al ser inaceptablemente reducido, es una ne-

gación injustificada al bienestar a que tienen derecho los pensionistas. Estas edades podrían resultar justas en países del primer mundo, en donde el promedio de vida es de ochenta años. Otra situación muy particular en El Salvador es que la vida productiva de la mayoría de personas comienza antes de los dieciocho años. Además, las condiciones de salud de la mayoría de los salvadoreños implican forzar a hombres y mujeres a trabajar más allá de los cincuenta, sometiéndoles a un sacrificio injustificado. Creemos que la fijación de la edad requiere de previos y serios estudios sociológicos que permitan adaptarla a la realidad social en la que vivimos.

Las dificultades de acceso al empleo en nuestro país demuestran que una enorme cantidad de salvadoreños carece de trabajo o están subempleados. De los que se encuentran gozando de empleo, cada vez más se puede advertir que la estabilidad en sus puestos se reduce y hace difícil completar los requisitos de tiempo de cotización.

También, a pesar de las

leyes y reglamentos existentes, muchos salvadoreños trabajan sin que sus empleadores los inscriban en el Seguro Social. De ahí que una serie de disposiciones resulta irrazonable. Tal es el caso del artículo 122 del proyecto, que un promedio de la cotización de los últimos 120 meses para calcular el salario base, antes era de treinta y seis meses. Igual pasa con el requisito de tiempo para la pensión mínima que es, según el proyecto, de veinticinco años.

Por otro lado, sobre el punto de la razonabilidad, los señores diputados, cumpliendo con el artículo 1 de la Carta Magna, para tomar la decisión de reestructurar legislativamente el sistema de pensiones deben preguntarse antes: ¿a cuánto ascienden las reservas técnicas del Seguro Social? ¿Cuánto dinero tiene el Seguro Social en el sistema financiero? ¿Cuánto costará al Estado la reestructuración? ¿Existen otras alternativas para los trabajadores en el sistema de pensiones, que impli-

2. La ley finalmente se aprobó y fijó la edad de cincuenta y cinco años en la mujer y sesenta en el hombre. Decisión que se basa en la legislación anterior y no en un estudio científico que, incluso, podría llevarnos a fijar la edad por debajo de esas edades.

quen menos sacrificio y mayor bienestar que el actual sistema o el proyecto planteado?

### 3.2. Artículo 50 de la Constitución: la seguridad social como servicio público y la asunción tripartita de sus costos

#### A. La seguridad social como servicio público

El artículo 50 de la Constitución política determina que la *seguridad social* constituye un *servicio público de carácter obligatorio*. La noción de servicio público se refiere a aquellas actividades que satisfacen necesidades esenciales de la población. Así lo ha declarado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el recurso de amparo No 8-C-86 al señalar que *realmente se trata de un Servicio Público en tanto tienda a satisfacer en forma regular continua necesidades sociales básicas*. Y es precisamente el fin que se persigue —el interés público— el que justifica que su titularidad corresponda al Estado. Así, el concepto de servicio público<sup>3</sup> adquiere unas características propias: (a) sistematiza aquella parte de la actuación administrativa, que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la administración a través de una organización montada por razones de interés público; (b) su caracterización como servicio público no prejuzga la forma de gestión que se elija para satisfacer y garantizar a los usuarios su prestación continua y uniforme; (c) su titularidad corresponde al Estado y sólo éste podrá organizar la prestación del servicio. El Estado tiene la titularidad exclusiva precisamente por la reserva que a su favor hace la Constitución<sup>4</sup>. Y por esta razón es, precisamente, que puede optar por un sistema de gestión indirecta, sin que ello implique la cesación de sus responsabilidades en la reglamentación, imposición de condiciones, vigilancia y garantía del servicio.

En el texto constitucional se encuentran varios artículos en consonancia con esta idea, concretamente imponen al Estado la obligación de mante-

ner “*un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales de... seguridad social*” (Art. 44, inciso segundo), “*regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas*” (Art. 110) e, incluso, le otorgan la facultad de asumir su administración directa para asegurar la continuidad del servicio cuando *los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social*” (Art. 112).

La Constitución guarda silencio y no dice nada sobre la gestión de los servicios en régimen de monopolio, en congruencia con el reconocimiento del principio de libertad económica hecho por el artículo 102, siempre que éste no se oponga al interés social.

Estamos afirmando que, de acuerdo con los preceptos constitucionales, nada impediría que las administradoras de fondos de pensiones pudiesen concurrir con el Estado a la prestación del servicio, tal y como ocurre en materia de educación, salud, etc. Sin embargo, que puedan concurrir no implica que el Estado pueda relevarse totalmente de la prestación de ese servicio, dado que los preceptos y mandatos consignados en la Constitución le son de obligatorio cumplimiento (Art. 246). Asimismo, la Constitución establece el derecho de toda persona a contratar libremente, así que no vemos cómo es posible que, sin interés público de por medio, se pueda imponer a los trabajadores la necesidad de contratar necesariamente al sistema privado de ahorro de pensiones. Este tema es tratado con más detalle en otro punto de este informe.

