

"1.- Con lugar la presente demanda en todos sus extremos. 2.- Que como

consecuencia de lo anterior, se declare que los artículos 34, 61 y 67 del Reglamento General Sobre (sic) Sociedades y Fondos de Inversión emitido por CONASSIF son disconformes con el ordenamiento jurídico en tanto obligan a la Sociedad Administrativa del Fondo a cobrar una compensación por reembolso anticipado al inversionista que solicita un reembolso parcial o total de las participaciones antes de cumplir el plazo respectivo de inversión. 3.- Consecuentemente solicito se declare la anulación total de esas normas en los extremos ya indicados, con efecto retroactivo al momento de su promulgación. 4.- Solicito se condene a los demandados al pago de las costas procesales y personales de este proceso.”

2.- El representante de la parte demandada contestó negativamente y opuso la excepción de falta de derecho.

3.- Para llevar a cabo la audiencia de conciliación se señalaron las 9 horas del 9 de octubre de 2008; a esta asistieron únicamente los representantes de la parte actora, por lo que la audiencia se declaró fracasada.

4.- Para efectuar la audiencia preliminar se señalaron las 10 horas del 11 de diciembre de 2008, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes. En esta se declaró que el proceso corresponde a uno de puro derecho, por lo que se ordenó su traslado a la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo con el fin de proceder al dictado de la sentencia

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, integrada por los Jueces Roberto Garita Navarro, Marianella Álvarez Molina y Cynthia Abarca Gómez, en sentencia no. 0066-2009, de las 16 horas 20 minutos del 20 de

enero de 2009, resolvió: *"Se declara con lugar la demanda incoada por la Asociación Cámara Nacional de Fondos de Inversión contra el Banco Central de Costa Rica. En consecuencia se dispone la nulidad de las normas que infra se señalan, en los siguientes términos: **A)** Se anula totalmente el artículo 61 del Reglamento General sobre Sociedades y Fondos de Inversión, en cuanto obligan a la sociedad administradora del fondo a cobrar una compensación del 5% al inversionista por el reembolso anticipado de fondos, sea total o parcial. **B)** Se anulan parcialmente los numerales 34 y 67 del Reglamento General sobre Sociedades y Fondos de Inversión, en cuanto establecen plazos para el reembolso por salida prematura del fondo en los supuestos regulados en el ordinal 61 de esa normativa. **C)** Son ambas costas a cargo de la parte accionada..."*

6.- El máster Flores Sittenfeld, en su expresado carácter, formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

7.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- Mediante artículo 28 del acta de la sesión 569-2006, celebrada el 6 de abril de 2006, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante conocido por su acrónimo CONASSIF), órgano del Banco Central de Costa Rica, aprobó el Reglamento General sobre Sociedades y Fondos de Inversión. Posteriormente, se reformaron los numerales 34, 61 y 67, los cuales

se impugnan. La Asociación Cámara Nacional de Fondos de Inversión planteó proceso de conocimiento, tramitado como de puro derecho, cuya pretensión, en lo medular, es que se declare disconforme con el ordenamiento jurídico, y en consecuencia se anulen con efecto retroactivo al momento de su promulgación, los artículos reformados del citado Reglamento, en tanto obligan a la sociedad administradora del fondo a cobrar una compensación en caso de que el inversionista solicite un reembolso parcial o total de las participaciones antes de cumplir el plazo respectivo de inversión. Además, requiere, se condene a la accionada al pago de las costas personales y procesales. La representación del Banco Central de Costa Rica contestó en forma negativa e interpuso la excepción de falta de derecho. El Tribunal declaró con lugar la demanda. Anuló, totalmente, el artículo 61, y en forma parcial, los numerales 34 y 67, todos del Reglamento en cuestión, estos últimos en cuanto establecen plazos para el reembolso por salida anticipada del fondo. La nulidad se dispuso con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las disposiciones impugnadas, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y situaciones consolidadas. Condenó a la accionada al pago de ambas costas. Acude en casación el Banco Central de Costa Rica.

II.- Sobre la legitimación. Previo a ingresar en el análisis de los reparos planteados en el recurso, es preciso referirse, por las particularidades del sub examine, a la legitimación de la Asociación Cámara Nacional de Fondos de Inversión para accionar en este proceso. Ello, toda vez que los efectos de la medida impugnada recaen, principalmente, sobre los inversionistas. En primer término, conviene referirse al concepto de la legitimación procesal, la cual ha

sido definida como *"un presupuesto sustancial de toda acción, necesaria para que se dicte una sentencia estimatoria, y por ello, junto con el derecho y el interés, es revisable aún de oficio. Es la aptitud para ser parte en un proceso, como actor (activa) o demandado (pasiva). La primera, ocurre cuando existe plena correspondencia entre el titular del derecho o interés y el demandante."*

(voto 258-F-S1-2010 de las 14 horas del 18 de febrero de 2010). De igual forma, se ha dicho que *"consiste en la idoneidad del sujeto para alegar una pretensión"* (voto 590-F-S1-2010 de 9 horas 30 minutos del 12 de junio de 2009). En el presente caso, la Asociación actora participa en el proceso, no en virtud de un interés propio, sino en representación de sus agremiados (interés corporativo). Así las cosas, a pesar de que la disposición impugnada surte sus efectos respecto de los inversionistas (y que por tal condición resultan legitimados en forma directa), lo cierto es que las sociedades administradoras de fondos de inversión resultan afectadas en forma indirecta, en la medida en que no cabe duda que se trata de una medida que puede afectar la actividad financiera que realizan, haciéndola menos atractiva respecto de otras. En este sentido, aún y cuando esta Cámara tiene claro que este tipo de productos se encuentran dirigidos a clientes con un perfil de inversión específico, no puede negarse la posibilidad de que, eventualmente, se genere un arbitraje regulatorio. Esto hace que a los agremiados de la actora, y en consecuencia a esta, les asista un interés legítimo en el respeto del ordenamiento jurídico con base en el cual accionar ante los órganos jurisdiccionales.

Casación por violación de normas procesales.

