

C-No.51

Panamá, 28 de febrero de 2003.

Licenciado  
ERYX TEJADA HIM, M.A.  
Secretario Ejecutivo del  
Sistema de Ahorro y Capitalización  
de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP)  
E. S. D.

Señor Secretario Ejecutivo:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que nos consultaren sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No. SIACAP-N-No.118-2003 de 4 de febrero de los corrientes con la cual requiere nuestro criterio sobre la situación detallada a continuación:

*“Como es de conocimiento general, al inicio de operaciones del SIACAP, la Caja del Seguro Social (CSS) transfirió la base de datos con información de los servidores públicos que habían hecho aportes al Fondo Complementario de prestaciones sociales desde 1975 hasta la entrada en vigencia de la Ley 8 de 6 de febrero de 1997, y los recursos correspondientes a dichos aportes.*

*Recordemos que la mayor parte fueron reconocidos por el Estado mediante una emisión de bonos de reconocimiento.*

*Debido a diversos factores, entre ellos la falta de depuración de la base de datos, la CSS llevó a cabo el pago de prestaciones con cargo al fondo complementario de personas que poseen un registro en la base de datos y cuyo dinero se encuentra en el SIACAP, por lo que ha sido requerido por el Contralor General de la República para que se reintegre al Tesoro Nacional, situación que ha sido reconocida por el Consejo de Administración del SIACAP (CODA) en todo momento.*

*No obstante la aceptación por parte del CODA de transferir los recursos solicitados por el señor Contralor, ha surgido una diferencia de criterios:*

- si los mismos deben ser transferidos con los rendimientos **descontando las comisiones cobradas por los servicios** de las entidades registradoras pagadoras y las administradoras de inversiones (opinión del CODA).
- si éstos deben ser transferidos con los rendimientos pero **sin descontar las comisiones cobradas** por las entidades registradoras pagadoras y las administradoras de inversiones (opinión de la Contraloría).

Para ilustrarla acerca del tema en cuestión, consideramos importante mencionarle que **tanto la entidad pagadora como las entidades de inversiones del SIACAP cobran una comisión porcentual de cada cuenta individual por sus servicios**, con fundamentos en los contratos de servicios suscritos por los representantes de éstas y el representante legal del CODA.

En el caso de la primera, dicha entidad tiene a su cargo los servicios de apertura de las cuentas, el registro en las mismas de los rendimientos obtenidos por las administradoras y el pago de las cuentas a los afiliados cuando cumplen con los requisitos que establece la Ley 8 de 1997.

Por otro lado, las entidades administradoras de inversiones cobran una comisión porcentual (0.65%) de cada cuenta individual por razón del servicio que brindan al SIACAP que consiste en invertir los recursos encomendados a ellas y reportarlo a la entidad registradora pagadora.

Resaltamos el hecho de que en los respectivos contratos de servicios consta que **el pago por las comisiones en referencia representa una obligación para el CODA frente a dichas entidades**, lo cual fue ampliamente tratado durante el desarrollo de las licitaciones internacionales que se efectuaron para su selección.

Sin embargo, en ese momento no se previó la existencia de registros en la base de datos de personas que recibirán posteriormente un pago por parte de la CSS y cuyo saldo tendría que transferirse a otra institución, en este caso a la Contraloría General de la República por tratarse del Tesoro Nacional, por lo que se efectuó la apertura de esas cuentas y el registro en las mismas de los rendimientos obtenidos por las entidades administradoras de inversiones, las que reportaron el rendimiento obtenido, servicios éstos por los que cobraron en la forma establecida en los pliegos de cargos, en los contratos suscritos, en la Ley 8 de 1997 y su reglamentación.

**En adición al tema expuesto en nuestra consulta sobre las comisiones, ha surgido también la inquietud respecto a la facultad de la Contraloría General de la República para ordenar al CODA el reembolso en cuestión**, con fundamento en que esa institución es el primer órgano de fiscalización y control del movimiento y manejo de los tesoros públicos (Nota No. 145-2002-DMySC de 31 de octubre de 2002 suscrita por el señor Contralor), ya que la **Ley 8 de 1997 en sus artículos 7 y 8** contempla que el CODA tiene las facultades de administrar, orientar,

*vigilar y fiscalizar el funcionamiento general y la buena marcha del SIACAP, cuyos recursos son privados.*