En definitiva, si el Estado es el principal responsable de la prestación del servicio —pues a él corresponde, exclusivamente, su titularidad—, puede elegir prestarlo por sí mismo —a través del Instituto Salvadoreño del Seguro Social— o permitir la concurrencia de los particulares en un régimen de concesión.

3. Partimos de una concepción de servicio público en sentido estricto. Es decir, en este punto nos separamos de la concepción amplia de la escuela realista francesa: Duguit, Jéze, Hariou. La escuela realista considera como servicio público toda la actividad de la administración pública.
4. Esta es la opinión de la doctrina que nosotros sostenemos. Concretamente, García de Enterría señala que “todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que sólo puede organizarlo la Administración titular del mismo, en cuanto que es una competencia exclusiva.” Garrido Falla añade que es precisamente el poder general de policía que tiene la Administración, el que justifica estas reglamentaciones administrativas.

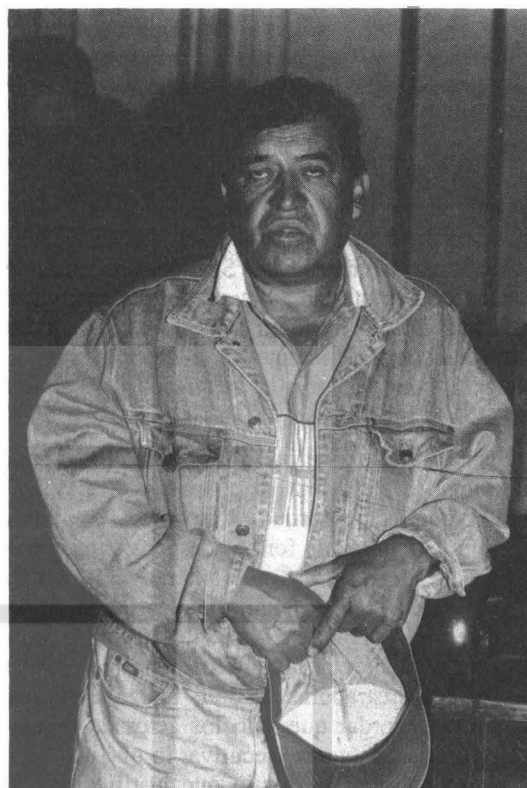


En el proyecto de ley pareciera que el legislador ha optado por un sistema de gestión indirecta del servicio público. Sin embargo, de las disposiciones del proyecto no puede deducirse claramente cuál es la naturaleza jurídica de esta relación Estado-administradoras de fondos de pensiones. Y ello adquiere especial importancia si, tal y como sostenemos, lo que se ha hecho a través del proyecto es condenar al sistema de seguridad social público a su total desaparición.

Con el objeto de aclarar la naturaleza de estas relaciones, valgan las siguientes consideraciones. La forma más típica de gestión indirecta del Estado es la concesión. En sus orígenes, la concesión fue la técnica empleada para la ejecución de las obras públicas, y así aparece consagrada en nuestro texto constitucional. Empero, no hay ninguna razón que impida la aplicación de la técnica administrativa de la concesión de un servicio público. De hecho, la Sala de lo Constitucional ha establecido claramente que se puede gestionar un servicio público en un régimen de concesión. Así, en el recurso de amparo No 8-C-86 aclara que *"en el caso de la concesión a CAESS, como ya se manifestó, por el simple hecho de caducar la concesión nació automáticamente la facultad y la obligación para el Estado de prestar el servicio público de alumbrado eléctrico a los usuarios de dicha empresa"*, es decir, la técnica de la concesión no es exclusiva de la ejecución de obras públicas, sino que puede aplicarse, y de hecho se hace, a la prestación de servicios públicos.

¿Y cuáles son los elementos característicos de las concesiones públicas? En primer lugar, la administración debe aparecer como titular del servicio, encomendando a un particular su explotación y que asuma los riesgos económicos que la actividad conlleva a cambio de una contraprestación. Para el caso que nos ocupa, las administradoras de fondos de pensiones obtendrían como retribución por su actividad la comisión pagada por los usuarios del servicio.

