

16 de marzo de 2020  
**PJD-7-2020**

Señora  
Patricia Abarca Rodríguez  
Directora de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual  
**Superintendencia de Pensiones**

Estimada señora:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, se solicitó a esta División de Asesoría Jurídica un análisis del criterio jurídico DIRJ-0926-2019, por medio del cual la Asesoría Legal Corporativa del Banco Popular y de Desarrollo (en adelante Banco Popular) indica que no comparte lo expresado en el dictamen jurídico PJD-7-2019, en relación con la obligación que tiene la Operadora de Pensiones Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A. (Popular Pensiones OPC) de contar con directores independientes en su junta directiva.

Con el fin de atender esta solicitud, se emite el siguiente criterio jurídico:

## **I. Antecedentes**

Por medio del oficio SP-455-2019 del 20 de mayo de 2019, la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual le formuló a Popular Pensiones OPC el siguiente requerimiento:

*... el dictamen PJD-7-2019 del 2 de mayo de 2019 (adjunto), concluyó lo siguiente:*

- 1. La conformación de las juntas directivas de las operadoras de pensiones está definida por la Ley de Protección al Trabajador y es complementada por lo dispuesto en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo.*
- 2. De acuerdo con el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador y el artículo 16 del Reglamento de Gobierno Corporativo, y salvo disposición legal en contrario, las operadoras de pensiones complementarias deben contar con al menos dos directores independientes en su junta directiva. Esta obligación resulta aplicable a Popular Pensiones OPC.*
- 3. Los comités técnicos también deben contar con directores independientes, según lo señalado en los artículos 6.4, 24 al 28 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, así como lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Riesgos.*

*En vista de lo anterior, se le solicita que, en un plazo de cinco días hábiles contados a partir del recibo de este oficio, remita los comentarios y aclaraciones que considere pertinentes e informe las acciones que se implementarán para ajustar la conformación del Órgano de Dirección a lo requerido en la Ley de Protección al Trabajador y en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo [...]*

---

**PJD-7-2020**

*Página 2*

Popular Pensiones OPC formuló sus comentarios y aclaraciones por medio del oficio PEN-0827-2019, recibido el 24 de junio de 2019, y remitió el criterio jurídico DIRJ-0926-2019 del 21 de junio de 2019, emitido por la Asesoría Legal Corporativa del Banco Popular. En dicho criterio, en lo que interesa, se señala:

*Con ello damos cumplimiento a lo solicitado en el SP-445-2019, en el sentido de emitir nuestros comentarios y aclaraciones sobre el tema y nuestras consideraciones fundamentadas legalmente, por las cuales respetuosamente reiteramos la tesis de no contar con Directores Independientes en la Junta Directiva de Popular Pensiones .... [El resaltado no es del original].*

## **II. Análisis de fondo**

### **1. Normativa que regula la autorización, organización y funcionamiento de las operadoras de pensiones complementarias**

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Protección al Trabajador, N°7983, esta es una ley de orden público e interés social, que tiene por objeto, en lo que interesa:

- a) Crear y establecer el marco para regular los fondos de capitalización laboral propiedad de los trabajadores.
- b) 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.
- c) 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.
- d) Establecer un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con el fin de que estos reciban la pensión conforme a los derechos adquiridos por ellos.

La Ley crea el Fondo de Capitalización Laboral y un Régimen de Pensiones Complementarios (este último compuesto por el Régimen Obligatorio de Pensiones y el Régimen Voluntario de Pensiones) y, para efectos de su administración, introduce la noción de entidades autorizadas por la Superintendencia de Pensiones, entre las que sobresalen las operadoras de pensiones

**PJD-7-2020**

*Página 3*

En relación con estas últimas, el párrafo primero del artículo 30 define claramente su naturaleza jurídica y establece una condición de exclusividad a favor de estas entidades, para administrar los fondos de pensiones complementarias, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral<sup>1</sup>. El texto de este artículo 30 es el siguiente:

*ARTÍCULO 30.- Exclusividad y naturaleza jurídica. Los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, serán administrados exclusivamente por operadoras. Estas son personas jurídicas de Derecho Privado o de capital público constituidas para el efecto como sociedades anónimas, que estarán sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en la presente ley y sus reglamentos. La Superintendencia deberá autorizar el funcionamiento de las operadoras y dispondrá los requisitos adicionales que deberán cumplir estas entidades, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema.*

[...] [Lo resaltado no es del original].

Ahora bien, con respecto a la autorización, organización y funcionamiento de estas entidades, los artículos 32, 33, 36 y 74 de la Ley N°7983 establecen:

*ARTÍCULO 32.- Autorización. Corresponde al Superintendente aprobar la apertura, la operación y el funcionamiento de los entes establecidos en este capítulo y el artículo 74 de la presente ley, considerando razones de legalidad, así como los antecedentes, la solvencia de los solicitantes, el plan de factibilidad económica y la escritura debidamente inscrita por el Registro Público del acta constitutiva, así como de sus reformas.*

*ARTÍCULO 33.- Requisitos para los miembros de la Junta Directiva. Las operadoras deberán constituirse como sociedades anónimas. Tendrán una Junta Directiva, integrada al menos por cinco miembros de reconocida honorabilidad; dos de ellos deberán contar con estudios y experiencia en operaciones financieras. Estas características deben ser documentadas ante el Superintendente. Para estos efectos, toda operadora ya autorizada deberá enviar también al Superintendente los nuevos nombramientos de directores que se realicen.*

*Al menos el cuarenta por ciento (40%) de los miembros de la Junta Directiva de la operadora no podrán ser:*

*a) Accionistas de la misma operadora.*

*b) Parientes de los accionistas de la Sociedad, hasta el tercer grado de consanguinidad y afinidad.*

*c) Miembros de la Junta Directiva o empleados de empresas del mismo grupo económico o financiero de la operadora.*

*La Asamblea de Accionistas deberá nombrar a un fiscal, de conformidad con el Código de Comercio, quien, además de las facultades y obligaciones establecidas en dicho Código, deberá vigilar el estricto cumplimiento, por parte de la operadora, de los reglamentos y las disposiciones emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero o el Superintendente de*

---

<sup>1</sup> Esta exclusividad debe entenderse sin perjuicio de la autorización que también se otorga a las organizaciones sociales referidas en el párrafo segundo del artículo 30, para administrar fondos de capitalización laboral.

**PJD-7-2020**

*Página 4*

*Pensiones. Al fiscal se le aplicarán los requisitos y las prohibiciones establecidas en este artículo; todo lo anterior de acuerdo con el reglamento que la Superintendencia emita.*

***Salvo lo dispuesto expresamente por esta ley, dichas sociedades anónimas se regirán por el Código de Comercio.*** [Lo resaltado no es del original].

**ARTÍCULO 36.- Gerente y auditor interno de las operadoras.** *El gerente de la operadora deberá ser una persona de reconocida honorabilidad con título profesional y experiencia en operaciones financieras. Asimismo, la operadora deberá tener un auditor interno. Respecto de ambos funcionarios, se aplicarán los impedimentos fijados para los miembros de la Junta Directiva. Los requisitos que deben cumplir ambos funcionarios deben ser documentados ante el Superintendente. Para estos efectos, toda operadora autorizada deberá notificar también al Superintendente los nombramientos tanto del gerente como del auditor interno.*

**ARTÍCULO 74.- Normas especiales de autorización para crear operadoras.** **Autorízase la constitución de una sociedad anónima, con el único fin de crear una operadora de pensiones a cada una de las siguientes instituciones: la Caja Costarricense de Seguro Social y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.**

***La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social nombrará a los miembros integrantes de la Junta Directiva de esta sociedad anónima y deberá mantener la conformación establecida en el artículo 6 de la ley orgánica de esta institución. Autorízase a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) para que cree una operadora de fondos de capitalización laboral, de conformidad con esta ley.***

***Autorízase al Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (INFOCOOP) para que cree una operadora de fondos de capitalización laboral, de conformidad con esta ley.***

***Autorízase a la Caja de Ahorro y Préstamo de la Asociación Nacional de Educadores, a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio y a la Sociedad de Seguros de Vida del Magisterio Nacional para que constituyan, en forma conjunta, una sociedad anónima con el único fin de crear una operadora de pensiones, que será considerada para efectos de esta ley, como la única operadora autorizada del Magisterio Nacional.***

***La Universidad de Costa Rica, por medio de la Junta Administradora del Fondo de Ahorro y Préstamo, podrá constituir una sociedad anónima para establecer una operadora de pensiones, de conformidad con esta ley. Esta operadora podrá suscribir convenios con otras instituciones estatales de educación superior, para administrar los recursos destinados a las pensiones de sus trabajadores. Asimismo, la Junta podrá dar en administración su propio fondo a una operadora autorizada, previa aprobación de la Superintendencia.***

***Las asociaciones solidaristas, los sindicatos y las cooperativas de ahorro y crédito, podrán constituir operadoras, en forma individual o asociados entre sí, de conformidad con lo que resuelvan las asambleas respectivas, en convocatoria que deberá ser realizada para el efecto y por mayoría calificada de un mínimo de dos terceras partes del quórum que prevean las respectivas normas que regulan su funcionamiento, para las asambleas extraordinarias.*** [Lo resaltado no es del original].

