

DUPLICIDAD QUE AFECTA EL DESARROLLO INMOBILIARIO:

Fondo de Pensiones de los Trabajadores de la Construcción

La reforma del Código Laboral para fines de ajustarlo al contexto actual donde se cuenta con un régimen contributivo universal de seguridad social ha sido objeto de largos debates, dadas las grandes cargas económicas que deben soportar los empresarios y emprendedores de cualquier negocio desde la óptica fiscal, parafiscal (contribuciones a la seguridad social) y laboral; sin desmedro a los altos costos de energía, inversión en capacitación y seguridad.

El sistema de seguridad social dominicano también ha generado debates importantes centrados en la profunda preocupación para los cotizantes de tener una pensión digna a la llegada de su retiro. Dicha preocupación atina contra los beneficios de los fondos, la centralización de su inversión y rentabilidad, que está limitada a instrumentos financieros del Estado, y la informalidad que se produce precisamente para evitar la gran carga a la que están sometidos los sectores productivos. Pero existen otras distorsiones que generan cargas y afectan nuestra competitividad y nuestro desarrollo como lo es la existencia de pensiones especializadas que anteceden a nuestro régimen universal de seguridad social.

El Fondo de Pensiones de los Trabajadores de la Construcción (Fopetcons) fue instituido mediante la Ley 6-86 del 4 de marzo de 1986, con la finalidad de procurar el bienestar social de los trabajadores de la construcción. Conforme con los artículos 1 y 2 de la Ley 06-86, se

estableció para el financiamiento del Fopetcons la especialización de un 1 % sobre el valor de todas las obras que se construyan en el país, incluidas las del Estado, así como la retención del 1 % de los salarios que devenguen los trabajadores.

Dicho 1 % aplica a todas las obras de construcción, reparación, remodelación o ampliación de construcciones y son calculados por el departamento correspondiente del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC). La Dirección General de Impuestos Internos (DGII) tiene a su cargo la recolección de estos fondos.

Es pertinente destacar que la Ley 6-86 fue promulgada en un contexto donde aún no existía un régimen universal contributivo que aplique a todos los trabajadores sin hacer distinciones de su oficio como ocurre a partir de la entrada en vigor de la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social. Como resultado, la existencia a la fecha de un fondo especializado y paralelo de cotización que obligue a los desarrolladores inmobiliarios a erogar fondos adicionales a las cargas que de

**JOSÉ
MALDONADO
STARK**

SOCIO DE RUSSIN VECCHI
& HEREDIA BONETTI



JMALDONADO@RVHB.COM WWW.RVHB.COM

manera obligatoria deben pagar bajo la Ley 87-01 es cuestionable por razones atendibles como las que esbozamos a continuación:

1- Los fondos: Su recaudación, fiscalización, determinación y destino. Acorde con la citada Ley, los recursos del Fopetcons ingresarán a una cuenta especial en el Banco de Reservas o un banco del Estado, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República y, a su vez, la DGII recolectará estos fondos. Sin embargo, es el mismo Fopetcons quien recauda con muy poca o ninguna fiscalización. La realidad es que las recaudaciones de impuestos es un asunto de orden público regulado por la Constitución dominicana.

A pesar de que es competencia de la MOPC el cálculo del monto del 1 %, es el Fopetcons quien en la práctica se dedica de manera activa a realizarlo a través del levantamiento de actas de infracciones y determinación del monto de la obra, obviando el mandato de la Ley. Al efecto, son numerosos los precedentes jurisprudenciales que señalan la falta de capacidad del Fopetcons tanto para recaudar estas contribuciones parafiscales como para calcular su monto.

La Ley dispone que los valores acumulados sean distribuidos en un 50 % para los servicios sociales de las organizaciones y sus miembros, y un 50 % para las pensiones y jubilaciones, lo que resulta un tanto inaudito. Y es que la propia Ley le confiere la discrecionalidad que ostenta el Consejo del Fopetcons para el manejo de estos recursos, lo que parecería atentar contra un ordenamiento moderno de seguridad social donde la vocación de los fondos es ser distribuidos con equidad y en provecho de los trabajadores para que estos cuenten con seguros, cobertura de riesgos laborales y pensiones.