III.- Como **primer** agravio, recrimina que el Tribunal irrespetó los plazos establecidos en el Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA), tanto para el dictado de la sentencia, como para su notificación. **a-)** En cuanto al primero, expone, ante la ausencia de regulación específica para el caso del proceso de puro derecho, se debe aplicar, en forma analógica, lo establecido en el numeral 69 del Código de rito. Así, considera, al haberse remitido el expediente a la sección del Tribunal que le correspondía resolverlo el día 18 de diciembre de 2008, la fecha límite en la que se debió dictar la sentencia fue el 8 de enero de 2009, y no el 20 de ese mismo mes, como aconteció. **b-)** En cuanto a la notificación del fallo, indica, si bien es cierto no se llevó a cabo el juicio oral y público, el plazo de 15 días que dispone el precepto 111 del cuerpo normativo citado se debe aplicar, en forma analógica, a partir de la finalización de la audiencia preliminar, realizada el 11 de diciembre de 2008. El recurrente alega, por un lado, que la voluntad del legislador al fijar plazos de resolución es tutelar el derecho de los interesados de obtener justicia pronta y cumplida. Agrega, en la medida en que el CPCA dispone, para este tipo de procesos, que una vez terminada la audiencia preliminar, el juez tramitador, "*acto seguido*", remitirá el expediente, por lo que ha de entenderse que dicha acción debe ser realizada en ese mismo día. Lo anterior, por el principio de celeridad que rige el proceso de puro derecho. Por otro lado, asevera que la sentencia reconoce la aplicación de la norma en cuestión, pero lo hace en forma indebida al contar el plazo a partir de que se recibió el expediente. Finalmente, se refiere al artículo 82 inciso 4 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción

Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, e indica que dicho cardinal se refiere al “plazo para resolver” y no para notificar; y en todo caso, plantea, no podría interpretarse de manera que contradiga lo dispuesto por los preceptos de rango legal.

IV.- A pesar de que se plantea como un único reparo, el desarrollo que se realiza se puede dividir en dos aspectos concretos. Por un lado, el incumplimiento del plazo para resolver, y por el otro, que la notificación fue, igualmente, extemporánea. En lo que concierne al primer punto, cabe destacar que el numeral 111 del CPCA establece, como regla general, que una vez finalizado el juicio oral y público, el Tribunal debe deliberar en forma inmediata y dictar la respectiva sentencia. En forma excepcional, y para casos que en criterio de los juzgadores presente una complejidad que así lo amerite, la emisión del fallo así como su notificación (que en el caso de la sentencia oral ambos momentos son uno sólo) se puede diferir hasta por un plazo máximo de 15 días. Todo lo anterior, so pena de que, en caso de incumplimiento, se producirá la nulidad de lo actuado por el Tribunal de Juicio, por lo que se deberá repetir la audiencia de juicio ante una nueva integración. Lo preceptuado tiene como fundamento garantizar la debida aplicación del principio de concentración. Al exigirse que la deliberación inicie una vez finalizado el juicio, se logra que el contacto directo de los juzgadores con la prueba recibida, y por ende, su apreciación, permeé la solución del caso concreto, en particular, en la fijación de los hechos probados y no probados. Se procura que la relación con el acervo probatorio se plasme de la mejor manera en la sentencia, y se evite que el transcurso del tiempo torne en nugatorio las

múltiples ventajas que ofrece dicho acercamiento del juez con la prueba. Un proceso estructurado sobre la base de etapas orales, además de la celeridad que obtiene, otorga al juez un contacto directo con la prueba; sin embargo, el transcurso del tiempo afecta la percepción de este, lo que puede incidir en la solución final dada a la disputa. Es por esto que se dispone la nulidad de lo actuado en caso de que se irrespete el plazo prudencial fijado en la ley. Ahora bien, conviene referirse a la aplicación de la anterior regla en aquellos procesos declarados de puro derecho, respecto de los cuales, el texto legal no contiene una previsión expresa, laguna que fue suplida mediante el ordinal 82.4 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, en el que se dispuso el plazo de cinco días. En primer lugar, es preciso señalar que, en estos, el punto a dilucidar se circunscribe a una cuestión eminentemente jurídica, es decir, sobre la interpretación y aplicación de las normas relevantes para la especie fáctica, respecto de la cual no existe mayor discusión. De ahí la particularidad de que no se necesite recibir declaraciones de las partes, testigos o peritos (situación que no implica la inexistencia de prueba que valorar). Esto permite que el principio de concentración e inmediación irradie de manera distinta la tramitación de estos asuntos, ya que, de ser necesaria la apreciación de una probanza, esta sería documental, la cual no requiere de la inmediatez como elemento esencial para su mejor apreciación. Esta diferencia entre ambos tipos de procesos (juicio oral y puro derecho) trasciende, en lo que a este agravio se refiere, lo meramente formal y académico, para incidir de manera directa sobre la naturaleza del plazo otorgado por las normas “adjetivas” para que se emita la

sentencia. En el caso del juicio oral, del cardinal 111 del CPCA se desprende, en forma diáfana que los 15 días en el establecidos son de orden perentorio. Esto a tono con lo ya expuesto sobre la finalidad que persigue la norma y la consecuencia prevista en caso de su inaplicación. Lo mismo no puede ser dicho del proceso de puro derecho, en el cual los 5 días otorgados por el reglamento resultan de carácter ordenatorio, cuyo incumplimiento no tiene la virtud de anular el fallo. Primero, por cuanto no existe disposición que así lo ordene, pero más representativo es el que no se reciba prueba en forma presencial. A partir de lo anterior, la sanción procesal de nulidad prevista para los otros procesos resulta incompatible, y por el contrario, su aplicación extensiva conllevaría a la adopción de un criterio de la nulidad por la nulidad misma, contrario a los principios de la actividad procesal defectuosa que vinculan este efecto a vicios sustanciales del acto procesal. Con base en lo anterior, y siendo que la sanción prevista en el ordinal 111 CPCA no resulta aplicable a este tipo de procesos, no lleva razón la recurrente en su reclamo. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, no se comparte lo indicado en cuanto a que el inicio del plazo para resolver (dies a quo) coincide con la finalización de la audiencia preliminar, una vez rendidas las conclusiones por las partes, según el precepto 111 ya citado. Esto por cuanto, como ya quedó dicho, el precepto a que se alude resulta aplicable al proceso con etapa de juicio oral, no así respecto de los de puro derecho, para los cuales la ley no contiene ninguna disposición sobre el tema. Por ello, y en atención al cardinal 82.4 del Reglamento, el plazo inicia a contar una vez que el expediente haya sido remitido. De acuerdo a la concatenación de etapas en los procesos de puro derecho, se prescinde de la realización del

