

20 de Agosto de 2004

DJ 36-2004

Licenciada
Patricia Abarca
Directora
Departamento de Control de Operadoras

Estimada señora:

En atención a su solicitud de criterio respecto a la situación presentada en Interfín Banex OPC, me permito emitir el criterio de la División Jurídica.

1) Consulta

El Departamento de Control hace el siguiente planteamiento:

“Los estados financieros de dos fondos administrados por IBP presentaron una salvedad al 31 de diciembre del 2003, la cual se originó en que la Operadora no contaba con un auxiliar debidamente conciliado con la CEVAL, S.A. de las cuentas por cobrar por la exención del ISR sobre los títulos valores. La Operadora presentó un plan de acción para subsanar la situación y una vez ejecutado el mismo, remitió el informe de resultados. En este informe como acción correctiva esa OPC solicita autorización de SUPEN para debitar las cuentas individuales de los afiliados de tres fondos, en un importe conjunto de ¢252 millones.

Al respecto se debe considerar que por las razones expuestas por IBP en su oficio IBP-168-004, las cuentas individuales fueron acreditadas con rendimientos mayores debido a errores en el registro contable y a la falta de un registro auxiliar debidamente actualizado y conciliado. Esta situación corresponde a lo señalado en el literal g) del Artículo 46 y por tanto, se procederá a considerarla en un eventual procedimiento administrativo. No obstante, el procedimiento ni la multa subsanan la situación del Fondo, donde el patrimonio se vio inflado por registros imprecisos y donde existen cuentas por cobrar que no tienen soporte para su cobro.

Por lo anterior, se requiere un pronunciamiento legal donde se documente la potestad de requerirle a la Operadora de Pensiones que ante errores que se refieran a acreditaciones erróneas de rendimientos o de comisiones, la Operadora sea la que tenga que asumir las consecuencias económicas de esos errores y no el afiliado.

Dentro de las consideraciones que se tienen con respecto a este requerimiento es que para el afiliado el cálculo de los rendimientos y de comisión no es sencillo de verificar, por tanto el afiliado confía en la información que le está dando la Operadora. Si se resulta

que esa información no esta correcta y que se le registra un ajuste por rendimientos imputados de más, el afiliado no tiene posibilidades de defenderse ya que toda la información la genera la OPC, además de esto se crea un clima de inseguridad jurídica donde los rendimientos además de afectarse por condiciones de caídas de precios y cesaciones de pagos, se verían afectados por ajustes originados en malos registros contables.

La idea de contar con un pronunciamiento jurídico sobre este tema, es aislar el rendimiento de los afiliados del riesgo operacional asumido por la Operadora al no llevar sus registros en forma adecuada y que SUPEN cuente con un respaldo que permita actuar en forma uniforme ante los diferentes casos que se presenten donde el rendimiento del fondo se ve afectado por errores en el proceso contable”.

Mediante anotación posterior, agrego lo siguiente:

“CAUSAS DE ORIGEN DEL ERROR:

Según la exposición realizada por los funcionarios de la Administración de esta OPC, los errores que provocaron el registro incorrecto de rendimiento de las inversiones se originaron en:

1. Registro incorrecto de las variaciones en la tasa básica, los cuales en vez de corregir la tasa del primer trimestre del cupón, más bien incrementaban ese importe.
2. Migración de las bases de datos de inversiones, sin actualizar las tasas de los instrumentos Tasa Básica, la tasa básica permaneció sin actualizar por un período aproximado de tres meses, siendo mayor la tasa del sistema que la realmente devengada en el sistema.
3. En el control de vencimientos de cupones se incluyeron al menos en tres oportunidades, vencimientos de principales, y el cobro de cupones se trasladaba a las cuentas de los afiliados sin considerar el periodo de tenencia en el fondo.

