

31 de enero de 2011
PDC-012-2011/SP-193-2011

Señor
Alberto Dent
Presidente
Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero

Estimado señor:

En relación con la solicitud de realizar un análisis legal sobre la posibilidad que tiene el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante CONASSIF) para recurrir a la figura del funcionario de hecho a efecto de: conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Pensiones (en adelante SUPEN); aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, debe ejecutar la SUPEN; y conocer los asuntos de índole administrativa relacionados con la SUPEN señalados en los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores; la Asesoría Legal del CONASSIF y la División de Asesoría Jurídica de la SUPEN emitimos el siguiente criterio conjunto:

I. Antecedentes

A. Integración del CONASSIF

El artículo 169 de la Ley Reguladora de Mercado de Valores, N° 7732 de 17 de diciembre dispone la siguiente integración para el CONASSIF:

"ARTÍCULO 169.- Integración.

La Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionarán bajo la dirección de un órgano denominado Consejo nacional de supervisión del sistema financiero, también llamado el Consejo nacional, el cual estará integrado en la siguiente forma:

a) Cinco miembros, que no serán funcionarios públicos, serán designados por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, por mayoría de al menos cinco votos. Estos permanecerán en sus cargos cinco años y podrán ser reelegidos por una sola vez. De entre ellos y por períodos de dos años el Consejo nacional elegirá a su presidente pudiendo ser reelegido. Para estos efectos, no se reputarán funcionarios públicos, quienes se dediquen a la docencia.

- b) El Ministro de Hacienda o, en su ausencia, un Viceministro de esa cartera.
- c) El Presidente del Banco Central de Costa Rica o el Gerente.

El Superintendente General de Entidades Financieras, el Superintendente General de Valores y el Superintendente de Pensiones, asistirán a las sesiones del Consejo nacional, con voz pero sin voto. No obstante, el Consejo nacional podrá sesionar únicamente con la presencia de sus miembros, cuando así lo acuerde."

Esta norma debe analizarse en relación con el artículo 35 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, N° 7523 de 7 de julio de 1995, según el cual:

"Artículo 35.- El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. La Superintendencia de Pensiones funcionará bajo la dirección del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, según la Ley Reguladora del Mercado de Valores, No.7732, de 17 de diciembre de 1997.

Cuando el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero se reúna para conocer asuntos relacionados con la Superintendencia de Pensiones, el Ministro o Viceministro de Hacienda será sustituido por el Ministro de Trabajo o su representante. Además, se adicionará un miembro nombrado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, con base en una terna propuesta por la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal; a este miembro se le aplicarán los requisitos, impedimentos, incompatibilidades y las causas de cese, responsabilidad, prohibición y remuneración establecidos en los artículos 18 a 24 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. (Así reformado mediante el artículo 79 de la ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000)." El subrayado no es del original.

Se desprende de lo anterior que cuando el CONASSIF conozca asuntos relacionados con la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia General de Seguros, estará integrado por siete miembros, a saber:

- a.- Cinco miembros elegidos por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica;
- b.- El o la Ministro (a) o Viceministro (a) de Hacienda;
- c.- El o la Presidente del Banco Central de Costa Rica

Sin embargo, para tratar asuntos relativos a la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) el legislador dispuso una conformación diferente para este Consejo, sustituyendo al Ministro o Viceministro de Hacienda por el Ministro de Trabajo o su representante. Asimismo, dispuso que se adicionara un miembro de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular

y de Desarrollo Comunal, el cual se elige de una terna que dicha Asamblea debe presentar a la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica.

Con esta disposición el legislador se asegura que, cuando el CONASSIF vaya a conocer asuntos relacionados con la Superintendencia de Pensiones, contará con la participación de dos representantes del sector social, a saber: 1.- el Ministro de Trabajo, quien tiene asignada la rectoría del sector; 2.- el representante de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular, cuyo nombramiento tiene una vigencia de cinco años.

Ahora bien, a pesar de que en la práctica este esquema ha funcionado adecuadamente, en la actualidad se presenta el inconveniente de que la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular, no ha propuesto la terna a que se refiere el artículo 35 citado, por lo que la Junta Directiva del Banco Central no ha podido efectuar una nueva designación para llenar la vacante dejada por el anterior representante de la Asamblea de Trabajadores; situación que a la fecha no parece tener una pronta solución.

