

DJ-056-2004

30 de Noviembre del 2004

Señor:

Roberto González V.

***División de Fondos Especiales y Regímenes Básicos,
Superintendencia de Pensiones***

Estimado señor:

En atención a su solicitud de analizar los alcances de la *Opinión Jurídica 125-2004* de la Procuraduría General de la República, en donde consta un criterio relacionado con el artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y el artículo 3° del Reglamento del Fondo de Jubilaciones del Banco de Costa Rica, solicitud en la que también se pide determinar las acciones a seguir en lo relativo a los Fondos de Pensiones del Banco de Costa Rica y el Banco Crédito Agrícola de Cartago, así como dar respuesta a las siguientes interrogantes:

“1.- ¿Puede SuPen solicitar la modificación de los reglamentos internos de esos fondos¹ con base en ese pronunciamiento?”

2.- ¿Puede SuPen solicitar aportes retroactivos, tanto del banco como del funcionario”, durante el período en que estuvieron en condición “interina?”

3.- ¿ Si el pronunciamiento de la Procuraduría es vinculante para el FBCR y si podría serlo también vinculante para el FBCAC?”

Nos permitimos exponerle el criterio de esta División:

Con la solicitud anterior, se adjuntó el siguiente comentario y análisis realizado por la División de Regímenes Básicos y Fondos Especiales:

“En el caso del Fondo del BCR, el pasado miércoles se vio en Junta Directiva el Pronunciamiento de la Procuraduría y se acordó

¹ Se refiere a los Fondos de Pensiones tanto del Banco de Costa Rica como del Banco Crédito Agrícola de Cartago.

SP-

Página No.2

modificar el artículo 3 del Reglamento interno eliminando "nombrados en propiedad" con el fin de generalizarlo a todos los empleados del Banco, además, para los que ingresaron interinos antes de la Promulgación de la Ley 7983 pero nombrados en propiedad después de ésta, se propuso crear un Transitorio para que tanto el Banco como el Empleado realicen los aportes correspondientes. Tengo entendido que son 34 personas en estas condiciones que deberán aportar entre todos aproximadamente ¢1.8 millones mientras que la institución ¢4.5 millones. Sin embargo, según me indicó el Gerente del Fondo la sesión no ha sido ratificada, razón por lo cual no se ha comunicado a esta Superintendencia.

En cuanto al pronunciamiento de la Procuraduría, aunque indica que: "...este Órgano Superior Consultivo considera que el artículo 3° del Reglamento del Fondo de Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, es abiertamente contrario a lo previsto por el numeral 55° de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional..." dejando claro la violación a la Ley, también indica que de acuerdo con el artículo 34 del Reglamento del Fondo, la Junta Directiva del Banco tiene la potestad de modificar dicha normativa y por lo tanto puede adecuar la normativa en comentario SI ASÍ DECIDE HACERLO, enfatizando que "...La definición de los medios, y por ende, de cómo lograr ese objetivo es una decisión que corresponde exclusivamente a aquella Junta, sin que pueda este Órgano Asesor valorar acerca de su conveniencia y oportunidad" , por lo que interpreto que el mismo no es vinculante para el Fondo del BCR y por lo tanto tampoco para otros Fondos como para el del BCAC.

Por lo comentado, antes de realizar la nota de comunicación a los Fondos en cuestión, considero necesario conocer el criterio de la División Jurídica sobre:

- 1. Si el pronunciamiento de la Procuraduría es vinculante para el FBCR y si podría serlo también vinculante para el FBCAC?*
- 2. Si con base en este pronunciamiento la SuPen puede solicitar al Banco de Costa Rica y al Banco Crédito Agrícola hacer un aporte retroactivo al Fondo de Pensiones para todos los interinos, ya que como se indicó anteriormente el pronunciamiento enfatiza que: "...La definición de los medios, y por ende, de cómo lograr ese*

SP-

Página No.3

objetivo es una decisión que corresponde exclusivamente a aquella Junta...".

Antes de entrar a dar respuesta a cada una de las interrogantes presentadas y dado que se nos consulta a cerca del alcance de la opinión emitida por la Procuraduría, así como, determinar las acciones a seguir respecto de los Fondos de Garantías y Jubilaciones del Banco de Costa Rica y el Banco Crédito Agrícola de Cartago, debemos indicar que dicha opinión ***tiene efectos únicamente para la entidad consultante***. En este caso, el órgano asesor emitió una opinión jurídica debido a que lo consultado se refería a una situación particular e individualizada planteada por el Gerente General del Banco de Costa Rica, lo cual imposibilita ese órgano resolver el fondo del problema, potestad que le corresponde a la Administración consultante.

