

05 de Abril de 2004

DJ-0014-2004

MsC. Javier Cascante
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

Por este medio nos permitimos remitirle el estudio llevado a cabo en esta División Jurídica, en atención a la consulta planteada por BN Vital OPC según el oficio BNV-OPC-434-03 del 17 de setiembre de 2003.

No omitimos manifestarle que, mediante el oficio de la Superintendencia de Pensiones SP-2784 del 05 de diciembre de 2003, se solicitó a la Superintendencia General del Entidades Financieras el criterio respecto de los aspectos de esta consulta propios de su competencia, cuya respuesta se recibió a través del oficio SUGEF 943-2004/200310147 fechado el 19 de marzo del año en curso, el cual se adjunta al presente estudio.

De conformidad con la comunicación mencionada al inicio, BN Vital OPC consulta "el criterio de la Superintendencia que usted dirige en cuanto a si existe alguna limitación legal para que BN vital participe en forma accionaria en una organización como ésta en Nicaragua" (refiriéndose a una Administradora de Fondos de Pensiones).

1. Legislación vigente:

El artículo 30 párrafo primero de la **Ley de Protección al Trabajador**, en adelante la Ley, establece:

"Los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, serán administrados exclusivamente por operadoras. Estas son personas jurídicas de Derecho Privado o de capital público constituidas para el efecto como sociedades anónimas, que estarán sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en la presente Ley y sus reglamentos. La Superintendencia deberá autorizar el funcionamiento de las operadoras y dispondrá los requisitos adicionales que deberán cumplir estas entidades, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema".

Por su parte, el artículo 31 indica:

“Objeto social. Las operadoras tendrán como objeto social prioritariamente las siguientes actividades:

- a) La administración de los planes.*
- b) La administración de los fondos.*
- c) La administración de los beneficios derivados de los sistemas fijados en esta Ley.*
- d) La administración de las cuentas individuales.*
- e) La administración por contratación, en los términos indicados en los reglamentos respectivos, de fondos de pensiones complementarias creados por leyes especiales, convenciones colectivas, acuerdos patronales y los que contrate con asociaciones solidaristas.*
- f) Prestar servicios de administración y otros a los demás entes supervisados por la Superintendencia.*
- g) Cualesquiera otras actividades análogas a las anteriores o conexas con ellas, autorizadas por la Superintendencia.*

Esa misma Ley en su numeral 52 párrafo primero dispone:

“Los fondos administrados por las operadoras u organizaciones sociales constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados y son distintos del patrimonio de la entidad autorizada. Cada afiliado al plan respectivo es copropietario del fondo según su parte alícuota. La entidad autorizada, según los criterios de valuación que determine la Superintendencia, establecerá periódicamente el valor de la participación de cada afiliado”.

Por su parte los artículos 59 y 61 en sus párrafos primeros, señalan:

“ARTÍCULO 59. Inversión de los recursos

Los recursos administrados por cualquiera de las entidades supervisadas por la Superintendencia de Pensiones deberán invertirse de conformidad con esta Ley y las regulaciones emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión. Las inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro

Social y sus reformas y, supletoriamente, por lo establecido en este título” (el subrayado no es del original).

“ARTÍCULO 61. Límites en materia de inversión

La Superintendencia establecerá reglamentariamente límites en materia de inversión de los recursos de los fondos, con el fin de promover una adecuada diversificación de riesgo y regular posibles conflictos de interés” (el subrayado no es del original).

En concordancia con lo anterior, el **Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas** establece en su artículo 1 lo siguiente:

“Alcance de la normativa. El presente reglamento norma la inversión, en valores emitidos por emisores nacionales y extranjeros de los recursos administrados por las Operadoras de Pensión Complementaria y las Organizaciones Sociales autorizadas para administrar el Fondo de Capitalización Laboral de conformidad con lo establecido en la Ley de Protección al Trabajador, Ley 7983” (el subrayado no es del original).