Lo anterior ha originado, a su vez, la desintegración del CONASSIF, lo cual afecta su capacidad para ejercer a plenitud con sus funciones como superior jerárquico de la Superintendencia de Pensiones. Esto afecta en particular sus competencias para conocer sobre la aprobación de la normativa necesaria para la regulación, supervisión y fiscalización del Sistema Nacional de Pensiones; para conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones que emita el Superintendente; y en general para tomar las decisiones que se requieran para corregir posibles desequilibrios en este Sistema.

B. Aplicación de la figura del funcionario de hecho

En diversos criterios y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, esta se ha referido al tema de la integración de los órganos colegiados, sosteniendo que para que un órgano de esta naturaleza sesione válidamente deben estar debidamente nombrados todos sus miembros.

Sin embargo, la Procuraduría ha desarrollado también una interesante doctrina en torno a la posibilidad de que un órgano colegiado desintegrado aplique la teoría del funcionario de hecho, a efecto de que, ante una situación apremiante, se pueda satisfacer el interés general, y, sobre todo, como sería el caso del CONASSIF, mantener la estabilidad del sistema financiero mediante la adopción del acto previsto por la normativa.

En este sentido, en el dictamen C-221-2005 la Procuraduría admitió que, excepcionalmente y ante la amenaza al orden público económico, el CONASSIF puede actuar al amparo de la figura del funcionario de hecho, indicando:

“Para el sistema financiero y el desarrollo normal de la economía costarricense es importante que se mantenga la continuidad en el funcionamiento de un órgano como el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Por lo que de

presentarse problemas de integración transitoria, estima la Procuraduría procedente la aplicación de la teoría del funcionario de hecho, a efecto de que ante una situación apremiante se pueda satisfacer el interés general y, sobre todo mantener la estabilidad del sistema financiero, mediante la adopción del acto previsto por el ordenamiento.

Cabe recordar que el artículo 116 de la Ley General de Administración Pública dispone la preservación de los actos dictados por el funcionario de hecho, aún cuando perjudiquen al administrado y éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura. Por lo que el conocimiento de la falta de integración no sería un motivo para desconocer el acto emitido. Conforme dicho artículo, los actos dictados inciden, favorable o negativamente, al CONASSIF como órgano frente a terceros". El subrayado no es del original.

Según se señala en las conclusiones del dictamen mencionado, aplicar la figura del funcionario de hecho permite *"la continuidad en el funcionamiento del Consejo, mantener el orden público económico y por ende, salvaguardar la confianza en el sistema y los intereses de los inversionistas y de la colectividad en su conjunto"*.

No obstante, la Procuraduría ha sido enfática también al señalar que el CONASSIF puede recurrir a la figura del funcionario de hecho *en situaciones en que está en evidente riesgo la estabilidad del sistema financiero*. Es en relación con esta condición que interesa al CONASSIF conocer el criterio de la Asesoría Legal del Consejo y de la Asesoría Jurídica de la SUPEN, a fin de determinar si existe la posibilidad a recurrir a esta figura a efecto de: conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Pensiones (en adelante SUPEN); aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, debe ejecutar la SUPEN; y conocer los asuntos de índole administrativa relacionados con la SUPEN señalados en los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

II. Análisis de fondo

A. Posibilidad de resolver los recursos de apelación interpuestos contra resoluciones dictadas por la Superintendencia de Pensiones

El concepto jurídico indeterminado de "interés público" ha sido identificado por la doctrina como sinónimo del "interés general". En este sentido, se ha señalado lo siguiente:

"El interés público que en términos generales identificamos con el interés general, es el fin último de la acción pública, al punto que se le considera la "piedra angular de la acción pública". Es el fundamento de la legitimación de la actuación administrativa (cfr. Conseil d'Etat: Réflexions sur l'intérêt général. Le rapport public pour 1999), que garantiza la adhesión de los ciudadanos a la acción del Estado (F.

