

20 de junio de 2019

PJD-10-2019

Señor

Álvaro Ramos Chaves

Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

Por medio del oficio 0043-0144-2019 del 21 de marzo de 2019, el señor Adrián García Arroyo, Director del Régimen de Pensión Complementaria del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) solicitó el criterio de la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) “... en cuanto a la posibilidad que tiene el mismo de materializar el otorgamiento de créditos a sus empleados con sus propios recursos a través de la figura denominada compra de cartera crediticia, ésta como una más a la ya tradicional, es decir a través de ventanilla única...” Para dar respuesta a esta consulta la División de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Pensiones emite el siguiente dictamen:

I. Antecedentes

1. Por medio del oficio 0043-0144-2019, de 21 de marzo de 2019, el Régimen de Pensión Complementaria del ICE consulta:

Como es de su conocimiento, la 'Ley N°8660 Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones' en el artículo N°31 establece que '...El Fondo de Pensiones Complementarias del ICE podrá hacerles préstamos a sus empleados...'

Por su parte, el 'Reglamento de Gestión de Activos' aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y que rige desde el 2 de noviembre de 2018, en el capítulo IX establece los 'Requisitos de los fondos de pensiones autorizados por ley para conceder créditos'.

A partir del marco jurídico citado, este Régimen se encuentra en el período de diseño, preparación e implementación de la figura de otorgamiento de crédito a empleados del ICE con recursos del mismo.

Un aspecto de suma relevancia en la estructuración de este proyecto tiene que ver con las modalidades a partir de las cuales se materializará la colocación crediticia autorizada por la normativa correspondiente. En ese sentido y siendo que la Ley N°8660 no especifica la forma en que deberá realizarse la misma, este Régimen trabaja actualmente en las siguientes dos alternativas:

1. Colocación por medio de ventanilla.
2. Compra de cartera crediticia oportunamente otorgada y colocada a colaboradores del ICE.

En relación con lo anterior y específicamente con la opción 2, es preciso comunicarle que el Fondo de Garantías y Ahorro del ICE (FGA), además de administrar el Régimen de Pensión Complementaria, gestiona el Régimen de Garantías y Ahorro (RGA), creado por la Ley N°3625 [...] el cual tiene por finalidad optimizar los aportes personales e institucionales, además de ofrecer servicios competitivos con el mercado financiero que permiten mejorar continuamente el bienestar y la calidad de vida de los trabajadores ICE.

El citado RGA administra, con corte a febrero 2019, una cartera crediticia de aproximadamente \$187.233 millones, distribuido en las líneas hipotecaria, prendaria y fiduciaria.

La compra de cartera crediticia consiste básicamente en una opción que tendría el RPC para, de forma segura, adquirir créditos vigentes y maduros que los clientes oportunamente suscribieron con el RGA, personas que además deberán contar con un buen historial crediticio.

Esta forma de colocación de créditos trae consigo una serie de beneficios de gran valor y magnitud para los afiliados al RPC y para el Régimen mismo, entre los que, además de otros, se pueden citar los siguientes:

1. *Incremento en la rentabilidad del portafolio: las tasas de interés asociados con créditos son mayores a las que normalmente se pueden encontrar en el mercado de valores nacional y si a eso se adiciona que para el caso del RPC los mitigadores de riesgo asociados con esta figura son de gran relevancia (garantía de ahorros que administra el RGA, deducción por planilla, entre otros) hacen que no necesariamente el nivel de riesgo se vea incrementado.*
2. *Por el tamaño del portafolio de inversiones del RPC y en razón de ver reflejado de manera más oportuna un incremento en su rentabilidad, la compra de cartera crediticia permite incorporar dicho beneficio mucho más rápido al rendimiento global del mismo.*
3. *La figura de crédito a empleados con recursos del RPC no está gravada con el Impuesto sobre la Renta, como si lo están los intereses que generan las inversiones en títulos valores realizadas por este Régimen (no así las Operadoras de Pensiones que operan en nuestro país). Lo anterior cobra aún más relevancia si se tiene presente que a partir de junio de 2019, con la aprobación de la 'Ley N°9635 Fortalecimiento de las Finanzas Públicas', el citado impuesto pasará de 8% a 15%, lo cual repercutirá de manera negativa en las inversiones que a futuro realice este Régimen a través de la Bolsa Nacional de Valores (BNV).*
4. *Derivado del punto anterior, la rentabilidad que percibirá el RPC (bajo cualquier modalidad de colocación crediticia) será neta, incorporando la figura de compra de cartera crediticia el gran beneficio para el portafolio de inversiones de aportar de manera considerable mayor rentabilidad al mismo.*
5. *Los costos operativos relacionados con la figura de compra de cartera crediticia son casi nulos para el RPC, esto porque los mismos ya fueron cubiertos por el RGA en el momento en que se otorgó cada uno de los créditos a comprar, situación que beneficia directamente al cliente del RPC y al Régimen como tal.*

6. *De manera más ágil este Régimen podrá implementar acciones importantes orientadas a la diversificación de su portafolio, lo cual, en adición a lo citado en cuanto a costos operativos, redundará en la obtención de mejores indicadores de gestión, todo en beneficio del RPC y sus afiliados.*

7. *La cartera de crédito a adquirir está compuesta por operaciones suscritas por afiliados a este Régimen y que actualmente cotizan mensualmente al mismo. Éstas cumplen en su totalidad con la figura de préstamo a empleados ya que cada una está respaldada en garantías independientes, tienen una tasa de interés y plazo individual según las condiciones de cada crédito y se deducen en cuotas mensuales consecutivas a través de la planilla salarial.*

[...]

De manera puntual, por el momento es interés específico de este Fondo de Pensiones conocer el criterio de la SUPEN en cuanto a la posibilidad que tiene el mismo de materializar el otorgamiento de créditos a sus empleados con sus propios recursos a través de la figura denominada compra de cartera crediticia, ésta como una más a la ya tradicional, es decir a través de ventanilla única [...].

2. De conformidad con lo que dispone el Acuerdo del Superintendente de Pensiones, SP-A-055, por medio del oficio SP-315-2019, de 28 de marzo de 2019, la Superintendencia de Pensiones solicitó el criterio jurídico del consultante.
3. Mediante oficio 0043-0223-2019, de 3 de mayo de 2019, se remitió el criterio jurídico 257-162-2019, de la Dirección Corporativa Jurídica del ICE, en el cual se concluyó lo siguiente:

De esta forma, se tiene que el Régimen de Pensión Complementaria al estar autorizado legalmente para otorgar préstamos a los empleados del ICE, podría a través de la aprobación de una Política de Inversiones por parte del Consejo Directivo en cumplimiento de las disposiciones de la Ley N°8660, Ley de Protección al Trabajador, el Reglamento de Gestión de Activos y demás normativa que al efecto hay emitido CONASSIF y el Reglamento del Fondo de Pensión Complementaria -una vez autorizada mediante Reglamento por parte del Consejo Directivo, la operación financiera de venta de cartera crediticia por parte del Régimen de Garantías y Ahorro – realizar dicha inversión.

II. Normativa aplicable

El artículo único de la Ley N°3625 crea el Fondo de Garantías y Ahorro del Instituto Costarricense de Electricidad como sigue:

Artículo Único: Adiciónase el artículo 17 del Decreto – Ley no. 449 del 8 de abril de 1949 que creó el Instituto Costarricense de Electricidad, con el siguiente párrafo:

El Instituto deberá destinar las reservas y Fondos constituidos con ese objeto; al pago de prestaciones laborales y Fondo de Garantías y Ahorro del personal permanente, y continuar efectuando los aportes correspondientes en una suma no menor a la aportada por los funcionarios y empleados que coticen para el Fondo. El Fondo aportado por el Instituto le pertenecerá a éste y será utilizado para los objetivos presupuestos, de acuerdo con las normas que al respecto dicte su Consejo Directivo. El personal permanente, según calificación del mismo Consejo, deberá cotizar para el Fondo con una suma no menor del cinco por ciento mensual de sus salarios.