debate oral y público, de forma tal que el juez tramitador, en la misma audiencia preliminar, le concede a las partes la oportunidad para que formulen las conclusiones correspondientes. Luego, remite el expediente al Tribunal a fin de que dicte la sentencia. Obsérvese, que tanto la disposición aplicable al juicio oral, como la referida a los de puro derecho, presentan la misma circunstancia desencadenante del inicio del plazo, esto es, el momento a partir del cual los juzgadores cuentan con los insumos necesarios para adoptar la decisión que en derecho corresponda, y por ende, se encuentran en posibilidad de deliberar. Así, en el sub examine, no es sino hasta que el Tribunal recibió el expediente que puede iniciar su análisis, por lo que el plazo debe computarse a partir de la fecha consignada en el auto de pase, tal y como lo dispone el reglamento y se indicó en la sentencia impugnada. El recurrente aduce que la resolución debió dictarse el 8 de enero de 2009, sin embargo, dicha afirmación se sustenta en que el cómputo del plazo debía realizarse a partir de concluida la audiencia preliminar, lo cual, como se indicó, resulta incorrecto. Así las cosas, y aún prescindiendo de lo dicho en cuanto a la naturaleza ordenatoria del plazo conferido en la normativa infralegal, se observa que el fallo fue dictado dentro del plazo, ya que la remisión del expediente se dio el 18 de diciembre de 2008. Ahora bien, en lo que atañe al alegato concerniente a la notificación extemporánea, es menester señalar que este acto resulta accesorio a la sentencia, por lo que su tratamiento debe ser similar, lo que excluye la posibilidad de que esto genere la nulidad de lo actuado. En consecuencia, no se produce infracción alguna de los numerales citados por el recurrente, lo que obliga al rechazo de su reproche.

V.- Como **segundo** agravio, alude, la decisión del juez tramitador de rechazar determinada prueba colocó a su representada en un estado de indefensión. Cuestiona el criterio utilizado de que las probanzas admisibles eran, únicamente, aquellas relacionadas con los hechos controvertidos, a pesar de que ambas partes coincidían, en el caso concreto, que los hechos de la demanda no resultaban relevantes para la determinación de la validez de las normas impugnadas, sino que constituían meros antecedentes. Detalla, los documentos no aceptados son: 1) "Las principales características de los fondos extranjeros que se comercializan en Costa Rica"; 2) Cuadro sobre el porcentaje de comisión de salida cobrada por las sociedades administradoras de fondos de inversión respecto a los ingresos totales acumulados al cierre de cada período; 3) Cuadro "Fondos financieros abiertos de largo plazo Evolución de la cantidad de inversionistas"; 4) Fondos financieros Abiertos de largo plazo. Evolución de los activos totales administrados. Reitera los argumentos detallados para fundamentar el recurso de revocatoria, dentro de los cuales destaca que no se trata de un tema de pura legalidad, sino que se requiere entrar al análisis de los elementos técnicos y cuestiona que sean factores no relacionados con la finalidad del juicio los que determinen la admisión de la prueba. Recrimina una indebida aplicación de la normativa relativa a las fuentes probatorias, citando los ordinales 58 y 64 del CPCA, de los cuales extrae que en ningún momento se dispone la limitación a que hace referencia el juez tramitador, señalando que incluso se puede desprender su procedencia respecto de los argumentos utilizados. De igual forma, expone, su interpretación de los numerales 90 y 93

sobre el tema, la cual se enmarca dentro del lineamiento general indicado en las líneas precedentes.

VI.- Si bien la regulación del CPCA prescinde de ciertas formalidades, no por ello abandona el tecnicismo propio del recurso de casación. En línea con lo anterior, el ordinal 139.3 del Código de rito exige que se indique la fundamentación fáctica en que se basa la inconformidad con el fallo recurrido. El casacionista, al plantear sus alegatos, debe dirigirlos a combatir la sentencia del Tribunal, y que para los efectos del agravio que se analizan, no basta con el alegato de una eventual indefensión. El reparo es omiso en cuanto al contenido, pertinencia y finalidad de los elementos de convicción cuya inadmisión se recrimina, pues no se aclara el o los hechos que vendrían a comprobar. El deber probatorio obliga a demostrar aquellos hechos que determinan el marco jurídico aplicable y le dan sustento a las pretensiones y defensas de las partes, por lo que dentro de los criterios de admisibilidad se encuentra la relación de los elementos probatorios con el objeto del proceso, y por ende, con los hechos que le dan sustento, especialmente –aunque no exclusivamente-, los controvertidos. También es cierto que puede admitirse prueba sobre hechos nuevos o sobre aquellos que, aunque no contemplados por la demanda, se consideran imprescindibles para la parte accionada. De igual forma, resulta procedente incorporar al acervo probatorio elementos de convicción cuando sean tendientes a acreditar aspectos adicionales y relevantes del hecho planteado, o bien, cuando se refieran a hechos secundarios, es decir, aquellos a partir de los cuales se puedan inferir los principales. Así, tomando en cuenta que el fallo que se impugna justificó la anulación de las normas

reglamentarias en el quebranto del principio de jerarquía normativa (al extralimitar el contenido del numeral 68 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores), así como el hecho que las disposiciones contravenían derechos fundamentales de los inversionistas, no se esgrime, ni aún en forma leve, en que forma las pruebas en cuestión vendrían a incidir sobre tales conclusiones, lo que torna informal el reparo y obliga a su rechazo.

Casación por violación de normas sustanciales.

VII.- En su **tercer** agravio, aduce, se dio una preterición de prueba como consecuencia de los elementos de convicción que fueron inadmitidos, remitiendo a lo indicado en el segundo agravio de índole procesal. Agrega, limitar la prueba a los hechos controvertidos le coloca en una situación de absoluta desventaja, en la medida en que estos son propuestos por la actora. Máxime que existen hechos favorables a la Administración, afirma, que podrían no ser discutidos ni demostrados por no considerarse controvertidos.

VIII.- En la anterior censura, si bien no se puntualiza cuáles son los elementos probatorios que fueron preteridos, atendiendo a la unidad del recurso, no cabe duda que el casacionista se refiere a aquellos que no fueron admitidos en la audiencia preliminar. En ese tanto, debe recordarse que el vicio en cuestión se produce cuando uno o varios elementos que integran el acervo probatorio no son considerados por el juzgador. Con base en lo anterior, la probanza cuya falta de valoración –por omisión– se acusa debe integrar el acervo probatorio que se encuentra a disposición del órgano jurisdiccional, lo que requiere que este haya sido admitido en la etapa procesal correspondiente. Así las cosas, y de acuerdo a lo que se resolvió en el considerando V, al no

haberse incurrido en yerro alguno al momento en que se rechazó el ofrecimiento realizado, y en la medida en que el presente agravio versa sobre los mismos elementos demostrativos, tampoco se puede afirmar que existió un error de derecho. Como consecuencia lógica de lo anterior, tampoco es dable afirmar que se colocó a la demandada en una situación de indefensión. Finalmente, en torno a los alegatos relacionados con la limitación en la iniciativa probatoria de la accionada, tómese en cuenta lo ya manifestado en torno a la relación entre los hechos y la prueba. Así, el cargo debe ser rechazado.

