

**Dictamen : 123 del 22/03/2006****C-123-2006****22 de marzo de 2006****Doctor****Alberto Sáenz Pacheco****Presidente Ejecutivo****Caja Costarricense de Seguro Social****S. O.**

Distinguido señor:

Me refiero a su atento oficio n.º 3620 del 9 de enero del año en curso, por medio del cual solicita reconsiderar el dictamen n.º C-443-2005 de 22 de diciembre del 2005.

Al respecto, tengo a bien señalarle que la Asamblea de Procuradores, en sesión I-2006, celebrada a las 14:30 del día 21 de marzo del año en curso, conoció y aprobó el proyecto de dictamen elaborado por el Dr. Fernando Castillo Víquez, procurador constitucional, que a continuación se transcribe.

Dentro del término establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el señor presidente ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social solicitó que este Órgano Consultivo reconsiderara el dictamen n.º 443-2005, por una serie de argumentos que más adelante se expondrán.

Esta reconsideración se solicita con base en el acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en la sesión n.º 8021, celebrada el 05 de enero del 2006.

**A-. ANTECEDENTES**

Se expondrá, en primer término, lo expresado por la Procuraduría en el dictamen n.º C-443-2005, para luego referirnos a los argumentos de la solicitud de reconsideración.

**1-. Dictamen N. C-443-2005.**

En el dictamen de mérito la Procuraduría General de la República concluyó lo siguiente:

*“1. La Operadora de Pensiones Complementarias y de Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social S. A. es una empresa pública organizada como sociedad anónima y propiedad de la Caja Costarricense de Seguro Social.*

*2. En tanto que sociedad anónima, la Operadora de Pensiones Complementarias no forma parte de la estructura administrativa de la CCSS; la personalidad jurídica y su objeto social son irreductibles al fenómeno de desconcentración administrativa.*

*3. La Caja Costarricense de Seguro Social no cumple funciones empresariales, por lo que no puede considerarse una empresa pública. Tampoco, se constituye en casa matriz de otras empresas. Por ello, su Operadora de Pensiones no puede ser conceptuada como una subsidiaria de la CCSS.*

*4. Lo anterior no excluye, sin embargo, que pueda calificarse la creación de la Operadora de Pensiones y su funcionamiento como instrumental. Ello en el tanto en que dicha creación permite que la CCSS participe en el sistema de pensiones complementarias, como un operador más del sistema.*

*5. La pensión complementaria obligatoria y del fondo de capitalización laboral no están comprendidos en los seguros sociales previstos en el artículo 73 de la Constitución Política.*

*6. Es por ello que el suministro de recursos humanos, materiales o económicos por parte de la CCSS, para efectos del cumplimiento de las funciones administrativas u operativas de su Operadora de Pensiones Complementarias, implica un desvío de los recursos de la seguridad social con violación a lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política.*

*7. Ese suministro de recursos de la Caja para facilitar el trabajo de la operadora de pensiones impide, además, la transparencia en la gestión financiera y presupuestaria tanto de la Caja como de la operadora de pensiones. Transparencia es uno de los principios que rigen el funcionamiento de los entes públicos, incluidas las operadoras de pensión de capital público.*

*8. El suministro de tales recursos puede afectar la libre competencia entre las distintas operadoras de pensiones, públicas o privadas.*

*9. En consecuencia, los gastos de operación de la Operadora deben ser financiados con la comisión que al efecto recibe. Ello incluye los gastos generados por la realización de procedimientos administrativos”.*

En el dictamen que se pide reconsiderar, se indica que la Operadora de la CCSS es una persona jurídica independiente pero de naturaleza instrumental. Así las cosas, se concluye que dicha entidad no constituye un órgano

desconcentrado de la entidad aseguradora.

