

DJ-000001

05 de enero del 2005

Señor

MSc. Javier Cascante E., *Superintendente*

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Seguidamente le manifestamos el criterio de la División Jurídica en relación con los planteamientos presentados por el señor Gerente del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica en el oficio FP-70-2004, referidos a si es posible que dicho Fondo continúe utilizando el Manual de Cuentas de Fondos Especiales, hasta que las condiciones estén dadas para que la administración del Fondo se traslade a una Operadora de Pensiones Complementarias, y no el de Fondos de Capitalización Individual, tal y como se les solicitó en su oportunidad mediante el oficio SP-2039, de conformidad con el criterio jurídico DJ-43-2004 emitido por esta División Jurídica, en el cual consta el *“Informe sobre el Modelo de Financiamiento del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica”*, preparado en coordinación con la División de Regímenes Básicos y Fondos Especiales.

ANTECEDENTES

Mediante el oficio FP-60 2004 de fecha 23 de agosto del 2004, el Gerente del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, consultó ante esta Superintendencia si el Manual de Cuentas para Fondos de Capitalización Individual se aplica *“...para los fondos que son administrados por una OPC o también para aquellos fondos que adoptaron un esquema de financiamiento de capitalización individual pero que aún no han trasladado su administración a una Operadora?”*. Lo anterior en relación con el *Transitorio IX del Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos sustitutos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte*, que concede el plazo de nueve meses desde su entrada en vigencia (19 enero del 2005 a más tardar) para que los fondos de capitalización individual adopten el catálogo de cuentas que se aplica a las Operadoras de Pensiones Complementarias.

En respuesta a dicha consulta, la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) remitió al Gerente del Fondo, mediante el oficio SP-2039 de fecha 17 de setiembre del 2004, el Dictamen Jurídico número DJ-43-2004 que señala, en lo que interesa:

“...en el caso particular, de la lectura de los dos Reglamentos del Fondo, se desprende con claridad que en el año 2003, la Administración del Fondo, decidió modificar el modelo de financiamiento, pasando de un modelo de financiamiento de capitalización colectiva a un modelo de capitalización individual. (...) Actualmente los numerales 20 y

28 del Reglamento, expresamente indican que el modelo de financiamiento adoptado es de capitalización individual, ofreciendo a los afiliados del Fondo la posibilidad de tomar una renta vitalicia, permanente o programada, todos productos propios de un régimen de capitalización individual. En estos casos, la prestación es consecuencia directa del saldo acumulado en la cuenta individual del afiliado, sin tomar en cuenta el sueldo promedio. Lo anterior, sin perjuicio de cumplir con lo dispuesto en el artículo 75 párrafo cuarto de la Ley de Protección al Trabajador (...), de forma tal que el gestor debe, cuando cambia el modelo, garantizar las pensiones en curso de pago (así como los demás aspectos ahí estipulados) que fueron otorgados bajo el anterior modelo de financiamiento de capitalización colectiva, aspecto que, desde el punto de vista técnico, se debe hacer mediante la creación de una Reserva para pensiones en curso de pago, determinada actuarialmente. Así las cosas, es lógico y coherente el mandato legal, que el Fondo tenga una Reserva para pensiones en curso de pago. La reserva debe, necesariamente, ser determinada actuarialmente y aprovisionada al 100% de los beneficios en curso de pago, de previo al momento en que se cambia el modelo de financiamiento, con el fin de que el modelo de capitalización individual se pueda ejecutar plenamente, pues de no ser así se produciría un contrasentido, al adoptar un modelo, que desde el punto de vista jurídico, determina claramente que la propiedad de los aportes y los rendimientos son del afiliado, sin que el gestor pueda disponer de esos recursos para mantener algún tipo de reserva, pues lo único que puede deducir es el costo de la administración (la comisión). A esto se debe agregar un elemento fundamental en relación con este Fondo, y es el hecho de que la Administración ha manifestado su interés de trasladar la administración del Fondo a una Operadora de Pensiones. Traslado que cabe destacar desde ahora, no podría autorizarse hasta tanto no se haya liquidado la cartera crediticia, esto al tenor de lo dispuesto en el Transitorio V del Reglamento para la regulación de los regímenes de pensiones creados por leyes especiales y regímenes públicos sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. (...) En razón de que las operadoras de pensiones se caracterizan por la utilización de un sistema de capitalización individual con fuerte protección a las cuentas individuales, una vez adoptado el modelo de financiamiento de capitalización individual, y trasladados a una Operadora los recursos del Fondo, no sería posible mantener ningún tipo de reserva a cargo de los rendimientos de las cuentas individuales, pues esto es incompatible con el modelo de capitalización de una Operadora. La existencia de una Reserva denominada Fondo Contingente y la posibilidad de que se tomen recursos de los rendimientos de las cuentas individuales de los afiliados, es propia de los modelos de capitalización colectiva, no de los modelos de capitalización individual, lo anterior, precisamente por la propiedad individual de los aportes y los rendimientos en el modelo, que impediría disponer de esos recursos para otros fines.

SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA

Ahora bien, mediante oficio FP-70-2004, de fecha 19 de octubre del 2004, el Gerente del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, considera que el criterio no se ajusta a la legalidad y que debe ser reconsiderado con base en los siguientes argumentos, a los cuales nos referiremos a continuación:

- A. Que, “El fondo adopta de un modelo de beneficios de costo definido, con anterioridad a la reforma reglamentaria del 2003, y a la misma Ley de Protección al Trabajador”.

Sobre este particular, el dictamen DJ-43-2004 señala que la Administración del Fondo decide en el 2003 modificar el modelo de financiamiento, pasando de un modelo de financiamiento de capitalización colectiva a un modelo de capitalización individual. Efectivamente, el Fondo adopta un modelo de beneficios de costo definido en fecha anterior a la reforma reglamentaria del año 2003 que implementó el mismo Fondo, pero ello no obsta que deban cumplir con las regulaciones emitidas posteriormente y que, dada su naturaleza, le resultan aplicables.

B. Que, *“La Superintendencia autorizó el mantenimiento de la Reserva de Pensiones con recursos de los empleados activos”*.

Respecto a lo anterior, ésta Superintendencia señaló en el dictamen DJ-43-2004 que, el “... gestor debe, cuando cambia el modelo, garantizar las pensiones en curso de pago que fueron otorgadas bajo el anterior modelo de financiamiento de capitalización colectiva, aspecto que, desde el punto de vista técnico, se debe hacer mediante la creación de una Reserva para Pensiones de Curso de Pago, determinada actuarialmente...”. Efectivamente, la Superintendencia de Pensiones autorizó el mantenimiento de la mencionada Reserva de Pensiones en Curso de Pago, en virtud de que el Reglamento que aprobó la SUPEN en el mes de enero del 2003 (SP-158-2003), contenía esa disposición. Si bien la SUPEN aprobó un reglamento que contenía la disposición indicada, ello no es obstáculo para que en aras de perfeccionar el marco normativo y operativo de los regímenes, el ente supervisor solicite la eliminación de aquellos componentes que no corresponden al modelo de capitalización individual adoptado por el Fondo del Banco de Costa Rica.

Asimismo, es muy clara la obligación que tienen al respecto los gestores cuando deciden individualizar las cuentas y es por ello que el Fondo debe tener ésta Reserva para hacer frente a las pensiones en curso de pago, la cual, además, debe ser determinada actuarialmente y aprovisionada al cien por ciento (100%) de los beneficios en curso de pago.

