

EL RÉGIMEN DE PENSIONES Y LAS PRÁCTICAS QUE ATENTAN CONTRA LA COMPETENCIA A LA LUZ DE LA SENTENCIA N.º 050-IV-2016 DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

M.Sc. Warren Corrales Castillo¹
wcorrales@blplegal.com

RESUMEN

Este artículo examina y estudia el voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, el cual de una manera muy detallada explica las razones por las cuales no hubo una falta a las normas de competencia reguladas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472, en el caso específico de un acuerdo tomado sobre el monto de las comisiones para la administración de los fondos correspondientes al Régimen Complementario de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Capitalización Laboral.

La demanda se fundamentaba en la pretensión de anular la sesión ordinaria 17-2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia, debido a que la Comisión determinó que existían suficientes pruebas de que un grupo de operadoras de pensiones habían incurrido en prácticas anticompetitivas.

PALABRAS CLAVES

Competencia / consumidor / interpretación judicial / comisión competencia / concepto de prácticas anticompetitivas / régimen de seguros / Ley 7472.

ABSTRACT

This article examines and studies the Vote number 050-IV-2016 of the Contentious Administrative Tribunal, Fourth Section, issued at sixteen hours on the thirty-first day of May, two thousand and sixteen, which explains in a very detailed way the reasons why there was no breach of the rules of competition regulated in the Law of Promotion of Competition and Effective Consumer Defense number 7472, in the specific case of a resolution adopted on the amount of the commissions for the management of the funds corresponding to the Complementary Regime of Mandatory Pensions and the Labor Capitalization Fund.

The claim was based on the intention to annul the regular session 17-2009 of the Commission for the Promotion of Competition, held at seventeen hours and thirty minutes on the seventeenth day of June, two thousand and nine. By virtue of the fact that the Commission established that there was sufficient evidence that a group of pension operators had engaged in anticompetitive practices.

KEYWORDS

Competition / consumer / judicial interpretation / antitrust commission / definition of antitrust practices / insurance scheme / Law 7472.

¹ Abogado asociado senior del Bufete BLP y abogado in-house de Garnier & Garnier; máster en derecho empresarial por la UCI, especialista en derecho notarial y registral por ULASALLE, licenciado en derecho por la UCR y especialista en contratación internacional por la Universidad Carlos Tercero de Madrid y University of Seattle, USA.

El régimen de pensiones en Costa Rica se ve gobernado por la Superintendencia de Pensiones. Las pensiones dentro del pensamiento costarricense se componen de diferentes sistemas que son administrados por diferentes operadoras de pensiones, las cuales deben estar debidamente autorizadas por la Superintendencia de Pensiones. Estos sistemas son los siguientes: la pensión contributiva básica, la pensión complementaria obligatoria, la pensión complementaria voluntaria y la pensión contributiva.

La pensión contributiva básica se compone por los aportes que la persona trabajadora realiza de forma obligatoria y forma parte de los regímenes de capitalización colectiva. Estos aportes son realizados por las personas trabajadoras que se encuentran inscritas en el sistema nacional de pensiones.

Por su parte, la pensión complementaria obligatoria es construida también a partir de los aportes de la persona trabajadora y de su patrono; pero la diferencia es que esta es de capitalización individual. Estos aportes son controlados por la seguridad social, ya que se calculan con base en el salario devengado por la persona trabajadora y son administrados por la operadora de pensiones que la persona trabajadora elija. Al momento de pensionarse, se calcula la pensión complementaria de la persona trabajadora con base en esos aportes y con los rendimientos de las inversiones de la operadora de pensiones elegida por el trabajador o la trabajadora.

Estas dos anteriores son disfrutadas por todas las personas trabajadoras, ya que son obligatorias, siempre y cuando se cumplan con los requisitos al momento de solicitarlas.

Por otra parte, se tiene la pensión complementaria voluntaria que equivale a un ahorro presupuestado por la persona trabajadora, a su propia elección, para mejorar su pensión en el futuro. Por último, se halla la pensión no contributiva que es la otorgada por el régimen

de seguridad social a ciertas personas que no han contribuido al régimen y que cumplen con ciertos requisitos que no les han permitido contribuir y que requieren de solidaridad del régimen contributivo para tener una vida digna. Dentro de las personas que pueden gozar de una pensión contributiva son aquellas mayores a 65 años; discapacitados que no puedan formar parte de la fuerza laboral que tengan menos de 65 años; indigentes, huérfanos y viudas bajo ciertas condiciones, y adicional deben cumplir con ciertos requisitos adicionales y ser evaluados para ver si pueden gozar de este beneficio.²

Con lo anterior, se presenta una breve explicación de la conformación del régimen de pensiones y el papel de las operadoras de pensiones en Costa Rica, y su función en el mercado y con las personas trabajadoras, quienes, en este caso, se catalogan como consumidoras. Es así como podemos proceder con el análisis jurisprudencial que detallaremos a continuación.

En el presente artículo, se pretende analizar el voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, emitido en San José, a las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, para estudiar el tema de la competencia y la forma en que se regula y se ha juzgado en los tribunales en relación con el régimen de pensiones.

La demanda que genera la sentencia antes mencionada se fundamentaba en la pretensión del actor donde solicitaba que se anulara, tanto por vicios de forma como de fondo, la sesión ordinaria 17-2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia.

En dicha sesión, la Comisión para la Promoción de la Competencia determinó que existían suficientes pruebas de que un grupo de operadoras de pensiones habían incurrido en prácticas anticompetitivas que iban en contra de la Ley 7472, al tomar un acuerdo que fijaba el

monto de las comisiones para la administración de los fondos correspondientes al Régimen Complementario de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Capitalización Laboral.