En segundo lugar, la administración debe disponer de un poder originario para controlar el servicio concedido y hacer que éste se preste en las condiciones reglamentadas. En el proyecto se esta-



blece la necesidad de que la Superintendencia conceda la autorización para que las administradoras de fondos de pensiones puedan iniciar sus actividades (Art. 25 del proyecto). Además, la situación jurídica de las administradoras de fondos de pensiones se regula por los preceptos unilateralmente dictados por el legislador y la administración. El

servicio así concedido ha de prestarse por el concesionario aunque nada impide que éste transmita o ceda sus derechos, previa autorización administrativa (Art. 39 del proyecto). La administración conserva la facultad de controlar las tarifas; es

más, el concesionario no podría modificarlas libremente sin el consentimiento de la administración, aunque en este punto el proyecto parece imponer solamente la necesidad de su comunicación (Art. 49, inciso final). Si las administradoras de fondos de pensiones pueden cambiar libremente la cuantía

---

Lo que se ha hecho a través  
del proyecto es condenar al sistema  
de seguridad social público  
a su total desaparición.

---

de sus comisiones, aún cuando la modificación se produzca dentro de los límites establecidos por el legislador, se estaría violentando el artículo 110 de la Constitución política, que expresamente se refiere a la obligación que tiene el Estado de “*regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas...*”.

La Superintendencia del Sistema de Pensiones dispone de la potestad sancionadora o correctiva, cuyo fundamento recae en la necesidad de que el Estado disponga de los medios adecuados para reclamar al concesionario la prestación del servicio (Art. 156 del proyecto).

En vista de lo anterior, ¿por qué es importante determinar la naturaleza de esta relación jurídica? Fundamentalmente porque el proyecto beneficia a las administradoras de fondos de pensiones con el empleo de prerrogativas administrativas y con la utilización de poderes exorbitantes como gestor de un servicio público. El artículo 20 inciso 3 del proyecto dispone que las liquidaciones efectuadas por las administradoras tendrán fuerza ejecutiva. Hemos de recordar que sólo los actos de la administración tienen fuerza ejecutiva, lo que nos obliga a preguntarnos qué es lo que justifica que se pueda predicar la ejecutividad de los actos de personas privadas. De ser así, las liquidaciones efectuadas por las administradoras de fondos de pensiones serán incluso más fuertes que las sentencias judiciales, que necesitan ser firmes para tener fuerza ejecutiva. La consideración de un acto de liquidación de estas sociedades administradoras como ejecutivo, equivale a decir que se les exime de la necesidad de acudir a los tribunales para conseguir una sentencia judicial que declare sus derechos en caso de que el usuario se oponga. Ningún particular —sea persona natural o jurídica— puede tomar la justicia por su mano y necesariamente ha de acudir a los tribunales. Sólo la administración, en virtud del principio de autotutela que garantiza la eficacia y agilidad de la gestión administrativa, está exenta de acudir a los tribunales para determinar obligaciones o imponer derechos. Sin embargo, no parece justificada la concesión de este privilegio a las administradoras de fondos de pensiones y, desde luego, a las empresas con las que éstas puedan subcontratar los servicios de “recaudación”. En efecto, el Art. 39 del proyecto dice que “*las Instituciones Adminis-*

*tradoras para el ejercicio de sus funciones, podrán contratar servicios con otras empresas como la recaudación...*”.

El último inciso del artículo 20 señala que un reglamento determinará el procedimiento administrativo por seguir para ejecutar las acciones de cobro. Sin perjuicio de que creamos que este artículo viola el principio de legalidad, es importante señalar que la indeterminación del procedimiento puede inducir a pensar que las administradoras de fondos de pensiones contarán con más facultades de las que tiene la propia administración tributaria. En efecto, ya es tradicional en el derecho tributario salvadoreño que la administración, a la hora de hacer efectivas las cantidades adeudadas por los contribuyentes, acuda al juez precisamente para proceder al embargo o ejecución de los bienes del administrado. En el proyecto se otorga a las administradoras de fondos un conjunto indeterminado de medios de ejecución, que tal vez pudieran ejecutar por sí mismas o a través de las empresas con las que subcontraten sin acudir al juez. Si el principio de autotutela pudiera justificar ese privilegio exorbitante de la administración, no vemos qué es lo que justifica su otorgamiento a favor de entidades privadas que actúan con fines de lucro. La única posibilidad para justificar esto es que las administradoras sean verdaderas concesionarias de un servicio público, lo que en definitiva no justificaría su concesión a perpetuidad, y ello porque la Constitución establece la necesidad de que se estipule un plazo en la concesión (Art. 120).

En realidad, en el Proyecto se ha acudido a una peculiar técnica de concesión administrativa sin monopolio, que sería el resultado de combinar el principio de libertad de empresa con la potestad administrativa de reglamentar los servicios prestados al público para salvaguarda del interés público, y que se confunde con lo que hoy se denominan “servicios públicos virtuales o impropios”.