Los artículos 30 y 31 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N°8660, se refieren al Fondos de Garantías y Ahorro de los empleados permanentes de esa Institución y al Fondo de Pensiones Complementarias como sigue:

*ARTÍCULO 30.- Fondo de Garantías y Ahorro de los Empleados Permanentes.
De conformidad con la Ley N° 3625, de 16 de diciembre de 1965, el ICE contará con el Fondo de Garantías y Ahorro de los Empleados Permanentes, en adelante denominado el Fondo.
El Consejo Directivo seguirá dictando las normas y los reglamentos que regulan dicho Fondo.
El Fondo podrá adquirir títulos valores del ICE y sus empresas, en forma directa hasta por la cantidad máxima autorizada previamente por el Consejo Directivo.*

*ARTÍCULO 31.- Fondo de Pensiones Complementarias
Ratifícase la existencia del Fondo de Pensiones Complementarias, creado de conformidad con los artículos 2 y 75 de la Ley de protección al trabajador, N° 7983, de 16 de febrero de 2000.
El Fondo de Pensiones Complementarias del ICE podrá hacerles préstamos a sus empleados; además, podrá adquirir títulos valores del ICE, en forma directa o por medio de puestos de bolsa, hasta por la cantidad máxima autorizada previamente por el Consejo Directivo del ICE.*

Los artículos 59, párrafo primero, y 60 de la Ley de Protección al Trabajador disponen lo siguiente sobre la inversión de los recursos administrados por las entidades reguladas por la SUPEN:

*Artículo 59 – Inversión de los recursos
Los recursos administrados por cualquiera de las entidades supervisadas por la Superintendencia de Pensiones deberán invertirse de conformidad con esta ley y las regulaciones emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión.*

[...]

ARTÍCULO 60.- Principios rectores de las inversiones. Las entidades autorizadas y reguladas por la Superintendencia se regirán por los siguientes principios:

- a) *Los recursos de los fondos no estarán sujetos a las disposiciones de regulación del Banco Central de Costa Rica.*
- b) *Deberán ser invertidos para el provecho de los afiliados, procurando el equilibrio necesario entre seguridad, rentabilidad y liquidez, de acuerdo con su finalidad y respetando los límites fijados por la ley y las normas reglamentarias que la Superintendencia dicte sobre el particular.*
- c) ***Los recursos de los fondos solo podrán ser invertidos en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en valores emitidos por entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras.***
- d) *Deberán estar calificados, conforme a las disposiciones legales vigentes y las regulaciones emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.*
- e) ***Deberán negociarse mediante los mercados autorizados con base en la Ley Reguladora del Mercado de Valores o directamente en las entidades financieras debidamente autorizadas.***
- f) *La Superintendencia deberá procurar que las operadoras, sin menoscabo del principio expuesto en el inciso b) de este artículo, inviertan los recursos de los fondos en instrumentos que permitan a los afiliados participar directamente de las rentas derivadas de la propiedad de los factores de producción. Adicionalmente, la Superintendencia procurará una estructura de cartera orientada a fortalecer el financiamiento de viviendas para la clase trabajadora.*
- g) *La Superintendencia de Pensiones podrá excluir la adquisición de determinados valores, en función de la calificación de riesgo. [Lo resaltado no es del original].*

Los artículos 17 y 35 del Reglamento de Gestión de Activos, establecen lo siguiente en relación con los instrumentos para la inversión y el otorgamiento de créditos por parte de las entidades reguladas autorizadas por ley para estos efectos:

Artículo 17. Instrumentos para la inversión

Las inversiones de los fondos pueden realizarse en los siguientes tipos de instrumentos, los cuales pueden ser locales o internacionales. Se clasifican en tres niveles conforme a sus características, complejidad de operación y sofisticación en su gestión de riesgos.

a. Instrumentos Nivel I

i. Títulos de deuda:

Deuda individual local: El emisor debe tener al menos una calificación de riesgo entre las tres mayores de la escala de calificación de corto plazo y su vencimiento no debe ser mayor a 360 días.