El acuerdo, que se catalogó como contrario a la normativa de competencia costarricense, versó en que, después de no cobrar una comisión sobre los aportes de las personas trabajadoras por varios años, en el 2004, dichas operadoras de pensiones cobraron de forma conjunta el porcentaje máximo establecido por la Superintendencia de Pensiones en relación con los regímenes antes mencionados. La sanción procede en tanto la Ley 7472 prohíbe los acuerdos que les permitan a los agentes del mercado a comportarse como monopolios, lo cual causa un impacto directo en las personas consumidoras, ya que dicho comportamiento es el motivo bajo el cual se les impusieron multas por haber cometido una práctica que atentaba contra la competencia, a criterio de la Comisión para la Promoción de la Competencia.

A partir de lo anterior, en este artículo, conviene analizar la ley que regula las prácticas que se catalogan como transgresiones a la competencia en los mercados, la forma en que la ley ha sido juzgada e interpretada para el caso concreto y lo que se entiende en nuestro país por competencia y cómo se puede caer en conflictos que atenten contra la libertad de empresa tutelada a nivel constitucional. Así se irán estudiando ciertos apartados que consideramos importantes de la sentencia para sustentarlos con nuestro propio análisis de la cuestión.

1. La administración pública y su potestad sancionatoria.

El Tribunal Contencioso en múltiples fallos ha analizado la potestad sancionatoria que la Administración pública tiene, lo cual ha creado jurisprudencia que reitera los aspectos relevantes sobre tal potestad, los cuales son menester desarrollar en este trabajo.

La potestad sancionatoria del Estado es la que da paso a la acción punitiva de la Administración.

Es una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los y las particulares y aun a las personas funcionarias que infringen sus disposiciones en el ejercicio de sus funciones, transgrediendo sus mandatos o desconociendo sus prohibiciones.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un *ius puniendi* estatal que se justifica en la necesidad de la tutela de los bienes jurídicos de importancia para la colectividad, sobre aquellos de interés individual. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal.

Como contraposición, la Administración pública también tiene la obligación de garantizar un debido proceso a cualquier persona que se encuentre en un contradictorio. La Sala Constitucional, siguiendo convenios internacionales, dictámenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y leyes nacionales, ha reiterado los elementos propios del debido proceso en diversos pronunciamientos, y los podemos enlistar de forma genérica de la siguiente manera:

- a) hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna los hechos que se imputan;
- b) permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo;
- c) concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa;
- d) concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa;
- e) fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento;
- f) reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.³

2. Las prácticas monopolísticas.

La palabra monopolio se deriva del griego, específicamente de las palabras “*monos*” que

significa uno, y “*polein*”, vender. El monopolio se caracteriza por ser una situación de privilegio legal o fallo de mercado, en el cual existe un productor que se denomina monopolista, quien posee un gran poder de mercado y es el único en una industria específica que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado.

Sin embargo, es menester para la existencia de un monopolio que, en dicho mercado, no existan productos o servicios sustitutos, es decir, que sea inexistente otro bien o servicio que pueda reemplazar el producto o servicio en cuestión, lo cual hace que la persona consumidora solo pueda recurrir a él para satisfacer su necesidad de ese producto, bien, recurso o servicio.

Al tener tal poder en el mercado, el monopolista puede alterar dicho mercado en detrimento de los intereses colectivos. Por tal motivo, el Estado limita el poder del mercado monopolista mediante legislación que ataque este tipo de prácticas, por lo que elabora leyes y reglamentaciones destinadas a fomentar la competencia en la economía, prohibiendo todo lo que puede acarrear algún tipo de insuficiencia en el mercado, y limita las estructuras de mercado permitidas con el fin de que dichas estructuras no lleguen a afectar a la colectividad ni distorsionen las reglas de mercado por su poder en él.

Sin embargo, la normativa en la materia no solo se dedica a limitar la existencia de monopolios, ya que existen ciertas excepciones contempladas donde la regulación despliega sus efectos permitiendo el monopolio y únicamente se limita a regularlo, debido a que sus efectos en el mercado no son vistos como perjudiciales en un momento particular.

Cuando la estructura más eficiente para un mercado es la de un monopolio; es decir, estamos ante un monopolio natural, o bien cuando por política económica el Estado quiera favorecer la existencia de una empresa que dirija un monopolio en un área concreta, lo ideal será

reducir el poder del monopolista hasta el mínimo para que le sea rentable estar en el mercado y no atente contra los intereses de la colectividad.

El derecho de la competencia (en inglés Competition Law y conocido en Estados Unidos como Antitrust Law) es la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente tanto para sus propulsores como para las personas consumidoras.

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos distintos: acuerdos horizontales entre competidores, acuerdos verticales entre personas compradoras y vendedoras, el abuso de una posición dominante (monopolio), y las fusiones.

Las prácticas monopolísticas absolutas o “*naked restrictions*” son aquellos acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que restringen la competencia.

Este tipo de prácticas son de carácter horizontal, en tanto se dan en un mismo nivel del mercado. Estas prácticas siempre son dañinas; se realiza su análisis de conformidad con lo que se conoce como la “*regla per se*”; es decir, para determinar la ilegalidad no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, sus motivaciones o justificaciones, el mercado afectado, ni sus efectos.

Este tipo de prácticas constituye una amenaza para la competencia, ya que, si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a las personas consumidoras, limitando la oferta de bienes y servicios y ganando utilidades como si fueran un monopolio, a costa de los intereses colectivos y en detrimento de la economía de las personas consumidoras. Estas

prácticas también son conocidas como acuerdos colusorios o cárteles económicos. Son convenios entre agentes económicos competidores entre sí, es decir, participan en el mismo mercado, a fin de manipular precios o cantidades de bienes en el mercado, repartirse segmentos de mercado o coordinar posturas en licitaciones, entre otras.