Los puntos anteriores originaron un sobregistro de rendimientos en las cuentas de afiliados por un período de al menos dos años, según afirma la Operadora, no obstante, es presumible que ese período pueda arrancar incluso desde la creación del beneficio fiscal para los valores de los fondos administrados por la OPC, siendo esto el 2001 para los obligatorios y el 2000, para los voluntarios.

Como se observa, el error viene desde hace años atrás. Por lo explicado por la Operadora, esta División desea exponer los siguientes aspectos que consideramos debieran ser valorados antes de emitir el criterio jurídico sobre el tema consultado:

1. NATURALEZA DEL ERROR: Las cuentas individuales están expuestas a errores cuyos fuentes pueden ser el registro de aportes o el registro de rendimientos y comisiones. En el caso de los aportes, si la Operadora acredita de más o de menos, el afiliado tiene la oportunidad de advertir con oportunidad el error y recurrir a fuentes documentales que le permitan oponerse a lo acreditado de más o de menos por la Operadora. En el caso de los rendimientos o de las comisiones, el afiliado no tiene defensa u oposición, a lo

registrado por la Operadora, para argumentar si lo acreditado es correcto o no. En estos casos, al afiliado no le queda más que confiar en que el dato registrado por la Operadora es correcto ya que no puede recurrir a ningún amparo documental que le permita demostrarle a la OPC que el registro se realizó en exceso o en defecto. En este sentido, es criterio nuestro que la corrección de errores por aportes puede afectar la cuenta individual, ya que es claramente demostrable para el afiliado y para la OPC de que el registro es incorrecto. No obstante en el caso de errores por rendimientos o por comisiones, especialmente cuando estos involucran varios años, el proceso de determinar en forma fehaciente y exacta, cuanto fue el importe registrado demás en cada cuenta individual requiere una labor tan exhaustiva, complicada y costosa, que incluso se puede hablar de que es materialmente imposible realizar este cálculo. Sobre este punto, cabe mencionar que la Operadora lo que ha propuesto es un método para aproximar el impacto por cuenta individual, lo cual evidentemente no es exacto, y no asegura que el error sea corregido en las cuentas con la misma precisión y equitatividad con el cual fue registrado-

2. **COBRO DE COMISIÓN A LAS CUENTAS INDIVIDUALES.** Durante los años en que se dio esta sobreestimación de las cuentas individuales, la Operadora cobró una comisión sobre los rendimientos, si los rendimientos individuales se inflaron, también se infló la respectiva comisión. Vale la pena mencionar que la Operadora no ha manifestado como se reversará este punto. La comisión la cobró la Operadora en virtud de los rendimientos registrados, a mayor rendimiento registrado, mayor comisión cobrada. Evidentemente esto origina todo un posible conflicto de interés, especialmente en los primeros años de operación, donde la Operadora debió asumir importantes gastos operativos que se tradujeron en pérdidas en sus balances. Incluso, se debe considerar además que el afiliado está pagando una comisión por recibir una administración diligente y cuidadosa, lo cual involucra el registro de sus operaciones, no para verse afectado por consecuencias de errores que no le son imputables, sino que se originan en posibles negligencias de la Operadora.

3. **PLAZO PARA IDENTIFICACIÓN Y CORRECCIÓN DE ERRORES.** Como lo conversamos en la mañana, para efectos de la confianza en el régimen y de la estabilidad del sistema de pensiones, debe considerarse que debe haber un plazo razonable para la corrección de errores. No pareciere conveniente, que pasados más de dos años se vengan a afectar las cuentas individuales por eventos que no son del período. Este es un tema que la División considera delicado en extremo. No consideramos sano para el adecuado funcionamiento del sistema que una Operadora le diga a un afiliado, después de estar recibiendo estados de cuenta por más de doce o veinte meses, que el saldo que tenía a un mes pasado, no es correcto y que en este mes se le aplicará un ajuste a los rendimientos registrados en el 2003, 2002 o incluso 2001. Sobran las apreciaciones que sobre la gestión de la Operadora, podría originar un ajuste como este. Es importante que dentro de las consideraciones jurídicas se considere este punto.