Por otra parte, la función de garantía que corresponde al Estado no queda perfilada adecuadamente en el artículo 144 del proyecto, que no desarrolla de manera apropiada la garantía, limitándose a responder por las pensiones mínimas. El cumplimiento de la Constitución en este punto exigiría que el Estado asuma el pago de la integridad de las pensiones en caso de incumplimiento por las administradoras de fondos de pensiones. Tal responsabilidad del Estado debiera ser solida-



ria, porque sólo así se estaría protegiendo a cualquier trabajador que resulte afectado por la situación de insolvencia de las administradoras.

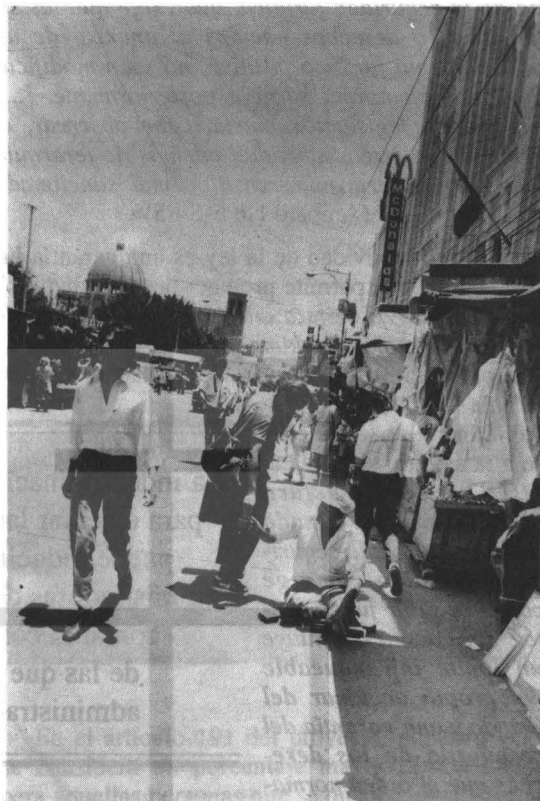
### **B. La asunción tripartita de los costos de la seguridad social**

El inciso tercero del artículo 50 de la Constitución determina que al pago de la seguridad social *"contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado..."*. Esta disposición constitucional establece la forma en que se contribuirá para el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social. Los costos de la seguridad social han de ser asumidos de forma tripartita: los beneficios de la seguridad social a que tiene derecho toda persona que se afilia son financiados por el mismo trabajador, el patrono y el Estado.

La Constitución en ningún momento releva de dicha obligación al Estado. Sí permite que en la ley secundaria se establezcan los porcentajes sobre el salario o la cantidad de dinero con que cada trabajador, el patrono y el Estado contribuirán al pago de la seguridad social. En el proyecto de ley se pretende cubrir la obligación constitucional del Estado de aportar al financiamiento de la seguridad social, con la supuesta garantía que, al momento en que las reservas técnicas acumuladas por el llamado Sistema Público de Pensiones se agoten, el Estado garantizará el pago de esas pensiones y de las pensiones mínimas en el sistema de ahorro para pensiones, según los artículos 144 y 193 del documento.

Más adelante, en el artículo 13, el proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones determina que durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias al Sistema, en forma mensual, por parte de los trabajadores y los empleadores, dejando por fuera al Estado. Este concepto es confirmado por el artículo 19 cuando dice que las cotizaciones establecidas en dicho capítulo deberán ser declaradas y pagadas por el empleador y el trabajador.

Las disposiciones mencionadas del proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, de una forma clara e inequívoca dejan por fuera al Estado en la contribución al pago de la seguridad social,



obligatorio por mandato constitucional, violándose así de manera flagrante el artículo 50 de la Constitución.

### **3.3. Violación al principio de irretroactividad de la ley: derechos adquiridos integrantes del patrimonio**

El artículo 21 de la Constitución establece la garantía constitucional de la irretroactividad de las leyes. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, esta garantía, originalmente establecida en el artículo 9 del Código Civil, ha sido consignada en la Constitución, de tal suerte que su inclusión en el texto constitucional le ha otorgado también jerarquía constitucional. Tal y como señala la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el principio de irretroactividad *"es necesaria y directa consecuencia de la garan-*

*tía de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos nacidos al amparo de un ordenamiento jurídico positivo, no sean modificados por una norma surgida posteriormente. [...] En nuestra legislación patria, cabe observar, el principio de irretroactividad además de jerarquía legal, posee jerarquía constitucional sancionado en el Art. 21..." (Amparo No 5-S-85)<sup>5</sup>.*

La irretroactividad de la ley es una garantía jurisdiccional que permite proteger la seguridad jurídica, esto es *"la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada"* (Amparo No 3-S-92). En igual sentido se expresa la Sala de lo Contencioso Administrativo al referirse a la seguridad jurídica: *"III. En la estructura organizativa del Estado de El Salvador, la seguridad jurídica emerge como un pilar fundamental, por cuanto constituye un límite infranqueable del propio accionar del Estado y una garantía del resguardo de los derechos que el orden normativo supone reconocer a la persona. IV. El Órgano Legislativo en el ejercicio de la atribución de legislar, se encuentra subordinado al respeto de los límites que le impone la ley fundamental, por consiguiente dicha función no es absoluta, ni ilimitada, sino una función condicionada."* (sentencia de 20 de marzo de 1991).

