

DJ-21-2005

16 de mayo de 2005

MSc. Javier Cascante Elizondo
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

En atención a su solicitud de atender el acuerdo **número 2 del artículo 12 de la sesión 496-2005** del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), celebrada el 3 de febrero del presente año, se emite el dictamen solicitado por ese órgano en lo que atañe a la Superintendencia de Pensiones.

El CONASSIF, por medio del acuerdo citado, requirió lo que a continuación se indica.

- “1.- Solicitar a la Asesoría Legal de la Superintendencia General de Entidades Financieras que, de previo y para mejor resolver, someta a este Cuerpo Colegiado un dictamen jurídico sobre la viabilidad legal de suministrar información catalogada como confidencial, en particular, los documentos, informes y operaciones de BICSA Corporación Financiera tal y como lo está solicitando la Defensoría de los Habitantes en su oficios DH-059-2005 y DH-097-2005 del 13 y 24 de enero del 2005, respectivamente, dirigidos a la Superintendencia General de Entidades Financieras.
- 2.- En línea con lo anterior, solicitar a las Asesorías Legales de la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones, que remitan su criterio legal respecto al manejo de información en el ámbito de sus competencias”.

I. En relación con el derecho de acceso a la información administrativa

El artículo 30 de la Constitución Política, es la norma fundamental, por su rango constitucional, que establece como principio del ordenamiento jurídico costarricense el acceso a la información de las oficinas de la Administración Pública. Dice esa norma:

“Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado”.

Cabe destacar que, por disposición constitucional, el Gobierno de la República es ante todo *participativo*, esto se refleja en varias normas, así por ejemplo en el artículo 9 párrafo primero, dice: “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial” (en esta misma dirección los artículos 27 y 30), así como en el numeral 11 párrafo final de la Constitución, que ordena: “La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

El control únicamente puede ser ejercido si se cuenta con la información sobre el quehacer de las oficinas administrativas, en consecuencia el principio rector en materia de acceso a la información de las oficinas de la Administración Pública, no es la confidencialidad, que como es sabido prevaleció en otras épocas, sino *la publicidad y la transparencia*. En este sentido la Sala Constitucional, en el **Voto 2120-03**, se refirió al principio de transparencia citado en los siguientes términos:

“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las

herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa” (el subrayado no es del original).

Como consecuencia de lo anterior y como un principio general del Estado Social de Derecho, la actuación administrativa, incluida la de la Superintendencia de Pensiones como parte de la Administración Pública, se encuentra sometida al control de los ciudadanos.

El mismo numeral 30 de la Constitución, sin embargo, enmarca el límite dentro del cual los particulares e incluso otras oficinas administrativas, pueden tener acceso a esa información: debe tratarse necesariamente de asuntos de *interés público*, esto es así porque es sabido que las oficinas administrativas también conservan información de *carácter privado*. En cuanto a éste *interés público*, que es un concepto jurídico indeterminado, la Sala Constitucional ha señalado “No fue por mero accidente que la Ley General de la Administración Pública, cuyo sentido principista es evidente, definiera el interés público como: ‘la expresión de los intereses coincidentes de los administrados’ (art. 113.1); imponiendo, como criterios para su apreciación, ‘los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia’ (art. 113.1), y distinguiéndolo claramente del interés transitorio o subjetivo de la Administración, valga decir, del de los administradores públicos (113.2) (**Voto 3550-92**)”. El artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública citado, dice:

- “1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.
2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

A este interés público, se contraponen el *interés privado*, para distinguirlos más claramente se puede acudir a lo que al respecto ha indicado la Procuraduría General de la República, mediante dictamen **C-126-93**:

“Es decir, la información que un organismo público posea sobre un ente privado no es necesariamente de interés público y, por principio, goza del privilegio de la confidencialidad, por ser de interés privado. No puede desconocerse, empero, que la ley puede calificar de pública la información,

estableciendo el deber de suministrarla a terceros. Ahora bien, en cuanto al concepto ‘interés privado’, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al conocer de un Recurso de Amparo contra el Presidente de la República y su Ministro de Seguridad Pública, concluyó: ‘En lo que ahora interesa, el artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, lo que a contrario sensu significa que esa garantía no comprende los asuntos de interés privado.

Corrientemente se define el interés privado como:- 1º- la conveniencia individual de una persona frente a otra, y 2º- el bien de los particulares contrapuesto al de la colectividad, al social. Por su parte, el interés público es la utilidad, la conveniencia de la colectividad o sociedad ante los particulares, o de los más ante los menos; también se le entiende como conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material...’ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N. 29 de las 14:30 hrs del 13 de abril de 1984. (El subrayado es del original).