Deuda estandarizada: Títulos de emisiones de deuda registradas en el mercado local o extranjero, que no cuenten con las siguientes características: redención anticipada, opciones implícitas, titularizaciones, desempeños ligados a índices o convertibles en acciones.

Salvo en el caso de los valores que por normativa costarricense no están obligados a calificarse, los instrumentos locales deben contar con una calificación de riesgo local que se encuentre dentro de grado de inversión de la escala de calificación.

Por su parte los instrumentos internacionales deben tener una calificación de riesgo dentro del grado de inversión. En el caso de instrumentos internacionales de deuda soberana que no cuenten con calificación de riesgo específica, se toma la calificación de riesgo soberano del país

cuando se ha superado la etapa de definición de factibilidad y se cuente con los permisos y estudios necesarios para iniciar obras.

c. Instrumentos Nivel III

i. Títulos de deuda:

Deuda estandarizada: Títulos extranjeros que deben cumplir con todos los requisitos de deuda estandarizada establecida para el Nivel I, con la excepción de que no requieren de una calificación de riesgo grado de inversión. No obstante, las calificaciones de riesgo correspondientes a estos instrumentos deben encontrarse dentro de las dos mejores de la escala inferior al grado de inversión.

ii. Títulos representativos de propiedad:

Participaciones de fondos o vehículos de propósito especial: Deben cumplir con todos los requisitos de las participaciones de fondos establecidos para el Nivel I, sin embargo, pueden incursionar en fondos que invierten en acciones privadas (private equity).

La entidad regulada debe tener en cuenta el plazo máximo del fondo y los periodos de inversión y desinversión, así como, la posibilidad de redenciones anticipadas.

Para los fondos que invierten en acciones privadas (private equity), sus participaciones deben ser adquiridas con firmas estructuradoras (conocidas en inglés como General Partner) con al menos diez años de experiencia en el mercado internacional y que tengan un récord de empresas adquiridas exitosamente. Asimismo, podrán invertir en fondos que invierten en acciones privadas (private equity) en el mercado local que cumplan lo establecido en las normas emitidas por el CONASSIF.

Artículo 35. Ámbito de aplicación

*Los fondos de beneficio definido **que estén autorizados por ley a conceder créditos** deben sujetarse a los requisitos establecidos en este Reglamento en todo aquello que no esté expresamente previsto en leyes especiales.*

El desarrollo e implementación del otorgamiento de créditos, debe tomar en consideración que las actividades crediticias de los fondos de pensión legalmente autorizados difieren de las líneas tradicionales de crédito otorgadas por las entidades financieras, en aspectos como: el perfil de los clientes y su actividad económica. Asimismo, los fondos de pensiones solamente utilizan los aportes de sus afiliados para otorgar financiamiento.

De previo a iniciar el otorgamiento de créditos, los fondos de pensión que tengan la posibilidad legal de realizar esa actividad deben analizar el efecto sobre la rentabilidad del fondo y evaluar los niveles de tolerancia al riesgo, considerando la modelación de escenarios que permitan valorar su conveniencia. Para lo anterior, debe tomar en cuenta aspectos como los costos operativos relacionados con el análisis individual de crédito, la evaluación de garantías y la administración de bienes recibidos en dación de pago, entre otros. El resultado de este análisis debe ser documentado y aprobación por el Órgano de Dirección. [Lo resaltado no es del original].

