

15 de Febrero de 2005

DJ-03-05

MsC. Javier Cascante Elizondo
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

Con el fin de atender la consulta planteada por el representante de la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional, en adelante JUPEMA, mediante oficio **DE-118-02-05**, recibido el 4 de febrero del presente año, en relación con la aplicación de la *Normativa para el cumplimiento de la "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas"*, Ley 8204, al Régimen de Capitalización Colectiva que administra, nos permitimos indicarle lo siguiente:

1) Legislación vigente

El artículo 28 de la Ley del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, N° 7531 emitida del 10 de julio de 1995, establece:

"Control y supervisión

El Régimen de capitalización y su administración quedarán sujetos al control y la supervisión de la Superintendencia General de Pensiones".

Por su parte, el artículo 2 inciso g) de la *Ley de Protección al Trabajador* del 16 de febrero del 2000, define como entidades supervisadas por la Superintendencia de Pensiones: todas las entidades autorizadas, la CCSS en lo relativo al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y **todas las entidades administradoras de regímenes de pensiones creados por leyes o convenciones colectivas**, antes de la vigencia de la ley.

La *Ley N° 8204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas*, dispone en su artículo 14, en lo que aquí interesa:

“Se consideran entidades sujetas a las obligaciones de esta Ley, las que regulan, supervisan y fiscalizan los siguientes órganos, según corresponde:

- a) La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF).
- b) La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL).
- c) La Superintendencia de Pensiones (SUPEN)”.

El numeral 27, esa misma Ley, dispone que:

“Las instituciones financieras deberán designar a los funcionarios encargados de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, **incluso el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas**. Estos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes. La gerencia general o la administración de la institución financiera respectiva, proporcionará los canales de comunicación adecuados para facilitar que dichos funcionarios cumplan su labor; además, supervisarán el trabajo de los encargados de desempeñarla” (la negrita no es del original).

Son **obligaciones** de las entidades y los Oficiales de Cumplimiento, las contempladas en las siguientes normas:

“Artículo 20: Toda institución financiera deberá registrar, en un formulario diseñado por el órgano de supervisión y fiscalización competente, el ingreso o egreso de las transacciones en efectivo, en moneda nacional o extranjera, iguales o superiores a los diez mil dólares estadounidenses (US\$10.000,00) o su equivalente en colones.

Las transacciones indicadas en el párrafo anterior incluyen las transferencias desde el exterior o hacia él”.

“Artículo 21: Los formularios referidos en el artículo anterior deberán contener, respecto de cada transacción, por lo menos los siguientes datos:

- a) La identidad, firma, fecha de nacimiento y dirección de la persona que físicamente realiza la transacción. Además, deberá aportarse fotocopia de algún documento de identidad. Las personas jurídicas deberán consignar, para su representante legal y su agente residente, la misma información solicitada a las personas físicas.
- b) La identidad y dirección de la persona a cuyo nombre se realiza la transacción.
- c) La identidad y dirección del beneficiario o destinatario de la transacción, si existe.

- d) La identidad de las cuentas afectadas por la transacción, si existen.
- e) El tipo de transacción de que se trata.
- f) La identidad de la institución financiera que realizó la transacción.
- g) La fecha, la hora y el monto de la transacción.
- h) El origen de la transacción.
- i) La identificación del funcionario que tramita la transacción”.

“Artículo 22: A partir de la fecha en que se realice cada transacción, la institución financiera llevará un registro, en forma precisa y completa, de los documentos, las comunicaciones por medios electrónicos y cualesquiera otros medios de prueba que la respalden, y los conservará por un período de cinco años a partir de la finalización de la transacción.

Dicha información estará a la disposición inmediata del organismo supervisor correspondiente”.

“Artículo 23: Las transacciones múltiples en efectivo, tanto en moneda nacional como extranjera, que en conjunto igualen o superen los diez mil dólares estadounidenses (US\$10.000,00) o su equivalente en otras monedas extranjeras, serán consideradas transacciones únicas, si son realizadas por una persona determinada o en beneficio de ella durante un día, o en cualquier otro plazo que fije el órgano de supervisión y fiscalización competente. En tal caso, cuando la institución financiera, sus empleados, funcionarios o agentes conozcan de estas transacciones, deberán efectuar el registro referido en el artículo anterior.

Queda a criterio de la entidad financiera efectuar dicho registro aun cuando se trate de operaciones en las que no medie efectivo”.

“Artículo 24: Las entidades sometidas a lo dispuesto en este capítulo prestarán atención especial a las transacciones sospechosas, tales como las que se efectúen fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas pero sí periódicas, sin fundamento económico o legal evidente. Lo dispuesto aquí es aplicable a los órganos de supervisión y fiscalización”.

“Artículo 25: Si se sospecha que las transacciones descritas en el artículo anterior constituyen actividades ilícitas o se relacionan con ellas, incluso las transacciones que se deriven de transferencias desde el exterior o hacia él, las instituciones financieras deberán comunicarlo, confidencialmente y en forma inmediata, al órgano de supervisión y fiscalización correspondiente, el cual las remitirá inmediatamente a la Unidad de Análisis Financiero”.