IX.- Previo al análisis de los reparos planteados por el recurrente, resulta necesario aclarar que, en su impugnación, desarrolla tres aspectos puntuales, titulados “artículo 68 de la LRMV”, “Fundamento jurídico y técnico financiero del artículo 61 y de la reforma a los artículos 34 y 67 del Reglamento general sobre sociedades administradoras de fondos de inversión” y “Falta de demostración de incidencia negativa del retiro anticipado en el mercado”. Debido a la íntima conexión que existe entre estos, se agruparán y analizarán en forma conjunta.

X.- Como **cuarto** agravio, el recurrente expone los puntos que a continuación se detallan. **A)** Endilga una indebida interpretación del numeral 68 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del 61 del Reglamento General sobre Sociedades y Fondos de Inversión. Respecto del primero, afirma, regula la posibilidad que tienen las sociedades administradores de fondos de inversión (en adelante SAFI´s) de obtener una retribución por gestionar el fondo. Dentro de esta lógica, señala, el párrafo primero regula la comisión que se carga contra el patrimonio del fondo, en forma periódica, como pago por los servicios que presta, mientras que el segundo, versa sobre una retribución por los

trámites necesarios para integrar o retirar a una persona del fondo, siendo que en todos los casos, el fin que persigue la Ley es retribuir a la SAFI por el servicio prestado, y no proteger los intereses de los inversionistas o el orden del mercado. Apunta, el Tribunal incurrió en contradicción al reconocer que las normas impugnadas eran de carácter prudencial, para luego enmarcarlas dentro del precepto 68, el cual, reitera, se refiere a la retribución de las SAFI's. Argumenta, de acuerdo a la ubicación de dicho cardinal dentro de la estructura de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, así como su denominación, resulta clara la distinta naturaleza de la comisión que dio origen a este proceso, ya que no es de administración sino prudencial, a lo que agrega, en el caso de la norma reglamentaria que se discute, el beneficiario de esta es el fondo, es decir, los inversionistas. Dice, durante las conclusiones, se insistió en el fundamento jurídico de la compensación por retiro, el cual ubica en los artículos 3, 8 inciso b), 92 y 171 del cuerpo normativo señalado y no en el canon 68 de cita . El otro punto desarrollado fue el fin que perseguía, el cual identifica como una medida para evitar daños a los cientos o miles de inversionistas que participan del fondo, mantener la disciplina del sector y evitar riesgos de insolvencia o falta de liquidez como consecuencia de salidas masivas de inversionistas, como ocurrió durante la crisis del 2004. Se busca, indica, que el inversionista tenga clara la naturaleza del fondo en el que está invirtiendo y que si necesita el dinero a la vista, debe invertir en fondos de este tipo (líquidos o del mercado de dinero). Recrimina, el Tribunal obvió todas las diferencias existentes y concluyó que se trata del mismo supuesto fáctico en cuanto impone una comisión o sanción económica por la salida del fondo, la cual,

además, transforma una discrecionalidad del administrador en una obligación, quebrantando la ley que le fundamenta. La diferencia más importante, sintetiza, se encuentra en la finalidad que persiguen ambas. **B)** Identifica el fundamento jurídico y técnico financiero del artículo 61 y de las reformas realizadas a los preceptos 34 y 67 del Reglamento General sobre Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión en los cánones 3, 8 inciso b), 92 y 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. De conformidad con el primero, afirma, le corresponde a la Superintendencia General de Valores regular los mercados de valores y la actividad de quienes intervengan directa o indirectamente en ellos, dentro de los cuales se encuentran los inversionistas, por disposición del ordinal 6 de la ley de cita. Asimismo, señala, de la relación de los artículos 8 inciso b) y 171, la regulación es emitida por el CONASSIF. Dentro de las facultades del superintendente, destaca, se encuentra el adoptar todas las acciones necesarias para el cumplimiento efectivo de las funciones de autorización, regulación, supervisión y fiscalización, dentro de las cuales, identifica, las medidas prudenciales (sobre estas, realiza la cita del dictamen C-384-2003 de la Procuraduría General de la República). Continúa su exposición haciendo referencia al precepto 92, el cual se refiere a los reembolsos a los inversionistas, los cuales se deberán realizar conforme a los procedimientos y los plazos establecidos en el prospecto del fondo y en concordancia con la Ley y los reglamentos emanados de la Superintendencia. Asevera, si bien pudo fijarse un plazo de reembolso mayor al actual (que se ubica en $(t+1)$ y $(t+10)$), se optó por una medida menos gravosa, haciendo que el inversionista no tenga que esperar tanto para recibir su liquidación. La sentencia que se impugna,

arguye, no se refiere a estos cardinales, siendo que su análisis se circunscribió a los numerales 68 y 171 de reiterada cita. Dice, a pesar de que el Tribunal concluye que las normas impugnadas son de ejecución de una ley, estas corresponden a potestades de reglamentación autónoma. Refiere a la existencia de relaciones de sujeción especial, que se caracterizan por ser más especializadas y que otorgan, a la Administración, poderes adicionales, y al administrado, obligaciones especiales. Considera que los inversionistas se ven afectados por las potestades de regulación autónomas, no sólo en razón del binomio fiscalizador-fiscalizado, como lo señala la sentencia recurrida, sino también dentro de la relación regulador-participante del mercado. En cuanto a los derechos fundamentales como límites de las potestades regulatorias, expone que los primeros no son ilimitados. Luego de referirse a los elementos constitutivos del principio de libre contratación, señala que la compensación por retiro anticipado no lo limita en lo absoluto, ya que no restringe la libre escogencia, por parte del inversionista, de la SAFI, ni del tipo de producto. Concluye, no puede asimilarse la comisión con una sanción. **C)** Recrimina que en la sentencia se indica que no se logró acreditar en el proceso la incidencia negativa que los retiros anticipados pueda provocar en el sistema financiero o en el mercado de inversiones. Reclama el que se le haya rechazado la prueba técnica y que en la sentencia se indique que no demostró la incidencia negativa de los retiros anticipados. Un proceso de puro derecho, dice, debe entenderse que no corresponde al análisis de actuaciones de la Administración, sino de la validez de las normas. A pesar de lo anterior, tanto en la demanda como en lo expuesto durante la audiencia se explicó, en su criterio, los aspectos técnicos

correspondientes, y en todo caso, el Tribunal estaba habilitado para solicitar prueba para mejor resolver. La compensación, indica, es un mecanismo que opera en la relación *"inversionista que no respeta el plazo del producto – a favor de miles o cientos de inversionistas que permanecen en el largo plazo"*, y en esta, la sociedad administradora se limita a hacer la deducción a favor del fondo. Destaca, durante la etapa de conclusiones, el señor Rodrigo Segura Cano, director a.i. de la División de Supervisión de Fondos de Inversión y Emisores de la SUGEVAL, se refirió a la figura de los fondos de inversión a largo plazo, y transcribe parte de la grabación. A partir de ello, considera que está acreditado lo que recrimina el despacho. Refiere a lo acontecido en el 2004, cuando se dio una situación de ajuste, bajaron los precios de los títulos y como consecuencia, se presentaron retiros masivos que agravaron la situación, ya que los fondos tienen invertidos los recursos a largo plazo y se ven en la necesidad de contar con liquidez, y por ende, la estabilidad del sistema. Arguye, este antecedente hizo evidente la necesidad de contar con mecanismos que permitan mantener el orden del mercado, de forma tal que el impacto en fondos a largo plazo que cuenten con una compensación por retiros inesperados sería mucho menor.