III. Principio de legalidad

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 11 de la Constitución Política “*Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella*”.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública establece que:

Artículo 11.-

- 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.*
- 2. Se considera autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.*

Con fundamento en ambas normas, en el Voto 440-98 la Sala Constitucional se expresó como sigue acerca del principio de legalidad, al cual se encuentra sujeta toda autoridad e institución pública, dado que esta:

... lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso –para las autoridades e instituciones públicas solo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto...

IV. Compra de la cartera crediticia y el otorgamiento de préstamos por parte del Régimen de Pensión Complementaria del ICE

Por medio del oficio 0043-0144-2019, se consulta a esta Superintendencia si el Régimen de Pensión Complementaria del ICE tiene la posibilidad de “... *materializar el otorgamiento de créditos a sus empleados con sus propios recursos a través de la figura denominada compra de cartera crediticia...*”. De previo a dar respuesta a esta consulta, esta asesoría estima necesario formular las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Protección al Trabajador, los recursos administrados por cualquiera de las entidades supervisadas por la Superintendencia de Pensiones deben invertirse de conformidad con esa ley y las regulaciones emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). Con fundamento en esta norma, mediante acuerdo tomado en el artículo 5 del acta de la sesión 1452-2018, celebrada el 16 de octubre de 2018, el CONASSIF aprobó el *Reglamento de Gestión de*

Activos (RGA), el cual entró en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta, el 2 de noviembre de 2018¹.

Como regla general, el inciso c) del artículo 60 de esa misma Ley establece que los recursos que administran las entidades reguladas por la SUPEN solo puedan ser invertidos en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en valores emitidos por entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras. Además, el inciso d) dispone que estos deberán negociarse mediante los mercados autorizados con base en la Ley Reguladora del Mercado de Valores o directamente en las entidades financieras debidamente autorizadas.

No obstante, en el artículo 31 de la Ley N°8660 el legislador introdujo una **excepción** a esta regla general y, así, en el caso del Régimen de Pensiones del ICE, dispuso que este también podría utilizar los recursos que administra para hacerles préstamos a sus empleados.

Ahora bien, en el presente caso interesa determinar si esta excepción cobija también la compra de cartera crediticia otorgada y colocada a colaboradores del ICE por parte del Régimen de Garantías y Ahorro (RGA) de esa institución. De acuerdo con lo que indica el Régimen en el oficio 0043-0144-2019, esta compra de cartera se está valorando como una alternativa que, junto con la ventanilla, serviría para implementar la colocación crediticia autorizada por el artículo 31 arriba mencionado.

En relación con este punto, la Dirección Corporativa Jurídica del ICE, en el criterio jurídico 257-162-2019, realiza el siguiente análisis:

De una revisión de la regulación de ambos regímenes se determina que ambos cuentan con autorización legal para realizar préstamos a los empleados del ICE, sin embargo, la venta y compra de carteras de crédito entre uno y otro Régimen no se encuentra autorizada de forma expresa por la Ley No. 3625 ni por la Ley No. 8660.

*No obstante, tanto la Ley No. 3625 como la Ley No. 8660 y la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconocen la existencia de un fondo de ahorro y garantías con características propias, **finés legales propios** y con la facultad para el Consejo Directivo del ICE de establecer su regulación y administración.*

De esta forma, el Consejo Directivo, en atención a los fines del Fondo de Garantías y Ahorro, podría una vez que cuente con los estudios técnicos y financieros pertinentes de conformidad con lo establecido por el artículos 16 de la Ley General de la Administración Pública que demuestren

¹El RGA tiene por objeto establecer los principios generales sobre la gestión de los activos que deben considerar las entidades reguladas por la SUPEN, los requisitos de los activos sujetos a inversión y los mercados en los cuales pueden operar, los límites prudenciales de inversión de los activos de los fondos, los aspectos mínimos que deben verificarse para utilizar los proveedores de servicios de inversiones y los elementos mínimos por cumplir para la concesión de créditos por parte de un fondo de pensión.

que dicha venta de cartera se ajusta a los fines de creación del Fondo de Garantías y Ahorros y que no implica un riesgo en cumplimiento de éstos, autorizar mediante la aprobación de la norma correspondiente la venta de cartera crediticia del Régimen de Garantía y Ahorro al Régimen de Pensión Complementaria, así como todas aquellas condiciones bajo las cuales se autorizaría, con especial atención el mecanismo a utilizar para determinar el precio de venta.