*Opinión del Departamento de Asesoría Legal del SIACAP*

*Debemos partir del hecho de que la forma como está concebido el SIACAP como un sistema de cuentas individuales en las cuales se registraron los datos de sus afiliados y los recursos correspondientes, los cuales, tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 8 de 1997, **al ingresar en las cuentas individuales se constituyeron en fondos privados**, no se previeron situaciones como la expuesta ya que desde el inicio no se contó con una base de datos depurada.*

*No obstante lo anterior, las entidades que forman parte de este sistema y el CODA del SIACAP, como organismo fiscalizador del mismo, han colaborado en todo momento, en coordinación con otras instituciones públicas, para corregir, en la medida de lo posible, los errores de la referida base de datos.*

*Para efectuar esta actividad y para lograr transferir dinero al Tesoro Nacional en ocasiones anteriores y a la CSS, como administradora del Plan de Retiro Anticipado Autofinanciable a los maestros y profesores, **la entidad registradora pagadora ha efectuado los servicios por los que ha cobrado una comisión porcentual de cada cuenta en el sistema, así como también las entidades administradoras de inversiones que han realizado inversiones y reportado rendimientos registrados en todas las cuentas.***

*Es opinión de este departamento que el recurso que por alguna razón debe salir del sistema, debe contener los rendimientos obtenidos descontadas las comisiones cobradas por las referidas entidades, ya que mientras estuvo en el SIACAP, el mismo formó parte del Fondo General de este sistema y **no sería ni justo ni legal pasar el costo de los servicios descritos al resto de los afiliados** ya que eso sería lo que ocurriría si no se descuentan.*

*Respecto a la facultad del **CODA** del SIACAP de vigilar estos recursos, debemos mencionar que **le corresponde a este organismo decidir la forma como se van a transferir los recursos**, así como autorizar el descuento de las comisiones cobradas por las entidades que operan dentro del sistema.*

*Esta opinión se fundamenta en las disposiciones contenidas en la Ley 8 de 1997 y su reglamentación, así como en los contratos de servicios suscritos con las entidades que hemos mencionado.”*

**Este despacho concuerda con el criterio externado por vuestros Asesores Legales** en cuanto a la facultad que posee el CODA del SIACAP para decidir la modalidad de transferencia de los recursos registrados en las cuentas individuales a considerarse fondos privados, así como la potestad para

autorizar el descuento de las comisiones cobradas por las entidades que operan dentro del sistema.

Cierto es que la Contraloría General de la República es el primer órgano de fiscalización y control del movimiento y manejo de los tesoros públicos. No obstante, **esta investidura no la faculta para ordenar al CODA del SIACAP la transferencia al Tesoro Nacional de las comisiones cobradas por las entidades registradoras pagadoras y administradoras de inversiones** en razón de servicios prestados por manejar las cuentas de las personas que posteriormente recibirían un pago por parte de la CSS y cuyo saldo tendría que transferirse a otra institución, en este caso a la Contraloría General de la República por tratarse del Tesoro Nacional.

Efectivamente, en los respectivos contratos de servicios suscritos por los representantes de las entidades registradoras pagadoras y administradoras de inversiones y el representante legal del CODA, consta que **el pago por las comisiones en referencia representa una obligación para el CODA frente a dichas entidades.**

A manera de ejemplo, citamos las **cláusula quinta y décima primera del contrato de servicios** suscrito entre el CODA del SIACAP y la entidad registradora pagadora, publicado en la **Gaceta Oficial No. 23,777 de 19 de abril de 1999**, que a la postre señala:

*“Cláusula quinta. Precio del contrato: **El Consejo de Administración del SIACAP se obliga a pagar, con los recursos del SIACAP, una comisión porcentual anual por servicios ordinarios, establecida al momento de la adjudicación, la cual se aplicará a partir del inicio de operaciones con base en el saldo total de las cuentas individuales por afiliado; según se establece en el punto 17, numerales 17.3, 17.4, 17.5, 17.6, 17.13 del Pliego de Cargos.***

*Los servicios adicionales los cobrará la Registradora Pagadora, al afiliado al momento de suministrársele los servicios adicionales de acuerdo al precio unitario fijo propuesto originalmente al momento de la adjudicación.*

*Cláusula décima primera. Obligaciones del Consejo:*

*El Consejo tendrá la obligación de:*

*...*

*ii. Pagar las comisiones a la Registradora Pagadora de acuerdo a lo establecido en la cláusula quinta del presente contrato.*