Estas prácticas generan graves repercusiones sobre el bienestar de las personas consumidoras. Por un lado, provocan precios mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia y similares a los de un monopolio y, por otro, disminuyen la cantidad de bienes o servicios producidos, afectando el crecimiento de la economía y a las personas consumidoras.

Además, cuando existen colusiones en los mercados, se restringen la competencia entre personas competidoras, así como los incentivos que estas tienen para innovar en sus productos y servicios, con lo que las personas consumidoras tendrán menor calidad en su consumo y los mercados sufren de distorsiones. Así, impiden que la sociedad obtenga los beneficios de la competencia económica: mejores precios y mayor calidad en los bienes y servicios.

Dentro de este grupo, se ubican las conductas que tienen a la segmentación de mercados a través de exclusividades, restricción vertical de precios, compras o ventas atadas, negativa de trato, boicot, depredación de precios, descuentos por lealtad o transacciones condicionadas, subsidios cruzados, discriminación de precios, elevación de los costos de un rival, negativa de trato de un insumo esencial y estrechamiento de márgenes de insumos esenciales.

No existe justificación para su realización. Para que se configuren únicamente, se deben comprobar dos elementos. En primer lugar, que los agentes económicos participantes sean competidores entre sí en un mismo mercado y, en segundo lugar, que los agentes económicos hayan incurrido en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 11 de la Ley 7472.

En relación con las prácticas monopolísticas relativas, estas son definidas como actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes económicos del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas que hagan que un determinado sector del mercado se vea manipulado por una cantidad pequeña de agentes.

Se realiza este tipo de prácticas normalmente entre empresas que operan en diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, de forma tal que obstaculizan o impiden el proceso de competencia y libre concurrencia en tales niveles entre los diferentes participantes de los niveles de los procesos productivos de un bien o servicio.

Asimismo se realiza este tipo de prácticas entre diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, por lo que también se denominan de carácter vertical. Debido a que estas conductas pueden ser catalogadas como estructuras que no se contraponen a la competencia y al correcto funcionamiento de los mercados, por tener efectos procompetitivos en este, se deben comprobar tres elementos para poder determinar si estas estructuras son ilegales o son aceptadas conforme a las políticas de competencia. Estos elementos son los siguientes:

1. El agente económico que comete la práctica vertical antes descrita tiene poder sustancial en el mercado relevante, según lo estipulan los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 7472.
2. El agente económico ha incurrido en alguna de las conductas descritas en el artículo 12 de la Ley 7472.
3. La práctica tiene o puede tener el objeto o el efecto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, puede impedir sustancialmente el acceso a este o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, lo cual distorsiona

anormalmente el mercado y afecta a la persona consumidora final de bien o servicio.

Debe indicarse en este momento que las prácticas relativas también pueden tener efectos a favor de la competencia y de la eficiencia, por lo que, para determinar su ilegalidad y perjuicio para la libre competencia, los ordinales 13, 14 y 15 de la norma legal en estudio imponen la necesidad de que se compruebe la concurrencia de tres elementos:

1. Primero, que se haya incurrido en una las conductas descritas, esto es comprobar alguno de los supuestos de hecho que el artículo 12 de la Ley 7472 señala.
2. En segundo lugar, que el agente económico que comete la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante. El mercado relevante es concebido como el conjunto de productos o servicios que la persona consumidora considera sustituibles en un área en particular. Se constituye en un parámetro relativo de espacio y tiempo, en virtud de las necesidades propias de las personas consumidoras, quienes deberán priorizarlas a efectos de determinar en un momento y espacio cuáles bienes o servicios pueden ser sustituidos por otros de igual condición. El artículo 14 de la norma citada establece los criterios para determinar el mercado relevante.

Por otra parte, el poder sustancial en el mercado es la capacidad que pueda tener un agente económico en un nivel diferente al de la persona consumidora, para fijar unilateralmente los precios o bien restringir en forma sustancial las etapas de distribución del mercado relevante, sin que los demás agentes puedan hacer algo para impedirlo. Esto también implica que pueda distorsionar la oferta del bien o servicio según sus intereses, lo cual va en detrimento de la persona consumidora u otros agentes económicos del mercado en cuestión.

El artículo 15 de la Ley en estudio señala que para determinar si un agente económico tiene

ese poder, debe considerarse su participación en ese mercado, incluyendo la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competencia; las posibilidades de acceso del agente económico y sus contrincantes; su comportamiento reciente; y todos los demás criterios análogos que se establezcan en el reglamento de esa Ley. v

El hecho de que el agente económico que comete la práctica tenga un poder sustancial en el mercado relevante es fundamental porque, aunque se acredite alguna de las conductas descritas como prácticas monopolísticas relativas, si el agente no tiene este poder en el mercado, la conducta no resulta ilegal y en ese tanto no es sancionable, ya que ese poder sustancial en el mercado es el elemento determinante en este tipo de práctica anticompetitiva.

3. Por último, se deben considerar los efectos anticompetitivos de la práctica, esto es, que tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente el acceso a este a otros agentes económicos o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en perjuicio de los demás participantes del mercado relevante en cuestión.

3. Breve análisis de la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva de la persona consumidora en cuanto a las competencias de la comisión y el procedimiento

Finalmente, debe señalarse que la misma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en su artículo 21 otorga injerencia

a la Comisión para Promover la competencia con el fin de que conozca, de oficio o por denuncia, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado y para que, una vez concluido el procedimiento administrativo correspondiente, imponga la sanción que corresponda, de conformidad con los numerales 28 y 29 de la misma Ley y así causar un efecto sancionador y persuasivo de cometer ese tipo de conductas.

