

**DJ- 011-2004**

19 de marzo del 2004

Señor  
Norman Orozco C., Director  
Departamento Financiero.  
División de Operadoras.  
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación del Director de la División Jurídica, me refiero a su atenta consulta planteada el día de ayer, en relación con la aplicación del artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador a la luz de lo dispuesto por el artículo 27 del Código de Comercio, en lo que se refiere a las distribución de utilidades por parte de las Operadoras de Pensiones de capital público.

Al respecto es importante destacar previamente que las Operadoras de Pensiones Complementarias son personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, y por ende reguladas por el Código de Comercio. Este tipo de entidades, dado el objeto social especial que están obligadas a cumplir también están sujetas a la Ley de Protección al Trabajador, ley que contiene numerosas normas de orden público e interés social, además de requisitos adicionales al Código de Comercio, que resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las Operadoras de Pensiones, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del Sistema Nacional de pensiones.

En este sentido, el artículo 33 de la Ley en comentario establece en su último párrafo lo siguiente:

*“Artículo 33.-  
.....Salvo lo dispuesto expresamente por esta ley, dichas sociedades anónimas se regirán por el Código de Comercio”.*

Ahora bien, en relación con el punto específico de su consulta, el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador señala, en lo que interesa, que:

*“(...)  
El cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas de las operadoras, constituidas como sociedades anónimas de capital público, se capitalizará a favor de sus afiliados en las cuentas individuales de su respectivo fondo*

*obligatorio de pensiones complementarias, en proporción con el monto total acumulado en cada una de ellas.”*

Por su parte, el artículo 27 del Código de Comercio establece que:

*“ARTÍCULO 27.- La sociedad no podrá hacer préstamos o anticipos a los socios sobre sus propias acciones o participaciones sociales.*

*No podrán pagarse dividendos **ni hacerse distribuciones de ningún género, sino sobre utilidades realizadas y líquidas** resultantes de un balance aprobado por la asamblea.*

*Si hubiere pérdida del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido legalmente antes de hacerse repartición o asignación de utilidades.*

*Los administradores serán personalmente responsables de toda distribución hecha en contravención con lo establecido.*

*(Así reformado por el artículo 2º de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990. En el original no aparece destacado)”*

Por lo tanto, de la relación de las dos normas jurídicas transcritas cabe señalar que las Operadoras de Pensiones Complementarias de capital público, pueden capitalizar el 50% de las utilidades netas a favor de sus afiliados, siempre y cuando éstas sean **utilidades realizadas y líquidas**.

De conformidad con lo que ha sido explicado, es posible concluir en primer término, que resulta claro que el artículo 27 del Código de Comercio es aplicable a las Operadoras de Pensiones, dada su naturaleza de sociedades anónimas y porque así lo dispone expresamente el artículo 33 de la Ley de Protección al Trabajador.

Por otro lado, en relación con lo que establece el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador, estimamos que, como las utilidades por distribuir deben ser **netas y realizadas** y en vista de que esta norma jurídica no define que se trate de utilidades netas **“del periodo”**, la conclusión que se obtiene va en el sentido de que las sumas a distribuir deben corresponder a las utilidades netas **“a la fecha”** y por ende, en caso de que existiesen pérdidas acumuladas, únicamente serán utilidades **realizadas** las que resulten después de absorber dichas pérdidas.

Lo anterior tiene respaldo en el principio de la literalidad de las normas (además de que no debe distinguirse donde la Ley no lo hace) y también encuentra fundamento en las sanas prácticas de administración y en los principios de contabilidad generalmente aceptados que rigen estas entidades. Asimismo, obsérvese que distribuir las utilidades sin absorber las pérdidas acumuladas, podría tener repercusiones negativas en la situación patrimonial de la Operadora, lo cual también es objeto de supervisión por parte de esta Superintendencia.

Atentamente,

***División Jurídica***



Silvia Canales C.  
Abogada Encargada



Alvaro Jiménez S.  
Director