RANGEON: L'idéologie de l'intérêt général, Económica, 1986, p.9). En ese sentido, el interés general confiere al Estado el poder de actuar sobre el conjunto de los individuos, superponiéndose a los distintos fines particulares". (Procuraduría General de la República, Opiniones Jurídicas OJ-106-2010 del 16 de diciembre del 2010; y OJ-003-2008 del 15 de enero del 2008)

"Es un concepto indeterminado que fundamenta y justifica la actuación de las Administraciones públicas. La intervención administrativa en los campos diversos de la vida social y económica debe estar basada en que con tal intervención se busca el interés público, o es exigida por tal interés.

Es la traducción jurídico-administrativa del concepto jurídico-político de bien común, que integra gran parte de la teoría de los fines del Estado.

El interés público, como concepto genérico, se concreta y especifica cuando la Administración actúa en el campo de sus potestades, de manera que toda actuación administrativa tiene un fin, como uno de sus elementos objetivos, que supone la concreción del interés público o general. Lo anterior está plasmado en la Constitución española cuando declara que 'La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales'." (Diccionario Jurídico ESPASA, Madrid, España, 1999).

Teniendo presente los anteriores conceptos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

"(...) dentro del concepto de "interés público" u "orden público", existen las medidas a través de las que el Estado interviene a fin de asegurar en la sociedad su organización moral, política, social y económica,(...)" (voto N° 1441-92 de 13:45 horas del 2 de junio de 1992, reiterado en el voto N° 2757-93 de 14:45 horas del 15 de junio de 1993 y en el voto No. 37-2006 de las 10:55 horas del 19 de abril del 2006).

"El artículo 129 de la Constitución Política dispone, entre otras cosas, que "no tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de interés público", de tal suerte que "los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa". El concepto incluido por el constituyente de 1949 "leyes de interés público", corresponde a lo que en doctrina se conoce como de "orden público", es decir, aquéllas mediante las que interviene el Estado a fin de asegurar en la sociedad, su organización moral, política, social y económica.(...)" (Voto N° 1441-92 de 13:45 horas del 2 de junio de 1992).

En este contexto, el artículo 1° de la Ley de Protección al Trabajador, No. 7983 del 16 de febrero del 2000, dispone que esta es una **ley de orden público e interés social**, entre cuyos objetivos destacan, para efectos del presente criterio, la supervisión del funcionamiento de los regímenes de pensiones complementarias, la supervisión de los

entes recaudadores y administradores de los programas de pensiones, y el establecimiento de un sistema de control para la correcta administración de los recursos de los afiliados. Todo esto tiene como fin que los trabajadores cuenten, al final de su vida laboral, con una pensión conforme con los derechos adquiridos por ellos. Específicamente señala:

"ARTÍCULO 1.- Objeto de la ley. La presente ley es de orden público e interés social y tiene por objeto:

a) Crear y establecer el marco para regular los fondos de capitalización laboral propiedad de los trabajadores.

b) Universalizar las pensiones para las personas de la tercera edad en condición de pobreza.

c) Establecer los mecanismos para ampliar la cobertura y fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) como principal sistema de solidaridad en la protección de los trabajadores.

d) Autorizar, regular y establecer el marco para supervisar el funcionamiento de los regímenes de pensiones complementarias, públicos y privados, que brinden protección para los casos de invalidez, vejez y muerte.

e) Establecer los mecanismos de supervisión para los entes participantes en la recaudación y administración de los diferentes programas de pensiones que constituyen el Sistema Nacional de Pensiones.

f) Establecer un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con el fin de que estos (sic) reciban la pensión conforme a los derechos adquiridos por ellos." (El destacado subrayado y el subrayado sencillo, no son del original).

Tomando en cuenta el evidente interés público que revisten todos los aspectos contemplados en la Ley de Protección al Trabajador, ese interés público permea, inclusive, la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 (reformada por la propia Ley de Protección al Trabajador), que establece las funciones de la Superintendencia de Pensiones. Entre tales funciones destacan la atención y resolución de las denuncias (artículo 38 inciso u) y la aplicación del régimen sancionatorio administrativo de su competencia, según lo dispuesto en el artículo 59 de esta Ley, que literalmente indica:

"Artículo 59.- Aplicación de las sanciones y la potestad sancionadora. Salvo los casos de suspensión, intervención y revocación de la autorización de funcionamiento de un ente regulado, que serán competencia del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, las medidas precautorias y sanciones contempladas en esta ley serán impuestas por el Superintendente. Sus resoluciones

serán apelables ante dicho Consejo, salvo en el caso de las sanciones leves, contra las cuales cabrán únicamente recursos de reposición ante el Superintendente, dentro de los tres días. La Superintendencia emitirá el reglamento sobre el procedimiento que se aplicará para imponer las sanciones el cual se registrará por los principios de la Ley General de la Administración Pública.

El ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia es independiente de las demás acciones y responsabilidades, civiles o penales, que puedan derivarse de los actos sancionados.

Cuando la Superintendencia, al ejercer sus funciones tenga noticia de hechos que puedan configurarse como delito, los pondrá en conocimiento del Ministerio Público a la brevedad posible.” (EL destacado subrayado y el subrayado sencillo, no son del original).

Ciertamente, la función fiscalizadora y supervisora carece de sentido si la Superintendencia no cuenta con la posibilidad de imponer sanciones. Justamente la actividad sancionadora de la administración tiene, en este sentido, la capacidad de generar “disciplina de mercado”. Esta última es considerada una parte sustancial del sistema para la estabilidad, la eficiencia y la eficacia del mercado, pues sin ella, el fin público perseguido por la Ley de Protección al Trabajador, de que los trabajadores reciban la pensión al concluir su vida laboral, resultaría poco probable, por no decir ilusorio.

Lo anterior se refuerza con lo dicho por la Sala Constitucional respecto a la importancia de la potestad sancionadora de la Superintendencia General de Valores, lo cual resulta absolutamente aplicable a la Superintendencia de Pensiones. Al respecto la Sala señaló: “... la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. (Voto N° 2006-013329 de las diecisiete horas y treinta y dos minutos del seis de setiembre del dos mil seis).

En este sentido, una manifestación del ejercicio de la disciplina de mercado se logra cuando la Administración Pública, en el ejercicio de sus facultades sancionadoras, ordena la corrección y sanciona a los participantes del mercado que no respetan las reglas que rigen las actuaciones derivadas de la administración de los fondos de los trabajadores costarricenses que realizan estos aportes con el fin de que al final de su vida laboral, el beneficio jubilatorio que reciban por los sistemas primarios de pensiones, se vean complementados por los beneficios generados por los aportes en sus cuentas individuales.

En vista de lo expuesto, resulta indispensable que el supervisor financiero pueda perseguir conductas que no se adecúan al marco jurídico que rige las actuaciones de las operadoras de pensiones u otros participantes en el mercado de pensiones, e imponer y aplicar de

manera oportuna y pronta las sanciones que correspondan, derivado de las acciones que atenten contra la sana administración de los recursos de los trabajadores, o contra conductas que puedan poner en peligro la estabilidad del sistema de pensiones, y que puedan comprometer la confianza que los trabajadores deben tener en el sistema de pensiones, esto como presupuesto necesario para mantener su estabilidad y sostenibilidad.

Parte de esa facultad sancionadora administrativa, que produce disciplina de mercado, en un Estado de Derecho como el costarricense, se fundamenta en el principio de doble instancia. Es decir, que tras la realización de un procedimiento administrativo sancionatorio, por parte de la Superintendencia de Pensiones, en los términos dispuestos por la Ley General de la Administración Pública (artículos 214 a 356), que culmina con un acto final que tiene injerencia en la esfera jurídica del supervisado (regulado), el afectado tiene el derecho a impugnar dicho acto final ante el CONASSIF. Este último debe estar debidamente integrado para sesionar y resolver el recurso de apelación interpuesto y, en caso de confirmar un acto final que impone una sanción al administrado, agotar la vía administrativa y dar firmeza al acto administrativo sancionador.

En los casos en que el CONASSIF no se encuentra debidamente integrado, por vencimiento del nombramiento de alguno de sus miembros; siendo que el nombramiento del sustituto deviene en incierto, por el transcurso del tiempo, los procedimientos administrativos que se encuentran en la etapa recursiva ante el Consejo se quedan estancados, sin posibilidad de resolución que agote la vía administrativa. Esto no sólo perjudica al administrado, cuya situación jurídica se torna incierta, sino que, además, perjudica al sistema financiero por la imposibilidad de la Administración de ejercer a cabalidad sus facultades sancionadoras; lo que afecta negativamente la posibilidad de generar una adecuada disciplina de mercado, ya que el supervisado puede sentir espacios o tiempos en los que "podría valer la pena" cometer una actuación no adecuada.