Dentro de este marco, junto con los principios de buena fe, sana y libre competencia, el objetivo de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor es la regulación de las prácticas desleales, para evitar que se produzcan distorsiones en el mercado, a través de mecanismos artificiales que impidan o dificulten que las relaciones entre oferentes y demandantes se rijan solo con base en ventajas competitivas. Se dispone todo lo anterior en defensa de los intereses colectivos y de los sectores de la población con menos poder en el mercado, como lo son las personas consumidoras.

Conforme con el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública, la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de este.

Ese mismo artículo manifiesta a continuación que será inválido el acto administrativo sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. En un acto administrativo, las sustanciales son las que determinan la invalidez del acto que se manifiestan, dependiendo de la gravedad de la violación cometida, en nulidad relativa o absoluta.

En tal sentido, se verifica la validez del acto administrativo con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, la doctrina nacional, como la Ley General de la Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y

la forma, y en los sustanciales o materiales se hallan el motivo, contenido y fin.

El primer elemento formal del acto administrativo es el sujeto. Este elemento corresponde a la persona autora del acto. Es la funcionaria o el funcionario público, órgano o ente administrativo que dicta un acto administrativo, el cual debe contar, a su vez, con una serie de requisitos, tales como investidura, competencia y titularidad.

La investidura es el nombramiento o la elección de una persona en un cargo o empleo público (en tal sentido, artículos 111 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). Es la potestad para actuar a nombre y por cuenta del Estado y dirigir a este el efecto de su conducta. Esta puede darse por elección o nombramiento. Se hace efectiva con la toma de posesión del cargo.

Eduardo Ortiz define la competencia “[...] como la medida exacta de la cantidad de medios legalmente autorizados en favor del Estado, dentro de un caso concreto para perseguir un fin determinado [...]”.⁴

La competencia significa la cantidad de poderes y deberes dispuestos en favor de un determinado ente administrativo. La competencia es el complejo de facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo con relación a las demás personas, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración pública y la distribución de las distintas funciones entre ellas (artículos 59 y 129, Ley General de la Administración Pública).

Finalmente, la titularidad implica que la persona funcionaria pública no solo debe ser competente, sino también debe ser el o la titular de la competencia. Por titular se ha entendido aquella persona que ejerce un cargo, profesión u oficio, por derecho propio o nombramiento definitivo, con la plenitud de requisitos y estabilidad, a diferencia del llamado a ocuparlo provisionalmente.

El segundo elemento formal del acto administrativo es el procedimiento. La Administración pública cuenta

con la facultad de emitir actos administrativos en forma unilateral que incluso pueden llegar a anular o revocar derechos subjetivos de los y las particulares. Este poder de autotutela ha sido limitado por el ordenamiento jurídico. Ese límite es constituido por la obligación de la Administración pública de seguir un procedimiento para emitir el acto administrativo. El procedimiento administrativo es una serie concatenada de actos procedimentales tendentes a un fin. El procedimiento administrativo tiene un objeto fundamental, la averiguación de la verdad real del motivo que va a servir de base al acto administrativo final. El procedimiento se trata del modo de producción de un acto (artículos 214, 216, 224, 225, 308 y 320 de la Ley General de la Administración Pública).

Ahora bien, en el caso de que tal procedimiento tenga por objeto la imposición de una sanción, o de alguna manera un acto de gravamen, ya sea que imponga una obligación o la pérdida de una condición o derecho, se requiere que el acto de inicio de tal procedimiento sea debidamente comunicado a la persona afectada.

Esta comunicación se logra de dos maneras: notificación o publicación. Se comunican los actos generales por publicación y los concretos por notificación, de conformidad con el artículo 240 de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, cuando se ignore o esté equivocado el lugar para notificaciones a la persona interesada por culpa de esta, deberá comunicársele el acto por publicación, en cuyo caso la comunicación se tendrá por hecha cinco días después de esta última (artículo 242, Ley General de la Administración Pública).

La notificación es el modo de comunicar a la persona afectada o destinataria del acto final, de manera directa y personal, el inicio del procedimiento, lo que constituye un requisito fundamental para la seguridad jurídica y el debido proceso sustancial.

Las notificaciones deben ser jurídicas de la Administración, cuya finalidad es asegurar el verdadero, real e íntegro conocimiento por parte de las personas afectadas del establecimiento de un procedimiento administrativo en su contra y de sus consecuencias.

Indudablemente, la debida notificación constituye una manifestación más de los elementos que integran el debido proceso, los que la Sala Constitucional ha definido, tal y como se mencionó anteriormente, de la siguiente manera: **a)** hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna los hechos que se imputan; **b)** permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; **c)** concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; **d)** concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; **e)** fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; **f)** reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.

Es de suma importancia señalar que, al tenor del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, solo la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento causará la nulidad de lo actuado, entendiendo como tal, la formalidad cuya realización correcta haya impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión cause indefensión. Por tanto, los vicios del procedimiento son los causados al no observarse la debida ritualidad de este, en tanto con la omisión o ausencia de esa formalidad se impida o cambie la decisión final o que se cause indefensión.

El tercer elemento formal del acto administrativo es la forma como se exterioriza o manifiesta el acto administrativo al administrado. De conformidad con el artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública, deberá expresarse el acto administrativo por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan una forma diversa, según las excepciones que establecen los artículos 136 de la Ley General de la Administración Pública y 146 de la Constitución Política.

La obligación de la Administración de justificar adecuadamente sus decisiones se deriva de este elemento formal, por medio de la motivación de sus actos. En tanto la motivación significa la explicación, fundamentación o justificación que la Administración brinda en el dictado de un acto administrativo para un caso en concreto.

