

8 de marzo de 2019

PJD-5-2019

Señor
Álvaro Ramos Chaves
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

Por medio del oficio *I-AI-CNS-23-2018*, la Auditoría Interna del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), planteó el siguiente requerimiento a esta Superintendencia de Pensiones (SUPEN):

Recomendación al Superintendente:

1. Solicitar un criterio a la Procuraduría General de la República respecto a la existencia de alguna salvedad en la Ley de Protección al Trabajador (Ley No 7983), que le otorgue a CCSS OPC una categoría diferente a las demás operadoras de capital público, que le exima de la distribución del cincuenta por ciento de sus utilidades netas.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, N°6815 de 27 de setiembre de 1982, “*Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva [...]*”

En vista de lo anterior, la División de Asesoría Jurídica de la SUPEN emitió el siguiente criterio jurídico:

I. Sobre la Operadora de Pensiones Complementarias de la CCSS

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Protección al Trabajador (LPT), los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, son administrados exclusivamente por operadoras de pensiones complementarias. Estas son personas jurídicas de Derecho Privado o de capital público, constituidas como sociedades anónimas, que están sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en esa ley y en la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

Corresponde a la SUPEN autorizar el funcionamiento de las operadoras y disponer los requisitos adicionales que deberán cumplir estas entidades, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema.

En el caso de la Operadora de Pensiones Complementarias de la Caja Costarricense de Seguro Social (OPC CCSS), el artículo 74 de la LPT autorizó a esa institución la constitución de una sociedad anónima, con el único fin de crear una operadora de pensiones

PJD-5-2019

Página 2

complementarias. Es importante indicar que, en principio, el legislador no parece haber concebido esta entidad como una categoría distinta respecto de las demás operadoras y, por lo tanto, la sujetó a la regulación y supervisión de la SUPEN y a los mismos requisitos, normas y controles que, según la ley, aplican a este tipo de entidades. En cuanto a su objeto social, si bien la Ley de Protección al Trabajador presenta cierta inclinación hacia la administración del fondo de capitalización laboral¹, no prohíbe que esta operadora administre los fondos de pensiones o planes de pensiones a que se refiere el artículo 31 de esa misma Ley.

No obstante, en lo que toca a la comisión por administración que cobra la OPC CCSS, si bien el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador establece que corresponde a la SUPEN el establecimiento de la base de cálculo y la aprobación de la estructura, esta norma contiene una regla particular, según la cual, dicha comisión no podrá ser superior a los costos operativos anuales más un porcentaje de capitalización necesario para el crecimiento de la comisión. En otras palabras, a diferencia de las demás operadoras de capital público o privado, la OPC CCSS es la única entidad autorizada para la cual la Ley de Protección al Trabajador exige que se le apruebe una comisión para cubrir costos operativos y para la capitalización necesaria para su crecimiento.

La Auditoría Interna del CONASSIF considera necesario consultar a la Procuraduría General de la Republica si en la Ley de Protección al Trabajador existe alguna salvedad que le otorgue a la OPC CCSS una categoría diferente a las demás operadoras de capital público, que le exima de la distribución del cincuenta por ciento de sus utilidades netas. En línea con lo expuesto, esta Asesoría considera que la respuesta a esta pregunta es negativa. El legislador no concibió a la OPC CCSS como una categoría distinta de operadora de pensiones, ni la eximió expresamente de la obligación prevista en el último párrafo del artículo 49 LPT, según

¹ De acuerdo con el artículo 39 LPT, procede la afiliación automática a la OPC CCSS de los trabajadores que no hayan manifestado expresamente cuál es la entidad autorizada que administrará su Fondo de Capitalización Laboral; con excepción de si el trabajador está afiliado al Sistema de Pensiones del Magisterio Nacional, caso en el que se presumirá que los aportes deben ser depositados en la entidad autorizada del Magisterio. En lo que interesa el texto de esa norma es el siguiente:

Artículo 39. Escogimiento de entidad autorizada.

[...]

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.** [El resaltado no es del original].

PJD-5-2019

Página 3

el cual las operadoras de capital público deben distribuir, anualmente, el 50% de sus utilidades netas entre sus afiliados.