En aquellos ordenamientos en que nada dispone la Constitución sobre el principio de irretroactividad de las leyes, éste se encuentra consignado en los códigos civiles y no vincula más que a los jueces y funcionarios, pero no al legislador. Sin embargo, nuestro ordenamiento ha otorgado jerarquía constitucional al principio de manera que *"El legislador ordinario no puede violar ese precepto constitucional"*<sup>6</sup>.

La única posibilidad de que una ley tenga efecto retroactivo, afectando las situaciones y los derechos creados al amparo de una ley anterior, se re-

duce a los casos en que la propia ley sea calificada por el órgano legislativo como de orden público, y siempre que la Corte Suprema determine posteriormente que la misma ley tiene el referido carácter de orden público. Fuera de este supuesto, y cuando se trate de norma favorable al reo, el principio de irretroactividad de la ley se consagra de manera absoluta.

Varias doctrinas han venido a explicar las razones del por qué el principio de seguridad jurídica impide que una ley nueva pueda afectar a los derechos, situaciones y actos jurídicos creados al amparo de una ley anterior. En primer lugar, la teoría

---

La indeterminación del procedimiento para ejecutar las acciones de cobro puede inducir a pensar que las administradoras de fondos de pensiones contarán con más facultades de las que tiene la propia administración tributaria.

---

de los derechos adquiridos, cuya formulación puede resumirse así: la posible retroactividad de una ley nueva encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior. Desde luego que en los derechos no entran las meras esperanzas ni los futuribles que, por supuesto, no forman parte del patrimonio. Las

expectativas ciertas, por el contrario, forman parte del patrimonio. En segundo lugar, la doctrina del hecho jurídico planteado o del hecho cumplido, que propugna que cada hecho jurídico debe quedar sometido y regulado por la ley antigua, y si se produce bajo el imperio de la ley nueva, deber ser regulado por ésta.

Pues bien, con independencia de que elijamos una u otra teoría, las personas que ya se encuentran cotizando para el actual sistema de pensiones tienen, al menos, ciertas expectativas sobre derechos y bienes que deben darse en determinadas condiciones. Estas últimas no pueden ser alteradas.

La doctrina del derecho dice que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones, ya sean reales o personales, que una persona cuenta en su haber. Las personas que actualmente están afiliadas al sistema de pensiones público, administrado por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y

5. En igual sentido se expresan los Amparos No 8-C-86 y 17-C-90.

6. Esta opinión es clásica en la doctrina de nuestro país. Puede consultarse, entre otras, la Revista Foro No 3 de 1952.

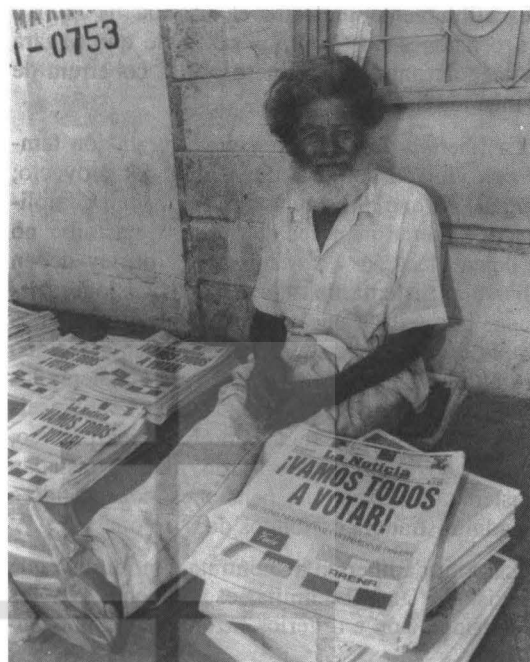


del Instituto Nacional de Pensiones a los Empleados Públicos, desde el momento de su afiliación adquirieron el derecho —que forma parte del haber patrimonial de cada afiliado al sistema público de pensiones— de gozar de las prestaciones otorgadas por dichos institutos.

Entre las prestaciones que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos concedió a los cotizantes, cabe mencionar la de gozar de una pensión por vejez en relación con el tiempo cotizado y la edad. En el proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, los requisitos para obtener la pensión aumentan. Así, en el caso de los hombres, la edad de jubilación se fijaba a los sesenta años, mientras que en el proyecto se exige que hayan cumplido los sesenta y cinco. Es suficientemente ilustrativo analizar el artículo 202 del referido proyecto, en el que se presentan dos tablas que contienen los requisitos de la edad cumplida, la edad y el tiempo de servicio para pensionarse.