C. Que, *“La Superintendencia también autorizó la creación de una Reserva Contingente para atender el pago de indemnizaciones por muerte e invalidez”*. El Fondo señala que, *“...nos encontramos ante un híbrido, producto de la reglamentación de 1989, la situación de cuasi-liquidación ocurrida en el año 1998, y la reforma de 2003”*. De igual forma señala que en el oficio DJ-43-2004, se indica claramente que, *“A pesar de que, según lo establece el Reglamento, el modelo de financiamiento del Fondo es de capitalización individual, no se ha cumplido todavía con los requisitos necesarios para la transformación total del modelo.... No puede hablarse entonces de que el Fondo sea en este momento un régimen de capitalización individual, por lo que tampoco le sería aplicable la obligación de adoptar el manual de cuentas de las Entidades Autorizadas...Este estado particular, es reconocido en el oficio DJ-43-2004, al señalar que el Manual de Cuentas de la Operadoras, que se debe adoptar en enero de 2005, no puede aplicarse en este momento,... pues este sería incompatible con el estado actual del Fondo, que se encuentra en lo que podríamos considerar como etapa de transición”*.

Respecto al punto de la autorización por parte de la Superintendencia de Pensiones de la Reserva antes mencionada, el dictamen DJ-43-2004 señala que, “...*La existencia de una Reserva denominado Fondo Contingente y la posibilidad de que se tomen recursos de los rendimientos de las cuentas individuales de los afiliados, es propia de los modelos de capitalización colectiva, no del modelo de capitalización individual, lo anterior, precisamente por la propiedad individual de los aportes y los rendimientos en el modelo, que impediría disponer de esos recursos para otros fines...*”. Asimismo, la SUPEN le indicó al Fondo que esta situación debía ser corregida mediante una reforma reglamentaria, para poder cumplir cabalmente con lo señalado en el artículo 75 de la Ley N° 7983 (Ley de Protección al Trabajador), lo anterior en el entendido que no se puede disponer de los recursos para otros fines que los reglamentados. Si bien es cierto la SUPEN autorizó la creación de esta Reserva Contingente cuando aprobó el Reglamento, ya que éste, contenía la disposición indicada, ello no es obstáculo, como ya se indicó, para que, con el objetivo de perfeccionar el marco normativo y operativo de los regímenes de pensiones, esta entidad solicite la eliminación de aquellos componentes reglamentarios que no corresponden al modelo de capitalización individual, adoptado por el Fondo.

En relación con la naturaleza del Fondo en cuestión, en el oficio FP-70-2004, el señor Gerente de dicho Fondo manifiesta que...”*En su oficio DJ-43-2004 se indica claramente que, “A pesar de que, según lo establece el Reglamento, el modelo de financiamiento del Fondo es de capitalización individual, no se ha cumplido todavía con los requisitos necesarios para la transformación total del modelo...”. “No puede hablarse entonces de que el Fondo sea en este momento un régimen de capitalización individual, por lo que tampoco le sería aplicable la obligación de adoptar el manual de cuentas de las Entidades Autorizadas”...”Este estado particular, es reconocido en el oficio DJ-43-2004, al señalar que el Manual de Cuentas de la Operadoras, que se debe adoptar en enero de 2005, no puede aplicarse en este momento”,... “pues este sería incompatible con el estado actual del Fondo, que se encuentra en lo que podríamos considerar como etapa de transición”.*

En este sentido, es importante puntualizar que el Fondo no es un híbrido sino que se encuentra en una etapa de transición, entendido el término transición en el sentido de que, aunque el fondo había adoptado el modelo de financiamiento de capitalización individual, subsistían algunos elementos ajenos a éste, como la reserva contingente y la posibilidad de traslado de parte de los rendimientos de las cuentas individuales a la provisión para pensiones en curso de pago. Al respecto, tal y como se indicó en el criterio DJ 43-2004 para el caso particular, se puede ver claramente que en el año 2003 la Administración del Fondo tomó la decisión de modificar el modelo de financiamiento, pasando de un modelo de capitalización colectiva a uno de capitalización individual, sea la Administración decidió voluntariamente cambiar el modelo de financiamiento, estando en este momento en una transición en el sentido dicho.