La ausencia de esta adecuada disciplina de mercado genera sin duda alguna un riesgo adicional a los recursos de los trabajadores administrados por las operadoras de pensiones, que como bien se sabe es la parte débil de la relación financiera, que cotizan para su pensión con la esperanza de que, al cumplir con los requisitos legales para retirarse de su vida laboral, contarán con un ingreso para subsistir. He aquí que el interés público se encuentra en juego. Asimismo, la estabilidad del sistema financiero, en específico el de pensiones, se debilita por la ausencia de una actividad coercitiva efectiva, eficaz y oportuna; promoviendo así un ambiente propicio para la inestabilidad, e incluso, en el peor de los casos, la impunidad.

No puede entonces desligarse la facultad sancionadora de la Administración, en todas sus etapas, del interés público y social de la disciplina del mercado de pensiones, indispensable para el funcionamiento de éste y para garantizar la seguridad jurídica de todas las partes involucradas en el sistema.

En vista de lo anterior, es criterio de estas Asesorías que el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero puede recurrir a la figura del funcionario de hecho a efecto de conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Pensiones. De lo contrario, podría presentarse un **evidente riesgo** para la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, originado por la falta de ejercicio oportuno por parte de la Administración, en este caso el CONASSIF, de la potestad sancionatoria. Sostener lo contrario podría implicar un debilitamiento de la capacidad de este órgano para proteger la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales, generando un riesgo adicional a los recursos de los trabajadores administrados por las operadoras de pensiones, ante la falta de un elemento fundamental del sistema de control a que se refiere el artículo 1º de la Ley de Protección al Trabajador.

B. Aprobación de normas atinentes a la regulación, supervisión y fiscalización que debe ejecutar la Superintendencia de Pensiones.

El párrafo primero del artículo 33 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias establece que:

“Artículo 33.- Regulación del régimen. El Régimen de Pensiones será regulado y fiscalizado por una Superintendencia de Pensiones, como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia de Pensiones autorizará, regulará, supervisará y fiscalizará los planes, fondos y regímenes contemplados en esta ley, así como aquellos que le sean encomendados en virtud de otras leyes, y la actividad de las operadoras de pensiones, de los entes autorizados para administrar los fondos de capitalización laboral y de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en los actos o contratos relacionados con las disposiciones de esta ley. (...)”

Por su parte, los incisos b), e), f) i), n) ñ), o), p) y q) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores señalan:

“Artículo 171.- Funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Son funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero:

(...)

b) Aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones. No podrán fijarse requisitos que restrinjan

indebidamente el acceso de los agentes económicos al mercado financiero, limiten la libre competencia ni incluyan condiciones discriminatorias.

e) Aprobar las normas aplicables a los procedimientos, requisitos y plazos para la fusión o transformación de las entidades financieras.

f) Aprobar las normas atinentes a la constitución, el traspaso, registro y funcionamiento de los grupos financieros, de conformidad con la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

i) Reglamentar el intercambio de información que podrán realizar entre sí las diferentes Superintendencias, para el estricto cumplimiento de sus funciones de supervisión prudencial. La Superintendencia que reciba información en virtud de este inciso, deberá mantener las obligaciones de confidencialidad a que está sujeto el receptor inicial de dicha información.

n) Aprobar las normas que definan cuáles personas físicas o jurídicas, relacionadas por propiedad o gestión con los sujetos fiscalizados, se considerarán parte del mismo grupo de interés económico, para asegurar una diversificación adecuada de las carteras y resolver y evitar los conflictos de interés.

ñ) Aprobar las disposiciones relativas a las normas contables y de auditoría, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, así como la frecuencia y divulgación de las auditorías externas a que obligatoriamente deberán someterse los sujetos supervisados. En caso de conflicto, estas normas prevalecerán sobre las emitidas por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica.

o) Aprobar las normas referentes a la periodicidad, el alcance, los procedimientos y la publicación de los informes rendidos por las auditorías externas de las entidades fiscalizadas, con el fin de lograr la mayor confiabilidad de estas auditorías.

p) Aprobar las normas aplicables a las auditorías internas de los entes fiscalizados por las Superintendencias, para que estas ejecuten debidamente las funciones propias de su actividad y velen porque tales entes cumplan con las normas legales.

q) Aprobar las normas garantes de la supervisión y el resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones del Poder Judicial y cualesquiera otros creados por ley o convenciones colectivas. (...)"