De acuerdo con lo anterior, la Ley de Protección al Trabajador plantea la figura de las operadoras de pensiones complementarias con la intención de que estas administren, con exclusividad, los fondos de pensiones complementarias, los planes respectivos y los fondos

**PJD-7-2020**

Página 5

de capitalización laboral. Considerando lo anterior, dicha Ley somete a estas entidades a la autorización y supervisión de la Superintendencia de Pensiones, y regula, entre otros, la forma en que debe conformarse su junta directiva<sup>2</sup> y la alta dirección.

A pesar de que se trata de personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, el párrafo primero del artículo 30 de la Ley N°7983 es claro al señalar que estarán sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en dicha Ley, la cual, como se dijo, es de orden público e interés social. Como corolario de lo anterior, las operadoras de pensiones únicamente se registrarán por el Código de Comercio en aquello que no esté expresamente definido en la Ley de Protección al Trabajador.

Sobre este particular, en el dictamen C-70-2001 la Procuraduría General de la República indicó:

*La naturaleza pública de la empresa influye en el régimen jurídico de la actividad, en el cual – dado el interés público en la materia– la regulación es marcadamente publicista. La actividad de las sociedades se rige, entonces, sea por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, sea por las Leyes del Régimen Privado de Pensiones Complementarias y la Ley de Protección del Trabajador, más que por el Código de Comercio. Asunto en el cual no se marca diferencia con el resto de operadores de los respectivos sistemas...*

En igual sentido, en el dictamen C-315-08 señaló que la “... operadora se rige por un ordenamiento de naturaleza pública (Ley de Protección al Trabajador y Ley 7523) y para estos efectos poco importa la naturaleza, pública o privada, del agente”.

## **2. Vigencia del artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Decreto Ejecutivo N°27503-H**

Al respecto, en el oficio DIRJ-0926-2019 se indica lo siguiente en relación con Popular Pensiones OPC:

*Se trata de una empresa pública constituida como sociedad anónima, en forma instrumental, pues solamente tiene un accionista, diversos criterios de la Procuraduría han sostenido dicha posición, la cual es consistente con la forma en que se crearon dichas empresas, ya que nacieron producto de la autorización legal que al efecto otorgó el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores a los bancos públicos.*

[...]

*Por ende Popular Pensiones es una empresa pública no estatal, sujeta al Derecho Público en lo que sea necesario para la consecución del fin público que persigue, salvo aquellas disposiciones legales estrictamente imputables a empresas públicas estatales... [El resaltado no es del original].*

---

<sup>2</sup> Con excepción de la junta directiva de la Operadora de Pensiones Complementarias de la Caja Costarricense de Seguro Social, la cual, de conformidad con el artículo 74 de la Ley N°7983, deberá mantener la conformación establecida en el artículo 6 de la ley orgánica de esta institución.

**PJD-7-2020**

Página 6

*El artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores legitimó la posibilidad de que tanto el INS como cada uno de los Bancos Públicos establecieran sociedades anónimas para crear fondos de inversión y una operadora de pensiones.*

*Por su parte el artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 27503-H "**Reglamento para la Constitución de los Puestos de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos y Operadoras de Pensiones Complementarias de los Bancos Públicos y del Instituto Nacional de Seguros**", les otorgó a estas sociedades el carácter de empresas públicas.*

*Por lo tanto, Popular Pensiones tal y como lo hemos dicho es una Operadora de Pensiones creada por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal con base en lo dispuesto por las normas referidas, siendo que es dueño del 100% de su capital social y con la posibilidad de éste de controlar las decisiones de la Sociedad. [Lo subrayado no es del original].*

*Este Decreto Ejecutivo aparte de definir en su artículo 2 la naturaleza de las sociedades de pensión complementaria de los Bancos y entes públicos regula además una serie de aspectos que resulta importante destacar, puesto que estas regulaciones constituyen la normativa mínima a considerar para la constitución de sociedades según lo establecido por el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.*

*De esos aspectos valga destacar los siguientes:*

*a-. Estas sociedades se regirán por el Código de Comercio en lo referente a la autonomía patrimonial y fusiones o absorciones (artículo 2).*

*b-. Su constitución se regirá también por lo establecido por el Código de Comercio, **con excepción** de la concurrencia mínima de dos socios, **así como los requisitos de constitución que se establecen en las normas relativas** a los puestos de bolsa, las sociedades administradoras de fondos de inversión y **las operadoras de planes de pensión complementarias**, según lo dispuesto por la Ley Reguladora del Mercado de Valores y la Ley número 7523 (artículo 3)*

*[...]*

*e-. Cada sociedad contará con un Consejo de Administración o Junta Directiva, de cinco miembros, designados por la Junta Directiva del Banco o ente público titular del capital social (artículo 5).*

*[...]*

***Las anteriores disposiciones como puede observarse determinan el campo de acción de las sociedades anónimas creadas bajo el amparo de la norma 55 de la ley número 7732 y nos permite concluir como lo manifestáramos en párrafos precedentes, que efectivamente existe una situación de total subordinación de la sociedad mercantil al socio o ente público fundador y con ello a los fines públicos perseguidos por éste.***

*Como afirmáramos anteriormente, existe pues un inevitable predominio del interés y de la posición del ente público dueño y un régimen público que impera en todas las relaciones de la sociedad con dicho ente. [El resaltado no es del original].*

*Es inevitable referirse en este aparte, al cuestionable híbrido jurídico que como puede claramente observarse con lo expuesto hasta ahora, crea el Decreto Ejecutivo 27503- H, pues si bien este Reglamento elige a la sociedad anónima como forma societaria de organización de las empresas creadas a la luz del artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores ( típica figura del régimen del Derecho Privado - Mercantil ), el Decreto Ejecutivo mismo se encarga a la vez de*

**PJD-7-2020**

Página 7

*circunscribir estas sociedades a un ámbito en extremo regulado, que no le permite competir en igualdad de condiciones con el resto de empresas homólogas del mercado, particularmente con las que son propiedad de entes no públicos...*

[...]

*Indiscutiblemente en el caso de las Operadoras de carácter público, el hecho de constituirse como empresas públicas **tiene un carácter diferenciador de aquellas que son privadas**, ya que el accionista público no tiene posibilidad alguna de generar conflicto de interés a lo interno del Conglomerado, pues no existen actores privados que participen en la composición accionaria que puedan tener un interés particular. Al final el interés es común. [El resaltado no es del original].*

El artículo 55 de la Ley Reguladora de Mercado de Valores, N°7732, dispone:

*ARTÍCULO 55.- Constitución de sociedades*

*El Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos quedarán autorizados para constituir sendas sociedades, en los términos indicados en el artículo anterior, con el fin único de operar su propio puesto de bolsa y realizar, exclusivamente, las actividades indicadas en el artículo 56. Asimismo, se autorizan para que cada uno constituya una sociedad administradora de fondos de inversión y una operadora de pensiones, en los términos establecidos en esta ley y en la Ley No. 7523 de 7 julio de 1995, según corresponda.*

*En tales casos, los puestos, las sociedades administradoras de fondos de inversión y las operadoras de pensiones, deberán mantener sus operaciones y su contabilidad totalmente independientes de la institución a la que pertenezcan. Esta disposición se aplicará igualmente a los puestos de bolsa privados, en relación con sus socios y con otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de interés económico.*

*El Estado y las instituciones y empresas públicas podrán adquirir títulos, efectuar sus inversiones o colocar sus emisiones, por medio de cualquier puesto de bolsa, sin perjuicio de las disposiciones aplicables en materia de contratación administrativa. [El resaltado no es del original].*

De acuerdo con esta norma, se autoriza al Instituto Nacional de Seguros y a cada uno de los bancos públicos para constituir una operadora de pensiones, en los términos establecidos en la Ley N°7523 de 7 julio de 1995.