No obstante, el hecho de que la comisión de la OPC CCSS no pueda ser superior a los costos operativos anuales, más un porcentaje de capitalización, es un factor que puede condicionar esa obligación lo cual sí podría tener implicaciones en el hecho de que, como sociedad anónima de carácter público que es, esté sometida o no a la obligación de distribuir, anualmente, el 50% de sus utilidades netas entre sus afiliados.

En vista de lo anterior, mediante el presente criterio se busca determinar si, aún estando obligada a operar al “costo”, la OPC CCSS se encuentra sujeta a la obligación prevista en el párrafo final del artículo 49 LPT.

II. Comisión que puede percibir la OPC CCSS

Las comisiones por la administración de los fondos son el principal ingreso de las operadoras de pensiones complementarias. Al respecto, el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador dispone:

ARTÍCULO 49.- Comisiones por administración de los fondos. Para el cobro de las comisiones, las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas deberán sujetarse a lo siguiente:

a) Por la administración de cada fondo se cobrará una comisión, cuyo porcentaje será el mismo para todos sus afiliados. No obstante, lo anterior, podrán cobrarse comisiones uniformes más bajas, para estimular la permanencia de los afiliados en la operadora e incentivar el ahorro voluntario.

b) La base de cálculo de las comisiones será establecida por la Superintendencia y deberá ser uniforme para todas las operadoras.

c) Las operadoras podrán cobrar comisiones extraordinarias por su intermediación en la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

d) La forma de cálculo, el monto y las demás condiciones de las comisiones, deberán divulgarse ampliamente a los afiliados, los cotizantes y el público en general, conforme a las normas reglamentarias que la Superintendencia dicte.

e) La estructura de comisiones de cada operadora u organización social deberá ser aprobada por la Superintendencia, para el efecto de velar por el cumplimiento de las disposiciones de esta ley. La comisión que cobre la operadora de la CCSS no podrá ser superior a los costos operativos anuales más un porcentaje de capitalización necesario para el crecimiento de la comisión.

El cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas de las operadoras, constituidas como sociedades anónimas de capital público, se capitalizará a favor de sus afiliados en las cuentas individuales de su respectivo fondo obligatorio de pensiones complementarias, en proporción con el monto total acumulado en cada una de ellas.

En general, de este artículo se pueden extraer las siguientes reglas sobre las comisiones que pueden cobrar las operadoras de pensiones complementarias:

PJD-5-2019

Página 4

- a) Por la administración de cada fondo se cobrará una comisión, cuyo porcentaje será el mismo para todos sus afiliados.
- b) Podrán cobrarse comisiones uniformes más bajas, para estimular la permanencia de los afiliados en la operadora e incentivar el ahorro voluntario.
- c) La base de cálculo de las comisiones será establecida por la SUPEN y deberá ser uniforme para todas las operadoras.
- d) La estructura de comisiones de cada operadora deberá ser aprobada por la Superintendencia de Pensiones.
- e) Las operadoras podrán cobrar comisiones extraordinarias por su intermediación en la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.
- f) La forma de cálculo, el monto y las demás condiciones de las comisiones, deberán divulgarse ampliamente.
- g) El cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas de las operadoras, constituidas como sociedades anónimas de capital público, se capitalizará a favor de sus afiliados en las cuentas individuales de su respectivo fondo obligatorio de pensiones complementarias, en proporción con el monto total acumulado en cada una de ellas.

Al respecto, en el dictamen C-497-2006 la Procuraduría General de la República señaló que *“... dentro de la lógica del sistema establecido por la Ley, las operadoras de pensiones financian sus operaciones por medio de la comisión que reciben por la administración de cada fondo. La comisión que se establezca debe permitirle a la operadora financiar su funcionamiento, cubriendo los gastos de administración de la operadora, los aumentos de capital y generar una utilidad”*.

No obstante, el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador establece una excepción con respecto a la comisión que puede cobrar la OPC CCSS y, en este sentido, dispone que *“...no podrá ser superior a los costos operativos anuales más un porcentaje de capitalización necesario para el crecimiento de la comisión”*.