*“ Baste recordar que la desconcentración es un fenómeno de transferencia de competencias administrativas. Dicha transferencia se produce al interno de la organización y las competencias se transfieren del superior al inferior. El efecto inmediato de la desconcentración es que permite al inferior ejercer la competencia desconcentrada como propia, en nombre propio, de manera tal que resuelve definitivamente, lo que no excluye eventualmente un recurso jerárquico. Supuestos que no se dan con la creación de la Operadora de Pensiones como sociedad anónima. En primer término, no se está en presencia de competencias administrativas. No hay transferencia de competencias. La Ley obliga a crear la Operadora a efecto de que realice funciones que no correspondían a la CCSS. Luego, si bien la Operadora es creada en el seno de la CCSS, no es un órgano de su estructura administrativa. En consecuencia, resulta absolutamente improcedente aplicar el concepto de desconcentración administrativa para referirse a la Operadora de Pensiones de la CCSS”.*

En otro orden de ideas, se establece en el dictamen que la Operadora no es una subsidiaria de la CCSS. *“Ahora bien, la ‘entidad mayor’ a que pertenece la Operadora de Pensiones es la Caja Costarricense de Seguro Social. Una entidad autónoma encargada de los seguros sociales. Los servicios que la Caja presta no constituyen actividad empresarial. La Caja no es una empresa pública. Por consiguiente, no puede considerarse que al crear una sociedad anónima, esté creando subsidiarias. En efecto, el término “subsidiaria” designa un establecimiento mercantil o industrial cuyo capital social es dominado al menos en un 50% por otra empresa. Dicho establecimiento tiene capital social propio y se le imputa independencia en el accionar, a pesar del control que ejerce la casa matriz. El carácter subsidiario es independiente del hecho de que se mantenga la denominación social. Es claro, por demás, que en virtud de las funciones que le competen a la CCSS no puede estimarse que el legislador haya pretendido crear una ‘corporación’ cuyo ente principal fuese, precisamente, la Caja. Técnicamente, la CCSS no es la casa matriz de la Operadora de Pensiones Complementarias”.*

Además, se expresa que la pensión complementaria obligatoria y el Fondo de Capitalización Laboral no están comprendidos en los seguros sociales del artículo 73 constitucional. Dicha afirmación la fundamenta en una serie de resoluciones de la Sala Constitucional. *“En la resolución N° 643-2000 de 14:30 hrs. de 20 de enero de 2000, la Sala Constitucional ya había señalado que el Fondo de Capitalización Laboral no es un seguro social en el ‘sentido utilizado por la Constitución Política’. Ergo, dado que no es un seguro social de los contemplados en la Constitución, se sigue como lógica consecuencia que los recursos de la seguridad social que corresponde administrar a la Caja Costarricense de Seguro Social no pueden ser destinados a dicho Fondo, salvo que se contemple la situación de la Caja como patrono. Y sucede ese destino cuando la Caja pone a disposición de la operadora de pensiones encargada de administrar los fondos de pensión o el citado fondo de capitalización laboral recursos materiales, humanos o financieros”.*

2.-

#### **Fundamentos de la reconsideración.**

En su escrito de reconsideración se indica, en primer término, que la Sala Constitucional, en el voto n.º 6513-02, determinó que con la creación de este tipo de sociedades (Operadora) ha operado una especie de desconcentración administrativa, *“(…) que ha permitido una especialización de la actividad del ente **FUNDADOR** aunque separada de él; sin embargo la separación no es absoluta. En efecto la dotación de recursos para el cumplimiento del fin encomendado por parte del fundador y la utilización del nombre comercial de la institución autónoma ofrecen una imagen de integración, aunque a diferencia de la desconcentración pura y simple, la creación de una persona jurídica diversa (S.A.) dentro del esquema del ente autónomo, supone separación de la sociedad en punto al control del presupuesto... Ahora bien, bien, aún cuando se denomine a estos entes ‘sociedades anónimas’ administrativamente son parte del esquema de la institución autónoma a la que pertenecen. A través de estas figuras jurídicas propias del derecho privado y desconocidas para el derecho público tradicional o clásico, el ente fundador busca cumplir el cometido que se le ha asignado”.*

Por otra parte, la Procuraduría General de la República -señala usted-, también así lo ha compartido en el dictamen C-129-2004 del 3 de mayo del 2004, pues en él se ha indicado que tales sociedades amplían la actividad del ente público propietario, su constitución supone una transferencia de recursos, son parte del ente público (desconcentración

administrativa) y su personalidad jurídica plena no es incompatible con la integración del ente.