[...]

En ese mismo sentido y una vez que exista la norma que habilite la venta de la cartera crediticia del Régimen de Garantía y Ahorro, se considera que la compra de cartera, más allá de materializar por sí sola el otorgamiento de créditos autorizado por la Ley N°8660 al Fondo de Pensión Complementaria, lo que podría constituir es una inversión, en el tanto los recursos se trasladaran no a los empleados del ICE sino al Régimen de Garantías y Ahorro, y como inversión tendría que cumplir con todas las disposiciones que al efecto haya emitido el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Protección al Trabajador.

En ese mismo sentido, para realizar dicha inversión tendría que contarse con la aprobación de la Política de Inversiones por parte del Consejo Directivo, conforme lo establece el artículo 12 del Reglamento del Fondo de Pensiones Complementarias y ésta tendrá que realizarse en las mejores condiciones de seguridad, liquidez, que generen la mayor rentabilidad posible, atendiendo a los principios de flexibilidad y diversificación a fin de mantener una cartera ágil donde no se mantengan fondos ociosos.

De esta forma, se tiene que el Régimen de Pensión Complementaria al estar autorizado legalmente para otorgar préstamos a los empleados del ICE, podría a través de la aprobación una Política de Inversiones por parte del Consejo Directivo en cumplimiento de las disposiciones de la Ley N°8660, Ley de Protección al Trabajador, el Reglamento de Gestión de Activos y demás normativa que al efecto haya emitido CONASSIF y el Reglamento del Fondo de Pensión Complementaria – una vez autorizada mediante Reglamento por parte del Consejo Directivo, la operación financiera de venta de cartera crediticia por parte del Régimen de Garantías y Ahorro- realizar dicha inversión. [Lo resaltado no pertenece al original].

A partir de lo anterior, la Dirección Corporativa Jurídica del ICE concluye que el Régimen de Pensión Complementaria podría proceder con la compra de cartera al Régimen de Ahorro y Garantía, porque en su concepto dicha compra, “...más allá de materializar por sí sola el otorgamiento de créditos autorizado por la Ley N°8660 al Fondo de Pensión Complementaria, **lo que podría constituir es una inversión**, en el tanto los recursos se trasladaran no a los empleados del ICE sino al Régimen de Garantías y Ahorro, y como inversión tendría que cumplir con todas las disposiciones que al efecto haya emitido el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Protección al Trabajador”. [Lo resaltado no es del original].

Esta División de Asesoría Jurídica no comparte lo que expresado en el criterio jurídico 257-162-2019 y, por el contrario, considera que la consulta formulada por el Régimen de Pensión Complementaria del ICE debe ser respondida en términos negativos, dado que ese Régimen no está facultado legalmente para materializar el otorgamiento de créditos a sus empleados con sus propios recursos a través de la figura denominada compra de cartera crediticia. Esto es así por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la Ley N°8660 no autoriza en forma expresa a ese Régimen para que realice la citada compra de cartera. Así lo reconoce la Dirección Corporativa Jurídica del ICE en su dictamen, en el cual expresa que *“De una revisión de la regulación de ambos regímenes se determina que ambos cuentan con autorización legal para realizar préstamos a los empleados del ICE, sin embargo, la venta y compra de carteras de crédito entre uno y otro Régimen no se encuentra autorizada de forma expresa por la Ley No. 3625 ni por la Ley No. 8660”*. [Lo resaltado no es del original].