Ahora bien, esta disposición legal fue promulgada con la Ley N°7732, que data del 17 de diciembre de 1997, de ahí que su vigencia debe ser analizada a partir de lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador, la cual entró en vigor el 18 de febrero de 2000 y es la que, en la actualidad, regula la autorización, organización y funcionamiento<sup>3</sup> de las operadoras de pensiones complementarias, según se analizó en el apartado anterior.

---

<sup>3</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N°7523, en lo que se refiere a la regulación y supervisión que la Superintendencia de Pensiones ejerce sobre estas entidades.

**PJD-7-2020**

Página 8

Esto resulta aplicable, también, en el caso de Popular Pensiones OPC<sup>4</sup>, la cual, a pesar de que fue creada a partir de la autorización legal contenida en el artículo 55 de la Ley N°7732, debió ser autorizada expresamente en el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador, para actuar como una operadora de pensiones complementarias, encargada de administrar el Fondo de Capitalización Laboral y los regímenes de pensiones complementarias creados por dicha Ley.

En lo que toca al *Reglamento para la Constitución de los Puestos de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos y Operadoras de Pensiones Complementarias de los Bancos Públicos y del Instituto Nacional de Seguros*, Decreto Ejecutivo N°27303-H del 2 de diciembre de 1998, en sus considerandos se señala:

*I.— Que el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores dispone que el Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos quedan autorizados para constituir sociedades, con el fin único de operar su propio puesto de bolsa y realizar exclusivamente, las actividades indicadas en el artículo 56 del mismo texto legal. Asimismo, se autoriza a dichas entidades, para que cada una constituya una sociedad administradora de fondos de inversión y una operadora de pensiones, en los términos establecidos en dicha ley y en la ley No 7523 del 7 de julio de 1995, según corresponda.*

*II.— Que por razones de interés público, resulta conveniente que el Poder Ejecutivo regule lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.*

*III.— Que en virtud de que por imperativo legal se están constituyendo sociedades anónimas, ciertos aspectos de su funcionamiento requieren de un tratamiento especial a nivel reglamentario.*

*IV.— Que por lo novedoso de la figura, es importante que dichas sociedades cuenten con una guía que les permita conducir sus actividades, apegados a las normas de control establecidas para las empresas que administran recursos del Estado, así como definir los órganos ante los cuales deben responder.*

---

<sup>4</sup>Con la autorización dada en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, se autorizó al Banco Popular la creación de una operadora de pensiones, en los términos previstos en la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias; N°.7523 de 7 de julio de 1995.

En este sentido, y hasta el 18 de febrero de 2000, la Ley N°.7523 tenía por objeto autorizar y regular la creación de los **sistemas o planes privados de pensiones complementarias y de ahorro individual**, destinados a brindar a los beneficiarios, protección complementaria ante los riesgos de la vejez y la muerte.

El artículo 2, inciso b), de ese texto legal definía a las entidades administradoras de esos sistemas o planes como **operadoras de planes de pensiones**, las cuales estaban encargadas de recibir los aportes, constituir los fondos, administrarlos y otorgar los beneficios correspondientes, conforme a las normas de esa Ley y sus reglamentos. Las operadoras debían constituirse como sociedades anónimas, con el único objeto de administrar los planes privados de pensiones complementarias. Correspondía a la Superintendencia de Pensiones definir los requisitos y las condiciones que debían cumplir las sociedades anónimas para ser autorizadas a funcionar como operadoras de fondos de pensiones, con arreglo a las disposiciones de esta Ley y a las del Código de Comercio, en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas.

Antes de constituir su operadora de planes de pensiones, los bancos del Estado, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el Instituto Nacional de Seguros y la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, podían operar estos fondos de pensiones por medio de departamentos especializados, a cargo de un gerente específico.

**PJD-7-2020**

Página 9

Es decir, este decreto ejecutivo fue dictado en diciembre de 1998 para brindar una guía a las sociedades anónimas que se establecieron de conformidad con el artículo 55 de la Ley N°7732, que les permitiera conducir sus actividades, apegados a las normas de control establecidas para las empresas que administran recursos del Estado, así como definir los órganos ante los cuales deben responder.

En este sentido, en ese decreto se establece lo siguiente:

*Artículo 2°—Obligatoriedad de la figura de la sociedad anónima. Los puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión y operadoras de [Sic] planes de pensión complementarias de los bancos y entes públicos deberán constituirse como sociedades anónimas. Estas sociedades tendrán el carácter de empresas públicas; sin embargo su actividad como participantes en el mercado de valores se registrará de conformidad con las disposiciones de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y de la Ley N° 7523 del 7 de julio de 1995 (Régimen Privado de Pensiones Complementarias), según corresponda, incluyendo lo referente a las coberturas patrimoniales y las garantías por volumen de actividad y riesgos asumidos. Asimismo, estas sociedades se registrarán por el Código de Comercio en lo referente a la autonomía patrimonial y fusiones o absorciones entre ellas; disposiciones que serán de aplicación uniforme tanto para las empresas públicas como privadas. Lo indicado en este artículo deberá figurar en la publicidad que realicen estas empresas públicas.*

*Artículo 3°—Requisitos de constitución de la sociedad anónima. Para la constitución de estas sociedades anónimas deberán acatarse las disposiciones establecidas en el Código de Comercio, con excepción de la concurrencia mínima de dos socios, así como los requisitos de constitución que se establecen en las normas relativas a los puestos de bolsa, las sociedades administradoras de fondos de inversión y las operadoras de planes de pensión complementarias, particularmente debe acatarse lo establecido en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y la Ley N° 7523. El Registro Público inscribirá las sociedades siempre y cuando el titular del cien por ciento del capital social lo sea el banco o ente público. No obstante lo regulado en el párrafo primero del presente artículo, también podrán concurrir dos o más de las instituciones públicas autorizadas en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, a conformar, por la vía de fusión, participación o absorción, una misma sociedad, cuyo capital pertenecerá a las entidades fundadoras según el monto de participación de cada una.*

*Artículo 5°—Junta Directiva. Cada sociedad contará con un consejo de administración o junta directiva, de cinco miembros, designados por la junta directiva del banco o ente público titular del capital social. Si éste último estuviese suscrito por varias entidades autorizadas, las instituciones participantes acordarán la representatividad en la junta directiva o consejo de administración de la sociedad anónima. Dichos miembros durarán en sus cargos por un plazo de dos años, pudiendo ser reelectos. La junta directiva sesionará en forma ordinaria una vez cada dos semanas y en forma extraordinaria, cuando sea necesario, rigiéndose al efecto por las normas que establezcan los estatutos de cada una.*

**PJD-7-2020**

*Página 10*

*Partiendo de lo anterior, la norma que resulta aplicable para determinar la integración que debe tener la junta directiva de estas entidades es el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador y no la Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. [Lo resaltado no es del original].*

Considerando lo indicado para el artículo 55 de la Ley N°7732, es claro que igual conclusión debe aplicar para las normas contenidas en el Decreto Ejecutivo N°27303-H, el cual fue derogado tácitamente por la Ley de Protección al Trabajador, vigente desde el 18 de febrero de 2000, en todo aquello que se le oponga, en particular, en lo que se refiere a la composición de la Junta Directiva de estas entidades. En el caso de las operadoras de pensiones, es claro que en este caso aplica lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador, la cual, como se dijo, no solo es una ley especial, sino también es de orden público e interés social.

En vista de lo anterior, no resulta de recibo lo dicho en el oficio DIRJ-0926-2019, en el sentido que todas las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N°27303-H “... determinan el campo de acción de las sociedades anónimas creadas bajo el amparo de la norma 55 de la ley número 7732...”. Esto no es así en el tema de la integración de las juntas directivas de estas entidades, ni en la prevalencia del Código de Comercio, existiendo una ley posterior que expresamente regula el tema.

De esta forma, la autorización dada por el artículo 55 de la Ley Reguladora de Mercado de Valores para que el INS y los bancos públicos cuenten con operadoras de pensiones, organizadas como sociedades anónimas, no puede implicar un desconocimiento de lo dispuesto en la Ley N°7983, la cual, dado su carácter especial, rige no solo la actividad, sino, también, aspectos propios de la organización de dichas operadoras.