A las personas afiliadas al Instituto Salvadoreño del Seguro Social en la actualidad se les exigen quince años de cotización, tomándoseles en cuenta los últimos treinta y seis salarios. En el proyecto esos requisitos varían en perjuicio del afiliado, de tal forma que se vulneran los derechos que los afiliados adquirieron al afiliarse y cotizar al Instituto Salvadoreño del Seguro Social y al Instituto Nacional de Pensiones a los Empleados Públicos, violentando así la garantía constitucional de irretroactividad de la ley. De igual manera, en el ordenamiento jurídico que rige al Instituto Salvadoreño del Seguro Social y al Instituto Nacional de los Empleados Públicos, se contemplan las pensiones reducidas o anticipadas. Unas y otras son suprimidas por el artículo 218 del Proyecto del Sistema de Ahorro para Pensiones, suprimiendo un derecho adquirido de conformidad con la ley anterior.

También se viola el derecho de propiedad en los artículos 231 y 232. El primero, por cuanto aquellos que no tienen el mínimo de cotizaciones exigidos, y tienen obligación de trasladarse al sistema privado, no podrán obtener el certificado de traspaso que es un reconocimiento de sus cotizaciones. Además, quienes decidan voluntariamente trasladarse al nuevo sistema tampoco obtendrán su certificado. En cuanto al artículo 231, el cálculo del certificado debería revisarse para concederle un valor que represente la expectativa cierta que ya forma parte del patrimonio de los cotizantes.



En el artículo 191 del proyecto, por otro lado, se considera un porcentaje mayor de cotización para aquellas personas que se queden en el sistema de pensiones público, porcentaje que, al sexto año de operaciones del sistema de ahorro para pensiones, es del 14 por ciento del salario del trabajador, costeadó a partes iguales por patrono y trabajador. En cambio, en el sistema de ahorro propuesto, el trabajador pagará el 3.25 por ciento de su sueldo, disparidad que es más evidente en el primer año de operación del sistema, pues en el sistema público, donde antes el trabajador no pagaba nada, ahora deberá pagar el 3.5 por ciento de su salario.

Al comparar lo dispuesto en los artículos 191 y 194 del proyecto de ley, en cuanto al porcentaje que debe pagar el empleador o patrono, se observa que el patrono, toda vez que el trabajador decida quedarse en el sistema público de pensiones, deberá cotizar y pagar en el sexto año el siete por ciento del salario. En la propuesta del sistema de ahorro para pensiones pagará el 6.05 por ciento. Esto constituye una forma velada de limitar la libertad de elección de las personas que actualmente están afiliadas al régimen del seguro social, administrado por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, y la de los afiliados al Instituto Nacional de Pensiones de Empleados Públicos, pues el trabajador



indiscutiblemente preferirá el sistema de ahorro para pensiones por la única razón de que pagará una menor cantidad de dinero por la cobertura de los mismos riesgos.

La libertad de elección y de contratación también es violada por el artículo 184 del proyecto; primero, porque a las personas que hayan cumplido o que fueren menores de treinta y seis años no les dejan elección y por ministerio de ley deben afiliarse al sistema de ahorro para pensiones; segundo, porque los que tengan treinta y seis años cumplidos y fueren menores de cincuenta y cinco años en el caso de los hombres, y de cincuenta las mujeres, deben manifestar dentro del plazo de seis meses su decisión de seguir en el sistema público, entendiéndose, en caso contrario, que se trasladan al sistema de ahorro para pensiones, contratando a una administradora de fondos de pensiones.

La referida libertad de contratación implica que el legislador no debe limitar ese derecho, si no es en consideración a criterios razonables y, por tanto, justos.

### **3.4. Violaciones a los principios de legalidad de las actuaciones de los funcionarios, de regularidad jurídica y de reserva de ley**

El artículo 86 de la Constitución limita las atribuciones de los funcionarios a las que expresamente le sean concedidas por la ley. Es decir, el principio de legalidad es formulado positivamente para la administración pública frente a la regla general que se establece para los particulares que pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe (Art. 8 de la Constitución).

De este principio constitucional se derivan importantes consecuencias. Todo acto administrativo debe ser dictado por la autoridad o funcionario a quien la ley le haya atribuido expresamente esa facultad, so pena de nulidad. Efectivamente, la existencia de un precepto legal —emanado del órgano legislativo y no del ejecutivo— que conceda la potestad y la competencia del funcionario o autoridad administrativa es requisito indispensable para la legalidad de los actos que éstas dicten, de manera que si éstas actúan sin ella el acto será ilegal, y podrá ser impugnado por los administrados ante la Sala de lo Contencioso Administrativo. El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dispone "*Corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa el conoci-*

*miento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública*", entendiendo como administración pública "*el Poder [Órgano] Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado*".

