

**PJD-016**

4 de setiembre del 2006

Señor  
Javier Cascante Elizondo  
Superintendente de Pensiones  
Presente

Estimado señor:

En atención a su consulta relacionada con la posibilidad de que la Operadora de Pensiones Complementarias de la Caja Costarricense del Seguro Social, en adelante la Operadora de la Caja, centre su negocio en la operación de los fondos de capitalización laboral, así como sobre la legalidad de los aportes de capital social que ha hecho la Caja Costarricense del Seguro Social a favor de dicha Operadora, en virtud de los dictámenes de la Procuraduría General de la República, números C- 443-2005 y C-123-2006, se rinde el dictamen solicitado.

#### **I.- Naturaleza de la Operadora de la Caja y obligatoriedad de su constitución**

La Operadora de la Caja es una sociedad anónima cuya constitución es autorizada por el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador con un objeto social específico que puede comprender cualquiera de las actividades establecidas en el artículo 31 de esa misma Ley, entre ellas, administrar los fondos de capitalización laboral y los fondos de pensiones complementarias.

La Procuraduría General de la República en su dictamen C-443-2005 del 22 de diciembre del 2005, determinó que esa Operadora es una empresa pública en virtud de que su capital social pertenece enteramente a la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). No obstante, cabe señalar que la autorización del artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador no es facultativa, sino que en virtud de los artículos 39 y 44 de la Ley de Protección al Trabajador, la CCSS está obligada a constituir la citada operadora para que esas normas resulten aplicables en lo que administración de Fondo de Capitalización Laboral de afiliados automáticos se refiere, como más adelante se verá.

En un dictamen anterior, C-130-2000, la Procuraduría ya se había pronunciado sobre la obligatoriedad de la existencia de la Operadora de la Caja, y manifestó:

*“(...) todo deber legal conlleva una habilitación de actuar, es decir, implica una autorización para realizar un determinado acto jurídico, aunque no toda autorización conlleva un deber de actuar, por cuanto esta última lo que hace es remover un obstáculo para que el ente u órgano ejerza la competencia sin que se encuentre obligado a actuar”.*

Los artículos 39 y 44 de la Ley de Protección al Trabajador señalan:

***ARTÍCULO 39. Escogimiento de entidad autorizada***

*El trabajador elegirá una única operadora que le administrará los recursos. Las operadoras no podrán negarse a afiliarse a ningún trabajador, siempre que cumpla todos los requisitos determinados para este efecto.*

*Las operadoras están obligadas a abrir para cada trabajador afiliado una cuenta individual a su nombre. Esta cuenta, a la vez, puede tener varias subcuentas para el ahorro obligatorio, el ahorro voluntario, los ahorros extraordinarios y otras que se creen por otras leyes o con la autorización del Superintendente.*

*Para el caso de la **administración del fondo de capitalización laboral**, el trabajador sólo podrá escoger una única operadora de fondos de capitalización laboral, a la vez entre las organizaciones sociales indicadas en el Artículo 30 de la presente Ley. De no hacer el comunicado correspondiente, se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) Si el trabajador se encuentra afiliado a una organización social autorizada, se presumirá que los aportes deben ser depositados en esa entidad.*

*b) Si el trabajador está afiliado al Sistema de Pensiones del Magisterio Nacional, se presumirá que los aportes deben ser depositados en la entidad autorizada del Magisterio.*

*c) Si el trabajador se encuentra afiliado a más de una organización social autorizada para la administración de los recursos, o bien no está afiliado a ninguna de ellas y no manifiesta expresamente en cuál de ellas deben realizarse sus depósitos, **automáticamente quedarán registrados por la CCSS que deberá depositarlos en una cuenta individual a nombre del trabajador en la operadora de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social.***

*La Superintendencia publicará en un periódico de circulación nacional, una lista de los trabajadores que hayan sido afiliados en esta condición (El subrayado no es del original).*

**ARTÍCULO 44. Traspaso de los fondos en caso de quiebra o liquidación**

*En caso de que se produzcan condiciones que tengan como consecuencia la quiebra o liquidación de una operadora o una organización social autorizada, el Superintendente podrá ordenar el traspaso de la administración de los fondos respectivos a otra entidad autorizada. La Superintendencia reglamentará las condiciones en que la totalidad del fondo deberá trasladarse a otra operadora de pensiones u organización laboral, según corresponda. En caso de traspaso de fondos, la Superintendencia publicará un aviso en un periódico de circulación nacional y los afiliados dispondrán de un plazo de ocho días hábiles para comunicar cuál es la operadora de pensiones o la organización social autorizada que han seleccionado para que sus recursos les sean trasladados. Si la Superintendencia no recibe a tiempo la comunicación, **aplicará la regla del Artículo 39 de esta Ley.** (El subrayado no es del original)*