Así, y sin perder de vista la excepción prevista a favor de la Operadora de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social (OPC CCSS) en el artículo 74<sup>5</sup> de la Ley de Protección al Trabajador, resulta aplicable a todas las operadoras de pensiones complementarias, sean estas de capital público o privado, lo dispuesto en el artículo 33 de dicha Ley. Esta norma definió claramente que el 40% de los miembros de dicha junta no pueden tener relación con la entidad y, por lo tanto, no pueden ser: accionistas de esta, familiares de los accionistas hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad, **y tampoco pueden ser miembros de la junta directiva o empleados del mismo grupo económico o financiero al que pertenece la entidad.**

Resulta necesario agregar, además, que pesar de que en dicha disposición no se utiliza expresamente el término “director independiente”, no puede obviarse que las condiciones que se requieren para el 40% de la junta directiva de las operadoras de pensiones resulta

---

<sup>5</sup> Según el cual la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social nombrará a los miembros integrantes de la Junta Directiva de esta sociedad anónima y **deberá mantener la conformación establecida en el artículo 6 de la ley orgánica de esta institución.**

**PJD-7-2020**

*Página 11*

conteste con la noción de director independiente prevista en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo, el cual, en su artículo 3 establece que dicho director es aquel “... *miembro del Órgano de Dirección que no tiene ninguna responsabilidad de gestión o asesoría en la entidad o en su grupo o conglomerado financiero y además no está bajo ninguna influencia, interna o externa, que pueda impedir el ejercicio de su juicio objetivo*”.

De acuerdo con lo anterior, el órgano de dirección de las operadoras de pensiones debe contar, al menos, con dos miembros que, al no tener compromisos o vínculos con ningún grupo específico de poder, puedan actuar objetivamente frente a decisiones en que se contrapongan las visiones o intereses que se manejen al interior de la entidad. Se trata de “...*una persona cuyo cargo de director es su única relación con la corporación [...] Se espera que los directores independientes se involucren de igual manera en el negocio y realicen cuestionamientos a la gerencia e incluso hacia otros miembros del directorio*”<sup>6</sup>.

Tratándose de fondos de pensiones, estos directores deben representar un contrapeso y una voz de alerta interna frente a medidas que perjudiquen el interés de todos los afiliados del fondo y el interés público. Su principal aporte se relaciona con la objetividad, independencia, monitoreo, así como con el equilibrio y respeto de la técnica al momento de la toma de decisiones.

En vista de lo anterior, una interpretación armónica de los artículos 3 y 16 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, en relación con el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador, implica que, en una entidad como Popular Pensiones OPC, al menos un 40% de los miembros de su junta directiva no pueden ser miembros de la junta directiva del Banco Popular, o empleados del mismo conglomerado financiero al que pertenece la entidad.

De no cumplirse lo anterior, no existirían en la junta directiva de la operadora de pensiones complementarias, directores que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, por estar bajo una influencia que puede impedir el ejercicio de su juicio objetivo.

---

<sup>6</sup> En relación con este tema, la doctrina sostiene que:

*Básicamente, la independencia puede establecerse en la medida que el director no pertenece al grupo de los insiders, o en la medida que no pertenece a ningún grupo que tenga interés en la sociedad (stakeholders). Esta última definición es más estricta y difícil de cumplir, por cuanto requiere que el director no tenga relación con la sociedad ya sea como accionista, socio, empleado, acreedor, parentesco con alguna entidad o persona relacionada a la sociedad o vinculación con alguna empresa que preste servicios de importancia o se encuentre relacionada a la sociedad. De esta forma, se intenta reducir o eliminar cualquier conflicto de interés o sesgo que pueda surgir en la toma de decisiones de los directores. [Lo resaltado no es del original]. Figueroa, Luis y Santibañez, Francisco, Gobiernos corporativos y directores independientes, Pág. 3. Tomado el 6/4/2018 de: [https://www.svs.cl/portal/principal/605/articulos-13944\\_GobCorp\\_Directores.pdf](https://www.svs.cl/portal/principal/605/articulos-13944_GobCorp_Directores.pdf)*

**PJD-7-2020**

*Página 12*

### **3. Sobre la potestad reglamentaria de la Junta Directiva del Banco Popular**

En el oficio DIRJ-0926-2019 se indica lo siguiente en relación con este tema:

*Siendo más que claro que de existir disposición legal en contrario, el Órgano de Dirección no necesariamente debe contar con dos directivos independientes, ya que como se ha expuesto, todos los cotizantes al Banco Popular, son trabajadores, y ese vínculo no se puede romper, y en ese extremo, el Banco Popular en su artículo 24 tiene la potestad de dictar normas de autogobierno, o bien, reglamentos de carácter corporativo, pues el legislador lo facultó para ello, los cuales configuran norma jurídica aplicable para permitir el nombramiento de personas que provengan de los diversos sectores sociales que conforman el Banco Popular, en el tanto cumplan los parámetros de idoneidad e imparcialidad requeridos para desempeñar el cargo.*

*En el anterior extremo, la Asesoría Legal de la SUPEN se refiere a las diferencias entre una obligación legal, y una reglamentaria, para discrepar de nuestra opinión emitida con el dictamen DIRJ-1119-2018, pero no toma en cuenta lo que la propia Procuraduría en el dictamen C- 054-2013 desarrollo, que ratifica nuestro argumento de la potestad reglamentaria y de autogobierno del Banco Popular. [Lo resaltado no es del original].*

Al respecto, es importante recordar que, a diferencia de otras empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, las empresas públicas constituidas para funcionar como operadoras de pensiones complementarias están sujetas a una estricta regulación y supervisión, dirigida a mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del Sistema Financiero en su conjunto y, en particular, dirigida a proteger los recursos de los trabajadores que administran las operadoras de pensiones complementarias.

En este contexto, resulta de acatamiento obligatorio tanto para las empresas públicas que actúan en el mercado de pensiones, como para la institución que es su propietaria, lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador y en la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

Dicho lo anterior, esta Asesoría debe aclarar que en ningún momento ha sido su interés desconocer la potestad reglamentaria y de autogobierno del Banco Popular, avalada también por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-093-2006; no obstante, es claro que, en el caso de Popular Pensiones OPC, tal y como se indicó en el dictamen PJD-7-2019, “... en el ejercicio de esta potestad dicho Banco debe respetar el principio de legalidad y de jerarquía normativa, [...] así como las disposiciones imperativas o prudenciales que regulan el funcionamiento de cada una de las entidades miembros del grupo [...]”.

Esta misma tesis ha sido sostenida por la Procuraduría General de la República, la cual, en el dictamen C-093-2006 concluyó que:

7. *En la medida en que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal se encuentra autorizado por la ley para prestar servicios financieros no bancarios mediante la creación de sociedades*

**PJD-7-2020**

Página 13

*anónimas, puede ejercer su potestad reglamentaria para organizar, coordinar y controlar el adecuado funcionamiento las sociedades que forma parte de su grupo financiero.*

8. *El ejercicio de esa potestad reglamentaria debe respetar el principio de legalidad y, su corolario, el de jerarquía normativa. Por consiguiente, dicho ejercicio debe respetar la estructura y distribución interna de competencia establecida por la Ley de creación del Banco Popular y de Desarrollo Comunal y demás normas legales, así como las disposiciones imperativas o prudenciales que regulan el funcionamiento de cada una de las entidades miembros del grupo.* [Lo resaltado no es del original].

Lo mismo se sostiene en el dictamen C-054-2013, el cual es mencionado en el oficio DIRJ-0926-2019, en el cual este órgano asesor señala, expresamente, que:

*No obstante, como toda competencia, la de emitir reglamentos autónomos de organización y de servicio no es ilimitada. Al contrario, el ejercicio de la potestad debe sujetarse a diversas regulaciones de grado jurídico superior y, además, debe respetar el dominio o especialidad técnica reconocida legalmente en favor de otras instituciones [...] [El resaltado no es del original].*

En este sentido, resulta un límite a la potestad reglamentaria del Banco Popular lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador, según el cual:

*Artículo 33.-*

*[...]*

*Al menos el cuarenta por ciento (40%) de los miembros de la Junta Directiva de la operadora no podrán ser:*

- a) Accionistas de la misma operadora.*
- b) Parientes de los accionistas de la Sociedad, hasta el tercer grado de consanguinidad y afinidad.*
- c) Miembros de la Junta Directiva o empleados de empresas del mismo grupo económico o financiero de la operadora.*

De acuerdo con esta norma, que por demás no establece ninguna excepción expresa para el Banco Popular, al menos el 40% de la Junta Directiva de Popular Pensiones OPC no pueden ser miembros de la junta directiva de ese Banco o **empleados del mismo grupo económico o financiero al que pertenece la entidad.**