Lo anterior implica que, en aplicación del principio de legalidad arriba mencionado, la excepción prevista en el artículo 31 de la Ley N°8660 se encuentra referida, únicamente, a la posibilidad de que el Régimen de Pensión Complementaria del ICE otorgue préstamos a sus empleados con los recursos que se encuentran bajo su administración. Este es el sentido del artículo 35 del Reglamento de Gestión de Activos, que en su párrafo tercero dispone:

Artículo 35. Ámbito de aplicación

[...]

***De previo a iniciar el otorgamiento de créditos**, los fondos de pensión que tengan la posibilidad legal de realizar esa actividad deben analizar el efecto sobre la rentabilidad del fondo y evaluar los niveles de tolerancia al riesgo, considerando la modelación de escenarios que permitan valorar su conveniencia. Para lo anterior, debe tomar en cuenta aspectos como los costos operativos relacionados con el análisis individual de crédito, la evaluación de garantías y la administración de bienes recibidos en dación de pago, entre otros. El resultado de este análisis debe ser documentado y aprobación por el Órgano de Dirección.* [Lo resaltado no es del original].

En segundo lugar, porque la excepción prevista en el artículo 31 de la Ley N°8660 debe ser interpretada de manera restrictiva, para evitar que de esta forma se burle la regla general prevista en el artículo 60 de la Ley de Protección al Trabajador. Sobre el particular, en el Voto N°4726-2003 la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

... es la propia Ley de Protección al Trabajador la que establece expresamente que en el caso de instituciones públicas que mantengan sistemas de pensiones que operan al amparo de leyes especiales y que brinden a sus trabajadores beneficios complementarios a los ofrecidos por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social -como es el

*caso Fondo de Garantías y Jubilaciones del Personal del Instituto Costarricense de Turismo-, sus recursos sólo pueden ser invertidos en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en valores emitidos por entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras. Con lo que se desprende que es jurídicamente imposible, en principio, conforme a dicha disposición legal, que se puedan invertir los recursos del fondo en préstamos a sus afiliados. Por ende, distinto a lo que acusan los recurrentes, **al disponer, el citado Reglamento, que los entes administradores de tales fondos no podrán invertir en préstamos a su afiliado, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero se ha limitado a precisar una prohibición implícitamente establecida por la Ley que rige la materia.** Por lo que resulta evidente que no se ha configurado la violación constitucional alegada, pues, en cuanto a este extremo concreto, el citado Reglamento no sólo no ha excedido los límites establecidos por la Ley que rige la materia, sino que, se ha limitado a señalar una prohibición ya establecida en la propia Ley. [Lo resaltado no es del original].*

En tercer lugar, porque no es cierto que la compra de cartera pueda constituir una inversión para el Régimen de Pensión Complementaria del ICE, aún y cuando los recursos se trasladen no a los empleados del ICE sino al Régimen de Garantías y Ahorro.

Tal y como se indicó con anterioridad, es el artículo 60, incisos c) y d), de la Ley de Protección al Trabajador, el que define las condiciones que deben cumplir los **valores** en los que se pueden invertir los recursos que administran las entidades reguladas por la SUPEN, a saber: solo puede tratarse de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o de valores emitidos por entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras y, además, estos deberán negociarse mediante los mercados autorizados con base en la Ley Reguladora del Mercado de Valores o directamente en las entidades financieras debidamente autorizadas².

Por otro lado, el Reglamento de Gestión de Activos, en su artículo 17, establece los tipos de instrumentos, locales o internacionales, en los que pueden invertirse los fondos. Estos se clasifican en tres niveles conforme a sus características, complejidad de operación y sofisticación en su gestión de riesgos. Si se analiza ese artículo, no se incluye en este la compra de cartera analizada en este dictamen.

