

Mediante fallo de 27 de diciembre de 2007, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema de Justicia declara que es ***NULO POR ILEGAL*** el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995, por el cual se reglamenta la constitución, administración, supervisión de los fondos de cesantía que se establezcan en virtud del Capítulo III del Título VI del Libro I del Código de Trabajo.

Antecedentes

La Ley 44 de 1995 introdujo la figura del fondo de cesantía en el Código de Trabajo al establecer, en el artículo 229 A, que los empleadores establecerán un fondo con la finalidad de reservar el dinero suficiente para pagar al trabajador cuando se termine la relación laboral:

- La prima de antigüedad y
- La indemnización que proceda por despido injustificado o por renuncia justificada.

Según lo establecido en el artículo 229 B del Código de Trabajo, el fondo de cesantía se constituye mediante el depósito periódico de cuotas que el empleador aporta trimestralmente a un fideicomiso que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1 de 1984, es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

Asimismo, el artículo 229-C del Código de Trabajo dispone que las personas autorizadas para la administración de los fideicomisos antes mencionados, son las mismas entidades autorizadas por la Ley 10 de 1993 (para la administración de fondos complementarios de retiros y jubilación), haciendo de esta forma remisión a otro cuerpo normativo separado.

Por lo tanto, con base en la remisión que hace el artículo 229-C del Código de Trabajo al artículo 4 de la Ley 10 de 1993, se desprende que las personas jurídicas autorizadas para emitir y administrar fondos de cesantía son las siguientes:

- Los bancos con licencia general, incluyendo al Banco Nacional de Panamá.
- Compañías de seguro autorizadas para operar en el país.
- Fideicomisos constituidos de conformidad a las Leyes de la República de Panamá que sean administrados por:
 - Empresas con licencia fiduciaria expedida por la Superintendencia de Bancos.
 - Administradores de inversión registrados en la Comisión Nacional de Valores.

El desempeño de estas funciones de administración debe hacerse dentro de ciertos parámetros previamente determinados en el Capítulo III del Título VI del Libro I del Código de Trabajo y en el Decreto Ejecutivo 106 de 1995 que reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía. Sin embargo, con respecto al manejo de las inversiones, el artículo 229 D del Código de Trabajo expresa que las mismas se realizarán conforme lo estipulado en la Ley 10 de 1993 y los principios universales de diversificación de cartera y preservación de capital. A continuación se cita el texto del artículo 229 D del Código de Trabajo:

“Artículo 229 D:

Para el manejo de las cotizaciones confiadas en fideicomiso, los administradores calificados las invertirán de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 10 de 1993 y sus reglamentos, y desempeñarán sus funciones siguiendo principios universales de diversificación de cartera y preservación del capital.

De conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, los administradores procurarán la inversión en títulos hipotecarios, o con respaldo hipotecario, para viviendas e inversiones en actividades económicas que generen mano de obra intensiva en el país o que propicien la diversificación de la economía.

Los administradores podrán, a través de las instituciones de crédito, asignar parte de las cotizaciones del fondo a programas de préstamos personales de menor cuantía para los trabajadores, a intereses competitivos del mercado.” (El subrayado es nuestro)

En su redacción original, el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 permitía que los fondos de cesantía se invirtieran en depósitos bancarios, instrumentos hipotecarios y cualquier otro activo que autorizara la Comisión Nacional de Jubilación y Pensiones, tal cual se puede apreciar en el texto que se cita a continuación:

“Artículo 8: Los fondos captados a través de los planes a los que se refiere esta ley podrán invertirse en depósitos en Bancos de Licencia General, en hipotecas, en cédulas hipotecarias, en participaciones en hipotecas o bonos respaldados por garantías hipotecarias emitidos por Bancos Comerciales o Bancos Hipotecarios que hayan sido debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Comercio e Industrias (MICI), para su venta en oferta pública, y en aquellos otros activos, que de tiempo en tiempo autorice la Comisión Nacional de Jubilaciones y Pensiones.”