De igual manera, y contrario a lo señalado en el oficio DIRJ-0926-2019, en el Voto N°643-2000 de las 14:30 horas del 20 de enero de 2001, la Sala Constitucional indicó:

*A diferencia de otras empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, las empresas públicas constituidas para funcionar como operadoras de pensiones están sujetas a una estricta regulación dirigida a mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del sistema financiero en su conjunto, necesaria para mantener los derechos del trabajador. En efecto, la regulación busca la solvencia y rentabilidad del sistema y ante todo la protección de los derechos e intereses de los trabajadores, cuyos fondos administran las entidades reguladas. No puede olvidarse que el*

**PJD-7-2020**

*Página 14*

*ahorro que hoy se hace tiene como objeto sufragar necesidades al llegar a la vejez y al momento de acogerse a la pensión. [El resaltado no es del original].*

El mantener directores independientes en la junta directiva de las operadoras de pensiones es una buena práctica de gobierno corporativo que el legislador incorporó en la Ley de Protección al Trabajador. De esta forma se busca evitar o mitigar la acumulación de poder en determinados agentes que, al no ser debidamente monitoreados, tendrán más facilidades para actuar en su propio beneficio. En este caso, los directores independientes pueden representar un contrapeso y una voz de alerta frente a medidas que perjudiquen el interés de todos los afiliados, siendo su principal aporte, la objetividad y el monitoreo.

Nótese, además, lo dicho por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-037-2010, en el que indicó que, más que objetivos económicos y comerciales, propios de un Banco, “... *la creación del mercado de pensiones no responde solo a objetivos de ese tipo. No solo el artículo 1 de la Ley de Protección al Trabajador establece como objetivo fundamental de esta ley y, por ende del sistema nacional de pensiones, el proporcionar protección al trabajador en caso de invalidez, vejez y muerte a través de un mercado competitivo...*” [El resaltado no es del original].

En vista de lo anterior, el ejercicio de la potestad reglamentaria con que cuenta el Banco Popular para organizar, coordinar y controlar el adecuado funcionamiento de sus sociedades, **debe respetar** el bloque de legalidad y de jerarquía normativa, en particular, las disposiciones **imperativas o prudenciales** que regulan la organización y **el funcionamiento de cada una de las entidades miembros del grupo.**

En el presente caso, Popular Pensiones OPC debe contar en su junta directiva con **al menos dos directores independientes**, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador y el artículo 16 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo.

#### **4. Sobre los argumentos planteados en contra del criterio PJD-7-2019**

En el criterio jurídico PJD-7-2019 esta Asesoría Jurídica concluye que:

- 1. La conformación de las juntas directivas de las operadoras de pensiones está definida por la Ley de Protección al Trabajador y es complementada por lo dispuesto en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo.*
- 2. De acuerdo con el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador y el artículo 16 del Reglamento de Gobierno Corporativo, y salvo disposición legal en contrario, las operadoras de pensiones complementarias deben contar con al menos dos directores independientes en su junta directiva. Esta obligación resulta aplicable a Popular Pensiones OPC.*
- 3. Los comités técnicos también deben contar con directores independientes, según lo señalado en los artículos 6.4, 24 al 28 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, así como lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Riesgos.*

**PJD-7-2020**

**Página 15**

En relación con estas conclusiones, en el oficio DIRJ-0926-2019 se señala:

***... es innegable que las Operadoras públicas poseen un carácter diferenciador de aquellas que son privadas.***

*Tal y como lo estableció el artículo 55 de la ley número 7732 y el Decreto Ejecutivo Número 27503-H del 2 de diciembre de 1998 existe una situación de total subordinación de la sociedad mercantil (Operadora pública) al socio o ente público fundador y ello no significa desde luego, que no se encuentren sometidas a las regulaciones propias de la Ley de Protección al Trabajador, de la SUPEN y del CONASSIF, pero en cuanto les aplique. [Lo resaltado no es del original].*

***...no lleva razón la Asesoría Legal de la SUPEN, en su análisis, pues parte de un supuesto falso, el cual es que a la OPC le aplican en su totalidad las disposiciones del numeral 33 de la LPT, y lo cierto es que solamente le rige la prohibición de que sus propios directivos puedan conformar la Junta Directiva de la OPC, en una proporción mayor al 40%, tema sobre el cual no hemos objetado, el punto está, en que los directivos nombrados en la operadora, provienen en su totalidad de los diversos sectores sociales que conforman el Banco Popular, sean los trabajadores, y eso no es prohibido en el citado numeral. No existe una sola persona trabajadora que no deba cotizar al Banco Popular, y que además no sea parte de algún sector social de la economía costarricense. [Lo resaltado no es del original].***

***La Asesoría Legal de la SUPEN, toma en cuenta en su desarrollo el artículo 74, de la LPT, el cual no es el fundamento para la creación de la OPC del Banco Popular, sino que el fundamento real, es el numeral 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, lo cual es una mera referencia para dirimir la composición de una Junta Directiva de otra OPC de carácter público. [...]***

***En nuestra opinión, la designación de los directores de la OPC, mantiene la independencia funcional del Órgano de Dirección, ya que ninguno es miembro de la Junta Directiva Nacional del Banco, por lo que se cumple con lo que dispone el numeral 16 del Reglamento de Gobierno Corporativo, que establece:***

***Artículo 16. Composición del Órgano de Dirección***

***El Órgano de Dirección debe mantener una estructura apropiada en número y composición de sus integrantes, que le permita asumir y cumplir con las responsabilidades que se le asignan bajo una visión independiente.***

***Salvo disposición legal en contrario, el Órgano de Dirección debe contar con al menos dos Directores Independientes. [Lo resaltado no es del original].***

***Para esa Asesoría Legal, no tiene sustento el carácter instrumental que tiene Popular Pensiones OPC ni que el competente para fijar su política es el Banco Popular, en su condición de Asamblea de Accionistas, y a partir de allí, se fundamenta en lo que la Procuraduría General de la República en el dictamen C-58.2005 considera sobre el mercado de las OPC y el mercado competitivo en el que se desenvuelven... [Lo resaltado no es del original].***

***El análisis efectuado por esa Asesoría Legal, descontextualiza el fondo del dictamen que citó de la Procuraduría, ya que en esa ocasión se le preguntó al órgano asesor del Estado, por el Ministro de Planificación y Política Económica de esa época, si la empresa pública Operadora***

**PJD-7-2020**

Página 16

*de Pensiones Complementarias y Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social, está sujeta al Plan Nacional de Desarrollo y sí es objeto de evaluación por parte de MIDEPLAN, así mismo si goza de las misma prerrogativas con que la Constitución Política dota a la Caja Costarricense de Seguro Social y si esa Operadora está sujeta al Plan Nacional de Desarrollo. [Lo resaltado no es del original].*

*Sin embargo, por esta Dirección, no se ha discutido en ningún momento esa limitante legal, pues si bien los directivos del Banco Popular pueden formar parte de la Junta Directiva de la OPC, eso no está sucediendo hoy en día, el punto es, que no es factible que se pretenda limitar el nombramiento de personas, más allá de lo que establece la Ley, y en franca violación a lo dispuesto en la reglamentación propia del Banco Popular de carácter corporativo, que es el **Reglamento de Buen Gobierno Corporativo** publicado en el Diario Oficial la Gaceta N° 112, Alcance 140 del 14 de junio del 2017 página 2.*

*La Asesoría Legal de la SUPEN, con el fin de desvirtuar nuestra opinión contenida en el oficio DIRJ-1119-2018, de que al no haber un deslinde completo entre el ente público y la sociedad constituida por este (Popular Pensiones OPC), el competente para fijar la política de la nueva entidad es el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, correspondiéndole a la Junta Directiva Nacional del referido Banco ‘integrar las Juntas Directivas de sus sociedades anónimas’, **acude al numeral 33 de la Ley de Protección al Trabajador, que es una norma expresa y especial, aplicable a las operadoras de pensiones, sean estas de capital público o privado, y que como tal es de acatamiento obligatorio para la Junta Directiva Nacional del Banco Popular, sin embargo, dicha norma no menciona o regula la obligatoriedad del nombramiento de directivos independientes, en la forma en que lo reclama el supervisor.***

*El director independiente es el miembro del órgano de dirección que no tiene ninguna responsabilidad de gestión o asesoría en la entidad o en su grupo o conglomerado financiero y además no está bajo ninguna influencia, interna o externa, que pueda impedir el ejercicio de su juicio objetivo, por lo que, bajo esta definición, **parece claro que ningún miembro de la Junta Directiva de la OPC tiene impedimento objetivo para ejercer el cargo, pues todos por el contrario, representan a algún sector de la Asamblea de Trabajadores, y en tal contexto tienen el deber de velar por la sostenibilidad del régimen de pensiones complementarias, sin injerencias externas o internas.***