Por esta razón, no es cierto que el Consejo Directivo del ICE pueda incluir en el Reglamento del Régimen de Pensión Complementaria del ICE una autorización para que este compre la cartera crediticia otorgada y colocada a colaboradores del ICE por parte del Régimen de Garantías y Ahorro. Tampoco es cierto que se “... podría a través de la aprobación una Política

² En el caso del Régimen de Pensión Complementaria del ICE únicamente aplican las excepciones previstas en el artículo 31 de la Ley N°8660, según el cual, aparte de poder hacerles préstamos a sus empleados, además puede adquirir títulos valores del ICE, en forma directa o por medio de puestos de bolsa, hasta por la cantidad máxima autorizada previamente por el Consejo Directivo de esa Institución.

de Inversiones por parte del Consejo Directivo en cumplimiento de las disposiciones de la Ley N°8660, Ley de Protección al Trabajador, el Reglamento de Gestión de Activos y demás normativa que al efecto haya emitido CONASSIF y el Reglamento del Fondo de Pensión Complementaria – una vez autorizada mediante Reglamento por parte del Consejo Directivo, la operación financiera de venta de cartera crediticia por parte del Régimen de Garantías y Ahorro- realizar dicha inversión”.

Finalmente, es importante señalar que incluir una autorización como la indicada en el Reglamento del Régimen de Pensión Complementaria del ICE, y en la Política de Inversiones, reñiría abiertamente con el principio de jerarquía de las normas, según el cual:

... las normas se jerarquizan por los diferentes efectos que derivan del incumplimiento del deber de obediencia que se manifiesta en la relación jerárquica. Dentro de esta tesitura, una norma es superior cuando existen menos recursos para impugnar su validez y, viceversa, será inferior, cuando existen más medios impugnativos para contestar su legitimidad. De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones: a) el criterio jerárquico de ordenación de las fuentes y las normas descansa en la fuerza formal de cada una de ellas, es decir, en el valor típico que el ordenamiento les confiere en razón del sujeto que los dictó y del procedimiento utilizado para su emanación; b) tal fuerza formal se manifiesta en tres aspectos: i) en su potencia jurídica; ii) en su resistencia jurídica y iii) en los medios de impugnación para contestar su validez. Por tanto, será superior una norma en cuanto tenga mayor potencia jurídica, mayor resistencia jurídica y existan pocos o ningún medio para impugnar su validez. Viceversa, inferior grado tendrá en la escala jerárquica de las fuentes, una norma que tenga poca potencia jurídica, escasa resistencia jurídica y existan pocos o ningún medio para impugnar su validez; c) la potencia jurídica implica no sólo la capacidad de derogar, total o parcialmente, normas del mismo rango, sino también normas de inferior rango...³.

Jerárquicamente es la Ley de Protección al Trabajador la que define el régimen de inversiones a que debe sujetarse toda entidad regulada por la SUPEN y el Régimen de Pensión Complementaria del ICE no es la excepción.

Conclusiones

De acuerdo con lo analizado se concluye lo siguiente:

1. La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones establece que el Régimen de Pensión Complementaria del ICE puede realizar préstamos a sus empleados, sin embargo, no lo autoriza en forma expresa para la compra de una cartera crediticia.

³ HERNANDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro; primera edición, Volumen I, 1993, páginas 26 y 27.

2. La compra de una cartera crediticia no es una inversión de conformidad con el artículo 60 de la Ley de Protección al Trabajador y el artículo 17 del Reglamento de Gestión de Activos. Autorizar al Régimen de Pensión Complementaria del ICE para que compre la cartera crediticia otorgada y colocada a colaboradores del ICE por parte del Régimen de Garantías y Ahorro por medio de una reforma al Reglamento de ese Régimen, o por medio de la Política de Inversiones, resulta contrario a la Ley de Protección al Trabajador y a la normativa vigente en materia de inversiones.

Elaborado por:



Yorlenny Avendaño Vega
Abogada

Revisado por:



Jenory Díaz Molina
Abogada Principal

Aprobado por:



Nelly Vargas Hernández
Directora

División de Asesoría Jurídica