Lamentablemente, no disponemos en este momento de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema de Pensiones, pero es conveniente observar que para cumplir con el mandato constitucional de "*regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas*" (Art. 110 de la Constitución), la Superintendencia no contará con más facultades que las que expresamente le conceda la ley. Ningún otro reglamento de ejecución elaborado posteriormente podrá violentar el principio de regularidad jurídica, atribuyendo a este organismo del Estado más facultades de las que hayan sido previstas por el legislador. El Órgano Legislativo debe poner en esto especial cuidado porque es una práctica tradicional que los vacíos legales sean llenados por las disposiciones emanadas del órgano ejecutivo, y ello, en lo que se refiere al inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, viola el principio de regularidad jurídica que debe entenderse como la "*relación de correspondencia y conformidad que debe existir entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico. El principio mencionado debe cumplirse en todos los extractos del ordenamiento, pues la norma que determina la creación de otra es superior a ésta.*" (amparos No 3-92 y 6-92 acumulados).

Sin embargo, todavía no hemos acabado de completar el cuadro. Es importante recalcar que el principio de supremacía constitucional también tiene como consecuencia el principio de reserva de ley, es decir, hay ciertas materias cuya regulación ha de estar reservada a la ley puesto que suponen la limitación de los derechos de los ciudadanos, y no olvidemos que estos pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba. Mucho habría que decir en este tema, pero no es ahora la oportunidad. De nuevo conviene resaltar que los reglamentos, y en consecuencia la ordenanzas, instructivos y circulares, no pueden limitar la esfera jurídica de los administrados. Estas limitaciones corresponden en exclusiva al Órgano Legislativo.

Sin ánimo de agotar el tema, queremos hacer algunas referencias a los artículos del proyecto. El

artículo 9 determina que *“los trabajadores agrícolas y domésticos serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo. Para su afiliación se dictará un Reglamento especial”*. En igual sentido se expresa el artículo 14 que también nos remite al reglamento en lo tocante a los *“aprendices, trabajadores agrícolas y otros cuyos ingresos sean inferiores”* al salario mínimo legal. Pues bien, las condiciones en las que se va a regular la afiliación de estos trabajadores, así como la determinación de la base para el cálculo de las cotizaciones, en cuanto suponen una limitación de los derechos de estos trabajadores, deberán estar consignadas en una ley y no, como pretende el proyecto, en un reglamento especial.

Tampoco entendemos cómo el inciso cuarto del artículo 20 del proyecto puede remitir a un reglamento sobre el procedimiento administrativo a seguir para ejecutar las acciones de cobro. El procedimiento administrativo es otro de los elementos reglados del acto que tiene como misión fundamental proteger los derechos de los administrados, en especial sus derechos de defensa y audiencia. De esta manera, todo acto administrativo que se dicte sin seguir el procedimiento establecido en la ley, es ilegal. No es acorde con las exigencias de un Estado de derecho conceder a la administración la facultad de dictar reglamentos en los que se establezcan procedimientos, que equivalen a decir que los funcionarios están menos atados que los propios jueces — sometidos en forma tajante a las leyes procesales — a las formalidades que el ordenamiento establece, precisamente como garantía para salvaguardar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

### 3.5. La potestad sancionadora de la administración: aplicabilidad de los principios constitucionales y del proceso penal

El artículo 14 de la Constitución política ha legitimado el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Sin embargo, esta potestad




---

El principio de supremacía  
constitucional tiene como consecuencia  
el principio de reserva de ley.  
Algunas materias deben estar  
reguladas en la ley, ya que suponen  
la limitación de los derechos  
de los ciudadanos.

---

no es ilimitada, sino que es la propia Constitución la que determina en qué medida la administración pública puede sancionar y qué principios deben respetarse en todo caso. El referido artículo establece que *“la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a*

*las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto de hasta por cinco días o con multa”*. Este criterio es compartido por la más autorizada doctrina y, de hecho, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia asegura que los principios decantados de la teoría general del delito han de aplicarse *“como ineludible requisito”* a la potestad sancionadora de la administración. Concretamente, en los recursos de inconstitucionalidad 3-92 y

6-92 se destacan: el principio de tipicidad, el principio de legalidad formal, la interdicción de la analogía<sup>7</sup>, la prohibición de retroactividad, la regla del *re bis in idem*, el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

A partir de la premisa de que estos principios son aplicables al ámbito administrativo sancionador, veamos concretamente de qué dispone el proyecto en el Título II, relativo al Régimen de Infracciones y Sanciones (artículos 150 y ss.).

De manera general se establece la competencia para imponer las sanciones a la Superintendencia del Sistema de Pensiones. Atribuida la potestad, es aconsejable que la ley orgánica regule asimismo al funcionario a quien se otorgue la competencia para sancionar. Y ello conforme al artículo 86.3 de la Constitución política.