4. **TRATAMIENTO EN OTROS CASOS DE SIMILAR NATURALEZA.** En otras Operadoras se han presentado casos de registro en exceso de rendimientos a las cuentas de los afiliados. En estos casos, se le ha requerido a la Operadora reponer los rendimientos acreditados de más a los afiliados. Por el momento estos casos, han sido recientes y la

sobreestimación de rendimientos fue por períodos breves (quince días), aún así los cálculos para determinar el efecto aplicado de más a las cuentas ha requerido labores de más de tres meses y las mismas Operadoras han manifestado lo duro del proceso de corrección. Resulta indispensable considerar estos puntos ya que el criterio jurídico a emitir debe considerar un actuar uniforme por parte de SUPEN, de modo que ante eventos similares se apliquen medidas similares, y se evite entrar en actuaciones casuísticas.

5. TRATAMIENTO DESIGUAL POR AFILIADOS. Según la corrección propuesta por la OPC en el caso de los afiliados que se han retirado de la Operadora, la OPC le repondría al Fondo los recursos retirados de más por estos afiliados, no obstante, para aquellos afiliados que permanecen en el fondo, sí se les reduciría el importe de su cuenta individual. Lo anterior no parece equitativo, dado que un mismo hecho generador origina la aplicación de medidas correctivas diferenciadas. En nuestro criterio, de igual forma que la Operadora propone asumir el costo de la reparación del daño para los afiliados que se han ido, debe proceder en ese mismo sentido, con los afiliados que permanecen en el Fondo.

6. RIESGOS DE UN FONDO. Por la naturaleza del negocio, los recursos de una afiliado se invierten en valores, los cuales implican riesgos para los afiliados, estos riesgos son de mercado, liquidez, tasa de interés y tipo de cambio. En este sentido no existe una garantía de rendimientos de las inversiones, sino el deber de la Operadora de gestionar prudencialmente esas inversiones para minimizar las pérdidas asociadas a los anteriores riesgos. La sobrestimación de los rendimientos de los afiliados no se deriva de ninguno de los riesgos descritos, sino del riesgo operacional introducido al Fondo por la Operadora. En definitiva, la Operadora mantuvo los registros contables de una forma tal, que permitió a los afiliados conocer una situación patrimonial inexacta, en virtud de esa situación patrimonial los afiliados tomaron la decisión de retirar total o parcialmente sus fondos, o bien de permanecer en el fondo en virtud de las "altas rentabilidades" reconocidas. Nuevamente, interesa que en la emisión del criterio jurídico se considere este punto. Deben verse afectadas las cuentas individuales por circunstancias ajenas a los riesgos relacionados con su manejo?

7. INCENTIVO PERVERSO. La acreditación en demasía de rendimientos, permitió a esta Operadora mejorar sus resultados de rentabilidad, esta rentabilidad en apariencia inflada, permitió que las estadísticas difundidas mostraran a esta OPC como la Operadora más rentable durante fechas y en base a esto realizó publicidad, que probablemente le generó más afiliaciones y finalmente, mayores comisiones. Según se indicó anteriormente, el registro en exceso de rendimientos generó el cobro de comisiones en exceso. Esto eventualmente, permitió la presentación de mayores ingresos en los estados de resultados. Por su parte, si la corrección de esta situación no afecta en forma directa a la Operadora, se podría estar creando un incentivo que estimule a las OPC a no registrar los rendimientos con la debida diligencia, ya que el efecto de la corrección no lo sufre ella, sino los afiliados, y si bien es cierto se arriesga al cobro de una multa en un procedimiento administrativo, se debe recordar que un procedimiento lleva bastante tiempo y puede tener una serie de instancias de apelación, incluso en los tribunales, lo cual podría incentivar a que una OPC evalúe los beneficios directos y concretos de esta

práctica contra el impacto de una probable multa, considerando el valor del dinero en el tiempo.

