

DJ-062

27 de diciembre del 2004

Señor

MSc. Javier Cascante E., *Superintendente*
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

En atención al oficio BNV-OPC-591-04 de fecha 13 de diciembre, suscrito por el señor Gerente de BN Vital OPC, mediante el cual plantea una serie de interrogantes en torno a interpretación legal que se puede realizar en relación con las diferentes cuentas que conforman el patrimonio de la Operadora, específicamente sobre la posibilidad de reunir el capital social y el capital mínimo de funcionamiento para el cálculo del indicador establecido para el artículo 201 inciso c) del Código de Comercio, le presento el siguiente criterio jurídico.

1. Sobre el criterio jurídico de la entidad autorizada consultante

El señor Gerente de BN Vital OPC adjunta a su consulta, el dictamen jurídico DJ/1484-2004 emitido por la División Jurídica del Banco Nacional, en el cual se concluye en lo que interesa:

“... en criterio de este Despacho no es factible considerar el capital mínimo de funcionamiento para fortalecer el capital social de BN Vital OPC., toda vez que, tal y como se explicó anteriormente, ambas figuras se encuentran claramente diferenciadas por la misma ley. / En el supuesto de que se incorporare el capital mínimo de funcionamiento al capital social de la operadora, se estaría desvirtuando su naturaleza, sin embargo, la Superintendencia de Pensiones sí puede autorizar ese movimiento contable de acuerdo con una mejor interpretación de su parte de la legislación y normativa aplicable. (...)”

2. Sobre la naturaleza de las Operadoras de Pensiones Complementarias

Para iniciar el análisis de la consulta que aquí nos ocupa es importante destacar previamente que las Operadoras de Pensiones Complementarias son personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, y por ende reguladas por el Código de Comercio. Este tipo de entidades, dado el objeto social especial que están obligadas a cumplir también están sujetas a la Ley de Protección al Trabajador, ley que contiene numerosas normas de orden público e interés social, además de requisitos adicionales al Código de Comercio, que resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las

Operadoras de Pensiones, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del Sistema Nacional de Pensiones.

En este sentido, el artículo 33 de la Ley en comentario establece en su último párrafo lo siguiente:

*“Artículo 33.-
.....Salvo lo dispuesto expresamente por esta ley, dichas sociedades anónimas se regirán por el Código de Comercio”.*

3. Sobre el fondo de la consulta planteada

Ahora bien, en relación con el punto específico de la consulta, el artículo 37 de la Ley de Protección al Trabajador señala, en lo que interesa, que:

Artículo 37.—Capital mínimo de constitución y de funcionamiento. El capital mínimo necesario para la constitución de una operadora no podrá ser inferior a doscientos cincuenta millones de colones (¢250.000.000,00). Este monto deberá ser ajustado cada año por el Superintendente, de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumidor. El capital mínimo deberá estar íntegramente suscrito y pagado, así como demostrado su aporte real en el momento de la autorización. Para el caso de las operadoras de fondos de capitalización laboral establecidas en el artículo 74 de la presente ley y las creadas por sindicatos, el capital mínimo será un diez por ciento (10%) del establecido para las operadoras de pensiones.

Adicionalmente, la operadora deberá disponer de un capital mínimo de funcionamiento equivalente a un porcentaje de los fondos administrados. Para el caso de las cooperativas y las asociaciones solidaristas referidas en el artículo 30 de la presente ley, el capital mínimo de funcionamiento aquí establecido será conformado como una reserva especial de patrimonio. Para determinar este porcentaje, el Superintendente tomará en cuenta el valor de los fondos, los riesgos de manejo en que pueda incurrir la operadora y la situación económica tanto del país como del sector pensiones; todo de conformidad con el reglamento respectivo. (El resaltado no es del original).

Es decir, de conformidad con las normas citadas, las sociedades anónimas que se constituyan como Operadoras de Pensiones Complementarias deben cumplir, entre otros, como requisito adicional, con el denominado *capital mínimo de funcionamiento*, exigido por la ley con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema.

Como parte de los principios de supervisión de regímenes de pensiones reconocidos y aplicados a nivel internacional se ha establecido que el supervisor debe velar porque

toda persona jurídica interesada en constituirse como administradora de pensiones, con sujeción a las normas que en cada caso se establezcan, aporte y mantenga un capital inicial, único y exclusivo para el desarrollo de su objeto, acorde a su importancia en el sistema.

Un requisito de capital inicial que asegure una participación directa en el negocio de los propietarios de la administradora y promueva la confianza de los mercados financieros. Este capital debe mantenerse y ser objeto de revisión periódica por parte del supervisor. Los recursos propios mínimos deberán estar relacionados directamente con la naturaleza de las actividades, el volumen de negocio de la administradora y el nivel de riesgo del administrador.

La regulación en el mercado de pensiones es necesaria para asegurar un desarrollo adecuado del mercado y velar por la protección de los derechos de los afiliados. Para ello, todo régimen de pensiones debe contar con un marco legal apropiado y efectivo en las áreas de operaciones, legal, fiscal, financiera y contable.

En ese sentido, los artículos 40 y 41 de la Ley de Protección al Trabajador regulan el régimen de responsabilidad de las operadoras por los daños y perjuicios patrimoniales causados a los afiliados o por las pérdidas que puedan sufrir las aportaciones y los rendimientos de los trabajadores cotizantes por actos dolosos o culposos de los miembros de su Junta Directiva, gerentes, empleados y agentes promotores. En estos casos, las operadoras responderán con su patrimonio, sin perjuicio de las acciones administrativas o penales que puedan caber por estos hechos.

Por ende, resulta conveniente para el Régimen, que la Superintendencia supervise tanto la suficiencia patrimonial que garantice la capacidad de la entidad para cubrir sus activos riesgosos, como su solvencia y solidez financiera.

Para tales efectos entre los indicadores que se calculan para vigilar la regularidad financiera de las entidades, se encuentran los que establecen el artículo 201 inciso c) del Código de Comercio y el artículo 136 inciso vii) de la Ley Orgánica del Banco Central. El primero referido específicamente al capital social para efectos de vigilar si se configura eventualmente una causal de disolución de la sociedad que puede ser alegada por los socios o terceros con interés legítimo. El segundo indicador citado, referido al patrimonio de la entidad, es decir, comprende todas las cuentas patrimoniales positivas entre las que se reúnen, entre otras, la cuenta de capital social y la cuenta de capital mínimo de funcionamiento.

De conformidad con lo que ha sido explicado, es posible concluir que resulta claro que el artículo 201 del Código de Comercio es aplicable a las Operadoras de Pensiones, dada su naturaleza de sociedades anónimas y porque así lo dispone expresamente el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.

Lo anterior tiene respaldo en el principio de la literalidad de las normas (además de que no debe distinguirse donde la Ley no lo hace) y también encuentra fundamento en las sanas prácticas de administración. Además, el capital social y el capital mínimo de funcionamiento son dos cuentas patrimoniales, diferenciadas entre sí, de las entidades autorizadas y que no comparten la misma naturaleza jurídica dadas sus respectivas características formales y sustanciales, por lo que no resulta jurídicamente viable su unificación, a efectos del cálculo del indicador establecido en el artículo 201 inciso c) del Código de Comercio.

Atentamente,



Silvia Canales C., *Abogada*
División Jurídica