Se ha indicado que:

*[...] motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto [...].*⁵

En relación con la motivación de los actos administrativos, la Sala Constitucional ha señalado de forma muy acertada que:

*[...] se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso, así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos [...].*⁶

Respecto a los elementos materiales o sustanciales del acto administrativo, el motivo es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo, tal y como el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública lo dispone.

De tal manera, el motivo del acto administrativo constituye el supuesto o el hecho condicionante de la manifestación de un acto administrativo, en otros términos, constituye la razón de ser del acto administrativo, lo que obliga o permite su emisión, lo cual puede consistir en un acto o un hecho jurídico previsto por la norma jurídica.

Por su parte, el contenido del acto constituye el efecto jurídico o la parte dispositiva del acto, lo que manda, ordena o dispone. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso o concesión, de acuerdo con lo indicado en el artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública.

El último de los elementos sustanciales o materiales es el fin. La Administración Pública tiene un cometido único, la satisfacción del interés público y la protección de los intereses de la colectividad. Se logra esa satisfacción del interés público de diversas maneras, y una de ellas es a través del pronunciamiento de actos administrativos.

En principio se entiende que todo acto administrativo, como ejercicio concreto de una competencia genérica, tiende a la satisfacción del interés común. Por ello, según el artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública, se afirma que el fin del acto administrativo en consecuencia será la satisfacción del interés público que constituye el fin general de todo acto administrativo y, a su vez, el fin específico será la satisfacción del interés público que está a cargo de esa competencia.

Así el artículo 166 de la LGAP claramente dispone que:

Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Entre muchos de sus pronunciamientos, en particular en el voto n.º 1195-91, la Sala Constitucional ha reconocido que se consagra el principio de libertad empresarial, en el artículo 46 de nuestra Constitución Política.

Dentro de esa libertad, se ubican la libre competencia y la defensa de esta como límite de esta libertad empresarial. Del texto constitucional, se deducen, además de la libertad de empresa

y el mercado, los derechos fundamentales del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal.

En general, del citado numeral, se pueden inferir tres intereses: de los empresarios o agentes económicos competidores en los segmentos del mercado, el de los consumidores y el del mercado en sí mismo.

Esa concurrencia de intereses, públicos y privados refleja un modelo social de competencia, caracterizado porque toma en consideración tanto la defensa del interés privado de los empresarios como la del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrente debidamente saneado.

4. Análisis del caso concreto

Como se esbozó al inicio, el Tribunal Contencioso conoció de una demanda interpuesta por varias operadoras de pensiones contra el Estado, en virtud de la interposición de multas cuantiosas por parte de la Comisión para Promover la Competencia, en virtud de que las operadoras llegaron a un acuerdo que va en detrimento de las prácticas comerciales competitivas al acordar una subida de precios en las comisiones de manera unánime, a partir de un determinado momento. Las operadoras de pensiones están unidas en una asociación denominada Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones (ACOP) que, como todas las asociaciones, se reúnen periódicamente para ver y analizar asuntos de su interés en ámbitos meramente administrativos.

Fue un hecho probado que, en su momento, y ante una crisis económica y financiera, la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), que es la institución encargada de velar por los derechos de las personas aseguradas en materia de pensiones y asegurar que se cumpla el marco

normativo que el Sistema Nacional de Pensiones regula en Costa Rica, todo de acuerdo con la ley que la regula, le solicitó a la asociación que tratara y revisara su situación económica.

La SUPEN realizó esta solicitud en vista de que entre sus funciones están las de autorizar, regular, supervisar y fiscalizar los planes, fondos, gestores y regímenes contemplados en el marco normativo que el Sistema Nacional de Pensiones regula en Costa Rica; supervisar los regímenes básicos de pensiones, los regímenes complementarios y el fondo de capitalización laboral; atender las denuncias y consultas relacionadas con el otorgamiento de pensiones o las entidades que la administran; autorizar productos relacionados con pensiones (planes, contratos, comisiones, entre otros).

La sesión de la asociación se llevó a cabo, según fue solicitado por la SUPEN, y las operadoras de pensiones asociadas tomaron decisiones y acuerdos para elevar los precios de las comisiones al máximo permitido por las bandas que existían en ese momento. Se discutió y se catalogó esta cuestión como un hecho probado dentro del proceso contencioso.

A raíz de ello y ante las solicitudes al mismo tiempo y consecutivas de las operadoras de subir el precio, de manera idéntica, la SUPEN presentó una denuncia ante la Comisión de la Competencia para que conociera este caso. Fue la misma SUPEN la que solicitó que la asociación viera el caso y también fue esta la que llevó la denuncia ante la Comisión.

Lo cierto es que la Comisión acogió la denuncia y comenzó con su investigación. Los resultados de la investigación arrojaron como consecuencia que se impusieran altas sumas de dinero, en concepto de multa que, en criterio de la Comisión, eran razonables, por haber considerado que efectivamente durante la sesión de la Asociación, solicitada por la SUPEN, se llegaron a acuerdos que atentaban contra la competencia al acordar,

en conjunto, aumentar los umbrales al máximo permitido en las bandas.

El tema de fondo no es ni fue el hecho de haberse reunido, el cual está consagrado en la Constitución Política: libertad de asociación. Es nuestro criterio que el hecho de que las operadoras se hayan unido en una asociación y se reúnan mediante sesiones no atenta contra la competencia, siempre y cuando no se tomen acuerdos ajenos a su ámbito propio de competencia administrativa y no se tomen acuerdos que lleguen a crear distorsiones del mercado.

El tema de fondo es determinar si, en dicha reunión, se tomaron acuerdos de precios que dieran podrían perjudicar a los administrados y, en especial, si ese acuerdo atenta contra la competencia al considerarse anticompetitivo. Para la Comisión fue muy claro, mediante la prueba indiciaria, que sí se había llegado a un acuerdo en subir los precios, y que dicho acuerdo creó prácticas anticompetitivas; como por ejemplo, que todos presentaran los aumentos de forma orquestada y en un mismo momento, al mismo umbral máximo permitido, que todos sus argumentos fueran por la grave crisis económica, entre otras.