Las normas transcritas asignan al CONASSIF una potestad reglamentaria que se encuentra estrechamente relacionada, y resulta necesaria, para la regulación, supervisión y fiscalización del Sistema Financiero en general, y en particular del Régimen de Pensiones.

En palabras de la Sala Constitucional, esta potestad implica *“un poder directivo y de control del sector financiero (...) en orden a la solvencia, estabilidad y liquidez...”* de dicho sector. (Voto N° 9236-99 de las veinte horas con once minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve).

El ejercicio de esta potestad por parte del CONASSIF, conlleva la ordenación de la aplicación y ejecución de un servicio de interés público, como lo es, en este caso, la fiscalización de los planes, fondos y regímenes de pensiones, así como de la actividad de las operadoras de pensiones, de los entes autorizados para administrar los fondos de capitalización laboral y de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en este mercado.

Al igual que como se señaló en el acápite anterior, esta potestad es también una manifestación de la **disciplina del sector financiero** asignada al CONASSIF, y resulta necesaria para *“... para tutelar los fines del sistema y la confianza del público inversionista, así como para vigilar la observancia de las disposiciones que la ordenan...”* (Voto N° 9236-99).

Su ejercicio depende del mercado respectivo, según se trate de valores, pensiones o intermediación financiera, y debe estar dirigida a los agentes que la Ley prevé deben ser regulados o supervisados por cada una de las Superintendencias, los cuales, por su parte, no son agentes comerciales comunes y corrientes, pues tal y como lo ha establecido la Sala, *“... su actuación incide directamente en la estabilidad económica del país y ello a su vez se refleja en la situación política y social del mismo. De ahí que se deban imponer reglas de comportamiento a los agentes financieros, con el fin de prevenir que incurran en riesgos excesivos y a garantizar la solvencia y la liquidez de éstos y así, del sistema en general.”* (Voto N° 2006-017599).

Al respecto, la Procuraduría General de la República ha señalado que *“... la actividad financiera se encuentra sometida a una intensa ordenación administrativa, **motivada en la necesidad de proteger al inversionista, y a fin de mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del sistema financiero nacional.** Por ello, se somete a las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, más intenso que el que soporta la mayoría de los sectores económicos, dado que la actividad financiera implica intermediación, y por ende, captación de recursos financieros del público. Por lo general, el público carece de información o de conocimientos para apreciar y evaluar el desempeño de esas entidades (las financieras), a fin de determinar si la colocación de sus ahorros es la más beneficiosa y conocer el estado financiero de la empresa. Es así como el régimen de la intervención administrativa se manifiesta en los siguientes controles: la necesidad autorización para funcionar como entidad financiera; control de la actividad crediticia; obligación de la entidad fiscalizada de informar al órgano supervisor sobre su situación y evolución; poder normativo y poder sancionador. Es así como por la sola pertenencia al sistema financiero, las entidades deben ajustar su actuación a normas que **les resultan***

imperativas en tanto están dirigidas a mantener la disciplina del sector y a evitar riesgos de insolvencia o falta de liquidez". (Citado por la Sala Constitucional en el considerando IV del Voto N° 9236-99). El subrayado no es del original.

Ahora bien, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional, el ejercicio de esta potestad reglamentaria no implica que el CONASSIF pueda regular cualquier situación jurídica, sino sólo aquellas que puedan incidir **significativamente** en el comportamiento del mercado financiero. (Voto N° 2006-017599 de las quince horas y seis minutos del seis de diciembre de dos mil seis).