Con la entrada en vigencia del Decreto Ley 1 de 1999 (que crea la Comisión Nacional de Valores y regula el mercado de valores de Panamá) se introdujeron importantes modificaciones a la Ley 10 de 1993, entre las cuales se encuentra la de asignar a la Comisión Nacional de Valores la responsabilidad por la supervisión y fiscalización de los planes de jubilaciones y pensiones privados en la República de Panamá. En el tema de la política de inversiones, se modificó el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 (a través del artículo 277 del Decreto Ley 1 de 1999) quedando el mismo así:

“Artículo 8:

Los fondos captados por los planes deberán ser invertidos por su administrador de inversiones de conformidad con los objetivos y las políticas de inversión establecidos en los términos del plan e indicados en el prospecto. La Comisión Nacional de Valores podrá mediante acuerdo dictar parámetros de inversión para asegurar que los objetivos y las políticas de inversión de los planes son cónsonos con los objetivos y los fines de planes de jubilación y pensión. “ (El subrayado es nuestro)”

Para propósitos de claridad, reiteramos que la vinculación del tema relativo a los Fondos de Cesantía con estas normas deviene de la remisión que hace el propio Código de Trabajo a las normas de la Ley 10 de 1993, que rigen un tema distinto, a saber, los fondos de jubilados y pensionados en la República de Panamá.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 106 de 1995 que reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía, establece en su artículo 34 las cuatro categorías de instrumentos financieros en que pueden ser invertidos los fondos de cesantía:

“Artículo 34:

Los fondos captados a través de los fideicomisos de cesantía en base a la Ley 44 y a este Decreto, podrán invertirse en los siguientes instrumentos:

- 1. Hipotecas, cédulas hipotecarias, participantes en hipotecas, bonos hipotecarios para financiamiento de viviendas y otros instrumentos hipotecarios emitidos por bancos oficiales y demás bancos con licencia general.*
- 2. Depósitos en bancos oficiales y demás bancos con licencia general.*
- 3. Títulos valores emitidos por el Estado o por entidades del sector público con aval del Estado.*
- 4. Títulos valores registrados en la Comisión Nacional de Valores (CNV) y listados en bolsa o en cualquier otro mercado autorizado por la CNV que permita una negociación pública, abierta, líquida y transparente.”*

De lo antes descrito, se puede apreciar que existen dos disposiciones dentro de cuerpos normativos diferentes regulando el tema de las inversiones autorizadas para los fondos de cesantía, que son el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 (por remisión del artículo 229 D del Código de Trabajo) y el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995, que es el texto legal que reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía.

Estos artículos no son complementarios, sino más bien contradictorios, al establecerse una política abierta de inversión en el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 y una política de carácter restrictivo en el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995; ya que el primero señala que las inversiones se harán conforme lo indicado en los términos del plan e indicados en el prospecto y el segundo enumera taxativamente los instrumentos financieros en los cuales se pueden invertir los fondos de cesantía.

Esta situación crea confusión entre los regulados respecto a la política de inversión que deben aplicar y origina dudas sobre la normatividad aplicable al tema. En el estado actual de la regulación, la vigilancia y supervisión de los administradores de fondos de cesantía, conforme lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 106 de 1995, está asignada de forma tripartita a la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Seguros y Reaseguros y a la Comisión Nacional de Valores, tal cual se aprecia en el artículo 24 de este ordenamiento legal.

“Artículo vigésimo cuarto:

...

El Ente Regulador queda también obligado a fiscalizar las operaciones de los administradores con la frecuencia que considere necesario para proteger los intereses de los participantes y procurar la transparencia de esta actividad.”

En el artículo antes citado debe entenderse la frase Ente Regulador, según lo dispuesto en el numeral 13 del artículo primero del Decreto Ejecutivo 106 de 1995.

“Artículo primero:

Para los efectos de este Decreto y sus disposiciones complementarias se entenderá por:

1. ...

13. Ente Regulador: la Comisión Bancaria Nacional en el caso de Bancos, la Superintendencia de Seguros y Reaseguros en el caso de Compañías de Seguros y la Comisión Nacional de Valores en el caso de Sociedades de Inversión.”

¿Qué política de inversión debe ser aplicada por las empresas que administren fondos de cesantía en la República de Panamá: La establecida por el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 (por remisión del Art. 229 D del Código de Trabajo) o la establecida en el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995 (ordenamiento jurídico que reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía)?

La respuesta con el fallo de la Sala III de 27 de diciembre de 2007 al declarar nulo por ilegal el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995 es clara: La política de inversión es la establecida por el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 (por remisión del Artículo 229 D del Código de trabajo) la cual es, *la que determine el prospecto*, de conformidad con lo indicado en la normativa:

“Artículo 8:

Los fondos captados por los planes deberán ser invertidos por su administrador de inversiones de conformidad con los objetivos y las políticas de inversión establecidos en los términos del plan e indicados en el prospecto. La Comisión Nacional de Valores podrá mediante acuerdo dictar parámetros de inversión para asegurar que los objetivos y las políticas de inversión de los planes son cónsonos con los objetivos y los fines de planes de jubilación y pensión. “ (El subrayado es nuestro)”

Vale anotar que los fondos de cesantía, los cuales son de carácter obligatorio por mandato del Código de trabajo, no tienen prospectos