Determinó la Procuraduría en los dictámenes C-58-2005 y C-443-2005, que la Operadora de la Caja tiene un carácter residual en el sentido de que en ella deben afiliarse los trabajadores que están en la situación prevista por el artículo 39 supra citado. Es decir, cuando el trabajador se encuentra afiliado a más de una organización social autorizada para la administración de los fondos establecidos por la Ley de Protección al Trabajador, o bien no está afiliado a ninguna y no manifiesta expresamente en cuál de ellas deben realizarse sus depósitos, automáticamente los correspondientes al Fondo de Capitalización Laboral, quedarán registrados por la CCSS y depositados en una cuenta individual en la Operadora de la Caja.

De igual forma, en caso de que se presente el supuesto establecido en el numeral 44 de la Ley de Protección al Trabajador, es decir, que si ante una quiebra o liquidación de la operadora de pensiones, sus afiliados no comunican cuál es la operadora u organización social autorizada en que desean que sus recursos sean trasladados, tratándose del Fondo de Capitalización Laboral, esos recursos pasarán a la Operadora de la Caja, y por ende, los trabajadores quedarán afiliados a ésta.

Hizo énfasis la Procuraduría en que la solución propuesta por la Ley resulta aplicable y por ende se preservan los derechos del trabajador, en tanto como elemento indispensable y lógico exista la Operadora de la Pensiones de la Caja, porque los derechos de los

trabajadores no pueden verse afectados aún cuando éstos no hayan sido ejercidos en los términos legalmente establecidos (selección de una operadora), y es claro que esa afectación se produciría si la CCSS decidiera no crear la Operadora y ponerla en funcionamiento como lo dispone el artículo 39 de la Ley de Protección al Trabajador.

De la jurisprudencia administrativa emanada de la Procuraduría, se concluye que la Operadora de la Caja, debe existir para garantizar los derechos de los trabajadores en los términos establecidos en los artículos 39 y 41 de la Ley de Protección al Trabajador, referidos a la administración residual del fondo de capitalización laboral únicamente. Lo anterior, dado que la administración residual de los aportes a la pensión complementaria obligatoria, no fue otorgada por Ley a la Operadora de la Caja, sino a la Operadora del Banco Popular y Desarrollo Comunal o a la Operadora del Magisterio Nacional según corresponda (artículo 11 de la Ley de Protección al Trabajador).

De la interpretación armónica de los artículos 39, 44 y 74 de la Ley de Protección al Trabajador, colegimos que esas normas deben entenderse desde dos perspectivas, en primer término el deber legal de constituir una operadora de pensiones para la administración residual de los fondos de capitalización laboral que establecen las dos primeras normas, y en segundo término, la autorización que por lo antes expuesto entendemos facultativa, para la administración de fondos de pensiones complementarias obligatorias y fondos voluntarios.

Esta interpretación legal se refleja en el volumen actual de los fondos administrados por la Operadora de la Caja y su relación dentro de la industria de pensiones de acuerdo con el volumen de cada fondo administrado. En la Operadora en cuestión, el fondo de capitalización laboral de *afiliación automática* representa un **26.5%** y el fondo de capitalización laboral de *afiliación voluntaria* representa apenas un **0.8%**, ambos como porcentaje de la totalidad de los fondos de capitalización laboral de la industria. De igual forma el volumen del fondo del régimen obligatorio de pensiones complementarias administrado por la Operadora de la Caja, representa tan solo un **1.7%** de la totalidad de los fondos de pensiones obligatorios complementarios de la industria y no administra ningún fondo del régimen voluntario de pensiones. Lo anterior según las estadísticas elaboradas por la Superintendencia de Pensiones a julio del presente año, disponibles en su página web ([www.supen.fi.cr](http://www.supen.fi.cr))

## II. El Capital Social de la Operadora de Pensiones de la Caja

Señaló la Procuraduría, que el objetivo del legislador al autorizar la creación de sociedades de capital público para que participen en el mercado de pensiones es mantener una gestión transparente de los recursos en un mercado abierto a la competencia. Asimismo que, evidentemente, para la constitución de la operadora de pensiones, la Caja y los demás entes públicos autorizados invierten recursos financieros, recursos que son fondos públicos según la definición del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (dictámenes C-58-2005 y C-443-2005).