D. Que, “*El Reglamento vigente del Fondo, ahora cuestionado, fue aprobado por esta Superintendencia a pesar de las contradicciones que presenta, y que imposibilitan que cabalmente se nos defina como un régimen de capitalización individual*”. Que, “*Lo anterior es reconocido por esta*

Superintendencia, al afirmar que no se ha cumplido con los requisitos para la transformación total del modelo. Estos requisitos establecidos en el artículo 13 (De la Transformación) del “Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos sustitutos al Régimen de Invalidez Vejez y Muerte”, están siendo atendidos en forma progresiva por esta Gerencia, según lo expuesto, y no dependen de una decisión administrativa unilateral de nuestra Junta Administrativa”.

Respecto al tema de la aprobación del Reglamento interno del Fondo por parte de la SUPEN, el dictamen DJ-43-2004 señala que, pese a que haya normas incompatibles con el modelo elegido tales como el artículo 18, 29, 30 y el Transitorio III, todos del Reglamento del Fondo, el mismo debe ajustarse a la norma que establece el Transitorio I del “Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos sustitutos al Régimen de Invalidez Vejez y Muerte”, con la finalidad de ajustarlo a dichas normas y al modelo de financiamiento definido por los gestores, de forma tal que se cierre la posibilidad de que en un futuro se pueda disponer de las cuentas individuales de los afiliados para fines colectivos, entre otras medidas incompatibles con los sistemas de capitalización individual. Es importante señalar que, la Reforma reglamentaria, es un requisito que debe realizarse para el correcto establecimiento del régimen a aplicar; además, el hecho de que las normas mencionadas sean incompatibles, no quiere decir que no se hayan podido implementar las reformas reglamentarias correspondientes por parte del Fondo, tal y como se indicó en el dictamen, para que no hayan inconsistencias ni contradicciones. Además, tanto la Procuraduría General de la República como la Sala Constitucional, han establecido que en el mercado financiero, un mercado que está sujeto a frecuentes cambios, no existe la inmutabilidad del ordenamiento jurídico sino que, dado que la regulación financiera es de orden público, las entidades están sujetas a un principio de adaptación constante o mejor dicho permanente, que las obliga a ajustarse a los nuevos cambios para operar en el mercado (ver Opinión Jurídica OJ-143-99).

E. Que, *“Por ello, no se considera que en nuestro caso sea aplicable la adopción del catálogo de cuentas de la Operadora”*. Ya que:

- a) *“El catálogo vigente, que corresponde a Fondos Especiales, y abarca tanto la modalidad de beneficio como de aportación definida, fue adoptado recién en enero de 2004 (con los señalados costos administrativos) y refleja adecuadamente la situación contable del Fondo, sin que la SUPEN haya señalado los beneficios del cambio a un nuevo catálogo, y aparentemente ignorando los costos de esta medida”*.
- b) *“El Fondo tiene una cartera de crédito que se ha cancelado en más de un 90%, pero cuyas operaciones restantes podrían permanecer en registro hasta el vencimiento del plazo de las obligaciones (noviembre de 2015) si los empleados no están de acuerdo en aplicar las utilidades del aporte patronal a sus créditos”*.
- c) *“Tenemos una Reserva Contingente, constitutiva hace más de 18 meses, que ya ha otorgado beneficios a los empleados, y cuya*

eliminación no es una prerrogativa exclusiva de la Junta Administrativa, sino que tiene que ser aprobada por los empleados. Aún en el caso de que se aprobara su liquidación, debería garantizarse un plazo de transitoriedad para el goce de beneficios, atendiendo al hecho de que se trata de derechos adquiridos por los cotizantes del Fondo”.

- d) “Legalmente debe dilucidarse el tema de si la institución puede asumir el carácter de garante de las pensiones en curso de pago. Hasta tanto no se resuelva esto, debe seguir existiendo un mecanismo que permita ajustar la Reserva en caso de subvaluación. En este tema, la Superintendencia debería modificar la reglamentación vigente para que se permita la conmutación de las pensiones a favor de los jubilados, sin que se obligue a la adquisición de un plan voluntario o una Renta vitalicia”.