Por su parte, la **Ley Reguladora del Mercado de Valores** en su numeral 55 dispone:

“Constitución de sociedades

El Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos quedarán autorizados para constituir sendas sociedades, en los términos indicados en el artículo anterior, con el fin único de operar su propio puesto de bolsa y realizar, exclusivamente, las actividades indicadas en el artículo 56. Asimismo, se autorizan para que cada uno constituya una sociedad administradora de fondos de inversión y una operadora de pensiones, en los términos establecidos en esta ley y en la ley N° 7523 del 7 julio de 1 995, según corresponda.

En tales casos, los puestos, las sociedades administradoras de fondos de inversión y las operadoras de pensiones, deberán mantener sus operaciones y su contabilidad totalmente independientes de la institución a la que pertenezcan. Esta disposición se aplicará igualmente a los puestos de bolsa privados, en relación con sus socios y con otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de interés económico.

El Estado y las instituciones y empresas públicas podrán adquirir títulos, efectuar sus inversiones o colocar sus emisiones, por medio de cualquier

puesto de bolsa, sin perjuicio de las disposiciones aplicables en materia de contratación administrativa”.

2. Naturaleza Jurídica de las Operadoras:

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley, las Operadoras de Pensiones son entidades de derecho privado o de capital público, creadas como sociedades anónimas, sujetas a normas y controles. Han sido definidas como *“empresas públicas constituidas como sociedades anónimas, o empresas privadas sociedades anónimas, cuya actividad, la administración del ahorro del público para los fines detallados en la LPT, es financiera y de interés público, y se rige por la LPT y normas supletorias, y cuya organización se regula primordialmente por el Derecho Público en el caso de las primeras, y por el Privado en el caso de las segundas”*¹

Como persona jurídica, la entidad es capaz de adquirir derechos y obligaciones, posee además un capital social que le permite hacerse de un patrimonio propio². En el caso concreto, las Operadoras de Pensiones tienen como objeto social prioritario, la administración de recursos de terceros (los afiliados), recursos que a tenor del numeral 52 de la Ley, deben mantener como un patrimonio separado del suyo propio.

En el caso particular de BN Vital OPC S.A., la totalidad del capital social pertenece a un ente de naturaleza pública: un banco comercial del Estado. Esta especial condición - que la totalidad de su capital social sea propiedad del Estado - la convierte en una *“empresa pública”*. Así lo ha entendido la Procuraduría General de la República, al decir *“Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D,LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec, Paris, 1982,*

¹ JIMENEZ S. (Humberto), La integración de la Junta Directiva de las operadoras de pensiones. *Revista Iystitia*, San José N° 177-178, setiembre-octubre 2001, pp. 8.

² Señala Luis Rodríguez Vargas que *“Las sociedades anónimas cumplen en la sociedad moderna gran cantidad de funciones y misiones, tanto económicas como jurídicas. Constituyen sin duda la estructura organizativa de mayor uso, dada la versatilidad que le otorga su naturaleza jurídica propia, como sociedad de capitales que es, y su regulación normativa. Sin embargo, la gran mayoría de las sociedades cumplen funciones muy sencillas, sirviendo como instrumento de separación patrimonial”*, RODRIGUEZ VARGAS (Luis), *Prácticas de buen gobierno empresarial (corporate governance): legislación y realidad costarricense. Revista Iystitia*, San José, N° 185-186, mayo-junio 2002, pp. 23 y 24.

p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. deLAUBADERE: Droit Public Economique, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: "Régimen jurídico de la Empresa Pública en España", La empresa pública y su Régimen, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229)"(C-063-96).

En términos generales, la Procuraduría General de la República ha definido la "empresa pública" como "aquella entidad del Estado que desarrolla una actividad económica, es decir, una actividad destinada a la producción y el cambio de bienes y servicios para un mercado, en forma habitual y continua, ya sea en régimen de competencia o de monopolio, la cual puede asumir distintas modalidades organizativas: órgano, institución autónoma, semiautónoma, ente público estatal o no estatal o ente privado" (OJ-113-99).