En lo referente a la conclusión n.º 5º del dictamen, en el sentido de que la pensión complementaria obligatoria y el Fondo de Capitalización Laboral no están comprendidos en los seguros sociales del artículo 73 constitucional y, por consiguiente, se considera que el aporte de recursos por parte de la CCSS a su propia Operadora implica el desvío de recursos de la seguridad social, se indica que en este no se analiza ni se refiere al punto b) de la consulta hecha (oficio 44.455 del 21 de noviembre del 2005) por el que se pide que la Procuraduría se pronunciase con respecto de “(…) si la operadora de pensiones de la CCSS (como ya lo mencionó la Sala IV cuando evacuó la consulta legislativa de constitucionalidad que realizó la Asamblea Legislativa con respecto del entonces Proyecto de Ley de Protección al Trabajador) realiza una función que complementa una de las actividades esenciales de la CCSS y, si en ese tanto toda la actividad de las pensiones, en cuanto complementen el Régimen de IVM, es parte del giro de actividades típico de la seguridad social costarricense”.

Además, se expresa que la seguridad social costarricense es de rango constitucional e, incluye, toda aquella protección no necesariamente está contemplada expresamente en la norma constitucional (artículo 73), sino también en la que se derive como consecuencia lógico-jurídica de los principios y de los valores suprapositivos constitucionales constituyendo entonces derechos fundamentales. *“La CCSS estima que TODA la actividad de las pensiones en el tanto complemente el Régimen de I.V.M. es una función típica y natural de la seguridad social y por ello la CCSS no podría sustraerse a coadyuvar en esa actividad pues es la titular por género de esa materia y su propia operadora es un simple mecanismo instrumental (como correctamente se indica en el dictamen) por medio del cual se complementa o suple. Y el número 73 constitucional si bien es cierto no establece la exclusividad de tal competencia la norma es unívoca no solamente por su especialidad orgánica sino porque ese mismo artículo solo excepciona lo delegado a la ley ordinaria (riesgos profesionales). Consecuentemente los seguros sociales constitucionales sí incluyen (por extensión) la pensión complementaria y el fondo obligatorio de capitalización laboral”.*

Por otra parte, expresa usted que la Procuraduría General de la República, en el dictamen N° 202-2000 de 1º de setiembre del 2000, señaló correctamente que el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias es un sistema de capitalización individual que complementa los beneficios del régimen de I.V.M. *“Y es que no tendría sentido jurídico que la CCSS esté obligada a participar en el sistema de pensiones complementarias (como forma adicional de protección el hecho social trabajo incrementado el denominado contenido mínimo de beneficio según la doctrina especializada) sin que la actividad de esa operadora no constituya parte integrante de la seguridad social como un todo y consecuentemente, y en ese tanto, esa empresa pública -que le pertenece a la CCSS- es su subsidiaria”.*

Solicita usted que la Asamblea de Procuradores se pronuncie sobre la conclusión n.º 6º del dictamen cuestionado, ampliando y aclarando, el porqué la Procuraduría General de la República no se refirió al hecho de que anualmente la SUPEN le ordena a la CCSS el aumento del capital social accionario de su Operadora. *“La Junta Directiva de la Caja se constituye en asamblea de accionistas y vota SUS acciones (obviamente nominativas) y aporta el capital ordenado. Para dar cumplimiento a lo anterior esas cantidades dinerarias se incluyen en modificaciones presupuestarias que son enviadas por parte de la CCSS a la Contraloría General de la República las que -rutinariamente- son aprobadas con el fin de cumplir con el mandato del ente regulador. Pero desde su creación la CCSS, con aprobación del mismo ente Contralor, cumplió con el mandato del legislador y tomó de las reservas del Régimen de Pensiones con el fin de hacer el aporte ordenado por ley. Con posterioridad a aquel primer aporte los restantes se han hecho con fondos de los dos regímenes que administra esta institución lo cual ha contado con la aprobación de la SUPEN, de la Contraloría habiéndose inscrito en el Registro Público tales reformas al Pacto Social”.* Según su tesis, tales actos de la entidad aseguradora y de los órganos de fiscalización anulan la tesis del dictamen de la desviación de recursos de la Seguridad Social.