Como se puede observar, a diferencia de las demás operadoras de pensiones, la comisión que cobre la OPC CCSS está definida bajo el principio de “servicio al costo”.

De acuerdo con el dictamen de cita:

Si bien la redacción de la norma no es la más conveniente y técnica, queda claro que:

- *Los costos operativos deben ser cubiertos por la comisión*
- *La Caja no puede perseguir un lucro o utilidad por medio de la comisión.*
- *La comisión debe comprender un porcentaje de capitalización*

Ciertamente la frase ‘porcentaje de capitalización necesario para el crecimiento de la comisión’ no es clara. La comisión no se capitaliza, por lo que no hay que prever porcentaje de capitalización de la comisión. Por el contrario, la Operadora requiere que sea recapitalizada y esto se logra a través de los reajustes, que deben manifestarse en la comisión. En ese sentido,

PJD-5-2019

Página 5

cabría afirmar que la última frase de la norma tiene como objeto remarcar que la comisión debe financiar el porcentaje de crecimiento del capital, sea del de constitución, sea del de funcionamiento. Significa que los aumentos de capital deberían provenir de la comisión en cuestión. [El resaltado no es del original].

En otras palabras, la comisión debe cubrir no solo los costos operativos de la operadora, sino, también, los ajustes que requiera el capital social y el capital mínimo de funcionamiento de la operadora. Además, la CCSS no puede perseguir un lucro o utilidad por medio de la comisión.

III. Sobre la obligación de distribuir el 50% de las utilidades netas

Derivada del artículo 49 de la LPT, existe también una regla general que obliga a las operadoras constituidas como sociedades de capital público, a capitalizar a favor de sus afiliados, en las cuentas individuales de su respectivo fondo obligatorio de pensiones complementarias, el 50% de sus utilidades netas, en proporción al monto que haya sido acumulado por cada una de estas.

El texto del artículo 49 de la LPT se refiere a las operadoras constituidas como sociedades de capital público, y no exime a la OPC CCSS de esta obligación. No obstante, es importante determinar de qué forma puede influir en esa obligación, el hecho de que la comisión por administración que puede cobrar esta entidad este definida bajo el principio del “servicio al costo”, y deba ser usada para cubrir los costos operativos de la operadora, así como los ajustes que requiera su capital social y el capital mínimo de funcionamiento.

En este sentido, es importante tener presente que la actividad prioritaria de las operadoras de pensiones consiste en la administración de fondos de pensiones y el fondo de capitalización laboral. Como producto de esta actividad se genera lo que se denomina la **utilidad operacional** (la cual se refleja en el estado de resultados y corresponde a la diferencia de los ingresos operativos menos los gastos operativos).

Por otro lado, las operadoras de pensiones también tienen ingresos y gastos financieros que provienen de las inversiones que respaldan su capital regulatorio, considerando este como la suma de su capital social y su capital mínimo de funcionamiento (CMF²). La utilidad que se genera a partir de la inversión del capital regulatorio se denomina **utilidad financiera**, y no se origina en la actividad prioritaria autorizada para la entidad.

²De acuerdo con el artículo 30 del Reglamento de Riesgos, este es un capital adicional, variable e independiente del capital social, que forma parte del patrimonio societario, destinado a respaldar ante los afiliados los riesgos de los fondos administrados. No puede ser inferior al 0,25% del total del activo neto de los fondos administrados. La SUPEN puede solicitar el aumento de dicho capital tomando en consideración los riesgos que se detecten en el proceso de supervisión, la situación económica del país y del sector de pensiones. El requerimiento de capital establecido en el Reglamento es un mínimo, por lo que las operadoras de pensiones pueden mantener saldos en exceso para cubrir los riesgos identificados por ellas.

PJD-5-2019

Página 6

Considerando que el artículo 49, párrafo final, de la Ley de Protección al Trabajador dispone que las operadoras constituidas como sociedades anónimas de capital público, capitalizarán a favor de sus afiliados, en las cuentas individuales de su respectivo fondo obligatorio de pensiones complementarias y en proporción con el monto total acumulado en cada una de ellas, el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas, la Superintendencia de Pensiones ha dispuesto que para la determinación de las utilidades a distribuir entre los afiliados al fondo, al cierre de cada año, se computarán las utilidades operativas y los ingresos del año provenientes de las inversiones que respaldan el capital mínimo de funcionamiento, siempre y cuando esas inversiones no excedan el capital mínimo de funcionamiento registrado en el patrimonio.