Conforme lo cual, el asunto de interés privado es el que no concierne a la colectividad y solo es de conveniencia individual. Por el contrario, habrá interés público si la información es útil a la colectividad. En la medida en que una información sólo sea necesaria y útil para un particular, no puede concluirse que sea de interés público”.

El citado artículo 30, debe leerse conjuntamente con el numeral 24 de la Constitución que dispone:

“Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta

excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”.

Precisamente, al estar en manos de la Administración Pública información de carácter privado, que es solicitada o remitida en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios públicos que en razón de sus cargos la conozcan, tienen la obligación de respetar el principio constitucional establecido en el artículo 24 citado.

La Sala Constitucional ha indicado, mediante **Voto 678-91**, que este derecho a la intimidad debe ser entendido como “el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado”, aquella en la cual nadie puede inmiscuirse, esta protección es tanto con respecto al Estado y cualquiera de sus órganos como respecto a otros particulares. En el marco general del derecho a la intimidad, puede ubicarse el conocido secreto bancario sobre las cuentas corrientes, contemplado en Costa Rica en el artículo 615 del Código de Comercio.

En este orden de ideas, necesariamente hay que hacer una diferenciación entre la información privada suministrada por los particulares (esto con independencia de que haya sido suministrada voluntariamente por el interesado o solicitada por la administración) y la obtenida a partir de la realización de la actividad del ente público. En principio, la información que en el ejercicio de sus competencias mantenga la Superintendencia de Pensiones, es de interés público por tratarse de una administración pública más, que de conformidad con el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, actúa siempre dirigida a lograr el fin público y respecto del cual, cualquier administrado puede pedirle cuentas cuando se verifique que existe un interés público en suministrarla, no así respecto a la información de carácter

privado que pueda mantener en sus bases de datos¹.

II. Respeto a la información de carácter privado que mantiene la Superintendencia de Pensiones

a) Información sobre los afiliados

Hay que recordar que el artículo 42 de la Ley de Protección al Trabajador, establece una excepción a la obligación de confidencialidad señalada -únicamente para efectos de la Superintendencia de Pensiones y autoridades judiciales competentes- para las operadoras de pensiones y organizaciones sociales autorizadas, respecto a la información de sus afiliados, al decir: “Sin perjuicio de las demás obligaciones estipuladas en esta Ley, son obligaciones de las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas: ...k) Guardar confidencialidad respecto de la información relativa a los afiliados, sin perjuicio de la información requerida por la Superintendencia para realizar las funciones estatuidas en la presente Ley y por las autoridades judiciales competentes”. A la luz de esta excepción, existen en la Superintendencia de Pensiones archivos electrónicos con información sobre afiliados, información que se recibe mensualmente de las operadoras de pensiones para fines no solo de supervisión sino de validación de otras bases de datos como la de saldos contables y valoración, archivos electrónicos que contienen **datos de carácter privado** y respecto de la cual, por no ser de interés colectivo SUPEN está imposibilitada de revelar a ningún particular. Tal como lo señala el Magistrado Jinesta Lobo “Las Administraciones Públicas disponen hoy de gran cantidad de información de los particulares, incluso datos sensibles o personales, que, en ocasiones, no son suministrados voluntariamente sino por la necesidad de recibir un servicio público, de participar en un contrato administrativo o por el cumplimiento de deberes como el tributario”², en este orden de ideas, sin lugar a dudas, la información contenida en la base de datos de afiliados, puede ser calificada como de carácter sensible y confidencialidad en los términos de ley.

Esto tiene relevancia, si se toma en consideración además que “el derecho a la intimidad puede estar referido no sólo a la esfera de los comportamientos sociales y de

¹ La legislación estadounidense va más allá, excluyendo del principio de acceso a la información, en forma expresa - entre otros - los siguientes aspectos:

“personal and medical files and similar files the disclosure of which would not be available by law to a party other than agency in litigation with the agency ...contained in or related to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervision of financial institutions” (Freedom of Information Act, 1994, section b).

² Jinesta Lobo, Ernesto, Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa (*Ivstitia*), Año 17, N° 201-202, Setiembre-Octubre 2003, Pág. 20.

las conductas individuales, familiares y profesionales de los ciudadanos, sino también al ámbito patrimonial, lo que permite cubrir operaciones financieras. La confidencialidad de esas operaciones constituiría, entonces, una manifestación del derecho a la intimidad”³ (lo subrayado no es del original).