En cuanto a la tesis de que la Operadora no es una subsidiaria de la CCSS, manifiesta usted que en el dictamen de marras se deja de lado el hecho de que la entidad aseguradora es la dueña del cien por ciento de las acciones de la primera, además, que lleva su propio nombre. Por otra parte, el término subsidiario no solo tiene una reducida acepción mercantil en el campo del derecho, sino también otra que es más amplia *“(…) y es la de SUPLETORIO, SECUNDARIO, QUE REFUERZA LO PRINCIPAL y ello se puede comprobar en el DRAE (edición vigésima segunda, tomo II, pág 2101) y también en G. CABANELLAS. Diccionario Jurídico. Edt Heliasta S R L . Bns. A. Arg. Junio 1982) La CCSS estima que la Ley de Protección al Trabajador le ordenó crear una operadora de pensiones la que es una subsidiaria en el tanto complementa parte relevante de la actividad de la Caja, siendo entonces que el legislador le asignó a la CCSS competencias complementarias o adicionales las que tiene que desarrollar a través del MECANISMO de una sociedad mercantil por acciones.*

*Y es que no tendría sentido que el legislador le ordene a una institución autónoma que ella cree una empresa pública para que tenga vida jurídica completamente separada del fundador pues si esa hubiera sido su intención la habría creado el propio legislador sin necesidad de un intermediario al punto de que la sentencia N° 6513-2002 de julio 3 del 2002 citado anteriormente indica expresamente que tales sociedades SON EMPRESAS DEL ENTE FUNDADOR. Tan es así que tampoco tendría sentido crear una empresa pública (utilizando el mecanismo instrumental más de una sociedad por acciones nominativas) sin haber previsto, por ejemplo, cómo nombrar a su Junta Directiva lo que evidencia que tampoco tendría sentido compartir el criterio de que la CCSS sí es la dueña de las acciones de su propia operadora de pensiones pero que la segunda no es subsidiaria de la primera por cuanto hasta la propia preposición DE inserta en el nombre comercial implica PROPIEDAD de tal suerte que no puede legalmente entonces ser la CCSS propietaria del 100% de las acciones del capital social de su operadora pero que esta empresa fuere totalmente independiente de quien es su propietario pues tal tesis MINA RADICAMENTE EL ATRIBUTO DEL DOMINIO A ESA PROPIEDAD ACCIONARIA (ya que paradójicamente se estaría indicando que el propietario no puede disponer de lo que es propio con lo que se socava la plenitud de facultades sobre la cosa -ius utendi- que es un atributo primario de aquel. Véase, por ejemplo, Ruggiero, Roberto de. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. T I. Pág 532. Etd Reus). En otras palabras no puede ser dueña sin que sea subsidiaria y con tal término no se debe entender -reducidamente- que se conciba a la Caja como una empresa comercial (que no lo es). Simplemente tiene la única subsidiaria que tiene pues el legislador le impuso la obligación de tenerla (como lo indicó oportunamente la Procuraduría en su dictamen N° 202-2000) y al ser ella la dueña exclusiva de la totalidad de las acciones que representan el capital social es una subsidiaria con todo lo que el término implica tanto strictu sensu como latu sensu. A mayor abundamiento cabe agregar que igualmente la Contraloría General de la República ha considerado que este tipo de empresas son subsidiarias de la entidad mayor (la dueña de las acciones) e incluso ha admitido la competencia de la auditoría de esas entidades mayores en las subsidiarias (con independencia de que estas últimas cuenten con su propia auditoría interna) y así consta en el oficio N° 04715 que contiene el dictamen DI-CR-195 del 23 de abril del 2004. Lo anterior también socava la tesis de que habría entonces un desvío de recursos pues de lo que se trata es de integrar o CONSOLIDAR (en lo legalmente posible) la actividad global de matriz y subsidiaria para efectos, por ejemplo, de fiscalización de los fondos. Más aún, en el caso de la CCSS, si ella anualmente está obligada a incrementar el capital social de su subsidiaria igualmente debe estar obligada y facultada a fiscalizar esos fondos”.*

En abono a lo anterior, indica usted que la SUPEN ha sostenido la misma tesis, al indicar, en la resolución SP-944 de abril 30 del 2003, que los miembros de la Junta Directiva de la Operadora de Pensiones de la CCSS deben ser nombrados respetando las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la CCSS.