XI.- Sobre el ámbito competencial de los órganos de supervisión. Previo a ingresar en el análisis de la potestad reglamentaria, y su ejercicio en el caso concreto, conviene referirse, en forma general, respecto de la estructura competencial establecida en el ordenamiento jurídico en materia de supervisión, concepto que se encuentra integrado por la fiscalización y la regulación. Para cumplir con estas funciones, el legislador optó por distribuir las

distintas competencias que conforman estas potestades en una serie de órganos adscritos al Banco Central de Costa Rica. Para efectos de fiscalizar determinadas actividades, debido a su importancia en la sociedad, creó cuatro superintendencias, bajo la figura de órganos de desconcentración máxima, a saber, la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones y, recientemente, la Superintendencia General de Seguros. De estas, las dos últimas cuentan con personalidad jurídica instrumental. Desde el punto de vista orgánico, cada una de estas cuenta con un superintendente, que actúa como jerarca en materia administrativa. A estas les corresponde, según la materia, verificar el cumplimiento, por parte de las entidades fiscalizadas, de las disposiciones que integran los respectivos subsistemas normativos, así como la estabilidad del sistema, en lo que les corresponde según su ámbito competencial. Junto con las superintendencias, mediante la LRMV se creó, además, un órgano denominado Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. A éste se le asigna, principalmente, la función de regulación del sistema (171 LRMV), para lo cual se le otorga una potestad reglamentaria. Respecto de esta última, conviene aclarar que, con algunas excepciones, implica una actuación compleja, similar al acto complejo, en la medida en que es competencia de cada una de los órganos desconcentrados, el proponer el texto de la normativa infralegal, la cual es sometida a un trámite de aprobación. Asimismo, actúa como jerarca impropio monofásico de las superintendencias para efectos impugnaticios.

XII.- Sobre la potestad reglamentaria. El objeto de la presente litis se circunscribe a determinar si las disposiciones impugnadas se encuentran dentro del ámbito competencial que, en materia de emisión de normas infralegales, le asigna el ordenamiento jurídico al CONASSIF, y es en ese tanto, que se debe valorar la sentencia impugnada. Desde esta perspectiva, resulta esencial referirse al contenido de la potestad en cuestión, así como a los distintos tipos de reglamentos que puede emitir la Administración Pública. Tradicionalmente, se ha indicado que estos se pueden clasificar en dos grandes grupos, para lo cual, entre otras, puede verse el voto de esta Sala no. 749-F-04 de las 9 horas 30 minutos del 10 de setiembre de 2004 y de la Sala Constitucional, entre otros, los fallos no. 2005-14286 de las 14 horas con 45 minutos del 19 de octubre de 2005 y 2007-02063 de las 14 horas 45 minutos del 14 de febrero de 2007. El primero de ellos, regulado en el numeral 140 incisos 3) y 18) de la Constitución Política, es el ejecutivo, mediante el cual se desarrollan los contenidos de una norma de rango legal. Se trata de una disposición complementaria, que sirve para precisar el contenido o para facilitar la implementación de lo preceptuado en la ley. En este sentido, tanto la jurisprudencia constitucional, jurisdiccional como la administrativa, ha admitido que este tipo de normas pueden provenir, únicamente, del Poder Ejecutivo. Sobre este particular, la Sala Constitucional ha indicado que no es "*posible intentar hacer una interpretación extensiva a favor de las otras dependencias públicas*" (voto 17599 -2006 de las 15 horas del 6 de diciembre de 2006). Cabe agregar, se trata de una potestad autónoma, cuya habilitación está dada en forma genérica en la Carta Magna, de forma que el Poder Ejecutivo se

encuentra facultado para reglamentar, *motu proprio*, cualquier ley de la República. Dicho de otra manera, carece de relevancia la existencia o no de una habilitación en la ley, en la medida en que la competencia está dada a nivel constitucional y se puede ejercer respecto de todas las leyes emitidas, sea que estas lo prevean o no. Esto, claro está, sin perjuicio de que una norma legal convierta esta facultad en un deber, situación que, en todo caso, no varía su naturaleza. La segunda tipología de reglamentos es la de los autónomos, los cuales tienen por objeto regular la organización de las dependencias administrativas, en cuyo caso se denominan "autónomos de organización", o bien, el funcionamiento de los servicios que presta, referidos en forma genérica como "autónomos de servicio". Estos pueden dimanar tanto de la Administración Central como a la descentralizada. En el caso de la primera, en virtud del texto expreso contenido en el inciso 18) del artículo 140 constitucional, y para la segunda, como una derivación lógica y necesaria de la potestad de auto-organización implícita en el grado de autonomía que les es otorgada al momento de su creación. Ahora bien, a pesar de que esta es la distinción que, tradicionalmente, se ha admitido en materia reglamentaria, la realidad impone un replanteamiento de esta distinción tradicional. Esto por cuanto el legislador, cada vez con mayor frecuencia, confiere la obligación de reglamentar una ley a un ente público descentralizado tomando en consideración su competencia específica y su especialidad según la materia, lo que viene a cuestionar y resquebrajar la categorización antes realizada. En estos supuestos, no puede afirmarse que se trate de reglamentos autónomos, por cuanto su objeto es, la más de las veces, precisar los alcances de los