IV. Situación de la OPC CCSS

En el caso de la OPC CCSS, se concluyó que la comisión por administración debe cubrir no solo los costos operativos de la Operadora, sino, también, los ajustes que requiera el capital social y el capital mínimo de funcionamiento de la Operadora. Además, la CCSS no puede perseguir un lucro o utilidad por medio de la comisión.

Por otro lado, en el dictamen C-497-2006 la Procuraduría General de la República fue enfática al indicar que: “... *en la medida en que la Operadora de Pensiones no genere recursos que permitan su funcionamiento y recapitalización, se pone en riesgo los derechos de los trabajadores afiliados a la seguridad social, a quienes en último término corresponden los recursos de ésta. En general, se compromete todo el Régimen de Seguridad Social, incluido su significado dentro del Estado Social de Derecho y obviamente, el derecho fundamental a la seguridad social*”.

Ahora bien, a pesar de que esta comisión debe ser determinada a partir del principio de servicio al costo, lo que implica que la utilidad operativa de la OPC CCSS siempre debería tender a ser cercana a cero, es posible que con ella se generen utilidades operativas para determinados periodos, lo cual sucede por las siguientes razones:

Cada año la OPC CCSS presenta a la SUPEN un estudio de costos, con el fin de determinar la comisión por saldo administrado que cobrará el Fondo de Capitalización Laboral (FCL) y el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias (ROP), el cual incluye un análisis del comportamiento del mercado de las pensiones complementarias (ROP y FCL), la composición del activo neto administrado para cada fondo, así como la situación actual de OPC CCSS y su posición competitiva en el mercado de pensiones complementarias. También se presentan las proyecciones sobre resultados operativos y netos con sus componentes de costos, gastos e ingresos por comisiones, al igual que planes sobre proyectos que llevarán a cabo.

PJD-5-2019

Página 7

No obstante, en un contexto de mediano plazo es de esperar que el flujo de caja proyectado por la operadora y sus necesidades de capitalización la lleven a situaciones donde no pueda calzar, en forma exacta y por periodos muy cortos, sus ingresos y gastos operativos; además, es posible también que una operación eficiente, o una rigurosa gestión de los gastos, genere una utilidad sobre el giro del negocio. En estos casos es posible que la OPC CCSS genere utilidades operativas, las cuales deberían distribuirse de conformidad con el párrafo final del artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador.

Ahora bien, según se indicó, las operadoras también tienen ingresos y gastos financieros que provienen de las inversiones que respaldan el capital social y el capital mínimo de funcionamiento. Según se vio, en el caso de las demás operadoras de capital público las utilidades obtenidas por dichas inversiones se toman en consideración al momento de calcular la utilidad neta a que se refiere el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador.

No obstante, en el caso de la OPC CCSS esta asesoría considera que es necesario hacer una excepción, la cual se fundamenta en el origen de los aportes al capital social y al capital mínimo de funcionamiento.

En este sentido, en el dictamen C-497-2006³, la Procuraduría señala:

Dicha Ley [Ley de Protección al Trabajador] impone a la Caja la constitución de una Operadora de Pensiones bajo forma de sociedad anónima. La creación de una sociedad anónima por parte de un ente público ha sido analizada tradicionalmente en nuestro país como una forma de inversión de los recursos públicos de carácter especulativo, ya que hay un riesgo de ganancia pero también de pérdida (Cfr. E, ORTIZ ORTIZ: Tesis de Derecho Administrativo, I, Editorial Stradtman, 2002, pp. 145 y 411). Por ello, se ha requerido de ley expresa que autorice dicha constitución. Desde esa perspectiva, la creación de la Operadora de Pensiones es una forma de inversión impuesta por el legislador. Si tomamos en cuenta, por otra parte, que el artículo 40 prevé que los recursos de la Caja, sea de la seguridad social, pueden ser invertidos en una sociedad anónima, se sigue que la Caja podía invertir dichos recursos en la Operadora que el legislador le impone crear.