Por último, en el dictamen C-130-2000 de junio 9 del 2000, la Procuraduría General de la República estableció que el legislador le impuso a la CCSS la obligación de crear su propia Operadora para asumir la competencia que se le asignó.

Reseñadas en la forma expuesta las razones que fundan la solicitud de reconsideración, corresponde ahora realizar su análisis.

II.-

## **SOBRE EL FONDO.**

Con fundamento en lo anterior, visualizamos tres grandes temas en los cuales existen discrepancias entre el Órgano Asesor y la entidad consultante. Así las cosas, de si estamos o no en presencia de un caso de desconcentración administrativa, es decir, si con la creación de la Operadora por parte de la CCSS ha operado o no el fenómeno de desconcentración administrativa; de si la Operadora es o no una empresa subsidiaria de entidad aseguradora; y, por último, lo referente a si el régimen de pensiones complementarias obligatorio y el Fondo de Capitalización Laboral están o no comprendidos en los seguros sociales del numeral 73 constitucional, aspecto que tiene capital importancia, pues dependiendo de la postura que se asuma, puede o no la CCSS utilizar sus propios recursos (humanos, materiales o económicos) para efectos del cumplimiento de las funciones administrativas u operativas de su Operadora.

En relación con el primer punto, y en vista de que el principal argumento de la solicitud de la reconsideración del dictamen se centra en un voto de la Sala Constitucional, el n.º 6513-02, se hace necesario transcribirlo, en lo conducente, con el propósito de tener mayores elementos de juicio en este tema. Al respecto, el Alto Tribunal de la República expresó lo siguiente:

*“La doctrina del Derecho Público hace una clara diferenciación entre **descentralización** y **desconcentración administrativas**, categorizando la primera como aquella conformada por personas jurídicas públicas -con personalidad jurídica plena- que buscan fines públicos específicos y que tienen aptitud legal para administrarse a sí mismas; y las segundas, como el fenómeno que se produce dentro de una misma persona jurídica -sin crear un nuevo ente con una tarea competencial concreta y dependiente, en lo no desconcentrado, de la jerarquía del ente al que pertenece. En la Constitución Política encontramos como ejemplos de descentralización administrativa las instituciones autónomas, semiautónomas y las corporaciones municipales. Ahora bien, aún cuando la Constitución no utiliza una definición correspondiente con los términos doctrinarios que se han expuesto, antes bien, existe una gran imprecisión terminológica, es lo cierto que en el orden fundamental se encuentra la arquitectura del sistema de órganos y entes públicos, que es fácilmente ajustable a las categorizaciones doctrinarias y deben servir de modelo al legislador para la creación de entes y órganos públicos. En relación con las instituciones autónomas el numeral 188 constitucional dispone:*

*‘las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión’.*

Por su parte, el numeral 189 de la Carta Suprema señala :

*‘Son instituciones autónomas:*

1. Los Bancos del Estado;
2. Las instituciones aseguradoras del Estado;
3. Las que esta Constitución establece, y los nuevos organismos que creare la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros’.