preceptos normativos incorporados en la ley. Pero tampoco pueden asimilarse con los ejecutivos, a pesar de que concurra una identidad en cuanto a la materia que desarrollan, toda vez que no son emitidos en el ejercicio de la facultad constitucional de reglamentar las leyes, característica propia de este tipo de reglamentos, según lo ya explicado. Esto hace que estos cuerpos normativos infralegales adquieran contornos propios, reconocidos a nivel doctrinal, que a su vez vienen a fijar su principal característica definitoria, cual es, que su ejercicio depende del precepto legal en que se disponga la habilitación incorporada en el cuerpo legal. Dicho de otra manera, como consecuencia del principio de legalidad, la materia que puede ser desarrollada por estas normas es, únicamente, aquella para la cual el legislador le facultó en forma expresa, mediante la asignación de una competencia específica. En esto se diferencian, de manera radical, del reglamento ejecutivo, el cual puede abarcar la totalidad de la regulación contenida en la ley. Así, en tanto en el primer caso la habilitación es específica y derivada, en el segundo es genérica y autónoma, según se indicó. Por ello, la administración descentralizada u órgano adscrito a esta, al que se le asigne esta competencia –la de reglamentar-, únicamente podrá normar aquello para lo cual fue expresamente autorizado en la ley, sometido a las reglas contenidas en la LGAP sobre competencia (artículos 59 y concordantes). Lo anterior, claro está, constituye un límite adicional y particular que se debe agregar a aquellos que comparte con las otras categorías reglamentarias, y que se encuentran regulados, principalmente, en los ordinales 19 y 124 de la LGAP. En virtud de estos preceptos, los derechos fundamentales no pueden ser objeto de desarrollo a nivel infralegal. Tampoco

es factible la imposición de penas, multas, tasas, exacciones o cargas similares, ni puede suplir la ausencia de ley en aquellas materias en donde exista una reserva, relativa o absoluta, a favor de una norma de ese rango. Finalmente, es importante referirse al engarce de lo expuesto hasta este punto con el texto constitucional. Ciertamente la Constitución Política no reconoce una potestad reglamentaria a los entes públicos menores. Sin embargo, tampoco les inhibe en forma refleja de actuar esta competencia, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad, y por ende, la respectiva habilitación. En este sentido, debe observarse que el tantas veces citado artículo 140, al regular esta potestad dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, no aclara que esta le corresponda a título exclusivo, como si lo hace en otros supuestos (v.gr. cardinales 121 y 139 de la Carta Magna). No se trata de admitir una transferencia de competencias constitucionales, lo cual es a todas luces improcedente. Empero, debe reconocerse que se trata de competencias distintas, en la medida en que, la de emitir reglamentos ejecutivos es genérica y autónoma y la que acá se comenta es específica y derivada. Además, debe añadirse que, por virtud del canon 6 de la LGAP, existe una diferencia jerárquica entre ambos, en donde prevalecen los primeros, todo lo cual viene a confirmar que se trata de figuras jurídicas perfectamente diferenciables desde el plano jurídico. La anterior precisión lleva a afirmar que no se trata de una transferencia, en la medida en que la habilitación realizada a favor de un ente descentralizado en nada enerva la potestad constitucional propia del Poder Ejecutivo, por lo que ambos pueden regular un mismo cuerpo normativo, con la diferencia jerárquica ya apuntada.

XIII.- Sobre la competencia del CONASSIF. Tomando como base lo indicado en el anterior considerando, es necesario referirse a la potestad reglamentaria conferida al CONASSIF. Su fundamento normativo se ubica en el ordinal 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, el cual regula, en términos generales, las materias respecto de las cuales se da la habilitación legal, sin perjuicio de la existencia de otras disposiciones especiales. Sobre estos, la Sala Constitucional, en el voto 99-9236 de las 20 horas 11 minutos del 23 de noviembre de 1999 y, más recientemente, en el 17599-2006 de las 15 horas del 6 de diciembre de 2006, ha indicado que deben ser considerados dentro de la categoría de los autónomos de servicio. Esto por cuanto su contenido no es propio de un reglamento ejecutivo, sino que tiene por finalidad establecer criterios técnicos que permitan el ejercicio de la competencia de fiscalización de la Superintendencia, aseverando que este es el servicio que presta (voto 99-9236 de las 20 horas 11 minutos del 23 de noviembre de 1999). No obstante lo anterior, lo cierto es que, si bien algunas normas reglamentarias específicas pueden ubicarse dentro de la categoría indicada, no todas cumplen con sus características definitorias. Resulta innegable que, en la mayoría de los supuestos, los destinatarios de la regulación prudencial son las instituciones fiscalizadas, las cuales, en cuanto a la actividad que realizan, no mantienen ningún vínculo con la Administración Pública más allá de la supervisión a la que se encuentran sometidas. No actúan a nombre y por cuenta de la Administración –cual si fuera un servicio público-, por lo que no resulta atendible el argumento de que se trata de disposiciones tendientes a normar la prestación de servicios encomendados al Estado, lo que constituye la

materia propia de la categoría reglamentaria en cuestión. Debe reconocerse, por el contrario, que la legislación ha delegado en el CONASSIF la regulación de la actividad financiera, otorgándole la competencia específica de emitir reglamentos que imponen la creación, modificación o supresión de situaciones jurídicas de los sujetos fiscalizados, o bien, el desarrollo de un texto legal. En estos casos, se trata de una habilitación legal específica, en los términos consignados en el considerando anterior, que constituye el límite competencial del CONASSIF, siendo que, como se dijo, no se trata de una potestad autónoma y genérica, sino derivada y específica. En suma, según se colige del marco general expuesto, resulta necesario determinar, en cada caso concreto, si el contenido material de la norma atañe o no al servicio que prestan las superintendencias, o si por el contrario, constituyen normas jurídicas destinadas a regular la actividad de un tercero fuera de la relación jurídica de servicio que los vincula, a efectos de determinar el tipo de reglamento que se trata, y por ende, su régimen jurídico.

XIV.- Sobre las relaciones de sujeción especial. En línea con lo anterior, especial comentario requiere el argumento de que existe una relación de sujeción especial entre supervisores y supervisados, y su efecto sobre la potestad que se comenta. Este instituto del derecho administrativo, de origen alemán, ha sido utilizado para justificar un debilitamiento de los derechos y garantías de los particulares, en el marco de una dependencia, de especial intensidad, entre el administrado y la Administración, en donde el primero cede en sus derechos, y la primera aumenta sus poderes. A partir de esta descripción de la figura, es preciso incorporar en su análisis los postulados