El proyecto describe en los artículos 157 y siguientes, las conductas que serán consideradas como infracciones, es decir, la ley establece la tipicidad de las conductas. Serán éstas y no otras las que puedan ser sancionadas. El principio de tipicidad impide que un reglamento futuro pudiera ampliar las infracciones a nuevas conductas, o describir más pormenorizadamente las contenidas en la ley.

Otros son los aspectos que debieran contemplarse en la ley y que, sin embargo, no lo han sido, como la determinación exacta de todas las sanciones, sus clases y cuantías. Observamos que el proyecto incorpora una sanción genérica cuyos límites son muy vagos y suponen la atribución de una potestad discrecional a la Superintendencia.

El artículo 180 permite que sea sancionado “el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones” consignadas en el proyecto, con una multa de diez mil a cien mil colones. Esto significa que el funcionario que tenga la competencia para sancionar,

según lo que disponga la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, gozará de una potestad discrecional, de un margen de apreciación subjetiva, para imponer una multa sin parámetro alguno de referencia de parte del legislador.

En el plano de las exigencias materiales del Estado de derecho es necesario propugnar la rigurosidad del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas. Ello supone que el legislador deberá hacer el máximo esfuerzo a la hora de salvaguardar la seguridad jurídica en la definición de las infracciones y las sanciones.

### 3.6. Principio de igualdad y la prohibición de toda clase de discriminación: artículo 3 de la Constitución

El artículo 3 de la Constitución establece que todas las personas son iguales ante la ley y que no se pueden hacer distinciones, ni restricciones de ningún tipo, que se basen en los aspectos sexo, raza y nacionalidad.

El proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones formula un tratamiento distinto para las personas que se basa en el sexo y la edad, pues a las mujeres se les exige menor tiempo de cotización (Art. 104). En realidad, tanto para el hombre como la mujer debiese de fijarse, por ejemplo, la edad de 50 años.

### 3.7. Violación del artículo 220 de la Constitución

El primer inciso del artículo 220 de la Constitución dice: “Una ley especial regulará lo pertinente al retiro de los funcionarios y empleados públicos y municipales, la cual fijará los porcentajes

---

7. Los requisitos que se imponen a la norma jurídica son los de *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*, que establecen un cierto grado de precisión de la ley penal, es decir, exhaustividad, excluye la analogía y sostiene que la ley formal es la única fuente del derecho penal. Deriva de la primera y segunda exigencia el “mandato de determinación” o “principio de determinación”, que puede verse como un aspecto material del principio de legalidad, o como efecto del principio del Estado de Derecho, y que se concreta en la necesidad de que las conductas consideradas como delitos se encuentren suficientemente explicadas o concretizadas. Vid. por todos: Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*; Baumann, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*; Maurach, R. y Zipf, H. *Derecho Penal. Parte General*; Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*; Wessels, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*; etc.



de jubilación a que éstos tendrán derecho de acuerdo a los años de prestación de servicio y a los salarios devengados”.

El proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se aplica a los trabajadores del sector privado y del sector público, tal como lo establece el inciso segundo de su artículo 6, considerando, a tales efectos, como trabajadores dependientes a todos los que tengan una relación de subordinación laboral tanto en el sector privado como en el sector público y municipal.

Entre los aspectos que el proyecto destaca para conceder el goce de una pensión resaltan la edad, el tiempo cotizado y el salario, exigencias que son inconstitucionales para los empleados públicos y municipales, pues la Constitución sólo exige tiempo de servicio y salario.

Además, no puede regularse en una sola ley lo relativo a las pensiones de los empleados privados y públicos; para estos debe dictarse una ley especial.

### **3.8. Violación al numeral tercero, del artículo 38 de la Constitución**

En el numeral tercero del artículo 38, se determina que el salario y las prestaciones sociales no

se pueden retener, salvo por obligaciones de seguridad social.

Mientras, el artículo 14 del proyecto de Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece que el ingreso base para calcular las cotizaciones de los trabajadores será el salario mensual que devenguen o el subsidio respectivo de incapacidad por enfermedad. Más abajo, en el artículo 16, señala la forma y los porcentajes de constitución de las cotizaciones, y en su artículo 19 establece la obligación para el empleador de declarar y pagar las cotizaciones; además, establece que el empleador deberá descontar el monto de las cotizaciones del ingreso base de cotización -que no es más que el salario.

Sin duda, los legisladores deben analizar con más detenimiento el proyecto y atender, sobre todo, si responde o no a las características de seguridad social. Precisamente nuestra primera cita se refiere a la opinión de un respetable autor de derecho mercantil, que establece los criterios de distinción del seguro social. Si estos no se respiran en el proyecto, el descuento estipulado en el artículo 19 del mismo sería también inconstitucional.