*En el caso que nos ocupa, los propietarios de los puestos de bolsa públicos son tanto el Instituto Nacional de Seguros como los Bancos del Estado; es decir, estas instituciones autónomas, apartándose -en el caso de los bancos- del esquema de banca universal (por departamentos bajo una única personalidad jurídica), han venido ampliando su actividad bancaria a través de figuras jurídicas nuevas que aunque propias del derecho privado, sufren una clara transformación al ingresar en la esfera de actuación de un ente público. La existencia de este tipo de sociedades ha sido posible debido a que el legislador ha establecido esta forma jurídica para actuar en el mercado bursátil (Ley Reguladora del Mercado de Valores), por ello, con autorización legislativa (artículo 55), las instituciones autónomas han venido creado estas sociedades a las que han transferido recursos públicos y esta transferencia, en términos del control de la finanzas del banco, es evaluada como inversión del ente público fundador. En el derecho comparado es posible encontrar el esquema de banca universal, bajo una única personalidad jurídica con departamentos especializados y el esquema de personalidades jurídicas separadas bajo la sombra de un banco comercial, y este segundo esquema lo han desarrollado en el país los bancos privados, bajo el sistema de "grupos financieros". La implementación de este segundo sistema a la banca pública, a la que no se le permite actuar bajo el sistema de 'grupos financieros', se ha dicho que tiene la bondad de minimizar el riesgo, en tanto el esquema de 'sociedad anónima' limita la responsabilidad del ente fundador al monto de la inversión en el puesto de bolsa y no a la universalidad del patrimonio de éste, el que respondería en su totalidad, bajo el esquema de banca universal que tiene el respaldo del Estado. También se le atribuye a la separación administrativa y de patrimonio una clara especialización en la materia bursátil, la que -se dice- es más difícil de alcanzar bajo el esquema universal, en el que, sin embargo, también es posible lograr ambos cometidos. El legislador eligió apartar la actividad bancaria del esquema universal y lo ha acercado al sistema de personalidad jurídicas diversas, dentro del accionar del ente fundador, por ello, **y sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de este sistema, lo que no corresponde al objeto de la acción, la Sala estima que con la creación de estas 'sociedades anónimas' ha operado una especie de desconcentración administrativa, que ha permitido una especialización de la actividad, separada del ente fundador, sin embargo, la separación no es absoluta. En efecto, la dotación de recursos para el cumplimiento del fin encomendado por parte del fundador y la utilización del nombre comercial de la institución autónoma ofrecen una imagen de integración (vgr. BN puesto de Bolsa). Ahora bien, a diferencia de la desconcentración pura y simple, la creación de una persona jurídica diversa (S.A.) dentro del esquema del ente autónomo, supone separación de la sociedad en punto al control del presupuesto y al manejo de los recursos, entre otros; lo que ha logrado el legislador con el otorgamiento de personalidad jurídica plena, propia de la figura 'sociedad anónima' del derecho privado. Ahora bien, aún cuando se denomine a estos entes 'sociedades anónimas' administrativamente son parte del esquema de la institución autónoma a la que pertenecen. A través de estas figuras jurídicas propias del derecho privado y desconocidas para el derecho público clásico, el ente fundador busca cumplir el cometido que se le ha asignado. La especial naturaleza de estas "sociedades" se ve reflejada también en la posibilidad de constituir las **con un único socio**, esquema inadmisibles para***

*el derecho privado, para el que la existencia de una sociedad supone una 'reunión de varias personas sometidas a una misma regla'. Lleva entonces razón la Procuraduría General de la República al indicar que estas sociedades anónimas son un 'instrumento' que el legislador ha puesto a disposición de estos entes autónomos, para alcanzar sus cometidos, a lo que se ha recurrido, dado que en el esquema público no se ha permitido el sistema de grupos financieros implementado por los bancos privados nacionales. Así las cosas, este instrumento denominado "sociedad anónima" no es equivalente a la figura del derecho privado en todo su esplendor, antes bien, desde el punto de vista de su organización, es un actividad especializada del ente fundador, y para ello cuenta, en su actividad ordinaria, con personalidad jurídica plena no incompatible con el ente fundador, con el que, por principio, no compite y al que está adscrito -por la titularidad de las acciones-. Por ello, estas sociedades participan necesariamente de la naturaleza del ente creador; es decir, son empresas del ente fundador y en consecuencia del Estado. Dentro de este orden de ideas son aplicables a estas sociedades principios como transparencia en las actuaciones, control previo y posterior sobre el manejo de los recursos, titularidad por parte del Estado de los bienes demaniales, aplicación del régimen de contratación y de los principios de empleo público y el principio de rendición de cuentas y medición de resultados. Es en razón de lo anterior que estas sociedades anónimas NO están excluidos de la aprobación presupuestaria, de los procedimientos de concurso, y en general de los sistemas de vigilancia de los recursos que es típica del sector público. La creación de un régimen diverso en estos aspectos, como se pueden encontrar en el derecho comparado, requeriría necesariamente de una modificación constitucional". (Lo resaltado y las negritas no están en el original).*