Ahora bien, la constitución de una sociedad anónima, es sólo un instrumento del cual se vale el ente público para participar en el mercado. Al respecto la Procuraduría ha señalado en el pronunciamiento **C-366-2003**: "Por consiguiente, la existencia de una personalidad jurídica no autoriza realizar un deslinde entre la entidad propietaria y la operadora de pensiones que se crea. Como dijimos en la Opinión Jurídica N° OJ-126-99 de 5 de noviembre de 1999, en la realidad quien interviene en el mercado realizando las operaciones correspondientes es el propio ente público, que lo hace a través de la sociedad anónima. Lo que remarca el carácter instrumental de estas sociedades, respecto de las cuales se ha afirmado que constituyen "bienes" del ente público, uno más de sus activos. Dado el carácter instrumental de estas sociedades, se sigue que existe una identidad de intereses entre el ente público que es autorizado a constituir la operadora de pensiones y ésta misma. Es con base en esa identidad de intereses, que la Procuraduría ha considerado que los puestos de directivo de un Banco estatal y de directivo de la sociedad anónima de su propiedad no son incompatibles entre sí (dictamen N° C-070-2001 de 13 de marzo de 2001)".

3. Sobre la distinción entre los recursos propios y los recursos de los afiliados:

Es necesario destacar, que las Operadoras de Pensiones administran dos categorías diferentes de recursos, los propios y los de terceros, así lo ha

reconocido la Procuraduría al señalar: *“Por otra parte, si bien la Ley de Protección al Trabajador puede considerarse una ley especial en materia de regulación de las operadoras de pensiones, lo cierto es que la normativa que establece está dirigida, fundamentalmente, a la protección del patrimonio que administran las operadoras, siendo pocas las disposiciones referidas al patrimonio propiedad de las operadoras. Entre esas disposiciones no se encuentra lo relativo a las inversiones con fondos propios y, por ende, con el capital. En ese sentido, el legislador no ha regulado el tema de las inversiones del capital de constitución y funcionamiento” (C-366-2003)*³. Para efectos del análisis y dados los términos generales de la consulta, el presente estudio analiza en forma separada la situación, tanto respecto de los recursos de los afiliados como de los recursos propios de la Operadora consultante.

a) Inversión con recursos de los afiliados:

El objeto principal de las Operadoras de Pensiones, sociedades anónimas de capital público o privado, es la administración de los **recursos de terceros**, es decir, de los afiliados a los distintos regímenes de pensiones, al Fondo de Capitalización Individual y al de Ahorro Voluntario. En razón de lo anterior, y como ya se indicó, procede hacer una distinción entre los recursos propios de la sociedad que fueron aportados por el ente público y los recursos que administra para los terceros, que son propiedad de los afiliados. Estos últimos constituyen patrimonios autónomos que deben mantenerse separados, para todos los efectos, de los recursos propios. Al respecto, se deben de tener presentes las conclusiones emitidas por la Procuraduría en su dictamen **180-2003** al decir *“Las operadoras de pensiones creadas al amparo del artículo 55 de la Ley 7732 de 17 de diciembre de 1997 constituyen empresas públicas.2-. Dichas empresas administran los fondos provenientes de los aportes de los trabajadores. Fondos que no pueden considerarse fondos públicos”*.