Respecto a lo anterior, el Dictamen DJ-43-2004 señaló que el Manual de Cuentas debe ser aplicado por el supervisado, ya que se está partiendo del hecho cierto de que el Fondo es de capitalización individual, por el cambio de modelo de financiamiento que decidió realizar (año 2003). Por lo consiguiente, el Fondo debe cumplir con lo estipulado en el Transitorio IX del *Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos sustitutivos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte*.

En este punto es importante destacar que, dada la importancia del sistema financiero y de nuestro sistema de pensiones para la estabilidad económica, se somete a las entidades fiscalizadas a un especial régimen de supervisión administrativa, si se quiere más intenso que el que soporta la mayoría de los sectores económicos. Se debe supervisar la solvencia, la actuación y el cumplimiento de la normativa de las entidades reguladas y fiscalizadas.

Asimismo, la potestad directiva y normativa debe generar la garantía de prudencia que generalmente se requiere de las entidades supervisadas. Las entidades, por la pertenencia misma al sistema de pensiones, deben ajustar su actuación a normas que les resultan imperativas en tanto están dirigidas a mantener la disciplina del sector y a evitar los riesgos a los que se ven expuestas.

Ahora bien, respecto al punto que menciona el Gerente, atinente a que el Fondo tiene una cartera de crédito que se ha cancelado en más de un 90%, pero que las operaciones restantes podrían permanecer en el registro hasta el vencimiento del plazo de las obligaciones, lo cual es hasta noviembre del 2015, en el caso de que los empleados no estén de acuerdo en aplicar las utilidades del aporte patronal a sus créditos, es preciso señalar que, el dictamen DJ-43-2004 menciona, sobre la base de que el Fondo va a trasladar su administración a una Operadora de Pensiones, que éste debe liquidar las carteras de créditos que mantiene, de conformidad con lo establecido en el Transitorio V del Reglamento citado.

- F. Que, “La Superintendencia debería concordar con nosotros en que la transformación de un régimen especial a un modelo de capitalización individual tiene como fin último, el traslado de su administración a una

Operadora de Pensiones. En este sentido, nos parece ilógico obligar a un fondo de transición a adoptar el catálogo, bases técnicas y fórmulas de cálculo aplicables a una Operadora de Pensiones, de previo a su traslado”.

En relación con los argumentos transcritos, debemos indicar que la decisión de trasladar la administración de un régimen especial complementario a una operadora de pensiones, corresponde exclusivamente a la Asamblea de Trabajadores, de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Protección al Trabajador, por lo cual no necesariamente todo fondo que individualice cuentas va a ser administrado por una Operadora.

Respecto de la aplicación del Manual de Cuentas en cuestión, siendo que en la actualidad el Fondo tiene la naturaleza de régimen de capitalización individual, resulta muy clara la obligación a cargo del Fondo de ajustar su contabilidad al que rige este tipo de regímenes, de conformidad con la normativa vigente.

G. Que, *“No debe aplicar la misma regla SUPEN, si no somos iguales. La Superintendencia de Pensiones ha venido desarrollando una estrategia inapropiada desde la perspectiva jurídica y funcional de los fondos de pensiones que dentro de la diversidad existente en nuestro país ella regula”.* Que, *“No se deben equiparar dos figuras jurídicas que por su naturaleza y finalidad no pueden estar sujetas a la misma regulación sin caer en una clara contradicción con el principio constitucional de igualdad”.*

En cuanto a estos aspectos conviene aclarar que si bien los gestores de los fondos no son todos iguales, sí tienen un mismo objeto, cual es la administración de cuentas individuales de los trabajadores cuyos recursos son para obtener un beneficio de pensión y, como gestores de tales recursos de terceros, deben someterse a la normativa y a la supervisión por parte de la Superintendencia de Pensiones. Obsérvese, además, que la normativa específica aplica para todos los regímenes de capitalización individual, independientemente de quién los gestiona; es decir, la igualdad está dada por el modelo de financiamiento y no por la naturaleza del gestor.