*Como se indicó supra, el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador que se menciona en el oficio PJD-7-2019, es claro que se refiere a otro tema, y es **una mera referencia académica, que en la práctica no aplica al fundamento de la creación de la OPC, pues lo que esta disposición normativa trata de tutelar es la composición tripartita de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social** (tal y como muy bien lo señala la Procuraduría General de la República), de manera que ello represente los sectores laboral y patronal por las características propias de esa institución pública.*

*El mismo dictamen C-246-2007 del 20 de julio de 2007 que señala el oficio PJD-7-2019, nos arroja que, en la composición de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, además de otras normas, se debe respetar el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador, pero es errónea la interpretación que se formula en dicho oficio en cuanto a que dicha norma lo que establece es una excepción respecto a la integración de su Junta Directiva con relación a las Juntas Directivas de las otras Operadoras. [El destacado no es del original].*

**PJD-7-2020**

Página 17

*Pero centrándonos en el tema que nos ocupa, y tal y como se desarrolló antes, el Conglomerado Financiero Banco Popular y de Desarrollo Comunal tiene dentro de su normativa el "Código de Buen Gobierno Corporativo del Conglomerado Financiero Banco Popular y de Desarrollo Comunal y sus Subsidiarias" y se emite con fundamento en lo dispuesto por el "Reglamento de Gobierno Corporativo", aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), publicado en el Alcance NO. 290 D del Diario Oficial La Gaceta No. 235, del 7 de diciembre del 2016, Acuerdo SUGEF 16-16.*

*Dicho documento tiene la finalidad de definir la forma en que el Conglomerado se encuentra organizado, dirigido, controlado y se obliga a realizar sus actividades dentro de las mejores prácticas de Gobierno Corporativo, bajo estrictos estándares de calidad en la gestión, definición y ejecución de los principios orientadores de la Arquitectura Empresarial (AE) y en el servicio a las personas con quienes se relaciona, así como de la ética y de la transparencia institucional. De igual manera, se establecen las responsabilidades bajo un sistema de gestión de gobernabilidad, con el propósito de dar protección económica y bienestar a los integrantes de su grupo de interés, particularmente, a los trabajadores y trabajadoras de todo el país, preservando todos sus derechos.*

*[...]*

***Por ello, afirmar que Popular Pensiones desconoce las buenas prácticas de gestión corporativa resulta una afirmación temeraria, pues en la selección de los miembros de las Juntas Directivas del Conglomerado se respeta una normativa basada en el Acuerdo SUGEF 16-16 y en el caso en concreto de la Junta Directiva de Popular Pensiones conjuntamente el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.** [Lo resaltado no es del original].*

*Finalmente, nuevamente recalamos que, en cuanto al tema de nombramiento de miembros independientes en las Juntas Directivas, la Ley Orgánica N. 4351 del 11 de julio de 1969, establece la existencia de una Junta Directiva Nacional, la cual tiene dentro de sus funciones: aprobar los reglamentos de organización y funcionamiento del Banco Popular; e integrar las Juntas Directivas de sus sociedades anónimas y las Comisiones Especiales de estudio que considere conveniente. Valga acotar que dicha ley posee un rango superior en la jerarquía de normas que el Reglamento del CONASSIFF. [Sic].*

*Asimismo, esta ley le otorga a dicha Junta Directiva la facultad de reglamentar todo lo concerniente a su organización, funcionamiento, política de inversiones y demás extremos necesarios para el cumplimiento de sus fines.*

*Reiteramos que tanto en el caso de la Junta Directiva Nacional como de la Junta Directiva de Popular Pensiones no ha nombrados miembros independientes (ambas entidades no tienen miembros independientes en sus Juntas Directivas), dada la naturaleza jurídica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal a su vez subsumida por su sociedad anónima Popular Pensiones como ente instrumental.*

*Al respecto el artículo 16 del Acuerdo SUGEF 16-16 indica textualmente lo siguiente:*

***‘Artículo 16. Composición del Órgano.***

***El órgano de Dirección debe mantener una estructura apropiada en número y composición de sus integrantes, que le permita sumir y cumplir con las responsabilidades que se le asignan bajo una visión independiente.***

***Salvo disposición legal en contrario, el Órgano de Dirección debe contar con al menos dos Directores Independientes**”. Lo subrayado no es del original.*

**PJD-7-2020**

Página 18

*Como puede observarse la misma norma contempla una excepción al indicar “**salvo disposición legal en contrario**”, lo cual nos lleva a la conclusión que no existe un imperativo legal para Popular Pensiones en cuanto al cumplimiento de dicha disposición, precisamente porque su propia normativa con rango superior al Acuerdo SUGEF 16-16 posee otro tipo de regulaciones. [Lo resaltado con negrita es del original, lo subrayado sin negrita es nuestro].*

**Por consiguiente, la existencia de una personalidad jurídica no autoriza realizar un deslinde entre la entidad propietaria y la Operadora de Pensiones que se crea.**

*En la Opinión Jurídica # OJ-126-99 de 5 de noviembre de 1999, ya la Procuraduría General de la República enfatiza como lo hemos dicho, que en la realidad quien interviene en el mercado realizando las operaciones correspondientes es el propio ente público, que lo hace a través de la sociedad anónima. Lo que remarca el carácter instrumental de estas sociedades, respecto de las cuales se ha afirmado que constituyen ‘bienes’ del ente público, uno más de sus activos.*

*Dado el carácter instrumental de estas sociedades, se concluye que existe una identidad de intereses entre el ente público que es autorizado a constituir la operadora de pensiones y ésta misma.*

**Es con base en esa identidad de intereses, por lo que la Procuraduría General de la República ha considerado que los puestos de directivo de un Banco y de directivo de la sociedad anónima de su propiedad no son incompatibles entre sí (Dictamen # C-070- 2001 de 13 de marzo de 2001).** [Lo resaltado no es del original].

Para referirse a lo argumentado por la Asesoría Legal Corporativa del Banco Popular en los textos transcritos, resulta necesario hacer las siguientes precisiones:

La condición de pública o privada que pueda tener una operadora de pensiones, no conlleva un carácter diferenciador y mucho menos puede servir para que Popular Pensiones OPC se aparte de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.

Sobre esta diferencia entre entidades públicas y privadas, el criterio C-037-2010 de la Procuraduría General de la República expresa lo siguiente:

*La ley autoriza a los entes públicos que indica a constituir sociedades anónimas, para permitir a la Administración Pública participar en un determinado tipo de actividad empresarial (en este caso, la venta de servicios respecto de los sistemas de pensión complementaria) sin la rigidez propia del Derecho Público; se postula que como sociedad anónima el ente que se crea puede actuar en forma más eficiente, flexible y permitiendo la competencia con los agentes económicos privados, cuando la concurrencia es posible. El acudir a una forma societaria da un mayor margen de flexibilidad y eficacia en el accionar empresarial, motivado en el hecho de que estas sociedades rigen su organización y toma de decisiones por disposiciones de Derecho Privado y no de Derecho Público. En ese sentido, en el dictamen C-058-2005 de 11 de febrero de 2005 se puso de relieve que el interés en el desarrollo del sistema financiero ha justificado la creación de estas empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, llamadas a desarrollarse en un régimen de igualdad con las empresas de origen y naturaleza privada, de manera tal que*

**PJD-7-2020**

Página 19

*no se falsee la concurrencia. Para ese efecto, se dictan normas dirigidas a mantener la transparencia, la independencia de gestión y la igualdad de participación. En igual forma, se plantea la separación de fondos, de contabilidades y de administración al interno del ente que constituya el plan o fondo de pensión. Además, se dispuso la igual aplicación de criterios sobre reservas, inversiones y riesgo y, en general, de regulación. Indicamos en el citado dictamen:*