Lo anterior permite concluir que en los casos en que el CONASSIF no se encuentra debidamente integrado, la posibilidad de ajustar la normativa o de generar nuevas reglas que promuevan una mayor disciplina de mercado, corre el riesgo de resultar inoportuna e ineficaz. Esta situación, que perjudica al sistema financiero, dado que implica una limitación para que la Administración pueda ejercer a cabalidad sus facultades regulatorias, también implica, sin duda alguna, un riesgo adicional a los recursos de los trabajadores administrados por las operadoras de pensiones, que como bien se indicó, cotizan para su pensión con la esperanza de que, al cumplir con los requisitos legales para retirarse de su vida laboral, contarán con un ingreso para subsistir.

En este sentido, no puede desconocerse la estrecha relación que existe entre un ejercicio oportuno de la potestad reglamentaria del CONASSIF y el interés público y social que implica el ejercicio de una disciplina del mercado de pensiones oportuna, que asegure la supervisión de los entes recaudadores y administradores de los programas de pensiones, y el establecimiento de un sistema de control para la correcta administración de los recursos de los afiliados.

En vista de lo anterior, es criterio de estas Asesorías que el Consejo puede recurrir a la figura del funcionario de hecho a efecto de aprobar normas que sujetan la actuación de las entidades supervisadas por la SUPEN. De lo contrario, podría presentarse un **evidente riesgo** para la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, originado por la falta de ejercicio oportuno por parte de la Administración, en este caso el CONASSIF, de la potestad reglamentaria que le asigna la Ley.

C. Funciones administrativas del CONASSIF

De conformidad con los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, son funciones del CONASSIF las siguientes:

*"Artículo 171.- Funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero
Son funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero:*

j) Aprobar las normas generales de organización de las Superintendencias y las auditorías internas.

k) Aprobar el plan anual operativo, los presupuestos, sus modificaciones y la liquidación presupuestaria de las Superintendencias, dentro del límite global fijado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y remitirlos a la Contraloría General de la República para su aprobación final.

*l) Aprobar la memoria anual de cada Superintendencia, así como los informes anuales que los Superintendentes deberán rendir sobre el desempeño de los sujetos supervisados por la respectiva Superintendencia.
(...)”*

Se trata en este caso de funciones que no se encuentran vinculadas de manera directa con la regulación, supervisión y fiscalización del sistema financiero, pero que de igual manera deben ser ejercidas de manera oportuna, pues se relacionadas con la organización y funcionamiento de las superintendencias financieras que se encuentran bajo la dirección del CONASSIF.

En relación con estas funciones, ha surgido una duda razonable en el sentido de si el CONASSIF puede sesionar para conocer asuntos relacionados con la organización, presupuesto y demás de índole administrativo de la SUPEN, sin que sea necesario que opere en este caso el cambio de conformación establecido en el artículo 35 de la Ley Nº 7523. En otras palabras, si con la conformación prevista en el artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, el CONASSIF puede conocer válidamente de los asuntos relacionados con la organización, presupuesto y demás índole administrativo de la SUPEN.

Al respecto, es importante tener presente que, en principio, la redacción del artículo 35 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, Nº 7523, es bastante general, y no especifica cuál es la índole de los asuntos relacionados con la SUPEN que deben ser conocidos por el CONASSIF, estando este integrado por el Ministro de Trabajo o su representante, y por el miembro representante de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

No obstante lo anterior, a partir de un análisis de las actas de la comisión especial legislativa que analizó el proyecto de Ley de Protección al Trabajador, Expediente Nº 13691, ambas asesorías coincidimos que es posible sostener que el cambio en la composición del CONASSIF previsto en el citado artículo 35, se encuentra referido únicamente al conocimiento de temas de carácter regulatorio relacionados con la SUPEN, no así a temas relacionados con la organización, presupuesto y demás de índole administrativo de este órgano supervisor, como son los que se establecen en los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

En este sentido, es importante tener presente que la inclusión de un representante de los trabajadores en el CONASSIF, fue solicitada ante la Comisión Especial Legislativa que analizó el Expediente Nº 13691 por el señor Jorge Arturo Alvarado, Presidente de la

Asamblea de Trabajadores del Banco Popular, en cumplimiento de un acuerdo tomado por ese órgano en su sesión N° 29 del 17 de julio de 1999. Según consta en el Acta de la Sesión Ordinaria N° 3, celebrada el lunes 16 de agosto de 1999 por la citada Comisión Especial, el señor Alvarado solicitó la participación de los trabajadores en el CONASSIF *“... con el fin de asegurar un control estricto en la forma en que las entidades operadoras de fondos de pensiones administran los recursos del segundo pilar de pensiones, de manera que se eliminen los riesgos de fraude o desviaciones e impidan que el nuevo sistema de pensiones contraiga vicios detectados en otras experiencias a nivel de otras naciones, como por ejemplo, enormes gastos de publicidad e intermediación, monopolización privada, corrupción y otros”*¹.