De lo anterior, en especial de lo que hemos resaltado, se desprende, sin mucho esfuerzo, que entre lo que se estableció en el dictamen y la sentencia de la Sala Constitucional no existe ninguna discrepancia. Todo lo contrario, la sentencia de Alto Tribunal refuerza los argumentos que hemos expresado en el pronunciamiento cuestionado, en el sentido de que no ha operado el fenómeno de desconcentración administrativa con la creación de la Operadora por parte de la CCSS. Quizás la expresión que podría generar algún tipo de duda, es cuando el Tribunal Constitucional habla de que "ha operado una especie de desconcentración administrativa". Empero, de dicha frase no es posible deducir que la Operadora sea un órgano de la entidad aseguradora con una competencia exclusiva, en primer lugar, por el concepto que acertadamente maneja la Sala Constitucional de la desconcentración administrativa cuando hace la diferencia de esta con la descentralización administrativa, es igual al que sigue el Órgano Asesor. En segundo término, porque la expresión de la Sala Constitucional hay que colocarla en sus justas dimensiones, pues de esa afirmación no se puede deducir que el Tribunal Constitucional esté indicando que estamos en presencia de dicho fenómeno jurídico-administrativo, ya que habla de "una especie", y no de un caso típico de desconcentración administrativa. Por otra parte, si se aceptara la tesis que usted expone, se caería en una contradicción lógica e insalvable entre el concepto de que maneja la Sala Constitucional de la desconcentración administrativa y el alcance que le otorga la entidad aseguradora a la afirmación que estamos glosando de aquella. Por último, tal y como lo ha establecido la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, el concepto de desconcentración administrativa es bastante preciso (atribución por parte del ordenamiento jurídico de una competencia exclusiva a un órgano que no ocupa la cúspide administrativa, que opera a lo interno de un ente, y no fuera de él, ya que no conlleva la creación de una persona jurídica pública independiente), por lo que no sería conforme a Derecho extenderlo a otros fenómenos jurídicos-administrativos, lo cual lo desvirtuaría y podría provocar, no pocos problemas, en la organización y las competencias de los órganos y entes que conforman la Administración Pública costarricense. Nótese que en el presente caso jamás podría darse un caso de desconcentración administrativa, por la sencilla razón de que con la Operadora se ha creado un ente (empresa pública), separada del ente instituidor, es decir, no estamos en presencia de un fenómeno que esté residenciado en la organización interna de la CCSS, sino fuera de él, situación que es incompatible con la desconcentración administrativa.

Con fundamento en lo anterior, se debe confirmar, en todos sus extremos, la conclusión n.º 2º del dictamen cuestionado.

Tampoco encontramos fundamentos jurídicos para reconsiderar la conclusión en la que se afirma que la Operadora de Pensiones de la CCSS no es una empresa subsidiaria de esta. En este aspectos se deben hacer varias puntualizaciones. En primer término, dicha conclusión no significa, de ninguna manera, que se esté afirmando que la Operadora no sea una entidad propiedad de la CCSS. Basta con solo leer el dictamen y su conclusión primera para comprobar lo que venimos afirmando. Más aún, en esta se indica que la Operadora es una empresa pública organizada como sociedad anónima **propiedad de la CCSS**. En vista de esta situación, todos los argumentos que se aportan en el sentido de que la CCSS es la dueña del 100% de las acciones en nada contradicen lo que se indica en el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, más bien son conforme con él. Desde esta perspectiva, no puede interpretarse del pronunciamiento del Órgano Asesor que se esté minando radicalmente el atributo del dominio de esa propiedad accionaria, ni tampoco que la CCSS no pueda disponer de lo que es propio. Estas expresiones no pueden ser deducidas del dictamen. Incluso, en la conclusión n.º 4º, se expresa que la creación de la Operadora y su funcionamiento puede calificarse de **instrumental**, en tanto que le permite a la CCSS participar en el sistema de pensiones complementarias, como un operador más de él. Desde esta perspectiva, a la conclusión n.º 3º del dictamen se le está dando un alcance que no tiene y unas consecuencias que tampoco se desprenden de esta, ni de todo el pronunciamiento en su conjunto.

En segundo término, la conclusión n.º 3º debe ser entendida en sus justas dimensiones, pues lo que hace el Órgano Asesor es precisar de que, en el presente caso, no estamos ante un fenómeno en el cual existe una casa matriz y unas empresas subsidiarias, es decir, ante un "holding", ni mucho menos ante un "grupo financiero" o "grupo económico", por la elemental razón de que la CCSS no es una empresa pública y, por consiguiente, no puede ser una casa matriz. Dentro desde punto de vista, resulta claro entonces que la Operadora no es una subsidiaria, ya que no

hay una casa matriz.