Ahora bien, según se indicó en la Opinión Jurídica citada, el artículo 3° del Reglamento al Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica “... *es abiertamente contrario a lo previsto por el numeral 55° de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, pues excede en mucho su previsión normativa, en cuanto pretende regular el régimen jurídico de la pertenencia al citado régimen complementario de pensiones, y con ello restringir el derecho fundamental a la jubilación o pensión, de una manera no querida por el legislador*”(...

Además, se indica que “... *no existe la menor duda de que la norma reglamentaria de comentario, no debió ir más allá de los límites que están fijados en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Por consiguiente, de ninguna manera debió establecer limitaciones o restricciones como las señaladas, en primer lugar, porque éstas no se encuentran establecidas en la citada ley, y en segundo término, porque estos campos de materia odiosa se encuentran vedados a la Administración en virtud de una reserva legal preestablecida. Es indiscutible entonces que en tratándose del citado numeral 3° del Reglamento en comentario, existe no sólo un evidente exceso de poder en el ejercicio de la potestad reglamentaria, (...); por lo que podríamos estar no sólo ante un vicio de ilegalidad manifiesto, sino también de inconstitucionalidad, en el entendido de que un reglamento emitido por una institución autónoma, en el ejercicio de su potestad normativa, no puede modificar lo dispuesto en una norma legal...*”

Finalmente se señala, “ *De ningún modo puede permitirse que una disposición violatoria de los derechos fundamentales, y de principios constitucionales, se mantenga vigente, ni que los operadores jurídicos deban aplicarla impávidamente, pues constituye un deber de éstos últimos hacerlo ver a quienes tienen la capacidad para resolver la antinomia y sólo así salvarán responsabilidad personal frente a la aplicación de la norma legal y contraria a la Constitución Política (...)* la Junta Directiva General del Banco de Costa Rica tiene la

SP-

Página No.4

potestad de modificar dicha normativa, es jurídicamente procedente que ese órgano colegiado adecue la normativa de comentario, si así decide hacerlo. La definición de los medios, y por ende, de cómo lograr ese objetivo es una decisión que corresponde exclusivamente a aquella Junta, sin que pueda este órgano asesor valorar acerca de su conveniencia y oportunidad”.

Sobre lo anterior, debemos señalar que le corresponde a la Superintendencia de Pensiones, supervisar que efectivamente la Junta Directiva del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, realice los ajustes correspondientes tomando en consideración la opinión emitida. A pesar de que ésta carece de efecto vinculante, el Órgano Asesor emitió su criterio acerca de la situación presentada con la disposición contenida en el artículo 3° del Reglamento citado, indicando que no sólo es ilegal sino también inconstitucional. Dado lo anterior, considera esta División Jurídica que la norma en comentario debe ser modificada y le corresponde a la Superintendencia de Pensiones solicitarle a la Junta Directiva del Fondo que le informe cuáles son las medidas que se tomarán para solucionar la situación presentada.

En relación con primera de las interrogantes, ***¿Puede SuPen solicitar la modificación de los reglamentos internos de esos fondos –Banco de Costa Rica y el Banco Crédito Agrícola de Cartago- con base en ese pronunciamiento?*** debemos indicarle lo siguiente:

Según se indicó en la misma consulta, la Junta Directiva del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, tomó el acuerdo de modificar el artículo 3° del Reglamento, de manera tal que, se estaría atendiendo el criterio emitido por la Procuraduría General de la República, por lo que, se considera que no sería necesario que la Superintendencia de Pensiones le solicite modificar el reglamento citado. En ese sentido, se considera que de acuerdo con las competencias que le corresponde a éste órgano supervisor, se debe verificar que efectivamente la situación se haya corregido y se efectúen los aportes correspondientes –patronos y afiliados- del período que corresponda.

Respecto al ***Fondo de Capitalización Individual de los Empleados del Banco Crédito Agrícola de Cartago***, según dispone el artículo 4° del actual Reglamento de dicho Fondo, la afiliación a éste es un derecho real para todos los empleados del Banco nombrados en propiedad, interinos y en plazas por servicios especiales, de manera que todos los empleados del Banco pertenecen al Fondo, sin distinciones entre trabajadores nombrados en propiedad y los nombrados en forma interina, por lo que no procede solicitar ninguna modificación, dado que la afiliación se da para todos por igual.

SP-

Página No.5

La segunda de las interrogantes es la siguiente: ***¿Puede SuPen solicitar aportes retroactivos, tanto del banco como del funcionario", durante el período en que estuvieron en condición "interina?"***

Respecto de esta pregunta es importante reiterar que la decisión de solicitar o no solicitar aportes retroactivos tanto a los empleados del Banco de Costa Rica como al propio Banco, es una decisión que compete a la Junta Administrativa del Fondo y no a la Superintendencia de Pensiones.