A pesar de que es mucho más débil, la prueba indiciaria, en los casos como el que nos compete, resulta ser de muchísima importancia, y su aplicación es quizá la única que puede llegar a dilucidar, si en un momento específico, se dio un acuerdo que atenta contra la competencia o no.

Teóricamente, se conoce que la prueba indiciaria tiene total validez en nuestro ordenamiento jurídico procesal, en especial cuando es la forma idónea y única para llegar a obtener la verdad real de los hechos, por lo que su aplicación escapa del análisis al no haber duda sobre su validez.

Por supuesto que, para las operadoras, no lo fue así y, mucho menos, tomando en consideración que la misma SUPEN las instó a reunirse para analizar el tema, además de que consideraron

irracionales los montos de dinero por concepto de multa que les fueron aplicados, razón por la cual decidieron interponer la demanda ante el Tribunal Contencioso, quien, al final, tendría la última palabra.

Y es que los actores sostuvieron que se dedicaban a ofrecer pensiones complementarias; pero que debido a que, en el año 2 003, las situaciones del mercado financiero no fueron positivas, además que el negocio de las pensiones era una actividad que iniciaba siendo deficitaria y que, de forma progresiva, comenzaba a generar utilidades, por lo que empezaron a tener problemas financieros en lo interno.

Continuaron argumentando que las operadoras tenían derecho a cobrar sus comisiones dentro de márgenes establecidos de forma previa por la SUPEN, lo que generaba un sistema de bandas donde tenían mínimos y máximos para establecer estas comisiones, en tanto comunicaran estos cambios a sus afiliados. Esta comunicación a los afiliados era necesaria, con el fin de que pudieran decidir si se mantenían con una operadora de pensiones o si se pasarían a otra.

La posibilidad de variar el modelo de comisiones fue conocida en lo interno de la asociación que las agrupa, y las dificultades financieras fueron discutidas en varias sesiones de la asociación que representa a las entidades de pensiones, ante gestiones del mismo superintendente.

Así para el 2004, la SUPEN varió los topes del margen de las comisiones, pasando de un sistema de porcentaje sobre las ganancias, a porcentaje de ganancias y sobre los aportes, tratando de nivelar la situación de las empresas.

Para el 2005, la líder del mercado era la operadora del Banco Nacional que, ante la variación de esquemas, se supeditó al tope superior de la banda de las comisiones permitidas, lo que hicieron las demás operadoras de forma posterior.

Fueron enfáticos al señalar que ellos nunca tuvieron un acuerdo para reaccionar de forma

idéntica y, con ello, perjudicar al usuario, sino que se limitaron a ajustarse a los extremos máximos, pues no estaban teniendo utilidad, y parte de su operación era generarles una utilidad a sus afiliados al momento en que decidieran pensionarse.

Agregaron que, si estaban actuando en un mercado regulado, y los importes de las comisiones fueron autorizados, no era lógico ni posible que la conducta fuera ilícita a la vez. Por último, atacaron fuertemente el acto administrativo como tal, razón por la cual en este trabajo, se analizaron, en los primeros apartados, los elementos que componían el acto administrativo.

Por su parte, los abogados del Estado expusieron en la contestación de la demanda que el acuerdo podía ser expreso o tácito y que, en este caso, la equiparación de la mayoría de las operadoras era una manifestación de la existencia del acuerdo, lo que hacía lícita la conducta de la Comisión y que se encontraba dentro de sus facultades sancionar dicha conducta.

Como hechos no probados para el tribunal, se indicó que no se tuvo prueba en el sentido que se hubiera generado un acuerdo antijurídico entre las actoras, para aumentar las cuotas de las comisiones de manera conjunta y en perjuicio de los consumidores, lo cual guió en gran manera la decisión del colegiado.

De hecho, en el análisis del caso concreto, el tribunal señaló que la Ley de Protección al Trabajador establecía el marco legal de las pensiones complementarias, facultando entre otros aspectos, como medio para cobrar por la administración de los fondos la existencia de comisiones, correspondiéndole a la SUPEN fijar los topes de comisión a cobrar; y que se tenía como hecho probado que la ganancia de las operadoras provenía de las comisiones, en virtud de lo individual del régimen y de la no solidaridad que lo componía.

Y es que, al principio, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero estableció las comisiones y los porcentajes máximos de estas en razón de la utilidad o ganancia percibida. Sin embargo, el escenario financiero cada vez se fue complicando aún más y, en particular, en el ámbito de las pensiones.

No fue sino hasta que, en la sesión 41-04 de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones del 30 de julio de 2004, se discutió la posibilidad de que las operadoras subieran sus comisiones al máximo vigente para mejorar sus ganancias; pero no se adoptó acuerdo alguno, a criterio de los actores para que fuera una práctica a implementar en detrimento del mercado y de las personas consumidoras.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota 667-04 del 10 de septiembre de 2004, solicitó la opinión de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones respecto a la propuesta de modificación del esquema de cobro de comisiones para optar por uno mixto; y fue precisamente el 12 de septiembre de 2004 cuando la Comisión para Promover la Competencia acordó realizar una investigación preliminar a partir de los hechos denunciados por la SUPEN.

En la sesión 43-04 de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones del 17 de septiembre de 2004, se hizo ver que se estaba desaprovechando la flexibilidad del sistema vigente y, en la sesión 44-04 de esa misma asociación, del 5 de octubre de 2004, las operadoras acordaron que el tope de la comisión se estableciera en un 8% de los rendimientos y un 4% sobre los aportes. Se indicó en el juicio que el acuerdo en cuestión era para establecer los topes legales y no para el rubro que cada operadora definiera cobrar.

