

10 de noviembre de 2004

DJ-54-2004

Master
Marjorie Jiménez Varela
Directora
División de Operadoras de Pensiones
S.D.

En relación con su consulta respecto a la incidencia de la nueva *Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, N° 8422* del 06 de octubre de 2004, en la regulación de las Operadoras de Pensiones, nos permitimos indicarle lo siguiente:

Con el fin de atender la solicitud, se procedió a revisar la citada ley en aquellos extremos que pudieran afectar la actividad desarrollada por las Operadoras de Pensiones, concretamente en los tres siguientes aspectos señalados por usted en su consulta: incompatibilidades, pago de dietas y marco sancionatorio.

1) Incompatibilidades

Respecto a las Incompatibilidades, el artículo 18 de la citada ley dispone:

“El presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas; tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba recursos económicos del Estado.

Los funcionarios indicados contarán con un plazo de treinta días hábiles para acreditar, ante la Contraloría General de la República, su renuncia al cargo respectivo y la debida inscripción registral de su separación; dicho plazo podrá ser prorrogado una sola vez por el órgano contralor, hasta por otro período igual" (el subrayado no es del original).

De lo anterior se desprende que, las incompatibilidades establecidas por el legislador, imposibilitan la participación de los funcionarios públicos incluidos en la norma: a) como "miembros de juntas directivas" de las empresas privadas (no para los miembros de otros órganos de las Operadoras, como es el caso de los Comités de Inversiones y de Riesgos) y b), como accionistas, representantes legales y apoderados.

La normativa emitida por el CONASSIF no establece requisitos para los miembros de las Juntas Directivas de las Operadoras de Pensiones, pues las prohibiciones están contempladas en la Ley de Protección al Trabajador, en los numerales 33 y 34, que dicen lo siguiente:

"Artículo 33. Requisitos para los miembros de la Junta Directiva

Las Operadoras deberán constituirse como sociedades anónimas. Tendrán una Junta Directiva, integrada al menos por cinco miembros de reconocida honorabilidad; dos de ellos deberán contar con estudios y experiencia en operaciones financieras. Estas características deben ser documentadas ante el Superintendente. Para estos efectos, toda operadora ya autorizada deberá enviar también al Superintendente los nuevos nombramientos de directores que se realicen.

Al menos el cuarenta por ciento (40%) de los miembros de la Junta Directiva de la operadora no podrán ser:

- a) *Accionistas de la misma operadora.*
- b) *Pariantes de los accionistas de la Sociedad, hasta el tercer grado de consanguinidad y afinidad.*
- c) *Miembros de la Junta Directiva o empleados de empresas del*

mismo grupo económico o financiero de la operadora.

La Asamblea de Accionistas deberá nombrar a un fiscal, de conformidad con el Código de Comercio, quien, además de las facultades y obligaciones establecidas en dicho Código, deberá vigilar el estricto cumplimiento, por parte de la operadora, de los reglamentos y las disposiciones emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero o el Superintendente de Pensiones. Al fiscal se le aplicarán los requisitos y las prohibiciones establecidas en este artículo; todo lo anterior de acuerdo con el reglamento que la Superintendencia emita.

Salvo lo dispuesto expresamente por esta Ley, dichas sociedades anónimas se regirán por el Código de Comercio”.

“Artículo 34. Prohibiciones de la Junta Directiva

No podrán ser miembros de la Junta Directiva de la operadora:

- a) Las personas contra quienes en los últimos cinco años haya recaído sentencia judicial penal condenatoria por la comisión de un delito doloso.
- b) Las personas que en los últimos cinco años hayan sido inhabilitadas para ejercer un cargo de administración o dirección en entidades reguladas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones o cualquier otro órgano similar de regulación y supervisión que se cree en el futuro”.

Por consiguiente, el numeral 33 de la La Ley de Protección al Trabajador, debe - a partir de la vigencia de la Ley 8422 - ser valorado a la luz de los artículos 18 y 19 citados, de forma que si sólo se ha levantado la incompatibilidad que éstos artículos señalan, el director de alguna de las empresas del mismo grupo, podría ser nombrado como miembro de la Junta Directiva de la Operadora, respetando los límites ahí señalados en cuanto a participación accionaria. Lo anterior en relación con el primer supuesto al que se hizo referencia

El segundo supuesto, sería aplicable a aquellos funcionarios comprendidos en la norma que, además, aparezcan como accionistas, representantes legales o apoderados de empresas que presten servicios a la institución o empresa

pública en la que se desempeñan o que compitan con ella, en cuyo caso no podrían ser nombrados ni ejercer el cargo.