Lo señalado por el señor Alvarado permite confirmar que el interés de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular en proponer la participación de los trabajadores en el CONASSIF, se encuentra referido a temas de índole regulatorio relacionados con la SUPEN.

En vista de lo anterior, ambas asesorías consideramos que el CONASSIF puede sesionar para conocer asuntos administrativos relacionados con la organización y presupuesto de la SUPEN, como son los que se establecen en los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Esto no implica desconocer el importante papel que pueda desempeñar el representante de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular, sin embargo, el acudir al funcionario de hecho en este supuesto, no implica alejarse de la verdadera intención del legislador de incorporar ese representante al Consejo, que es el que conozca de asuntos de índole regulatorio, dirigidos a asegurar la estabilidad y solvencia del Régimen de Pensiones.

III. Conclusiones

¹ En relación con este tema, el señor Alvarado señaló ante la Comisión Especial Legislativa lo siguiente: *“Estamos aquí para referirnos al proyecto Ley de Protección al Trabajador, asunto en el que venimos trabajando desde mucho antes de la concertación, con algunas ideas sobre la conveniencia de fondos de pensiones. El 17 de julio de 1999, la Asamblea de los Trabajadores, en la sesión No. 29, tomó el siguiente acuerdo: (...) Solicitar una normativa clara y contundente en la legislación que asegure control estricto en la forma en que las entidades operadoras de fondos de pensiones administran los recursos del segundo pilar de pensiones, de manera que se eliminen los riesgos de fraude o desviaciones e impidan que el nuevo sistema de pensiones contraiga vicios detectados en otras experiencias a nivel de otras naciones, como por ejemplo, enormes gastos de publicidad e intermediación, monopolización privada, corrupción y otros. Para tal efecto, la Superintendencia General de Pensiones, deberá fortalecerse legalmente con el propósito de que sea la responsable directa de la anterior exigencia. La Junta Directiva de la SUPEN, se deberá integrar con una representación equitativa de los trabajadores. (...)”*. El subrayado no es del original.

Tomando en cuenta lo analizado en el presente dictamen se concluye lo siguiente:

1. El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero puede recurrir a la figura del funcionario de hecho a efecto de conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Pensiones. De lo contrario, podría presentarse un **evidente riesgo** para la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, originado por la falta de ejercicio oportuno por parte de la Administración, en este caso el CONASSIF, de la potestad sancionatoria. Sostener lo contrario podría implicar un debilitamiento de la capacidad de este órgano para proteger la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales, generando un riesgo adicional a los recursos de los trabajadores administrados por las operadoras de pensiones, ante la falta de un elemento fundamental del sistema de control a que se refiere el artículo 1º de la Ley de Protección al Trabajador.
2. El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero puede recurrir a la figura del funcionario de hecho a efecto de aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, debe ejecutar la SUPEN. De lo contrario, podría presentarse un **evidente riesgo** para la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, originado por la falta de ejercicio oportuno por parte de la Administración, en este caso el CONASSIF, de la potestad reglamentaria que le asigna la Ley.
3. El CONASSIF puede sesionar para conocer asuntos relacionados con la organización, presupuesto y demás de índole administrativo de la SUPEN, como son los que se establecen en los incisos j), k) y l) del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, sin que se requiera en este caso recurrir al cambio de composición previsto en el artículo 35 de la Ley N° 7523. Esto es así, pues la presencia del miembro representante de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal en este Consejo se encuentra referida, fundamentalmente, al conocimiento de asuntos de índole regulatorio, dirigidos a asegurar la estabilidad y solvencia del Régimen de Pensiones.

Cordialmente,



Lic. Rodrigo Hidalgo Pacheco
Asesor Jurídico
CONASSIF



Licda. Nelly M. Vargas Hernández
Directora, División de Asesoría Jurídica
SUPEN