Lo que es más importante aún, la administración de esos recursos debe realizarse de conformidad con unos principios rectores establecidos en los artículos 30 y 59 de la

³ En ese mismo sentido indicó el órgano procurador: *“Interesa señalar desde ahora que las disposiciones de la Ley tienen como origen regular fondos que son de los trabajadores. Las entidades cuya constitución se autoriza no se constituyen en propietarios de los aportes de los trabajadores. Su función es administrarlos. Por ello, el sistema de control que se establece tiene como objeto no el control de un patrimonio propiedad de las operadoras, sino de la administración de un patrimonio de los trabajadores. El sistema tiene no solo finalidades financieras, sino ante todo una finalidad social por cuanto el propósito es establecer un régimen que permita el bienestar efectivo de la población trabajadora en el futuro. Se está ante una finalidad de previsión colectiva complementaria del régimen de seguridad social a cargo de la Caja Costarricense de Seguro Social” (C-180-2003).*

Ley, y una serie de disposiciones reglamentarias emitidas a la luz de lo dispuesto en esos numerales. En ese sentido, es claro el artículo 1 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas, que limita su alcance a los "recursos administrados por las Operadoras de Pensión Complementaria", de forma tal que sus disposiciones no pueden abarcar a los recursos propios de la sociedad.

Es evidente entonces que legal y operativamente existe una distinción entre el patrimonio propio de la Operadora y los recursos de los afiliados que ésta administra, los cuales se constituyen en patrimonio autónomo, y que las disposiciones sobre inversiones contenidas en la Ley de Protección al Trabajador y las emitidas por el CONASSIF están dirigidas fundamentalmente a proteger los **recursos de los afiliados**, en tanto que respecto al patrimonio propio, la entidad no tiene que sujetarse a lo dispuesto en el Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas, **aunque si a otras disposiciones contenidas en la Ley, con fundamento en el bloque de legalidad que debe orientar la actividad de la empresa pública, como se explica a continuación.**

b) Inversión con recursos propios:

En lo que atañe a la administración de los recursos propios, si bien no existen normas expresas que regulen la inversión de éstos, de conformidad con el artículo 31 de la Ley, arriba transcrito, las Operadoras están autorizadas para realizar una serie de actividades entre las cuales **no se encuentra la posibilidad de constituir nuevas Operadoras** dentro o fuera del país, ni de adquirir acciones de otras, aspecto que toma relevancia tratándose de empresas públicas vinculadas a un ente estatal, como lo es el Banco Nacional, respecto del cual son un activo de su propiedad.

Sobre el vínculo resultante entre el ente fundador y la sociedad anónima constituida por éste, la Sala Constitucional mediante **Voto 6513-2002** ha indicado lo siguiente: *"El legislador eligió apartar la actividad bancaria del esquema universal y lo ha acercado al sistema de personalidad jurídicas diversas, dentro del accionar del ente fundador, por ello, y sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de este sistema, lo que no corresponde al objeto de la acción, la Sala estima que con la creación de estas "sociedades anónimas" ha operado una especie de desconcentración administrativa, que ha permitido una especialización de la actividad, separada del ente fundador, sin embargo, la separación no es absoluta. En efecto, la dotación de recursos para el cumplimiento del fin encomendado por parte del fundador y la utilización del nombre comercial de la institución autónoma ofrecen una imagen de integración (vgr. BN puesto de Bolsa) (...) Las sociedades anónimas de los bancos del Estado y del INS aunque en su actividad ordinaria bursátil pueden regirse por el derecho privado, no son equivalentes a las sociedades anónimas conformadas por sujetos de derecho privado, con al menos dos personas en asocio. La libertad de empresa típica de la organización privada, está limitada en el caso de estas*

sociedades por la función específica que la ley les ha encomendado (artículo 56 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores), por lo que no puede hablarse de un derecho fundamental de libertad empresarial en este sentido. En efecto, la naturaleza de su dueño –la institución autónoma–, es arrastrada por la llamada "sociedad" al punto que no es posible reconocerla como titular de derechos fundamentales tutelables en esta vía". Resolución que es aplicable a las Operadoras de Pensiones creadas por los bancos estatales, y de conformidad con la cual, en razón de la existencia de un vínculo entre la sociedad anónima destinada a la administración de planes de pensiones y el Banco propietario, sería este último el que estaría interviniendo en la participación o la constitución de una empresa en el extranjero.