Concluyó la Procuraduría en el dictamen C-443-2005, confirmado en todos sus extremos en el dictamen C-123-2006, que la Operadora de Pensiones de la Caja, no forma parte de la estructura administrativa de la CCSS, por lo que la personalidad jurídica y su objeto social son irreductibles al fenómeno de desconcentración administrativa. Indicó el Ente Asesor que la CCSS no cumple funciones empresariales, por lo que no puede considerarse una empresa pública. Tampoco, se constituye en casa matriz de otras empresas. Por ello, su Operadora de Pensiones no puede ser conceptualizada como una subsidiaria de la CCSS. En ese sentido, la Operadora de la Caja presenta un carácter instrumental, ya que es el mecanismo que la Ley establece para que este ente público pueda participar en la administración de fondos y planes de pensiones y en la de fondos de capitalización laboral dentro de un régimen de mercado competitivo.

Indicó la Procuraduría que la pensión complementaria obligatoria y del fondo de capitalización laboral no están comprendidos en los seguros sociales previstos en el artículo 73 de la Constitución Política. Es por ello que el suministro de recursos humanos, materiales o económicos por parte de la CCSS, para efectos del cumplimiento de las funciones administrativas u operativas de su Operadora de Pensiones Complementarias, implica un desvío de los recursos de la seguridad social con violación a lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política. Ese suministro de recursos de la Caja para facilitar el trabajo de la operadora de pensiones impide, además, la transparencia en la gestión financiera y presupuestaria tanto de la Caja como de la operadora de pensiones. Transparencia es uno de los principios que rigen el funcionamiento de los entes públicos, incluidas las operadoras de pensión de capital público. El suministro de tales recursos puede afectar la libre competencia entre las distintas operadoras de pensiones, públicas o privadas. En consecuencia, los gastos de operación de la Operadora deben ser financiados con la comisión que al efecto recibe.

Cabe señalar que el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador fija las pautas para el cobro de la comisión por administración de los fondos que gestionan las Operadoras. Señala que la comisión de la Operadora de la Caja, no podrá ser superior a los costos

PJD-016-2006

Página 6 de 10

operativos anuales más un porcentaje de capitalización necesario para el crecimiento de la comisión. Del texto de la norma se evidencia un error formal en la promulgación, al indicarse que debe contemplarse dentro de la comisión los costos de operación y un porcentaje necesario para crecimiento de “la comisión”, cuando lo lógico sería que se refiriera la norma al crecimiento de “la operadora”, es decir a su capitalización, sentido en el cual estimamos debe interpretarse esa norma.

Ahora bien, corresponde referirnos a la legalidad del aporte de capital hecho por la CCSS para la constitución de la Operadora.

La Superintendencia de Pensiones consultó el criterio de la Procuraduría General de la República respecto de la procedencia del cobro que la Superintendencia de Pensiones hace a la Caja, por concepto de supervisión del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, al amparo de lo establecido por el artículo 174 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

La Procuraduría en el dictamen C-73-2004 determinó:

*Es de recordar que a pesar del principio de “exoneración general”, la Procuraduría ha señalado el deber de la Caja de contribuir al financiamiento de determinadas actividades que la benefician. Así, al referirse al SINCERE manifestó el Órgano Consultivo en la Opinión Jurídica N° OJ-098-2001 de 18 de julio de 2001:*

*“Es precisamente la Ley Constitutiva de la CCSS, en los artículos 33 y 34, que precisa el destino de los recursos de la entidad aseguradora. En efecto, en lo relativo al régimen de reparto, formado por las cuotas de los patronos, los recursos deben destinarse a las prestaciones que exigen los seguros de enfermedad y maternidad con la extensión que indique la Junta Directiva y, además, a cubrir los gastos que ocasionen los mismos seguros; así como los de administración, en la parte que determine la Junta Directiva en el presupuesto correspondiente, todo de conformidad con cálculos actuariales. Por su parte, en lo que atañen al régimen de capitalización colectiva, el cual está formado por la cuota del Estado como tal y por las cuotas de los asegurados, los recursos deben destinarse a cubrir los beneficios correspondientes a los seguros de invalidez, vejez y muerte y cualesquiera otros que fije la Junta Directiva, además de los gastos administrativos, también de conformidad con cálculos actuariales y previo estudio y autorización de la Contraloría General de la República. Los gastos administrativos no pueden ser mayores al ocho por ciento, en cuanto al primer seguro, y del cinco*

*por ciento, en cuanto al segundo, todo referido a los ingresos efectivos del período anual de cada uno de estos seguros.*