“Artículo 26: Bajo las regulaciones y la supervisión citadas en este título, las instituciones sometidas a lo dispuesto en él deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar los delitos tipificados en esta Ley. Tales programas incluirán, como mínimo:

- a) El establecimiento de procedimientos para asegurar un alto nivel de integridad personal del propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del programa.
- b) Programas permanentes de capacitación del personal y de instrucción en cuanto a las responsabilidades fijadas en esta Ley”.

2) La actividad de las entidades financieras sujetas a la Ley N° 8204

Las entidades a las cuáles se destinan las normas de la Ley N° 8204, relacionadas con la prevención de la legitimación de capitales, **son de carácter financiero**, porque es particularmente en estas entidades que se ha detectado la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico y otros delitos graves. La legitimación de capitales consiste en la legalización de los **haberes provenientes del delito** y la reconversión de las ganancias, de forma que primero se disfraza el origen de los fondos y luego se ayuda a lograr su impunidad.

Según Mc Dowell y Novis, “El lavado de dinero generalmente implica un conjunto de transacciones múltiples para disfrazar el origen de los ingresos financieros de tal manera que los delincuentes puedan utilizarlos sin comprometerlos. Dichas transacciones generalmente tienen tres etapas: 1. colocación de las ganancias en **instituciones financieras** (mediante depósitos, giros cablegráficos y otros medios); 2. estratificación (distanciar de su origen las ganancias procedentes de actividades ilícitas por medio de varias capas de **transacciones financieras complejas**) y, 3. integración (el proceso de emplear una transacción aparentemente legítima para disfrazar ganancias ilícitas). Mediante estos procesos el delincuente trata de transformar los beneficios monetarios derivados de actividades ilícitas en fondos con un origen aparentemente legal” (Mc Dowell, John y Novis, Gary, *Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero, Perspectivas Económicas*, Publicación Electrónica del Departamento de Estado de Estados Unidos, Vol. 6, No. 2, mayo de 2001, la negrita no es del original).

La legislación costarricense citada tomó como base las recomendaciones dadas por el *Grupo de Acción Financiera*, que están orientadas entre otras

cosas a conocer al cliente, investigar la situación financiera y económica de los individuos sospechosos y a que las entidades financieras elaboren códigos de conducta que permitan la detección de los capitales ilícitos en las instituciones de carácter financiero. En relación con el alcance de las instituciones financieras cubiertas, Paul Allan Schott ha señalado "Un importante análisis de política que debe realizarse con respecto a las exigencias de las instituciones financieras es determinar cuáles de dichas instituciones van a estar cubiertas por el marco ALD del país. Por supuesto, hay que comenzar por los bancos comerciales e instituciones similares. Sin embargo, los estándares internacionales incluyen diferentes tipos de instituciones, muchas de las cuales podrían no ser consideradas como instituciones financieras. El GAFI recomienda que la mayor parte, de las *Las Cuarenta Recomendaciones* se apliquen tanto a los bancos como (sic) las instituciones financieras no bancarias" (Schott, Paul Allan, Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, U.S.A, Banco Mundial, Primera Edición, 2003, Pág. V-17)¹. Cabe destacar que, entre las instituciones financieras no bancarias, recomendadas por el GAFI **no** se encuentran entidades administradoras similares a JUPEMA.

3) En relación con el concepto de entidad financiera y cliente

En el caso particular de la administración de los recursos del Régimen de Capitalización Colectiva, que es actualmente supervisada por la Superintendencia de Pensiones, se observa, en primer lugar, que la entidad que los administra **no** es una entidad financiera, en sentido estricto, como más adelante se explica; en segundo lugar, los recursos que administran estos Fondos no pertenecen a los clientes en forma individual, sino a los afiliados-trabajadores del magisterio nacional como colectividad, cabe recordar que en un modelo de capitalización *colectiva*, se acumulan en un sólo fondo los aportes de todos los participantes - que pueden ser trabajadores, patronos y Estado- , necesarios para el otorgamiento de los beneficios que se han definido por pensión o jubilación, pero no existe un reconocimiento individual de propiedad de los aportes; y en tercer lugar, los recursos aportados provienen necesariamente de los patronos, los trabajadores y de presupuestos públicos, en el caso de los aportes del trabajador siempre son deducidos, directamente de la planilla de salarios.

Las recomendaciones de organizaciones internacionales y la misma legislación nacional, están destinadas a minimizar el riesgo de que en ese proceso de captación del ahorro y su posterior asignación, se introduzcan capitales provenientes de actividades ilícitas. El riesgo se trata de minimizar, en una

¹ ALD se refiere a la política antilavado de dinero.

primera etapa, por medio de la identificación rigurosa de **todos los clientes** de la entidad financiera y del **origen** de sus recursos, en una segunda etapa por medio del registro de transacciones superiores a ciertos montos preestablecidos (usualmente US \$10.000) y en una última etapa mediante el reporte de transacciones consideradas sospechosas.