Entre el 5 de noviembre de 2004 y el 16 de marzo de 2005, se autorizaron incrementos para las operadoras de pensiones, una vez realizadas las publicaciones de ley, y entró a regir a principios del 2005. Las decisiones de cambio de las

comisiones fueron una decisión técnica basada en las condiciones del mercado.

El 6 de diciembre de 2005, la Comisión para Promover la Competencia abrió un procedimiento administrativo contra las empresas actoras por cuando consideró que había un acuerdo entre ellas para aumentar las comisiones que recibían en perjuicio de la persona consumidora.

Como se indicó, por sesión ordinaria 17-2009 de las 17:30 horas del 17 de junio de 2009, la Comisión multó a las empresas actoras por realizar prácticas monopolísticas.

Luego de ese análisis fáctico, el tribunal indicó algo muy interesante que, por su importancia, se transcribe textualmente:

[...] este Tribunal tiene total claridad que la existencia de acuerdos entre competidores, que de una u otra forma alteren la libre competencia en el mercado, son prácticas monopolísticas absolutas y como tal, están prohibidas tanto en la Ley para la promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, en tanto consecuencia directa del canon cuarenta y seis de la Constitución Política. Se trata de conductas que no deben darse por sí, en tanto antinaturales. Acordar cualquier aspecto, es limitar la competencia en ese aspecto y consecuentemente es desnaturalizar el mercado para permitir que sobre uno o varios aspectos esa sana competencia no se dé y con ello se genere un grave perjuicio para el consumidor.

Sin embargo, su análisis, interpretación y criterio con respecto al caso concreto dan un giro, y se indica lo siguiente:

Ahora bien, en este caso existen varios aspectos que ameritan que al presente caso se le otorgue un tratamiento diferente. En primer lugar, la Cámara no logra comprender como si se pretende la competencia entre las operadoras de pensiones, el Estado bajo alguna de sus dependencias y peor aún a la vista y paciencia de la Superintendencia

de Pensiones ha permitido la existencia de una asociación a la que se encuentran afiliadas la totalidad de las operadoras de pensiones. Cualquier acuerdo de coordinación, por mínimo que sea, violenta la libre competencia. En dicho marco, la existencia de una asociación de esa naturaleza no debería estarse dando y mucho menos ser permitida por el Estado. El derecho de asociación del canon veinticinco de la carta fundamental no es absoluto, de suerte que la posibilidad de las personas físicas o jurídicas a reunirse debe ser para fines lícitos; mas en este caso no es fácil pensar cual fin lícito se podría estarse dando dentro de competidores, situación diferente es con respecto a los consumidores. Ahora bien, resulta más inconcebible que la mencionada Superintendencia otorgue audiencia sobre un tema de definición de política pública que afecta tan sensible como lo es la utilidad de las empresas privadas y dirija la consulta a la mencionada asociación. En mínima lógica es de suponer que cualquier propuesta que lleve consigo posibilidades de incremento en los ingresos de las empresas va tener el apoyo, máxime cuando se trata de bandas. El sentido común mínimo nos hace ver que este tema por su naturaleza no era propio de una consulta a los interesados sino de fundamentación a partir de criterios técnicos. Más aún, la existencia de esa consulta, promovida por el Estado, en la figura de un órgano con personería instrumental de un ente público, iba a llevar necesariamente la discusión a lo interno de la asociación de los problemas financieros que estaban afrontando. Si se generó alguna discusión (como se puede apreciar en las actas 41 a la 44 de la asociación) no fue por iniciativa privada sino por cuando el Estado bajo un ente público menor promovió la discusión, lo que de manera incuestionable nunca debió haber hecho. Ya solo ese aspecto mina el dolo de generar un consenso de un acuerdo colusorio sobre un tema que no podía ser objeto de discusión entre las actoras, cuando es el mismo Estado quien no solo lo propició, sino que esperaba un pronunciamiento, como en efecto lo hubo. Recuérdese que la conducta antijurídica se consolida con la existencia del acuerdo (la mera

discusión ya es antijurídica), al margen de si este se cumple o no, y para tales efectos es irrelevante si la totalidad de las empresas estaban o no presentes al momento de la discusión, bastando que se plegaran a lo convenido. Aquí impera un **principio de indubio pro consumidores**, que en caso de duda debe prevalecer el interés de la parte débil de la relación que son las personas afiliadas a las operadoras. Mas no está acreditado la existencia de un acuerdo de subir los cobros de las comisiones a sus extremos máximos como lo hace ver la Comisión del Consumidor, el acuerdo que quedó plasmado en las actas únicamente hace ver que los representantes están de acuerdo en la propuesta presentada por el Estado de variar el sistema de comisiones que había imperado desde el inicio de la vigencia de la Ley de Protección al Trabajador. Lo demás son meras manifestaciones de las preocupaciones sobre los problemas financieros que estaban afrontando. Esa posición era la conclusión lógica que debía darse ante la consulta planteada por el órgano persona responsable de regular el mercado. El Tribunal no encuentra lógica alguna en pretender ahora establecer una sanción ante una consulta realizada por el mismo Estado. Diferente hubiera sido si alguna de las sociedades hubiera llevado el tema por su cuenta, pero no fue así, ellos se limitaron a contestar la audiencia conferida por la dependencia pública. Resulta por demás contradictorio que se haga una consulta y que de manera posterior se pretenda sancionar por contestar la consulta que el mismo Estado como unidad jurídica había hecho. Casi sería como engañar a las empresas para luego sancionarlas. Por una regla básica de inferencia deductiva, una cosa no puede ser algo y al mismo tiempo lo contrario, de manera que una actuación no puede ser una obligación legal y al mismo tiempo antijurídica. Ese solo aspecto determina que no se configure el supuesto normativo que es la generación de un acuerdo por iniciativa propia de los competidores. Aquí no se dió [sic] ese caso, sino que fue la superintendencia quien motivó la discusión, para producir un acuerdo, lo que impediría luego pretender sancionar la existencia de éste. Ahora bien, si ese aspecto,

no es suficiente para considerar que existe un vicio en el motivo del acto, es de precisar que la Comisión parte de la existencia de un hecho acreditado el cual es realidad una inferencia deductiva, la que, por cierto, no es más que una falacia de composición.