Ahora bien, como se indicó, los recursos de la Seguridad Social pueden ser invertidos. La Ley no autoriza la disposición graciosa de dichos recursos.

[...]

Se comprende, entonces, que la inversión que de esos recursos se haga o se haya hecho debe ser recuperada. En palabras de la Sala Constitucional, la inversión debe ser reproductiva.

[...]

Hay que destacar que la inversión, independientemente de la forma en que se realice, de los recursos de la seguridad social no puede conducir a su pérdida o desvalorización. Lo que en último término significa que si parte de las reservas del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte han sido utilizadas para capitalizar la Operadora la inversión correspondiente debe ser recuperada. [El destacado no corresponde al original].

³ Citando lo expuesto en el dictamen C-443-2005 y C-123-2006

PJD-5-2019

Página 8

El pronunciamiento citado es claro en establecer que los recursos del capital regulatorio de la OPC CCSS provienen de la Seguridad Social y, por ende, no pueden ser donados ni desvalorizados. Sobre este punto, la distribución de utilidades a los afiliados del ROP correspondería, en este contexto, a una especie de “donación” que a largo plazo conduciría a la desvalorización de ese capital regulatorio, generando así un perjuicio a la Seguridad Social del país.

En este sentido, las utilidades financieras que se generen producto de la inversión del capital social y el CMF de la OPC CCSS no pueden ser distribuidas entre los afiliados, tal y como lo indica el párrafo final del artículo 49 de la LPT. Estas utilidades deben servir no solo para capitalizar a la entidad, según corresponda, sino, también, para permitir a la CCSS que la inversión realizada en la OPC CCSS sea rentable y recuperable y se mantenga valorizada en el largo plazo, pues es una inversión impuesta a esa institución por la Ley de Protección al Trabajador, la cual se llevó a cabo con recursos de la Seguridad Social.

En este orden de ideas, la OPC CCSS solo podría distribuir las utilidades operativas, siempre y cuando, se descuente el porcentaje previsto para el crecimiento de su capital.

V. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye lo siguiente:

1. El artículo 49 de la LPT dispone que el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas de las operadoras, constituidas como sociedades anónimas de capital público, se capitalizará a favor de sus afiliados en las cuentas individuales de su respectivo fondo obligatorio de pensiones complementarias, en proporción con el monto total acumulado en cada una de ellas.
2. El legislador no concibió a la OPC CCSS como una categoría distinta de operadora de pensiones, ni la eximió expresamente de la obligación prevista en el último párrafo del artículo 49 de la LPT.
3. La comisión que puede cobrar la OPC CCSS debe cubrir no solo los costos operativos de la operadora, sino, también, los ajustes que requiera el capital social y el capital mínimo de funcionamiento de la operadora. Consecuentemente, la CCSS no puede perseguir un lucro o utilidad por medio de la comisión.
4. Es posible que el flujo de caja proyectado por la OPC CCSS y sus necesidades de capitalización la lleven a situaciones donde no pueda calzar en forma exacta y por periodos muy cortos, sus ingresos y gastos operativos. Además, es posible también

PJD-5-2019

Página 9

que una operación eficiente, o una rigurosa gestión de los gastos, genere una utilidad sobre el giro del negocio. En estos casos es posible que la OPC CCSS genere utilidades operativas que deberían distribuirse de conformidad con el párrafo final del artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador.

5. Las utilidades que se generen producto de la inversión del capital social y del CMF de la OPC CCSS no pueden ser distribuidas entre los afiliados, tal y como lo indica el párrafo final del artículo 49 de la LPT. Estas utilidades financieras representan la retribución a la inversión realizada en la operadora con recursos de la Seguridad Social que deben mantenerse en la operadora para asegurar que esa inversión se mantenga rentable, recuperable y debidamente revalorizada, según las condiciones prevalecientes en los mercados financieros.

Cordialmente,



Nelly María Vargas Hernández, directora
División Asesoría Jurídica