*‘En ese sentido, cabe afirmar la existencia de un régimen uniforme de funcionamiento tanto para las entidades públicas como privadas. No sólo las normas legales sobre funcionamiento no diferencian la naturaleza de la entidad, sino que la regulación administrativa que se emite pretende una uniformidad de régimen. Así, por ejemplo, las inversiones que pueden realizar las entidades autorizadas están regidas por un conjunto de principios que se imponen a quienes se constituyan en “entidades autorizadas y reguladas” por la Superintendencia, sin que para ese efecto interese la naturaleza pública o privada de la entidad. De ese modo, en materia de inversión de los recursos (artículo 60 de la Ley de Protección al Trabajador) la exclusión de las disposiciones de regulación del Banco Central es general, comprensiva de todas las entidades. El deber de invertir los fondos para el beneficio de los trabajadores o el imperativo de seguridad, rentabilidad y liquidez del fondo son uniformes. En igual forma, el régimen de responsabilidad de las operadoras es uniforme (artículos 40 y 41 de la citada Ley). Y obviamente, toda operadora pública o privada se somete a la función reguladora del CONASSIF y de la Superintendencia de Pensiones, aún cuando estos sean órganos desconcentrados del Banco Central. Y ello es así porque para que el mercado funcione eficaz y eficientemente, cualquier operadora de pensiones debe estar sujeta a las mismas disposiciones, ya que la existencia de un régimen jurídico diferente no sólo puede afectar la concreción de los objetivos a que tiende el sistema, sino que puede provocar una diferencia de trato que incida sobre el libre desenvolvimiento de las empresas en el mercado y, por ende, la violación del principio de libre concurrencia.*

*El interés en la libre competencia justifica que el legislador haya considerado improcedente que el ente público participe directamente en la gestión de los planes, fondos de pensiones o fondos de capitalización. Por el contrario, ha considerado que esa participación debe darse por medio de sociedades anónimas, artículo 30 de la Ley de Protección al Trabajador. Esa pretensión tiende a asegurar que las distintas operadoras de fondos de pensión o fondos de capitalización actúen en el mercado en condiciones de igualdad, para que no se falsee la concurrencia. Esta resultaría falseada si el ente público interviniera en el mercado ejercitando sus poderes públicos o bien, influyendo el mercado a partir de su naturaleza; pero también si el ente público ve entrabada su participación en virtud de disposiciones que limitan su accionar, en razón precisamente de su naturaleza pública. La participación en el mercado bajo una forma de organización pública es susceptible de afectar la transparencia en el mercado y la igualdad entre los diversos competidores. Igualdad que es la base de la concurrencia. Resulta claro que no puede considerarse que existe libre competencia si se establece un régimen jurídico que diferencia entre unos y otros competidores en razón de diversos elementos, como pueden serlo la forma de organización o bien la naturaleza jurídica del agente. No se trata sólo del régimen de funcionamiento propiamente dicho, de la manera en que deben intervenir en el mercado o de la regulación funcional. Más allá de esa forma de trato diferenciado, la igualdad en la competencia puede ser destruida por la sujeción de un agente a específicas disposiciones en orden a elementos estructurales o financieros, los cuales inciden directa o indirectamente en la operación en el mercado’. [Lo resaltado no es del original].*

**PJD-7-2020**

*Página 20*

En vista de lo anterior, la condición pública o privada de la entidad no puede servir para alegar una diferencia que, como se ha indicado, el legislador no estableció expresamente. Tampoco puede servir para señalar, como se hace en el oficio DIRJ-0926-2019, que a Popular Pensiones OPC solo “... le rige la prohibición de que sus propios directivos puedan conformar la Junta Directiva de la OPC, en una proporción mayor al 40%...” y no le aplica la limitación que también contiene esa norma, en el sentido que tampoco pueden formar parte de ese 40% los empleados de empresas del mismo grupo económico o financiero de la Operadora.

Tal y como se indicó en el dictamen PJD-7-2019, y se reafirma, con respecto a la integración de la junta directiva de las operadoras de pensiones complementarias el legislador solo estableció una excepción, y esta consta en el artículo 74 de la Ley de Protección al Trabajador, a favor de la OPC CCSS.

Esta Asesoría no parte de ningún supuesto falso, ni utiliza el artículo 74 de la Ley N°7983 con fines “académicos” ni de conveniencia. Es un hecho claro y notorio que la **única excepción legal** a la aplicación del 40% previsto en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador fue establecida por el legislador a favor de la OPC CCSS, la cual, a diferencia de todas las demás, es la única que debe mantener la conformación especial establecida en el artículo 6 de la Ley Orgánica de su propietaria, a saber: la CCSS.

Este es el sentido del dictamen PJD-7-2019 cuando se afirma que, con respecto al artículo 74 de la Ley N°7983:

*El interés de mencionar esta norma radica en el hecho de que, a diferencia de Popular Pensiones OPC, tratándose de la Operadora de Pensiones Complementarias de la CCSS (OPC CCSS) el legislador sí estableció, expresamente, una excepción respecto de la integración de su junta directiva y dispuso que en este caso se deberá mantener la conformación establecida en el artículo 6 de la ley orgánica de esa institución.*

*En virtud de lo expuesto, únicamente en el caso de la OPC CCSS el legislador previó una excepción respecto de la integración de su junta directiva, para las demás operadoras de pensiones aplica lo previsto en el artículo 33 LPT.*

*[...]*

*En virtud de lo expuesto, únicamente en el caso de la OPC CCSS el legislador previó una excepción respecto de la integración de su junta directiva, para las demás operadoras de pensiones aplica lo previsto en el artículo 33 LPT... [El resaltado no es del original].*

La tesis que se plantea en el oficio DIRJ-0926-2019 implicaría, tal y como lo indica la Procuraduría General de la República en el dictamen C-037-2010, que no pueda “... considerarse que existe libre competencia si se establece un régimen jurídico que diferencia entre unos y otros competidores en razón de diversos elementos, como pueden serlo la forma de organización o bien la naturaleza jurídica del agente”.

**PJD-7-2020**

*Página 21*

Ahora bien, y estrechamente relacionado con lo que se ha venido desarrollando en este criterio, en el oficio DIRJ-0926-2019 se afirma que: “*Para esa Asesoría Legal, [refiriéndose a la División de Asesoría Jurídica de la SUPEN] no tiene sustento el carácter instrumental que tiene Popular Pensiones OPC ni que el competente para fijar su política es el Banco Popular, en su condición de Asamblea de Accionistas, y a partir de allí, se fundamenta en lo que la Procuraduría General de la República en el dictamen C-58.2005 considera sobre el mercado de las OPC y el mercado competitivo en el que se desenvuelven...*”

Al respecto, conviene aclarar que en ningún momento esta Asesoría ha menospreciado ni desconocido el carácter instrumental que tienen Popular Pensiones OPC en relación con su dueño, el Banco Popular. Esta es una condición ampliamente reconocida y que ha sido objeto de análisis por la Procuraduría General de la República en sus dictámenes, en particular, en el C-037-2010 donde se señala que:

*Conforme lo dispuesto en el artículo 55 de mérito, los entes públicos participan en el mercado bajo una forma societaria propia del Derecho Privado. En el fondo, la norma está autorizando para que participe el ente público en una determinada actividad, pero se le impide hacerlo directamente; debe recurrir, por el contrario, a crear una sociedad. Una sociedad anónima cuyo capital es enteramente público, lo que determina la condición de empresa pública. La configuración del capital social presenta, por otra parte, la particularidad de que la sociedad se constituye con un único socio, con excepción al principio asociativo y al funcionalismo propio de la sociedad anónima, en tanto ésta como sociedad responde a dicho principio. En efecto, el requisito de constitución con al menos dos socios es abandonado para dar preeminencia al principio institucional de personificación, con redundancia del carácter instrumental de la sociedad.*

***Ergo, la personalidad jurídica no autoriza realizar un deslinde entre la entidad propietaria y la sociedad anónima. Recuérdese que:***

*‘en la realidad quien interviene en el mercado realizando las operaciones correspondientes es el propio ente público, que lo hace a través de la sociedad anónima. Lo que remarca el carácter instrumental de estas sociedades, respecto de las cuales se ha afirmado que constituyen “bienes” del ente público, uno más de sus activos’ OJ-126-99 de 5 de noviembre de 1999.*

*Desde el punto de vista económico esa instrumentalidad se manifiesta en la creación de una corporación en la que el conjunto de las empresas constituye una sola unidad económica. La base está en que la independencia jurídica de las empresas del grupo va unida a la pérdida de autonomía económica, lo que origina una administración que obedece a motivaciones y a impulsos externos a cada una de las empresas del grupo, las cuales se sujetan a una dirección económica única. [Lo resaltado no es del original].*

Sin embargo, reconocer esta instrumentalidad no significa, en ninguna medida, aceptar que la sociedad que se crea no está sujeta a un régimen jurídico especial, derivado de la actividad y los fines públicos que persigue. En el caso de Popular Pensiones OPC, la Ley de Protección al Trabajador y la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, las cuales le son aplicables en su condición de operadora de pensiones complementarias, encargada de

**PJD-7-2020**

Página 22

administrar los recursos que los trabajadores mantienen en el Fondo de Capitalización Laboral y en los regímenes complementarios de pensiones.