Para finalizar, debemos rechazar el argumento de que no se puede ser dueña de una empresa sin que esta sea subsidiaria de aquella que posee la mayor parte del capital social, pues este fenómeno, en sentido económico y jurídico, está referido a aquellos casos, en el ámbito público, donde una empresa pública, verbigracia: los bancos comerciales del Estado que a su vez son dueños de otras empresas públicas, es casa matriz y es dueña de varias empresas subsidiarias. Así las cosas, extender este concepto a casos en los cuales la dueña de las empresas no tiene connotación de empresa pública, sino de una institución de naturaleza administrativa, cuya finalidad es ejercer la función administrativa en un ámbito muy preciso: la salud y la seguridad social, implicaría crear mayor confusión en una organización administrativa ya de por sí compleja y donde se requiere de deslindar adecuadamente los términos y los ámbitos competenciales de los órganos y entes públicos. Dicho de otra forma, la CCSS realiza una función típicamente administrativa lo que impide calificarla como una empresa pública, capaz a su vez de constituirse en la casa matriz de un grupo económico, un grupo financiero o un "holding" y, consecuentemente, de poseer un conjunto de empresas subsidiarias.

La anterior postura no conlleva, como se indicó atrás, que la Operadora no sea propiedad de la Caja, ni que esta no pueda ejercer todos los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga al dueño de su capital social, o que la empresa pública no tenga el carácter instrumental, etc.

El último aspecto que se cuestiona del dictamen es el hecho de que se indique que la pensión complementaria obligatoria y el Fondo de Capitalización Laboral no están comprendidos en los seguros sociales previstos en el artículo 73 de la Carta Fundamental. Ergo, a tenor de lo que dispone ese numeral no es posible utilizar los recursos de la CCSS para el cumplimiento de las funciones administrativas u operativas de su Operadora, debiéndose financiarse con la comisión que al efecto recibe.

Esta conclusión debe mantenerse por varias razones. En primer lugar, porque tal como se indicó en el dictamen el punto ha sido resuelto por la Sala Constitucional al indicar que el régimen de pensiones complementarias obligatorias no tienen naturaleza de seguro social y que el Fondo de Capitalización Laboral no es un seguro social en el "sentido utilizado por la Constitución Política". Así las cosas, y dado el efecto *erga omnes* que le confiere el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional a la jurisprudencia y a los precedentes de la Sala Constitucional, el Órgano Asesor no podría sostener una tesis distinta a la establecida por ese Alto Tribunal de la República.

En segundo término, no se aporta en la solicitud de reconsideración un elemento de juicio capaz y suficiente de desvirtuar el fundamento de nuestra postura, el cual solo podría ser una sentencia de la Sala Constitucional en la cual se deje sin efecto la posición en la que nos hemos basado. A falta de este elemento, no existe otra alternativa que confirmar lo que se indicó en el dictamen que se cuestiona.

Para finalizar este estudio, hemos de expresar que la solicitud de ampliación y aclaración de la conclusión n.º 6º del dictamen no puede ser evacuada, pues, en primer término, esta es lo suficientemente clara, en el sentido de que no se pueden utilizar los recursos de la CCSS para efectos del cumplimiento de las funciones administrativas u operativas de su Operadora. Por otra parte, el tema que usted nos plantea, sobre los aportes de capital que debe hacer la CCSS a favor de su Operadora a causa de los requerimientos de la SUPEN, resulta ajeno al analizado en el dictamen por lo que es improcedente su tratamiento a través de su recurso de reconsideración ante la Procuraduría General de la República. Ahora bien, lo anterior no óbice para que la Junta Directiva, si a bien lo tiene, planté la respectiva consulta al Órgano Asesor de conformidad con el numeral 4º de nuestra Ley Orgánica.

III.-

### CONCLUSIÓN.

Se confirma, en todos sus extremos, el dictamen C-443-2005 de 22 de diciembre del 2005.

De usted, con toda consideración y estima,

**Ana Lorena Brenes Esquivel**

**Procuradora General**