Además, respecto al punto de la equiparación de la regla de los iguales que realizó el Fondo en el oficio FP-70-2004, debemos hacer notar que dicho Fondo hace la equiparación respecto a dos figuras jurídicas que son: las entidades autorizadas y las entidades supervisadas, las cuales, está por demás indicar que son entidades diferentes, tal y como lo señala el artículo 2 de la Ley 7983 (Ley de Protección al Trabajador); de igual manera, el señor Gerente del Fondo indica que, “...el Fondo se encuentra más bien inmerso dentro del grupo de entidades supervisadas...”, sin embargo es importante acotar que el Fondo es una entidad regulada, así como lo indica el mismo artículo supra señalado, en su inciso h), y con ello debe acatar la regulación por parte de la Superintendencia de Pensiones (como se mencionó anteriormente). Respecto al tema de la igualdad, la Superintendencia de Pensiones no incurre en ninguna contradicción con el principio constitucional, ya que fue el propio Fondo de Garantías y Jubilaciones quien decidió modificar su modelo de financiamiento de capitalización colectiva a individual, para lo cual la SUPEN le requiere que, en tal caso, debe cumplir con una reforma reglamentaria y con una serie de requisitos que debe atender a cabalidad, para poder trasladar los recursos de las cuentas individuales en administración a una Operadora de Pensiones, si así lo decide, lo cual es de aplicación para todos aquellos

Fondos que efectúen dicho cambio en su modelo de financiamiento, como es el caso del Fondo en comentario.

Ahora bien, ante la consulta realizada por la Superintendencia de Pensiones a la Procuraduría General de la República respecto del modelo de financiamiento de este Fondo, ésta entidad, mediante su dictamen C-124-2004 del 26 de abril del año en curso, señaló que “...tenemos una entidad bancaria –el de Costa Rica – que tiene un fondo de capitalización individual...”. Además, es importante hacer énfasis en que dicho Fondo es un ente regulado y debe por ello ser regido por la normativa aplicable, y en este caso particular por la normativa correspondiente emitida por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y la SUPEN, en el entendido que, ésta y sus posteriores reformas deben ser acatadas por todas las entidades reguladas del Régimen, dado el principio de inderogabilidad singular de las normas.

- H. Que, *“La SUPEN emitió un acto de aprobación que ahora no puede obligarnos, administrativamente, a variarlo. La Superintendencia de Pensiones, después de múltiples reuniones con sus funcionarios y del plebiscito realizado en el Banco, aprobó la reforma integral a nuestro Reglamento. Dicho acto administrativo fue válido y eficaz, de manera que se ha venido aplicando con la producción de los derechos a favor de nuestros afiliados; ahora no puede por esta vía la Superintendencia señalar incongruencias y pedir lo que pide. Existen procedimientos contemplados en el ordenamiento para ejecutar lo que ella busca, si muestra que tiene la razón”*

Si bien la Superintendencia aprobó la reforma reglamentaria, lo que señala el Dictamen DJ-43-2004 es que se cumplan a cabalidad todos los requisitos para trasladar los recursos individuales en administración a una Operadora de Pensiones, para lo cual el Fondo debe remitir el contrato a suscribir. Asimismo, independientemente de que se realice o no tal traslado, el Fondo, por ser de capitalización individual, debe realizar la reforma reglamentaria que señala el Transitorio I del *“Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones por Leyes Especiales y Regímenes Sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte”*, que indica el plazo en el cual debe hacerse la misma (seis meses). Resulta claro que es de acatamiento obligatorio para el Fondo el mencionado reglamento, lo anterior, primero porque el Fondo decidió cambiar el régimen de uno de capitalización colectiva a uno de capitalización individual (como se ha indicado, voluntariamente) y, segundo porque el Fondo es un ente regulado, el cual debe acatar la regulación establecida por la Superintendencia de Pensiones, la cual tiene plenas facultades para aplicar la reglamentación indicada, tal y como lo establece el artículo 38 en sus inciso j) de la Ley 7523, reformada por el artículo 79 de la Ley 7983.