Con lo anterior, lo que se pretende es que el pronunciamiento jurídico le establezca un marco de actuación uniforme a SUPEN y considere todas las eventualidades que dependiendo del sentido en que se emita, podrían presentarse en el futuro”.

2) Análisis de los hechos

La situación planteada puede ser ubicada en tres momentos diferentes, en un primer momento, la Operadora realiza registros contables, en un segundo momento con base en esos registros acredita rendimientos en las cuentas de los afiliados, y en un tercer momento se percata de que por error propio en la conciliación de sus cuentas contables, acreditó contablemente rendimientos por montos superiores a los que correspondían en las cuentas de los afiliados.

El punto medular del asunto radica en que la Operadora incurrió en un *error*, así lo manifestó en el oficio **IBP-168-004**, al decir que se realizó una investigación en la cual se encontró lo siguiente:

“Diferencias del auxiliar de registro del 8%: La hoja de excel que daba soporte al cálculo contenía una fórmula errónea, incrementando el registro del 8%. Esta situación fue corregida al realizar el registro con los reportes suministrados directamente por CEVAL. Diferencias en el ajuste a los intereses acumulados en el primer trimestre para títulos de propiedad tasa básica ajustable, producto de una reducción en la tasa de interés aplicable en el segundo trimestre: Para los títulos tasa básica periodicidad 2, el programa de calculo de intereses realizaba un crédito a los rendimientos por cobrar, siendo lo correcto, en los casos identificados, un débito. Diferencias por la migración de títulos tasas básicas: Al cambiar el esquema de inversiones referenciado a emisiones, no se actualizó el campo de la tasa básica por 15 días”.

Concluye así que hubo “montos distribuidos de más” y solicita a SUPEN autorización para realizar un “débito proporcional” al saldo de la cuenta de cada uno de los afiliados al corte del 31 de marzo del 2004. En relación con los cálculos realizados por la Operadora, producto de ese error, la Superintendencia encontró irregularidades y solicitó las aclaraciones correspondientes, puesto que los montos no coincidían con los datos consignados por los Auditores Externos.

3) Definición jurídica del error y sus alcances

En términos generales el error es “equivocación, yerro, desacierto”¹, en materia de derecho privado y contractual como la que se trata aquí, el error puede ser definido como “el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es el falso concepto de la realidad”². La teoría sobre el error, ha sido desarrollada para referirse a aquellos errores que puedan afectar la validez del contrato entre las partes.

Existe el error de hecho y de derecho, el primero se caracteriza por referirse a una persona, una cosa o un suceso, en tanto que el segundo tiene que ver con la ignorancia que se tiene de la ley. El análisis de un error de hecho, conlleva sopesar la necesidad de proteger la voluntad real de los contratantes y la seguridad jurídica, razón por la cual en materia contractual este tipo de error únicamente vicia el consentimiento cuando recae sobre un elemento esencial o principal.

El error de hecho puede ser de tres clases:

- Error obstativo que importa la ausencia del consentimiento y acarrea la nulidad del contrato.
- Error sustancial o determinante que supone un consentimiento viciado.
- Error indiferente o accidental que no vicia ni afecta el consentimiento.

4) Error contable

En el caso particular de Interfin Banex OPC, no existe un error que vicie el consentimiento entre el afiliado y la operadora sobre el objeto de la contratación, es decir sobre la administración de los recursos para pensión, sino una irregularidad en la etapa de ejecución del contrato, al acreditar rendimientos en las cuentas individuales de los afiliados (acreditación que se hace diariamente) por montos superiores a los ganados.

Según se desprende de los hechos descritos, los errores cometidos por la Operadora, como el incremento del registro del 8%, registro de créditos en vez de débitos y otros, implicaron que contablemente se “incrementaran” las cifras, y que también contablemente se acreditaron recursos que no habían ingresado al fondo. De acuerdo con el Departamento de Control “el patrimonio se vio inflado por registros imprecisos y donde existen cuentas por cobrar que no tienen soporte para su cobro”. La Operadora solicita que esta situación, se corrija contablemente para los afiliados que permanecen en el fondo, realizando el débito correspondiente, por un monto de aproximadamente 287 millones.