Sin embargo, debe aclararse que los **datos estadísticos generales** que se producen como resultado del procesamiento de estos datos, los cuales no contienen identificación de las personas, sí son de interés público por ser útiles para la colectividad y se encuentran a disposición de los cibernautas que consultan el sitio de la Superintendencia de Pensiones en Internet, así como del público en general en su sede.

b) Información contenida en los expedientes de procedimientos administrativos

Existen además en la Superintendencia de Pensiones, información y documentos privados contenidos en los expedientes administrativos conformados en el ejercicio de la potestad sancionatoria, contemplada en el artículo 58 de la Ley N ° 7523, los cuales se tramitan según los principios de la Ley General de la Administración Pública. En relación con los expedientes administrativos, dispone la Ley citada, en sus numerales 272 y 273, lo siguiente:

“Artículo 272:

1. Las partes y sus representantes, y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma, con las salvedades que indica el artículo siguiente.

2. El costo de las copias y certificaciones será de cuenta del petente”.

“Artículo 273:

1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos”.

³ Dictamen de la Procuraduría C-148-94.

Estas normas en concordancia con los numerales 309 y 310 de ese mismo cuerpo legal, contemplan como principio general **la confidencialidad de los expedientes administrativos** y la privacidad de la comparecencia oral que se realiza en el procedimiento ordinario. Ahora bien, es necesario hacer una precisión más al respecto, para lo cual se debe hacer una distinción entre los expedientes administrativos *no concluidos* y los *concluidos*.

En el primer caso, el principio de publicidad cede ante el interés privado a proteger, de forma tal que el acceso al expediente administrativo se limita necesariamente a las partes, sus representantes y cualquier abogado. No obstante lo anterior, en este caso y respecto de esos sujetos, la Superintendencia debe tomar en cuenta lo dispuesto en el numeral 273 citado, en cuanto a la existencia en el expediente de información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente, en cuyo caso esa información no puede ser revelada. La administración deberá necesariamente valorar en cada caso particular si la información puede ser revelada o no, sin embargo, la negativa al acceso a esas piezas del expediente debe ser suficientemente motivada, lo anterior de conformidad con el artículo 274 de la Ley General de la Administración Pública.

En el segundo caso, respecto a los expedientes administrativos *concluidos* por resolución en firme, el principio de publicidad es el que prevalece, con la misma limitación contemplada en el artículo 273, señalada anteriormente, “la publicidad se comprende en tanto exista un interés público por lo que si en el expediente constan documentos privados o información que sólo es de interés privado, no existe derecho de acceso a esa información, aún cuando conste en el expediente administrativo” (dictamen de la Procuraduría General de la República **C-094-97**). De manera la administración debe realizar una valoración a fin de determinar cuáles piezas del expediente están protegidas por el principio de confidencialidad, según lo expuesto.

III. Conclusiones

A la luz de los anteriores razonamientos, se pueden formular las siguientes conclusiones.

- ✓ El ordenamiento jurídico costarricense establece como principio general **el acceso a la información de todas las oficinas de la Administración Pública** de la cual, en un sentido amplio, forma parte la Superintendencia de Pensiones.
- ✓ Los principios de publicidad y transparencia en el acceso a la información

rigen únicamente para la información de interés público, por el contrario, los documentos y la información de carácter privado, recibida en la Superintendencia de Pensiones en el ejercicio de sus labores de supervisión, como es el caso de los archivos electrónicos que mensualmente ingresan la base de datos de afiliados, es confidencial.

- ✓ Los datos estadísticos generales que se producen como resultado del procesamiento de estos datos, en el tanto **no contengan identificación de las personas**, son de interés público y pueden ser consultados por el público en general.
- ✓ La Ley General de la Administración Pública contempla, como principio general, **la confidencialidad de los expedientes administrativos** y la privacidad de la comparecencia oral que se realiza en el procedimiento ordinario que se aplica para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Pensiones.
- ✓ Respecto a los expedientes administrativos no concluidos, el principio de publicidad y acceso a la información cede ante el interés privado a proteger, de forma tal que el acceso al expediente administrativo se limita necesariamente a las partes, sus representantes y cualquier abogado. Sin embargo, en el caso de los expedientes administrativos concluidos, el principio de publicidad es el que prevalece.
- ✓ En ambos casos, tanto para los expedientes administrativos concluidos como los no concluidos, se debe respetar la limitación contemplada en el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada encargada



Silvia Canales C.
Coordinadora