*...”*

De lo anterior podemos concluir, como bien indican vuestros Asesores Legales, que no sería ni justo ni legal pasar al resto de los afiliados el costo de los servicios descritos y efectuados a beneficio de los recursos que, a solicitud del Contralor General de la República, deben salir del SIACAP para que se reintegren al Tesoro Nacional, ya que la comisión porcentual anual por

servicios ordinarios se aplica con base en el **saldo total de las cuentas individuales por afiliado.**

Reiterando todo lo indicado, a continuación transcribimos las consideraciones expuestas por este despacho en el dictamen **C-No.107 de 11 de mayo de 2001**:

1. *La contribución especial voluntaria por el monto del dos por ciento (2%), que se descuenta del salario mensual de todo funcionario público, que se encuentre afiliado al SIACAP, **no constituye ni representa en ningún momento fondos públicos, susceptibles de ser fiscalizados por la Contraloría General de la República**; ello en virtud de que dicha contribución es de carácter libre y voluntaria la cual ingresa en cuentas individuales que se abrirán a nombre de cada contribuyente.*

2. *El SIACAP no solo lo constituyen funcionarios públicos, también pueden pertenecer o afiliarse al mismo, cualquier ex-servidor público que podrá hacer contribuciones voluntarias a su cuenta individual, conforme lo establezca el reglamento. Esta característica demuestra, que **el aporte o contribución que haga un servidor o ex-servidor público, es de carácter totalmente privado, y no amerita la intervención de la Contraloría General de la República en su cuenta individual en el SIACAP.***

3. *El aporte mensual de tres décimos del uno por ciento (0.3%) que otorga el Estado, de los salarios devengados por los servidores públicos incluidos en el SIACAP, son en sus inicios fondos públicos; no obstante **una vez que estos fondos ingresan en las cuentas individuales de los afiliados, se constituyen en fondos PRIVADOS, por imperio de la Ley y, serán remitidos directamente a la entidad administradora de inversiones** escogida por el servidor público o ex-servidor público correspondiente.*

4. *La realización de la Auditoría de Cuentas y de Manejo de los recursos del SIACAP se hará en forma mensual y anual, por una firma independiente de auditores. **Esta función de carácter privado, excluye la participación de la Contraloría General.***

5. *Tal y como lo establece el artículo 13 de la Ley N°.8 de 1997, los datos, consignaciones y, en general, **cualquier registro de las cuentas individuales son confidenciales** y, en consecuencia, no podrán ser dados a conocer a terceras personas, salvo con autorización expresa del afiliado o en los casos de solicitud o disposición judicial.*

*Esta restricción, a juicio de esta Procuraduría se hace extensiva para la Contraloría General de la República.*

6. ***Compartimos el criterio expresado por ustedes, cuando señalan que las sumas depositadas en la cuenta individual de cada afiliado y sus réditos son propiedad de éste; condición que hace imposible y no***

***viabile la fiscalización por parte de la Contraloría General de la República.***

*7. Cabe destacar que según la legislación del SIACAP, los servidores y ex servidores públicos que cobraron una indemnización en virtud de las cuotas aportadas al Fondo Complementario, sólo tendrán derecho a un bono de reconocimiento por las cuotas aportadas posteriormente.*

*8. Por disposición legal, **corresponde al Consejo de Administración del SIACAP, orientar, vigilar y fiscalizar el funcionamiento general y la buena marcha del SIACAP, así como instruir y ordenar lo conducente a las entidades que tengan a su cargo la ejecución de operaciones de registro, pagaduría y de inversión de los recursos del SIACAP;** no obstante, con el fin de ejercer adecuadamente estas funciones, tendrán las facultades necesarias que determine el reglamento.*

*9. Las contribuciones de cada servidor público ingresarán en una cuenta individual que a cada uno de ellos abrirá la Entidad Registradora Pagadora, donde además de las contribuciones se sumarán el resto de los aportes a los que se refiere el artículo 2 de la Ley.*

*10. Somos de la opinión, que **la Ley N°.8 de 1997, por la cual se crea el SIACAP, sólo deja la posibilidad de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República, en los siguientes aspectos:***

- a. Para supervisar y garantizar que se efectúen realmente las retenciones de los servidores y ex-servidores públicos. (Retención de los Descuentos).*
- b. Para supervisar que se realicen en debida forma, los pagos al SIACAP.*
- c. Supervisar y garantizar la completa ejecución del presupuesto o fondos asignados al SIACAP, en una determinada vigencia fiscal. (Todo lo relacionado con el presupuesto de funcionamiento y de inversiones).*

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMde F/111/cch.