Por esta razón, en el dictamen PJD-7-2019 se explicó que, si bien es cierto las operadoras de pensiones complementarias, como Popular Pensiones OPC, no pueden deslindarse del ente público que es su propietario, y con respecto a este tienen un carácter instrumental, en lo que se refiere a su operar en el mercado de pensiones “... **no pueden favorecerse del régimen de favor que ese ente tenga**”. Lo anterior, porque de acuerdo con lo que indica la Procuraduría General de la República en el dictamen C-58-2005, “*Esos privilegios afectarían el equilibrio del sistema de pensiones complementarias y, ante todo, el principio de igualdad que debe regir el funcionamiento de las operadoras, con desmedro de los fines dispuestos por la ley*”.

Tal y como se explicó con anterioridad, la actividad de Popular Pensiones OPC como operadora pública es altamente regulada, y debido al fin público perseguido por este tipo de empresas, el ordenamiento jurídico que les es aplicable no solo es de naturaleza pública, sino especial. De esta forma, en el dictamen de comentario la Procuraduría General de la República sostiene que, tanto los organismos públicos como las entidades privadas que pertenecen al sector:

*... entran en un sistema especial de relaciones, sin que ello implique que se esté necesariamente ante relaciones de especial sujeción, aspecto que dependerá de cada ordenamiento. Lo que importa es sobre todo el aspecto ordinamental, sea la organización del sistema y su funcionamiento **que impide considerar que la actividad de la operadora se sujeta exclusivamente a la libertad de empresa y de comercio. La actividad de la operadora se rige por un ordenamiento de naturaleza pública (Ley de Protección al Trabajador y Ley 7523) y para estos efectos poco importa la naturaleza, pública o privada, del agente...*** [El resaltado no es del original].

La Asesoría Legal Corporativa del Banco Popular basa gran parte de sus alegatos en la necesidad que tiene la entidad propietaria de autogobernarse y, por tanto, de organizarse, coordinar y controlar el adecuado funcionamiento las sociedades que forma parte de su grupo financiero.

Al respecto, es necesario señalar que ni en el dictamen PJD-7-2019 ni en el presente se pretende desconocer esta facultad y necesidad. No obstante, no debe perderse de vista que, en el presente caso, existe un interés superior que debe ser resguardado, y tiene que ver con la necesidad de que exista un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con el fin de que estos reciban la pensión conforme a los derechos adquiridos por ellos.

En este sentido, como parte del sistema de control establecido por la Ley de Protección al Trabajador se prevé la presencia, en las juntas directivas de las operadoras de pensiones, de directores independientes, lo cuales, como se dijo, deben representar un contrapeso y una

**PJD-7-2020**

*Página 23*

voz de alerta interna frente a medidas que perjudiquen el interés de todos los afiliados del fondo y el interés público. Su principal aporte se relaciona con la objetividad, independencia, monitoreo, así como con el equilibrio y respeto de la técnica al momento de la toma de decisiones.

El artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador le garantiza a la entidad propietaria, en este caso el Banco Popular, que un 60% de los miembros de la junta directiva de su operadora de pensiones complementarias sean su enlace para coordinar y para controlar el adecuado funcionamiento de la entidad. No obstante, el 40% restante está dispuesto para que sean directores independientes, no vinculados al Conglomerado, los que velen por los intereses de los afiliados y pensionados con que cuenta la entidad.

Las reglas de gobierno corporativo actualmente son de igual o mayor relevancia en el sector público que en el privado, sobre todo cuando el Estado participa en el sector financiero. Por esta razón continúa siendo válido lo indicado en el dictamen C-246-97, en el que analizando los departamentos con que los bancos administraban los planes privados de pensiones complementarias, la Procuraduría General de la República indicó que:

*Toda esta separación funcional y orgánica de las Operadoras de Pensiones respecto de los entes públicos a los cuales pertenecen tiende a lograr la transparencia en su funcionamiento, **necesaria para crear confianza en los posibles afiliados y cotizantes, pero también a someterlas al mismo régimen jurídico que las Operadoras privadas de Pensiones Complementarias.** Esa identidad de régimen entraña no sólo la posibilidad de funcionar bajo el mismo marco que las que las operadoras privadas, lo que contribuye a flexibilizar su operación, sino también la **inaplicabilidad del régimen de favor que tenga la entidad.** En efecto, la aplicación de estos privilegios afectaría el equilibrio en el funcionamiento de conjunto de los sistemas de pensión complementaria y la igualdad entre las diversas operadoras, afectándose los fines de la Ley...*  
[El resaltado no es del original].

No obstante, en el oficio DIRJ-0926-2019 se reconoce expresamente que “... tanto en el caso de la Junta Directiva Nacional como de la Junta Directiva de Popular Pensiones no ha nombrados miembros independientes (ambas entidades no tienen miembros independientes en sus Juntas Directivas), dada la naturaleza jurídica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal a su vez subsumida por su sociedad anónima Popular Pensiones como ente instrumental”.

Por esta razón no pueden ser de recibo las siguientes frases con que la Asesoría Jurídica Corporativa del Banco Popular intenta refutar lo indicado en el dictamen PJD-7-19, a saber que “... afirmar que Popular Pensiones desconoce las buenas prácticas de gestión corporativa resulta una afirmación temeraria, **pues en la selección de los miembros de las Juntas Directivas del Conglomerado se respeta una normativa basada en el Acuerdo SUGEF 16-16 y en el caso en concreto de la Junta Directiva de Popular Pensiones conjuntamente el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.**”; y que “... no existe un imperativo legal para Popular Pensiones en cuanto al cumplimiento de dicha disposición, precisamente **porque su propia normativa con rango**

**PJD-7-2020**

*Página 24*

*superior al Acuerdo SUGEF 16-16 posee otro tipo de regulaciones”.*

La obligación de nombrar directores independientes en la junta directiva de Popular Pensiones OPC se encuentra en una norma legal y es complementada por lo dispuesto en los artículos 3 y 16 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, acuerdo SUGEF 16-16. 7. No existe ninguna disposición legal en contrario que excepcione a Popular Pensiones OPC, de la aplicación de todas las disposiciones contenidas en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.

### **III. Conclusiones**

En virtud de lo expuesto, se concluye que:

1. La actividad de todas las operadoras de pensiones, incluida Popular Pensiones OPC, es altamente regulada y, debido al fin público que persiguen, estas se rigen por las normas de orden público e interés social contenidas en la Ley de Protección al Trabajador y en la Ley de Régimen Privado de Pensiones Complementarias.
2. La potestad reglamentaria y de autogobierno del Banco Popular y de Desarrollo Comunal se encuentra sometida a las normas sectoriales y de orden público que regulan la organización y funcionamiento de las operadoras de pensiones complementarias.
3. El artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador define la forma en que deben integrarse las juntas directivas de las operadoras de pensiones. Esta norma resulta aplicable a todas estas entidades, con la única excepción de la OPC CCSS.
4. El artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador le garantiza a la entidad propietaria, en este caso el Banco Popular, que un 60% de los miembros de la junta directiva de su operadora de pensiones complementarias sean su enlace para coordinar y para controlar el adecuado funcionamiento de la entidad. No obstante, el 40% restante está dispuesto para que sean directores independientes, no vinculados al Conglomerado, los que velen por los intereses de los afiliados y pensionados con que cuenta la entidad.
5. La obligación de nombrar directores independientes en las juntas directivas de las operadoras de pensiones complementarias forma parte del sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, establecido por la Ley de Protección al Trabajador.
6. Los directores independientes deben representar un contrapeso y una voz de alerta interna frente a medidas que perjudiquen el interés de todos los afiliados del fondo y el interés público. Su principal aporte se relaciona con la objetividad, independencia, monitoreo, así como con el equilibrio y respeto de la técnica al momento de la toma de

**PJD-7-2020**

*Página 25*

decisiones.

7. No existe ninguna disposición legal en contrario que excepcione a Popular Pensiones OPC, de la aplicación de todas las disposiciones contenidas en el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.
8. Actualmente Popular Pensiones OPC no tiene miembros independientes en su junta directiva.

Atentamente,



Realizado por: Giselle Vargas Berrocal



Revisado por: Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

***División Asesoría Jurídica***