- I. Que, *“El acto emitido por la Superintendencia es ABSOLUTAMENTE NULO, y así pedimos sea declarado”*.
- a) *“El artículo 128 de la LGAP dispone que para que sea válido el acto administrativo debe ser conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, lo cual no se cumple, como veremos de seguido”*.

- b) *“El artículo 166 de la misma ley establece que habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente; lo cual en este caso está sucediendo, ya que faltan los elementos de motivo y fin, además de que el elemento de contenido es imperfecto y según el artículo 167, también habrá nulidad absoluta cuando la imperfección de un elemento impida la realización del fin”.*
- c) *“El fin del acto recurrido es homologar nuestra condición a la de una operadora de pensiones complementarias, lo cual resulta imposible, funcional, operativa y jurídicamente”.*
- d) *“El motivo del acto es estandarizar la regulación entre fondos de diferentes características; la ausencia de este elemento, se justifica debido a que el artículo 133.1 establece que para que exista el motivo, éste deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto. Aquí esto no se cumple, debido a que nuestro Fondo es radicalmente diferente a una Operadora de Pensiones complementarias”.*
- e) *“El artículo 132.1 nos dice que el contenido del acto deberá ser lícito, posible, claro y preciso, además de abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo. El contenido del acto es imperfecto, pues el requisito de licitud no se da. Es decir, el acto no puede tener un contenido ilícito. Al utilizar como base para dictar el acto, una legislación que no determina esa igualdad pensada por el Regulador, se está incurriendo en un error que produce la nulidad absoluta del acto”.*
- f) *“Igualmente se violaría el principio de legalidad en materia administrativa, el cual está contemplado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública, que expresa que los funcionarios públicos deben de apegarse estrictamente a lo que les permite el ordenamiento y no podrán arrogarse facultades que la ley no les concede, como por ejemplo “homologar” los formatos de suministro de información a figuras diferentes en su origen, estructura y organización. Al tratar de llevarlo a cabo la Administración Pública, en este caso la Superintendencia, se estaría además, arrogando facultades que la ley no le concede. Y por último, con relación a todo lo anterior, también se violan los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, al constituir el acto una completa irrazonabilidad, así como ser totalmente desproporcionado”.*
- g) *“El artículo 162, establece que el recurso administrativo bien fundado por un motivo existente de legalidad, hará **obligatoria** la anulación del acto. Como hemos podido constatar, con este acto se violan disposiciones legales, más concretamente las dispuestas por la Ley General de la Administración Pública, por lo que se debe de anular obligatoriamente, y más aún, por contrariar además, normas constitucionales”.*
- h) *“El artículo 169, dispone que no se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución. Al ser el*

acto en estudio absolutamente nulo y no poder ser legítimo, no puede producir efectos, por lo cual no puede ser llevada a cabo su ejecución”.

- i) *“El artículo 171, dispone que la nulidad absoluta tendrá afecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, de manera que lo resuelto es nulo”.*
- j) *“El artículo 172, establece que el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación. Por ser una nulidad absoluta, según lo hemos apuntado, además de ser evidente y manifiesta, es que no se podría ni siquiera tratar de arreglarlo a derecho, sino lo que procede es que luego de declarar la nulidad”.*
- k) *“El artículo 174.1, dispone que la Administración estará **obligada a anular de oficio** el acto absolutamente nulo. Aparte de lo claro que es este artículo, nótese que la nulidad absoluta advertida es evidente y manifiesta, lo cual agrava la situación. Por esto es que la Superintendencia debe de actuar a la brevedad posible, y no causar daños y perjuicios a éste Fondo y consecuentemente a sus afiliados”.*

No consideramos que sea admisible el planteamiento del Fondo, respecto a que le falten elementos constitucionales o esenciales, tales como el motivo, el fin o el contenido al acto administrativo contenido en el oficio SP-2039 mencionado al inicio y su anexo (DJ-043-2004).