Entonces la realidad es que el Fopetcons tiene varias décadas recaudando y

administrando recursos para su financiación con discreción, fruto de operar, hasta cierto punto, en paralelo ordenamiento jurídico y a la Ley a la que debe su objeto, de efecto duplicador en la actualidad.

2- El Fopetcons y la Ley 87-01: Por su parte, bajo la Ley 87-01, los fondos complementarios, como pudiera ser el caso del Fopetcons, parecería que podrían seguir operando como tales sin estar sujetos a los requisitos que establecen en esta normativa, supeditados a que cumplan con las normas mínimas sobre la administración de los fondos y la prestación de los servicios dictadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) y a su vez, estos fondos quedan bajo la supervisión de la Superintendencia de Pensiones.

Asimismo, la Ley 87-01 requiere la realización de estudios actualizados para determinar el valor de activos y pasivos de dichos fondos. Sin embargo, la Superintendencia de Pensiones determinó que no puede regular el funcionamiento del Fopetcons, en respuesta a una resolución del CNSS porque no cumple con las normas mínimas requeridas para ello por el organismo regulador.

Aunque la Ley 87-01 parezca permitir el funcionamiento del Fopetcons como fondo complementario, se mantiene el problema de la duplicidad en las contribuciones aplicables y otros enumerados en el epígrafe que antecede. Ante la duplicidad en el cobro de estas contribuciones se pudiera colegir que se vulneran los principios de legalidad y equidad que deben primar en nuestro régimen tributario como ha decretado el Tribunal Constitucional ("TC") en un caso similar.

3- La constitucionalidad del Fopetcons: Sin ánimos de abordar en forma concluyente los casos donde se cuestiona la constitucionalidad de la Ley 6-86 y su decreto de implementación,



la realidad es que nuestra justicia constitucional se ha pronunciado en favor de la constitucionalidad de la Ley 6-86 y su reglamento. A la fecha, tanto la Suprema Corte de Justicia (SCJ), en el año 2000, antes de la promulgación de la Ley 87-01, como el TC, desde el año 2014 en lo adelante, han decretado la regularidad constitucional de la referida Ley.

Subrayamos, no obstante, que las sentencias del TC, más que conocer el caso y sus méritos se han inclinado por buscar una salida técnica. De hecho, el TC adoptó el criterio de constitucional vertido por la SCJ en el 2000 cuando aún no existía la Ley 87-01 bajo el argumento de que tiene una limitación constitucional que impide la revisión de las sentencias constitucionales emitidas por la SCJ previo al año 2010. Esto último, bajo crítica del voto disidente del mismo TC por entender que este tribunal debió abocarse a conocer los méritos del recurso, criterio este último con el que comulgamos.

Lo anterior contrasta la sentencia del año 2013 del mismo TC 190-13 que declara inconstitucional ciertos artículos de la Ley 324-98 que crea el Fondo Nacional de

Pensiones y Jubilaciones de los Trabajadores Metalmecánicos, de la Industria Metalúrgica y Minera por violar, entre otros, los principios de legalidad, justicia y equidad tributaria al establecer un régimen de doble cotización a cargo de empleadores y trabajadores de dicho sector. Es decir, que si bien es cierto que para el caso de Ley 324-98 existen méritos para declarar su inconstitucionalidad, no es menos cierto que para el caso de Ley 6-86 pareciera que también; pero el voto mayoritario del TC parece inclinarse por eludir revisar este defecto de nuestro ordenamiento.

En consecuencia, el Fopetcons continúa operando y recaudando contribuciones en medio de múltiples cuestionamientos del empresariado del sector, litigios judiciales en torno a su legalidad, procesos al margen de la normativa y denuncias de falta de transparencia en su manejo. Esto afecta el clima de negocios porque supone una doble tributación e incentivo a la informalidad en el negocio de la construcción, así como prácticas de evasión fiscal y competencia desleal que afectan a los sectores turismo, construcción, inversión extranjera y en general toda actividad económica en la que sea necesario realizar una construcción.▲