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Decimocuarta edición, 2000, Pág. 148.

² Alessandri Rodríguez, Arturo, De los contratos, Editorial Temis S.A., s. n. e, Pág. 163.

El Código Civil, contempla la figura del *pago indebido* en la siguiente forma:

“Artículo 803: El que, por error de hecho o de derecho, o por cualquier otro motivo, pagare lo que no debe, tendrá acción para repetir lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error propio, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que en razón del pago y con buena fe ha suprimido o destruido el título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

Sin embargo, las cuentas individuales de los afiliados cuentan con una **protección especial** contemplada en el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador, que dice:

“Protección de cuentas

Las cuentas individuales de los fondos de capitalización laboral y de los fondos de pensiones administrados por las entes autorizados, excepto las correspondientes al artículo 18 no podrán ser embargadas, cedidas, gravadas, ni enajenadas; tampoco se dispondrá de ellas para fines o propósitos distintos de los establecidos en la ley”.

En este sentido, la Procuraduría General de la República, manifestó en la **OJ-105-2003**, en relación con la posibilidad del reintegro de sumas pagadas de más por parte del Instituto Nacional de Seguros a las cuentas individuales de los afiliados, lo siguiente:

“Ahora bien, como se indicó supra, de conformidad con el numeral 52 de la Ley n.º 7983 las cuentas individuales son propiedad de los trabajadores. Además, de acuerdo con el artículo 54 de ese cuerpo normativo, las cuentas individuales de los fondos de capitalización laboral y de los fondos de pensiones, administradas por los entes autorizados, no pueden ser embargadas, cedidas, gravadas ni enajenadas; tampoco se puede disponer de ellas para fines o propósitos distintos de los establecidos en la ley.

Dada la severidad y la claridad de las normas que estamos comentando, incluso donde hemos llegado a la conclusión de que ni siquiera pueden ser embargadas las cuentas individuales por motivos de pensión alimenticia (véase el dictamen C-117-01 de 18 de abril del 2001), las eventuales acciones legales que se emprendan contra dichos trabajadores, de ninguna manera, **podrían afectar los recursos que tienen en sus cuentas individuales**”.

En principio, el pago indebido podría ser aplicado a la situación planteada, si se considera que los rendimientos acreditados de más a los afiliados, no debieron ser acreditados a sus cuentas. En este caso, si se pudiera eventualmente, determinar con exactitud el monto a devolver por concepto de la reparación

equitativa del error, para cada afiliado, la Operadora como administradora de los fondos, podría solicitar “repetir” lo pagado de más a los afiliados por la vía jurisdiccional que corresponda.

Lo anterior, por cuanto el Departamento de Control considera que: “No obstante en el caso de errores por rendimientos o por comisiones, especialmente cuando estos involucran varios años, el proceso de determinar en forma fehaciente y exacta, cuanto fue el importe registrado demás en cada cuenta individual requiere una labor tan exhaustiva, complicada y costosa, que incluso se puede hablar de que es materialmente imposible realizar este cálculo. Sobre este punto, cabe mencionar que la Operadora lo que ha propuesto es un método para aproximar el impacto por cuenta individual, lo cual evidentemente no es exacto, y no asegura que el error sea corregido en las cuentas con la misma precisión y equitatividad con el cual fue registrado”. Según lo anterior, a la fecha no se ha logrado determinar en forma precisa cuál sería el monto exacto que cada afiliado tendría que reponer, en forma equitativa, de tal manera que un grupo de afiliados no asuma el pago por otros.