Es importante tener presente que *“La validez del acto administrativo nos remite necesariamente en el principio de legalidad, y éste al sometimiento del quehacer de la Administración al ordenamiento jurídico”*¹, es por lo anterior que la noción de validez del acto administrativo permite examinar el ajuste de la actuación de la Administración a los cánones establecidos por el ordenamiento jurídico, tal y como lo ha realizado la Superintendencia de Pensiones en el Oficio SP-2039 y su Dictamen Jurídico DJ-43-2004, ya que son conforme a Derecho todos y cada uno de los argumentos que se esgrimieron en el mencionado oficio y su correspondiente dictamen. Dentro de todo acto administrativo, deben estar contemplados los requisitos de motivo, contenido y fin, los cuales están incluidos fehacientemente en el oficio anteriormente mencionado, de la siguiente manera: El oficio y el dictamen, relatan con propiedad que el Fondo en cuestión, debe cumplir a cabalidad una serie de requisitos para poder trasladar los recursos de las cuentas individuales en administración a una Operadora de Pensiones, no antes. Además de señalar los plazos reglamentarios, mediante los cuales deberían realizarse las reformas reglamentarias y el correspondiente cronograma que el Fondo debía presentar para ver no sólo los avances del cumplimiento de los requisitos que hasta en esa oportunidad tuvieran, sino de los que faltaban, para observar su cumplimiento a posteriori. Es por lo anterior que el acto administrativo (entendido como aquella, *“...manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente de la Administración en uso de una potestad administrativa”*²) emitido por la Superintendencia de Pensiones no sólo es válido sino

¹ SABORÍO V. (Rodolfo), Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo, Editorial SEINJUSA, Segunda Edición, San José, 1994, pág. 21.

² ORTIZ O. (Eduardo), Derecho Administrativo, Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Edición Mimeografiada.

además es eficaz (capacidad actual para producir efectos jurídicos que el ordenamiento ha previsto para la correcta función administrativa que se ejerce) y, concurriendo simultáneamente estos dos elementos en la forma señalada dentro del acto administrativo mencionado lo hacen perfecto. El acto de aprobación de la reforma integral al Reglamento para la regulación de los regímenes especiales, determinó el inicio de su eficacia jurídica, donde los criterios impugnados en modo alguno suponen revertir dicha aprobación, por esta razón no se comparte el criterio del Fondo, en el sentido de que la Administración está variando su propio acto creador de derechos subjetivos. Asimismo, la Superintendencia de Pensiones debe velar por la aplicación de las regulaciones vigentes, entre ellas el Transitorio IX del *Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos sustitutivos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte*. En tal sentido, la SUPEN cumple con su objetivo y competencias legales.

Por lo anteriormente manifestado, estimamos que, en el caso del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica, por ser un fondo de capitalización individual, el Manual de Cuentas aplicable es el que corresponde a las Operadoras de Pensiones (Transitorio I del Reglamento respectivo). Por consiguiente, dicho Fondo debe cumplir con todos los requisitos (Reforma Reglamentaria, Liquidación de la Reserva de Fondo Contingente y la Determinación actuarial y aprovisionamiento del 100% de la Reserva para pensiones en curso de pago, y compromiso de garantía supletoria por parte del Banco) señalados en el Dictamen DJ-43-2004 que constituye el anexo del oficio SP-2039 señalado al inicio.

Adicionalmente, si el Fondo decidiera trasladar los recursos de las cuentas individuales en administración a una Operadora de Pensiones, debe proceder, además, a liquidar la cartera de crédito. Para ello, también deberá remitir el contrato a suscribir, para su correspondiente aprobación por parte de la Superintendencia de Pensiones, de conformidad con el artículo 14 del *Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones Creados por Leyes Especiales y Regímenes Públicos Sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte*.

Finalmente, es importante destacar que las reformas reglamentarias en mención debieron haberse realizado desde el 19 de octubre del 2004, de conformidad con el plazo que estableció el Transitorio I de dicho Reglamento.

División Jurídica



Yorlenny Avendaño V.
Abogada



Álvaro Jiménez S.
Director