básicos de un Estado Social de Derecho, como lo es el costarricense, en donde el respeto de los derechos de los particulares se erige como pilar esencial. Aún más, al Poder Público le corresponde garantizar el ejercicio de estos, ya sea mediante un no hacer, o bien, adoptando la conducta contraria, es decir, realizando aquellas actividades que sean impuestas por las necesidades de la colectividad y amparadas por la legislación vigente. Esto conlleva, desde la perspectiva de la Administración, su sometimiento al principio de legalidad, a partir del cual, cualquier actuación suya debe encontrar cobertura en el ordenamiento jurídico, como derivación, a su vez, del principio democrático, ya que la legitimidad en la actuación pública deviene de la soberanía popular, manifestada a través de la ley emitida por sus representantes. Desde la vertiente activa de la tipología de la función administrativa, esto implica que debe darse la necesaria habilitación de la conducta, sea formal o material; caso contrario, existe un impedimento legal insalvable que evita el desarrollo de una actividad pública. Cabe aclarar que la cobertura legal no debe buscarse, en todos los casos, en un texto expreso que contenga el presupuesto de hecho, sino que, en forma excepcional, se puede derivar de regulaciones generales relativas a competencias o funciones ya establecidas y que sean complementarias. En todo caso, aún en este supuesto, siempre debe ser posible reconducir la conducta a un fundamento normativo contenido en disposiciones de rango legal. Es en virtud de lo anterior que, en criterio de esta Sala, no es dable justificar la existencia de potestades implícitas amparadas en el concepto de relaciones de sujeción especial. No desconoce este órgano lo dispuesto por el ordinal 14 de la LGAP, sin embargo, su interpretación debe

realizarse de acuerdo a lo anteriores parámetros derivados del Derecho de la Constitución, así como en respeto de los derechos y libertades de los particulares. El citado numeral dispone: "*1. Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración. / 2. Las limitaciones y sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular. / 3. El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.*" De todo lo expuesto, se puede afirmar que el contenido de la relación de sujeción especial es limitar un derecho en función de la prevalencia de otros, representados en el interés público, y que inciden en la determinación de sus contenidos, pero siempre en resguardo de la totalidad del ordenamiento, en particular, del principio de legalidad. Por ello, la referencia contenida en la norma a los principios generales del derecho como autorizantes de la conducta pública debe ser entendida como complemento de potestades y competencias específicas previamente establecidas. Dicho de otra forma, la existencia de una relación de sujeción especial no viene a sustituir ni a constituir por sí misma, la necesaria cobertura legal para afirmar la existencia de una potestad pública. En todo caso, debe observarse que, la norma en cuestión incluye como presupuesto de hecho la existencia de un vínculo entre el particular y la Administración de duración, es decir, cuando la prestación que los concatena se

prolonga temporalmente. La conducta administrativa se ejerce a lo largo de un período de tiempo, el cual puede estar determinado o no en forma previa, sin que se agote en una actuación concreta. Por otro lado, deben derivarse de un acto o contrato administrativo. En ese tanto, se faculta a la Administración a imponer limitaciones o sanciones, pero circunscribe y restringe esta posibilidad a las situaciones jurídicas, activas o pasivas, creadas por la Administración en virtud del contenido de esa relación especial, sin que pueda alcanzar las restantes que integran la esfera jurídica del titular. En lo que atañe a la potestad reglamentaria, la existencia de una relación de esta naturaleza, no tendría, en todo caso, la virtud de variar la naturaleza jurídica de los reglamentos, y por ende, tampoco los límites que le son propios.

XV.- Ingresando al análisis específico de los agravios esgrimidos por el recurrente, cabe indicar que la solución del presente reparo atañe al objeto mismo del proceso, esto es, si las disposiciones reglamentarias emitidas por el CONASSIF, y en las cuales se fija una comisión por retiro anticipado en los fondos de inversión de largo plazo, presentan vicios que afecten su validez. El Tribunal consideró que el artículo 61 impugnado versa sobre el mismo supuesto fáctico regulado en el numeral 68 de la LRMV, el cual, en lo que interesa, dispone: *"las sociedades administradoras podrán cobrar a los inversionistas una comisión de entrada y salida del fondo, fijada en función de los fondos aportados o retirado."* Arriba a dicha conclusión al constatar que en ambos supuestos, el hecho condicionante del cobro de la comisión es el retiro, por parte del inversionista, de sus participaciones del fondo, siendo que la norma legal no hace distinción en cuanto al momento en que se dé la salida o al

beneficiario del cobro (sea el fondo o las SAFI's). En ese tanto, estimó que la reforma realizada a la normativa infralegal iba a contrapelo de los contenidos de la ley, en la medida en que tornaba una facultad de los administradores del fondo en una obligación y por ende, implicaba un quebranto del principio de legalidad y de jerarquía normativa. Agregan los juzgadores de instancia, a mayor abundamiento de razones, que se trata de una materia que escapa del ámbito competencial del CONASSIF, en la medida en que no se refiere a la ordenación del servicio y función que realiza, y las relaciones especiales que se dan en la actividad financiera. Máxime que, según la resolución impugnada, el objeto de la medida reglamentaria afecta aspectos propios de la libertad de contratación, vulnerándose, así, un límite de la potestad reglamentaria. Sobre este particular, el recurrente recrimina que el fundamento de la normativa en estudio no es el precepto citado en la sentencia, sino que consiste en una medida prudencial, adoptada en resguardo de los inversionistas, en el cumplimiento de las competencias asignadas a la SUGEVAL, y en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma de la cual es titular. Es preciso ordenar los distintos argumentos expuestos para una mayor claridad. Así, en primer término, coincide esta Sala con el recurrente en cuanto a que el fundamento de la reforma operada no se encuentra en el numeral 68 de la LRMV, sino en la función de supervisión y regulación que ejercen los órganos fiscalizadores. Muestra de lo anterior es que la comisión fijada vía reglamentaria en nada enerva la posibilidad de las SAFI's de realizar un cobro adicional que cubra los costos administrativos y financieros en que puedan incurrir como consecuencia de la decisión del inversionista de retirar en forma anticipada sus fondos. La

finalidad de la medida era constituir un mecanismo de protección para los inversionistas ante la liquidación de participaciones del respectivo fondo en forma prematura. No obstante lo anterior, no se da un supuesto de casación útil, por las razones que de seguido se exponen.