El objeto de la consulta es determinar si la autorización para realizar el débito a las cuentas es posible, con fundamento en el error cometido por la OPC y por lo tanto reversar la operación, o si el error lo debe asumir la entidad responsable, como parte del riesgo operativo al que se expuso. En este orden de ideas, a la primera parte de la consulta se debe responder que no es posible realizar el débito a las cuentas individuales.

5) Riesgo operativo

El riesgo operativo, puede ser definido como:

“la posibilidad de que se produzca una pérdida financiera debida a acontecimientos inesperados en el entorno operativo y tecnológico de una entidad”³.

El concepto abarca deficiencias de control interno, procedimientos inadecuados, errores humanos fraudes y fallos en los sistemas informáticos. Los errores reconocidos por la operadora, obedecen efectivamente a faltas en el deber de cuidado (procedimientos inadecuados, errores humanos y fallos en el sistema informático) que constituyen una obligación para cualquier administrador de fondos de pensiones en un sistema de capitalización individual.

Tal como se señaló, respecto a las cuentas de los afiliados, a las cuales se les acreditaron recursos de más, la Operadora podría solicitar “repetir” lo pagado en

³ Banco Interamericano de Desarrollo, Gestión de Riesgos Financieros: Un enfoque práctico para países latinoamericanos, Washington, Grupo Santander, 1999, s. n. e., Pág. 123.

la vía jurisdiccional correspondiente, sin embargo, por la protección establecida en el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador, en tanto la recuperación no se produzca, los recursos deberían ser repuestos por la Operadora, pues los errores contables se produjeron por su exposición al riesgo operativo en la administración. Lo anterior, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que correspondan.

De conformidad con los informes suministrados por el Departamento de Control, aunque el error se pudo detectar, no existe un mecanismo que establezca con precisión los montos exactos que según la operadora deben reponer los afiliados, pues la situación se origina desde hace más de dos años atrás. Por tratarse de una cartera mancomunada, el error afectó a todos los afiliados, incluidos los que hicieron retiros, los que ingresaron al fondo durante el período en el cual se produjo el error (dos años) e incluso a quienes se trasladaron a otra operadora por libre transferencia.

Otro aspecto relevante en el análisis, que señala el Departamento de Control es que "Durante los años en que se dio esta sobreestimación de las cuentas individuales, la Operadora cobró una comisión sobre los rendimientos, si los rendimientos individuales se inflaron, también se infló la respectiva comisión. Vale la pena mencionar que la Operadora no ha manifestado como se reversará este punto. La comisión la cobró la Operadora en virtud de los rendimientos registrados, a mayor rendimiento registrado, mayor comisión cobrada", en consecuencia, en principio la operadora recibió también sumas mayores a las correspondientes por ese concepto.

Analizados los hechos, se concluye que los errores cometidos por la Operadora la llevaron a acreditar contablemente, como rendimientos, sumas de más que no correspondían por un período aproximado de dos años, lo cual implicó también un pago de más por concepto de comisión sobre rendimientos en el caso de los fondos del régimen voluntario. Se desprende además de los hechos, que esos recursos fueron acreditados en su oportunidad a las cuentas de los afiliados, cuentas que se encuentran protegidas al amparo de lo dispuesto por el artículo 54 citado.

6) Conclusión

Así las cosas, partiendo del supuesto planteado y con fundamento en el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador, se debe concluir que:

- i. Se produjeron errores por parte del administrador del fondo, que llevaron a acreditar rendimientos superiores a los que correspondían en las cuentas de los afiliados y a su vez, a cobrar a los afiliados al fondo comisiones mayores sobre esos rendimientos.

- ii. No se ha determinado el monto exacto para llevar a cabo una reparación equitativa al fondo por parte de cada uno de los afiliados.
- iii. Es criterio de esta División Jurídica que la operadora, no puede debitar ninguna suma de las cuentas de los afiliados, como mecanismo para reparar el error cometido, derivado del riesgo operativo de la entidad.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada encargada



Álvaro Jiménez Severino
Director, División Jurídica