En este sentido, desde un punto de vista integral, tal como lo indica la Superintendencia General de Entidades Financieras en el oficio **SUGEF 943-2004** que se adjunta, la Operadora no puede ser utilizada para realizar actos que el Banco mismo - por respeto al bloque de legalidad - no puede realizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional⁴.

Adicionalmente, merece destacarse que por disposición expresa de los artículos 40 y 41 de la Ley, existe un régimen de responsabilidad solidaria de las Operadoras por las pérdidas que puedan sufrir las aportaciones y los rendimientos de los trabajadores en el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias. En este sentido, las inversiones de los recursos propios de la Operadora pueden afectar su patrimonio, el cual debe responder en caso de que se establezca alguna responsabilidad, y en consecuencia en forma indirecta se podría poner en riesgo los recursos de los actuales afiliados.

Finalmente, cabe mencionar que, en el caso de las Operadoras de Pensiones que también son "*empresas públicas*" en los términos aquí expuestos, éstas se encuentran

⁴ Establece el artículo 73 inciso 3): "*Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales: Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento. Se exceptúan de esta disposición, la participación que los bancos pudieran llegar a tener en capital de instituciones financieras de orden público o semipúblico, que llegaren a crearse, y la de los bancos que establecieren almacenes generales de depósito, de acuerdo con la respectiva ley, o que, a la fecha de la promulgación de la presente ley, tuvieran ya participación en ellos, únicamente con respecto a los negocios y operaciones que resulten del funcionamiento de tales almacenes. Exceptúanse también de estas disposiciones aquellos casos en que los bancos comerciales del Estado, conjunta o separadamente, constituyan o empleen personas jurídicas de su exclusiva propiedad para prestación exclusiva de los servicios para ellos mismos, previa autorización de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, o para la administración de bienes adjudicados en juicio*".

sujetas a otros controles en cuanto a la administración e inversión de los recursos propios, concretamente los de la Contraloría General de la República y la Autoridad Presupuestaria⁵. Controles que escapan a la competencia de la Superintendencia de Pensiones.

4. Alcance de la consulta:

En el caso sub examine, la consulta planteada pretende que se analice el tema y se brinde una respuesta respecto de si existe un impedimento legal para adquirir acciones de una empresa nicaragüense, de la cual no se tiene ninguna información, **con recursos propios de la Operadora**, entidad que, como ya se indicó, es propiedad de un Banco del Estado.

Al respecto y a la luz de los razonamientos expuestos, lo que procede es indicar, por un lado, que la inversión de **los recursos de los afiliados** debe ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador y el Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas, y por otra parte que, en relación con **los recursos propios** de la Operadora, por respeto al bloque de legalidad y por las razones jurídicas expresadas en el presente estudio, éstos no pueden ser invertidos en la constitución o compra de acciones de una operadora de pensiones o de su equivalente en el extranjero.

Adicionalmente, también es importante tomar en consideración los razonamientos y la fundamentación jurídica que, sobre este mismo tema, consignó la Superintendencia General de Entidades Financieras en el oficio SUGEF 943-2004/200310147 al que se ha hecho referencia.

5. Conclusión:

⁵ Así lo indicó la Procuraduría en el **OJ-113-99** al decir: "*Por otra parte, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 7428 de 9 de setiembre de 1994, la empresa pública, en sus diversas modalidades, está sujeta a la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República, siendo esta facultativa, cuando la participación del Estado o de otros entes u órganos públicos, es minoritaria. Por regla general, la Contraloría General de la República aprueba y fiscalizada los presupuestos de las empresas públicas, independientemente de la forma organizativa que adopten. También, las empresas públicas están sujetas a la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, ley que creó de la Autoridad Presupuestaria*"

- La inversión de los recursos de los afiliados debe ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador y el Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas.
- Los recursos propios de BN Vital OPC, por respeto al bloque de legalidad, no pueden ser invertidos en la constitución o compra de acciones de una operadora de pensiones o de su equivalente en el extranjero.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada Encargada



Alvaro Jiménez Severino
Director, División Jurídica