XVI.- Habiéndose determinado que se trata de una regulación de orden prudencial, resulta fundamental analizar si la solución adoptada infringe o no los límites propios del actuar administrativo. En este sentido, el primer aspecto a definir es la naturaleza jurídica de dicho cuerpo normativo a efectos de determinar el régimen jurídico que le resulta aplicable. Descartando la posibilidad de que pueda ser considerado como ejecutivo por razón del sujeto del cual emana, resta valorar si se trata de uno autónomo de servicio, según alega el recurrente, o bien, uno derivado de una habilitación legal específica. La primera opción debe descartarse, toda vez que las disposiciones regulan aspectos propios del funcionamiento del fondo de inversión y no el servicio (en sentido estricto o en sentido amplio) que prestan los órganos del Banco Central de Costa Rica. Siguiendo los parámetros constitucionales ya citados, no se aprecia relación alguna entre la medida adoptada y la forma en la cual el órgano supervisor desarrolla la fiscalización que le es encomendada, aún y cuando sea acorde con la función que desarrolla la SUGEVAL. Debe insistirse, mediante un reglamento autónomo de servicio se puede normar la forma en que la Administración presta el servicio y los parámetros bajo los cuales se debe desenvolver su relación prestacional con el usuario, más no una actividad privada, desarrollada por terceros, al margen de si converge un interés público en su prestación. Así, de sostenerse que se trata de este tipo de reglamento, la

reforma en cuestión excedería su ámbito propio, lo que produciría, a su vez, un quebranto del principio de legalidad, al suponer una extralimitación de los contornos de la figura. Cabe destacar en este punto que la calificación que en casos similares ha realizado la Sala Constitucional en nada vincula a la jurisdicción contencioso administrativa. Como ya lo ha indicado este órgano con anterioridad, la vinculatoriedad de los precedentes emanados de la jurisdicción constitucional se da, únicamente, respecto de la interpretación de los alcances de los derechos fundamentales y las normas constitucionales, no así en cuanto a aspectos de legalidad, como lo sería la categorización de los reglamentos, aún y cuando se encuentren relacionados. Al no poder ser ubicado en ninguna de las anteriores categorías, según lo ya explicado, es preciso determinar si, de acuerdo a lo expuesto y a partir de las funciones específicas que le corresponden al CONASSIF, se trata de un reglamento derivado, al existir una habilitación expresa para regular la materia, específicamente, la imposición de comisiones sobre los inversionistas. En ese tanto, y según se indicó, siendo que el numeral 68 de la LRMV no es aplicable en la especie, se observa que esta no se da, por lo que la actuación formal impugnada carece de la necesaria cobertura legal. Dicho de otra manera, dentro de las múltiples habilitaciones que al efecto dispuso el legislador a favor de los órganos de supervisión, no le ha conferido una autorización específica para emitir preceptos normativos fijando una comisión. Basta para comprobar ello una revisión del artículo 171 de la LRMV, cuyos incisos se refieren a circunstancias distintas a la que sirve de objeto a este proceso. De igual forma, el mismo recurrente reconoce que lo dispuesto en el artículo 68 de la LRMV no sirve de fundamento a lo acá debatido

e impugnado. Tampoco es dable sostener que esta se encuentra autorizada en forma implícita en virtud de la existencia de una relación de sujeción especial. Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la aplicabilidad de esta figura en materia de fiscalización financiera, y además de lo ya indicado en el considerando XI sobre la fricción entre esta y los derechos y libertades de los particulares, la cual debe resolverse siempre a favor de los segundos, lo cierto es que ella, de existir, lo sería únicamente entre el supervisor y el fiscalizado, más nunca respecto del inversionista. Aún y cuando los efectos de la normativa prudencial puedan tener un efecto reflejo en estos últimos, máxime que a la SUGEVAL le corresponde su protección, lo cierto es que no integran una relación jurídico administrativa de duración con los órganos administrativos competentes. Esta se daría, a lo sumo, en el marco de las potestades de fiscalización, a las cuales no se encuentran sometidos los inversionistas. De esta forma, el vínculo entre supervisor e inversionista no puede calificarse de especial. No sólo por no implicar una relación permanente, sino además porque carece de la intensidad que caracteriza estas eventuales relaciones especiales. Aunado a lo anterior, debe mencionarse que, como consecuencia de la relación con los órganos administrativos que se analiza, no surge ningún derecho o bien a favor del particular-inversionista, por lo que no podría justificarse una limitación no autorizada, previamente, en el texto legal, tal y como lo preceptúa el ordinal 14 de la LGAP. La reforma operada, al imponer el pago de una comisión de salida, lo hace, como bien lo señala el Tribunal en lo que denomina argumentos "a mayor abundamiento", sobre la esfera jurídica de los inversionistas que adquieren participaciones en los fondos de inversión. Son

estos quienes deben soportar la carga financiera creada a partir de las disposiciones impugnadas, no las sociedades administradoras de fondos de inversión, motivo por el cual, no es de recibo aducir que las disposiciones impugnadas encuentran fundamento en esta figura. En este punto, el mismo recurrente aclara con precisión que las SAFI's actúan, únicamente, a manera de retenedor de la comisión, lo que confirma que la obligación no se impone al fiscalizado. Lo externado hasta este punto lleva a la conclusión de que la medida en cuestión impone una carga a un particular, extraño a una eventual relación de sujeción especial, sin la respectiva habilitación legal. Desde este punto, se da un doble vicio. Por un lado, la extralimitación de la potestad reglamentaria propia del CONASSIF, según lo ya explicado, y por el otro, el quebranto del principio de reserva de ley, y en particular de lo dispuesto en el cardinal 124 de la LGAP, ya que vía infralegal se establece una carga con un contenido similar a una sanción administrativa. Si bien esta Sala tiene claro que la comisión que se discute no se da como una respuesta a un comportamiento antijurídico, diferenciándose, entonces, de una medida represiva por parte del Estado, no cabe duda que se trata de una exacción patrimonial obligatoria –no convenida contractualmente– que debe soportar el inversionista que decide retirarse en forma anticipada, lo que hace que se requiera de una disposición de rango legal que así le faculte. Debe quedar claro que esta Cámara no cuestiona ni la finalidad ni la conveniencia de una medida como la que se analiza, sino la forma jurídica adoptada para conseguir el resultado que se desea obtener, pudiendo recurrir a otras vías fijadas por el ordenamiento en forma expresa. Sin embargo, la bondad de una decisión no puede ni debe

justificar una trasgresión al principio de legalidad y los requisitos exigidos por el ordenamiento. Finalmente, en lo tocante a la demostración de la incidencia negativa del retiro anticipado, debe aclararse que el Tribunal no fundó la anulación decretada en este punto específico. Si bien fue un argumento expuesto en la sentencia, queda claro para esta Sala que no constituyó un elemento esencial dentro del razonamiento de los juzgadores, para quienes la reforma cuestionada se encuentra viciada debido a una extralimitación del texto legal. Desde esta perspectiva, los planteamientos realizados no tienen la virtud de combatir el basamento del fallo. En virtud de las razones esgrimidas, se impone el rechazo del reparo.

XVII.- De conformidad con lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar el presente recurso. De conformidad con lo establecido en el numeral 150.3 del Código Procesal Contencioso Administrativo, las costas del recurso corren por cuenta del casacionista.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso. Son las costas a cargo del promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román

Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto

Fernández

DCASTROA