*Así las cosas, ante la claridad y lo preciso de las normas constitucionales y legales, la Junta Directiva de la CCSS no puede emplear los recursos de los seguros sociales en otras actividades o finalidades distintas de las ahí indicadas. Ahora bien, el único caso en el cual sí estaría autorizada y obligada por razones elementales de justicia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) a financiar los gastos que significa la puesta en marcha y la operación del SICERE, es cuando ella se beneficia de esos servicios, es decir, cuando se utiliza ese sistema para coadyuvar en la administración y en el gobierno de los seguros sociales. En este supuesto, ese costo no podría ser trasladado a otro sujeto, llámese operadora de pensiones o trabajador, por la sencilla razón de que debe ser el ente asegurador el que debe asumir el coste a través del rubro de gastos administrativos. Ergo, si la CCSS utiliza el SICERE, y ese servicio constituye un apoyo para la correcta y eficiencia administración y el gobierno de los seguros sociales, debe contribuir a su sostenimiento económico en proporción al beneficio recibido.*

*Fuera de la anterior excepción, es claro que la CCSS no puede asumir el costo de la puesta en marcha y la operación del SICERE cuando el servicio se le presta a las operadoras de pensiones. Si no fuera así, se estarían utilizando recursos de los fondos de los seguros sociales y sus reservas para otros fines, lo cual, como se vio atrás, está prohibido por la Carta Fundamental. Entonces, a esta altura de la exposición, la pregunta obligada es ¿quién debe asumir el costo de esos servicios? A nuestro modo de ver, y descartada la CCSS, solo existen dos opciones: las operadoras de pensiones o los trabajadores”.*

*Puesto que la fiscalización sobre el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte genera gastos, éstos tienen que ser asumidos por su beneficiario. En caso de que la Caja como beneficiaria de la fiscalización no contribuya a su financiamiento, podrían darse dos situaciones. Una, se estaría obligando al resto de las entidades fiscalizadas a cubrir los costos que origine la fiscalización del régimen de seguridad social. Lo cual podría resultar irrazonable y desproporcionado y, en todo, caso, violatorio del principio de intangibilidad del patrimonio de esas entidades. Observamos que no existe norma legal alguna que obligue al resto de las entidades fiscalizadas a asumir el costo de la fiscalización del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. O bien, en ausencia de financiamiento, podría darse un deterioro de la fiscalización en menoscabo del interés público que determina su necesidad y, ante todo, del propio régimen de seguridad social, en tanto carecería*

*de la garantía de solvencia y estabilidad financiera que otorga la fiscalización, pudiendo afectarse la confianza en el Régimen. En ese sentido, puede aplicarse al referido Régimen lo indicado por la Procuraduría en relación con el FREA (sic):*

*“... Desde esta perspectiva, la intervención de la SUPEN constituye una garantía de que los recursos del FRE van a ser administrados bajo las más estrictas normas de prudencia, siguiendo los criterios técnicos contables y financieros, todo lo cual provocará, salvo caso fortuito o fuerza mayor, una solidez financiera permanente del fondo, con lo que se cumplirá, irremediamente, el fin que se propuso el legislador con su creación ( artículo 21 de la Ley n.º 17 de 22 de octubre de 1943, Ley Constitutiva de la CCSS)”. Dictamen N° C-223-2001 de 10 de agosto del 2001.*

*Conforme el principio de legalidad y particularmente, por las reglas sobre competencia, la SUPEN ejerce una fiscalización sobre el régimen de pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte. Le está implícitamente prohibido fiscalizar otros ámbitos de la actividad de la Caja. La contribución de la Caja en el financiamiento de los gastos de la SUPEN no puede calcularse sobre la totalidad de los ingresos de la Caja. Por el contrario, estima la Procuraduría que la contribución de la Caja debe calcularse exclusivamente sobre los recursos de tal Régimen fiscalizado”.*

Un análisis similar consideramos que puede hacerse en relación con el aporte de capital a la Operadora de la Caja. Existe una norma que autoriza a la CCSS a constituir una operadora de pensiones y otras que le exigen constituir la para la administración del Fondo de Capitalización Laboral “residual”. Es decir, el legislador fue más allá, al no hacer facultativa esa autorización, sino al convertirla en un deber para dar contenido lógico a los artículos 39 y 44 de la Ley de Protección al Trabajador, conforme se expuso.

Más aún, al igual que el resto de operadoras de pensiones complementarias, la Operadora de la Caja se ve en la obligación de cumplir con todo requerimiento de constitución y funcionamiento que exija la normativa a este tipo de sociedades anónimas de objeto social especial. Cabe destacar entre ellos, los requerimientos de capital social y capital mínimo de funcionamiento establecidos en el artículo 37 de la Ley de Protección al Trabajador.