Sobre este punto, dado que la incompatibilidad abarca no solo a los directores del grupo económico, en el caso de las Operadoras de capital público, sino a otras entidades y funcionarios, y en vista de la diversidad de instituciones y empresas públicas existentes en Costa Rica, lo que se recomienda es que se instruya a los miembros de las Juntas Directivas así como a los socios, representantes legales y apoderados de las Operadoras de Pensiones en general, para que remitan a la Superintendencia de Pensiones una **declaración jurada** expresa que indique expresamente que no se encuentran en ninguna de las incompatibilidades señaladas en la *Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública*, o en su defecto que a pesar de tenerla, cuentan con el levantamiento de la incompatibilidad¹ por parte de la Contraloría General de la República, el cual deberá ser adjuntado.

2) Dietas

En cuanto a este punto, la Ley 8422, en el artículo 17, señala:

“Artículo 17.- Desempeño simultáneo de cargos públicos

Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.

¹ El artículo 19 de la Ley establece esta posibilidad al decir: “Únicamente ante gestión presentada por el interesado, la Contraloría General de la República, mediante resolución fundada y en situaciones calificadas, podrá levantar la incompatibilidad que se establece en el artículo precedente, cuando pueda estimarse que, por el carácter de los bienes que integran el patrimonio de la empresa en la cual el funcionario es directivo, apoderado o representante, por sus fines o por el giro particular, y por la ausencia de actividad, no existe conflicto de intereses, sin perjuicio de que dicho levantamiento pueda ser revocado por incumplimiento o modificación de las condiciones en que fue concedido”.

Para que los funcionarios públicos realicen trabajos extraordinarios que no puedan calificarse como horas extras, se requerirá la aprobación previa de la Contraloría General de la República. La falta de aprobación impedirá el pago o la remuneración.

Igualmente, ningún funcionario público, durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, podrá desempeñarse como asesor ni como consultor de órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo.

Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública” (el subrayado no es del original).

Respecto a la remuneración y las dietas, el presupuesto fáctico de la norma abarca al funcionario público que ocupe cualquier cargo, quien queda imposibilitado para recibir dieta como miembro de la Junta Directiva o de cualquier otro órgano colegiado de entes y empresas públicas. En consecuencia, los miembros de la Junta Directiva, Comité de Inversiones, Comité de Riesgos o cualquier otro órgano en el cual se paguen dietas, que se encuentren en esta condición, es decir, que desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán recibir ninguna remuneración por concepto de dietas a cargo de las Operadoras de Pensiones de capital público.

3) Marco sancionatorio

De conformidad con la Ley 8422, el régimen sancionatorio corresponde aplicarlo a la entidad que ostente la **potestad disciplinaria** respecto al funcionario público en cada entidad pública. Así lo dispone el artículo 40:

“Artículo 40.- Competencia para declarar responsabilidades

Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. Queda a salvo lo dispuesto en el

artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica.

Toda responsabilidad será declarada según los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.

En todo caso, la Contraloría General de la República deberá denunciar ante las autoridades judiciales competentes, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan considerarse constitutivos de delitos”.

4) Conclusiones

A la luz de los razonamientos expuestos, es criterio de esta División Jurídica que:

- El numeral 33 de la Ley de Protección al Trabajador, debe - a partir de la entrada en vigencia de la Ley 8422 - ser valorado a la luz de los artículos 18 y 19 supra citados. En consecuencia los funcionarios contemplados en la norma no pueden, simultáneamente, ser miembros de las Juntas Directivas de las Operadoras de Pensiones.
- Los funcionarios comprendidos en el artículo 18 de la Ley 8422, tampoco pueden ser accionistas, representantes legales o apoderados de empresas que presten servicios a la institución o la empresa pública en la que se desempeñan o que compitan con ella.
- Ninguna persona que desempeñe un cargo dentro de la función pública, podrá recibir remuneración por concepto de dietas a cargo de las Operadoras de Pensiones de capital público.
- El régimen sancionatorio establecido la Ley 8422, corresponde aplicarlo a la entidad que ostente la **potestad disciplinaria** respecto al funcionario público en cada entidad pública.

5) Recomendación

Se recomienda se instruya a los miembros de las Juntas Directivas así como a los socios, representantes legales y apoderados de las Operadoras de Pensiones en general, para que remitan a la Superintendencia de Pensiones

una **declaración jurada** expresa que indique que no se encuentran en ninguna de las incompatibilidades señaladas en la *Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública*, o en su defecto que, a pesar de tenerla, cuentan con el levantamiento de la incompatibilidad por parte de la Contraloría General de la República, el cual deberá ser adjuntado a la declaración.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada encargada



Alvaro Jiménez Severino
Director, División Jurídica