Finalmente señala que:

El derecho administrativo no puede desconocer las reglas univocas de la ciencia o de la técnica; y en este caso se aportó prueba técnica consistente en expertos en economía y administración que hicieron ver como la situación fue fruto de la situación económica; y sobre dichos aspectos no se aportó contra prueba alguna en su contra. La consulta como tal, si bien es una muestra de transparencia en la función pública y demuestra un estilo democrático, para el caso, era innecesaria. De tal consulta lo que se emitió fue una recomendación positiva en tanto aminoraba las pérdidas de las empresas en materia de pensiones. Conforme con el análisis de la Comisión a partir de aquí se genera un acuerdo ilícito para incrementar los cobros de cada operadora al tope de las bandas, lo que efectivamente en caso de haberse dado resultaría contrario a derecho. Ahora bien, de la lectura de las actas de la Asociación de las operadoras no es posible llegar a la conclusión que se diera un acuerdo en tal orientación. El Tribunal, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, arriba a la conclusión que tal como lo dijeron los testigos - peritos lo ocurrido es una situación fácilmente explicable en microeconomía.

Mediante el voto n.º 050-IV-2016 de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, tramitado bajo el expediente número 09-001871-1027-CA, el Tribunal Contencioso consideró que las operadoras de pensiones actoras tenían la razón y que no había prueba suficiente que acreditara que efectivamente se había dado un acuerdo en el sentido que la Comisión lo afirmaba, para aumentar los precios y que, por lo tanto, no atentaba contra la competencia, por lo que anuló lo discutido en la sesión ordinaria 17-

2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia, donde les impusieron multas a ciertas operadoras de pensiones al supuestamente haber cometido una práctica que atentaba contra la competencia. Sin embargo, con todo respeto, consideramos que este Tribunal se equivoca en su interpretación y análisis al no avocarse específicamente a la materia en cuestión y no considerar la prueba indiciaria que la Comisión sí analizó, por lo expuesto consideramos que de esa reunión, al menos tácitamente, sí se llegó a un acuerdo colusorio al aumentar los montos a los niveles superiores de las bandas, y esta es una conducta que, así dicho, sí es una práctica que atenta contra la competencia.

La prueba indiciaria no puede pasarse por desapercibida, ya que, en temas de competencia, se deben tomar cualquiera de los indicadores que hagan percibir conductas que lleguen a deformar el mercado.

En el caso en particular, es claro que el acuerdo o lo discutido en la asamblea de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones fue determinante para que, de manera consonante, las operadoras de pensiones multadas decidieran cambiar los rubros de comisiones de administración en cortos períodos de tiempos, valiéndose de un mismo argumento, el rendimiento y la crisis económica. Esos indicios son claros indicadores de prácticas monopolísticas anticompetitivas horizontales, donde los diferentes actores de un mismo nivel del mercado adoptan actitudes para beneficiar sus intereses.

Estas operadoras de pensiones tienen un poder sustancial en el mercado que es fácilmente distinguido. Como indicamos en las primeras páginas, la cotización en el mercado de pensiones es obligatoria en dos etapas para las personas asalariadas según la seguridad social. Asimismo, la ley no enmarca los supuestos mediante los cuales las personas asalariadas puedan

retirar esos fondos si no están de acuerdo con las prácticas de las operadoras, ya que deben cumplirse supuestos específicos para que esto suceda.

Las personas asalariadas no tienen opción en caso de que consideren que son altas las comisiones que cada operadora de pensiones establece, ya que son los únicos entes autorizados para llevar a cabo esta administración. En este sentido, se produce un acuerdo anticompetitivo, ya que, al haber un acuerdo entre tantas operadoras de pensiones, la persona trabajadora no tiene otra opción para poder trasladar sus fondos, ya que todas subieron sus comisiones de una forma orquestada.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el Tribunal erró al momento de dictar sentencia, ya que no vislumbró de forma total como ese acuerdo tácito o conducta repetida por todas las operadoras llegó a afectar el mercado y a las personas consumidoras obligadas a mantener una relación con las operadoras de pensiones en tanto no cumplan con los requisitos establecidos por la legislación de la materia para gozar y disponer de sus aportes.

Referencias bibliográficas

Expediente Administrativo IO-016-04, sus actas, recursos de revocatoria y recursos de apelación.

Voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis.

Superintendencia de Pensiones. 2017. ¿Cómo se compone? Visto en <https://www.supen.fi.cr/como-se-compone>.

Voto n.º 5469-95 de las dieciocho horas tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

García de Enterría E. y Fernández T. (1997). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas.

Voto n.º 7924-99 de las nueve horas treinta minutos del diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Notas

- 2 Superintendencia de Pensiones. 2017. ¿Cómo se compone? Visto en <https://www.supen.fi.cr/como-se-compone>.
- 3 Voto n.º 5469-95 de las dieciocho horas tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.
- 4 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1997). Curso de derecho administrativo. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, p. 556.
- 5 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1997). Curso de derecho administrativo. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, p. 556.
- 6 Voto n.º 7924-99.