Según tal norma, el capital social mínimo de una operadora es ajustado cada año por resolución del Superintendente, de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumidor. Adicionalmente, la operadora debe disponer de un capital mínimo de funcionamiento equivalente a un porcentaje de los fondos administrados, determinado por

la Superintendencia tomando en cuenta el valor de los fondos, los riesgos de manejo y la situación económica del país y del sector pensiones.

Por su parte, de conformidad con el artículo 38 de la Ley citada, si tales capitales se reducen a una cantidad inferior al mínimo exigido, deberá completarlo según el procedimiento y plazo que para el efecto fije la Superintendencia, sin perjuicio de los casos en que proceda la intervención.

Así las cosas, resulta medular este tema, en el caso particular de la Operadora en cuestión, pues la CCSS está autorizada para aportar el capital inicial necesario para la constitución de la Operadora de Pensiones, siempre y cuando el aporte provenga del porcentaje destinado a gastos administrativos según el artículo 34 de la Ley Constitutiva de la CCSS. Análisis diferente nos merecen los aportes consiguientes, por cuanto el legislador determinó en el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador, que la Operadora de la Caja debe cobrar una comisión suficiente para cubrir los costos anuales operativos y un porcentaje adicional para su crecimiento, lo que entendemos como la capitalización de la Operadora.

Por lo anterior, sí podríamos encontrarnos ante una utilización diferente a la permitida por el artículo 73 constitucional como destino para los fondos de los seguros ahí establecidos, en caso de que se hubiesen utilizado recursos de los seguros que administra la CCSS (SEM o IVM) para capitalizar a la Operadora de su propiedad, lo cual de haberse presentado debe ser enderezado para evitar perjuicios futuros a los afiliados a los mismos y la finalidad para la cual fueron creados.

### **III. Conclusiones**

1.- De la legislación vigente y la jurisprudencia administrativa emanada de la Procuraduría, se concluye que la Operadora de la Caja, debe existir para garantizar los derechos de los trabajadores en los términos establecidos en los artículos 39 y 44 de la Ley de Protección al Trabajador, referidos a la administración residual del fondo de capitalización laboral únicamente. Lo anterior, dado que la administración residual de los aportes a la pensión complementaria obligatoria, no fue otorgada por Ley a la Operadora de la Caja, sino a la Operadora del Banco Popular y Desarrollo Comunal o a la Operadora del Magisterio Nacional según corresponda (artículo 11 de la Ley de Protección al Trabajador).

2.- De la interpretación armónica de los artículos 39, 44 y 74 de la Ley de Protección al Trabajador, colegimos que esas normas deben entenderse desde dos perspectivas, en primer término el deber legal de constituir una operadora de pensiones para la administración

*PJD-016-2006*  
*Página 10 de 10*

residual de los fondos de capitalización laboral que establecen las dos primeras normas, y en segundo término, la autorización que por lo expuesto entendemos facultativa, para la administración de fondos de pensiones complementarias obligatorias y fondos voluntarios, por lo que la Operadora de la Caja podría legalmente, centrar su operación en la administración del fondo de capitalización laboral “automático”.

3.- La Caja Costarricense del Seguro Social está autorizada por el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador para constituir la Operadora de Pensiones, y consecuentemente aportar el capital social inicial señalado por esa Ley, a partir del porcentaje destinado a gastos administrativos según el artículo 34 de la Ley Constitutiva de la CCSS.

4.- La misma Ley de Protección al Trabajador en su artículo 49, estableció la forma de financiamiento posterior de esa sociedad anónima, al establecer que operaría al costo, pero que la comisión que cobre por sus servicios, debe ser suficiente para cubrir los costos anuales y un porcentaje adicional para su crecimiento. De esta forma, los incrementos de capital social o mínimo de funcionamiento posteriores al de constitución, como requerimiento de funcionamiento, deben provenir de sus propios recursos generados por la comisión por administración y no de los recursos de los seguros que administra la CCSS lo cual implicaría un desvío de fondos en los términos del artículo 73 constitucional.

5.- La Ley de Protección al Trabajador obliga a la CCSS a constituir una operadora para la administración del Fondo de Capitalización Laboral “automático” y facultativamente para la administración de fondos de pensiones complementarios obligatorios. Como tal está obligada por ley al cumplimiento cabal de los requisitos de constitución y funcionamiento a que se ven sometidas este tipo de entidades, por lo que una decisión diferente en cuanto a esta obligación demanda una reforma legal.

Cordialmente,

***División Asesoría Jurídica***



**Carolina Argüello B.**  
***Coordinadora***



**Silvia Canales C.,**  
***Directora***