Estos riesgos son evidentes en una entidad abierta a la captación del ahorro del público, que realiza actividad financiera, se considera que "En sentido estricto, la actividad financiera es la actividad profesional de mediación en la asignación del ahorro a la inversión. Las técnicas utilizadas en el mercado financiero para la realización de esta asignación son muy diversas, siendo las principales, la indirecta realizada a través de la interposición de las entidades de crédito y la directa desarrollada en el mercado de valores" (Zunzunegui, Fernando, Derecho del Mercado Financiero, Madrid, Marcial Pons, Segunda Edición, 2004, Pág. 174). Por el contrario, en una organización no abierta al público, estos riesgos son muchas veces inexistentes, tal como ocurre en el caso de marras.

En el caso de este Régimen, su existencia obedece a una **norma** que obligó a su constitución, con el aporte forzoso de un porcentaje, por parte del patrono, el trabajador y el Estado. En la mayoría de los casos, los montos son **deducidos automáticamente** de las partidas correspondientes, siendo la única excepción el caso del aporte patronal en el sector privado que es remitido a JUPEMA mensualmente, sin embargo, no existe una relación contractual de por medio entre el gestor del Fondo y el afiliado, ni depósitos de éstos, y lo que es más importante los afiliados no pueden en ninguna circunstancia disponer libremente de estos recursos. Así las cosas, la política "conozca a su cliente"², en estas organizaciones deviene en innecesaria porque los afiliados están plenamente identificados de antemano y nunca realizan transacciones con el Fondo, ya que los recursos se encuentran sometidos a un régimen que sujeta su retiro a la extinción de la relación laboral y que impide que se realicen transacciones de carácter comercial.

A efectos de determinar quién debe ser considerado **cliente**, el Comité de Basilea, contiene en sus *Disposiciones sobre debida diligencia con la clientela de los bancos*, una útil delimitación, dice la disposición 21 "un cliente incluye: la persona o entidad que mantiene una cuenta con el banco o aquella para la que se

² Dentro de las principales obligaciones de la entidad financiera y el Oficial de Cumplimiento están implementar políticas conocidas como "conozca a su cliente" con el fin precisamente de conocer sus actividades, reportar las transacciones sospechosas y conservar la información de los clientes por períodos largos, que servirían como insumo a investigaciones posteriores. Nótese que la Ley N° 8204 se refiere constantemente a las **transacciones** y a los **clientes**.

mantiene la cuenta (es decir, el usufructuario); los beneficiarios de transacciones efectuadas por intermediarios profesionales; y toda persona o entidad ligada a una transacción financiera y que pudiera representar un riesgo considerable de reputación o de otro tipo al banco”.

A la luz de este criterio, los trabajadores afiliados a estos Fondos, no pueden ser considerados “clientes” en sentido estricto, es decir, a efectos de aplicarles las disposiciones contenidas en la Ley 8204. Así por ejemplo, si se confrontan las obligaciones legales del Oficial de Cumplimiento con las actividades propias del Régimen de Capitalización Colectiva, el resultado sería que dichas obligaciones son incompatibles con su actividad. En primer lugar, porque **no existen clientes que realicen transacciones**³, los aportes del trabajador son deducidos directamente por el patrono, en tanto que los aportes del patrono y del Estado son remitidos por el Estado y el patrono a la Junta; en segundo lugar, porque la información de los trabajadores, el monto de los aportes y el origen de los recursos lo conoce necesariamente la Junta. En consecuencia, un Oficial de Cumplimiento no tendría funciones que cumplir en un Régimen de esta naturaleza.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública: “1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. 2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”, partiendo de esta premisa es evidente que atendiendo al fin público, se debe concluir que la Normativa citada, no está destinada a un régimen de adscripción forzosa, como los que nos ocupa. No obstante lo anterior, debe recordarse que el artículo 4 de la Ley N° 8204 establece como principio general que todas las personas deben colaborar con la prevención y represión de los delitos relacionados con la legitimación de capitales provenientes de delitos graves, de forma que JUPEMA también se encuentra obligada a mantenerse vigilante en la prevención y aplicación de adecuadas normas de control interno, que garanticen que en el futuro estos riesgos no se presenten.

4) Conclusión

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española (publicado en Internet), el término transacción tiene dos acepciones: “1. Acción y efecto de transigir. 2. Trato, convenio, negocio”.

A tenor de lo expuesto, es criterio de esta División que, a pesar de que el Régimen de Capitalización Colectiva es un fondo administrado por JUCEMA, entidad supervisada por la Superintendencia de Pensiones, no es una entidad financiera que realice transacciones con los trabajadores partícipes o afiliados, quienes, además, no son sus clientes. En razón de lo anterior, no está sujeto a lo dispuesto por la Normativa citada.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada Encargada



Álvaro Jiménez Severino
División Jurídica