Ahora bien, según se indicó en los comentarios aportados con la consulta, la Junta Directiva del Fondo propuso crear un Transitorio (cuyo contenido no se adjuntó) para que tanto el Banco como el empleado realicen los aportes correspondientes.

En virtud de lo anterior y sí la misma Junta Directiva tomare el acuerdo para que se realicen las aportaciones, la Superintendencia de Pensiones, de acuerdo a sus potestades, debería de comprobar la correcta y oportuna imputación de dichos aportes en las cuentas de los afiliados, correspondiente al período en que estuvieron en condición “interina o temporal” de conformidad con lo dispuesto en el inciso c) del artículo 36 de la Ley 7523 reformada.

Para el caso del ***Fondo de Garantías y Jubilaciones del Banco Crédito Agrícola de Cartago***, y dado que según dispone el artículo 4° del Reglamento de Capitalización Individual, todos los empleados del Banco son afiliados al fondo, pareciera que no existe ningún período que haya quedado sin cotizar, determinación que corresponde a la Junta Administrativa.

Respecto de la tercera interrogante ***¿Si el pronunciamiento de la Procuraduría es vinculante para el FBCR y si podría serlo también vinculante para el FBCAC?*** debemos de indicarle lo siguiente:

En relación con el ***Fondo de Garantías y Jubilaciones del Banco de Costa Rica*** en el punto II del pronunciamiento, se explicó la naturaleza jurídica de la opinión externada. En este sentido y para una mayor claridad del tema del efecto vinculante, nos permitimos transcribir lo siguiente:

“Resulta conveniente, desde ahora, definir la naturaleza jurídica de nuestro pronunciamiento y, consecuentemente, los efectos del criterio que se emita al respecto.

Según lo hemos indicado en reiteradas oportunidades, de conformidad con nuestra Ley Orgánica –No.6818 de 27 de setiembre de 1982 y sus

SP-

Página No.6

reformas-, la Procuraduría General de la República despliega una función consultiva respecto de la Administración Pública, y a instancia de los jefes de los diferentes niveles administrativos (Artículo 1° y 4°). Y a los dictámenes así solicitados, la ley les confiere efectos particulares que exceden los de los actos típicos de la administración consultiva, ya que son de acatamiento obligatorio para la Administración (Artículo 2).

No obstante, según jurisprudencia administrativa reiterada de este Órgano Asesor, de conformidad con el citado artículo 2°, en relación con el inciso 3 inciso b) y 4 de nuestra Ley Orgánica, nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de uno o varios sujetos en particular, a quienes se les aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio. Y de conformidad con el contenido de su misiva, es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a situaciones particulares e individualizadas, es decir, se refieren a cinco casos concretos, lo cual imposibilita resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho, máxime cuando hemos reiterado una decisión por parte de la Administración activa (véanse entre otros, los dictámenes C-194-94 de 15 de diciembre de 1994, C-188-2002 de 23 de julio del 2002 y C-147-2003 de 26 de mayo del 2003); esto es así, porque dada la eficacia vinculante de nuestros dictámenes (artículo 2 op.cit), la opinión que se externe sobre el caso concreto implicaría no sólo la definición, sino la resolución de la situación particular, con detrimento de las potestades decisorias de la Administración consultante (OJ-096-96 de 18 de noviembre de 1996).

*Sin embargo, este Despacho estima conveniente proceder a analizar las interrogantes vertidas en su consulta, haciendo abstracción a un caso concreto y facilitarles, por medio **de una simple opinión jurídica –y por ende, carente de efectos vinculantes-**, una serie de lineamientos jurídico doctrinales emanados tanto de nuestra jurisprudencia administrativa, como de la constitucional, con la intención de colaborar en **la solución del problema planteado; la labor que en todo caso le corresponde exclusivamente al ente consultante, y no a éste Órgano Asesor.** (El resaltado es nuestro)*

Con lo anterior, consideramos que queda contestada la primera parte de la tercera interrogante.

SP-
Página No.7

Ahora bien, respecto de la segunda parte de la pregunta tercera *¿si podría serlo también vinculante para el FBCAC?* debemos de indicar que no es posible hacer extensiva dicha opinión al Fondo del Banco Crédito Agrícola de Cartago, dado que tanto los dictámenes como las opiniones jurídicas emitidas por el ente asesor tienen efectos únicamente para la parte consultante.

Cordialmente,

DIVISIÓN JURÍDICA

Ana Matilde Rojas Rivas
Licda. Ana Matilde Rojas Rivas
Abogada encargada



Lic. Álvaro Jiménez S.
Director