

18 de Agosto del 2004

**Licenciada**  
**Patricia Abarca**  
**Departamento de Control de Operadoras**

**DJ-34-2004**

Estimada señora:

En atención a la consulta planteada por su Departamento, me permito exponerle el criterio solicitado.

### **1) Consulta**

El Departamento de Control de Operadoras, consultó lo siguiente:

“Con la finalidad de obtener un criterio de utilidad ante las consultas y situaciones que nos enfrentamos, en relación con patronos que se acogieron oportunamente a la gradualidad, se procede aclarar las interrogantes bajo los siguientes presupuestos:

- 1- Está vencido el plazo de la gradualidad.
- 2- Es voluntad del patrono.

Con los elementos anteriores, es necesario conocer el criterio jurídico para:

- A- Si se da el rompimiento de la relación laboral posterior a la gradualidad. Entonces, la diferencia entre el monto pagado al FCL y el 3% constituye o no cesantía y entonces podrían ser administrados o no esos recursos por una opc.
- B- Pueden las opc administrar recursos que le entregue un patrono por la diferencia entre lo pagado al FCL y el 3% cuando NO se extinga la relación laboral”.

### **2) Normativa aplicable**

La Ley de Protección al Trabajador, estableció en el artículo 3:

#### ***Artículo 3.- Creación de fondos de capitalización laboral***

*Todo patrono, público o privado aportará, a un fondo de capitalización laboral, un tres por ciento (3%) calculado sobre el salario mensual del trabajador. Dicho aporte se hará durante el tiempo que se mantenga la relación laboral y sin límite de años.*

*Para el debido cumplimiento de esta obligación por parte de la Administración Pública, ningún presupuesto público, ordinario ni extraordinario, ni modificación presupuestaria alguna podrá ser aprobado por la Contraloría General de la República, si no se*

*encuentra debidamente presupuestado el aporte aquí previsto. El Ministro de Hacienda estará obligado a incluir, en los proyectos de ley de presupuesto nacional de la República, los aportes previstos en este Artículo. Se prohíbe la subejecución del presupuesto en esta materia.*

*Del aporte indicado en el párrafo primero, las entidades autorizadas indicadas en el Artículo 30 deberán trasladar anualmente o antes, en caso de extinción de la relación laboral, un cincuenta por ciento (50%) para crear el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, en las condiciones establecidas en esta Ley.*

*El restante cincuenta por ciento (50%) del aporte establecido y los rendimientos, serán administrados por las entidades autorizadas, como un ahorro laboral conforme a esta Ley.*

Por su parte, el transitorio VIII dispone lo siguiente:

#### *Transitorio VIII*

*El tres por ciento (3%) indicado en el artículo 3 de esta ley se conformará gradualmente y en forma proporcional, como sigue:*

- a) Un uno por ciento (1%) del salario a partir del primer mes del inicio del sistema.*
- b) Otro uno por ciento (1%) a partir del decimotercer mes del inicio del sistema.*
- c) El uno por ciento (1%) restante para completar el tres por ciento (3%), a partir del vigésimo quinto mes del inicio del sistema.*

*Si la planilla mensual pagada por un patrono no supera la suma equivalente a diez salarios mínimos, la gradualidad y proporcionalidad para alcanzar el tres por ciento (3%) establecido en el artículo 3 de esta ley, se aplicarán de la siguiente manera:*

- a) Un cero coma cinco por ciento (0,5%) del salario a partir del primer mes del plazo fijado en el transitorio V de la presente ley.*
- b) Un uno por ciento (1%) del salario a partir del primer año.*
- c) Un uno como cinco por ciento (1,5%) del salario a partir del segundo año.*
- d) Un dos por ciento (2%) del salario a partir del tercer año.*
- e) Un dos como cinco por ciento (2,5%) del salario a partir del cuarto año.*
- f) Un tres por ciento (3%) a partir del quinto año.*

*Los porcentajes de gradualidad antes indicados son mínimos. Los patronos que lo deseen, podrán pagar porcentajes superiores o la totalidad del tres por ciento (3%) desde el momento de la entrada en vigencia del sistema* (el subrayado no es del original).

Y el transitorio IX, en lo que aquí interesa señala:

#### *Transitorio IX*

*Cuando la relación laboral se extinga durante los dos o cinco primeros años de vigencia de los fondos según sea el caso, el patrono deberá cancelar al fondo la diferencia existente entre el monto acreditado de conformidad con este transitorio, hasta completar el tres por ciento (3%) mensual de los salarios de dicho período.*

### **3) Delimitación de la consulta:**

En relación con la consulta planteada, se debe aclarar si existe una diferencia entre el primer caso, esto es que el patrono quiera hacer el aporte cuando se haya extinguido la relación laboral y, el segundo caso en el cual el patrono quiere hacer el aporte mientras la relación laboral continua.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 y los transitorios citados, de la Ley de Protección al Trabajador, en adelante la Ley, la nueva obligación establecida para el patrono se mantiene durante el tiempo que dure la relación laboral, sin embargo, la obligación de hacer el aporte en su totalidad (3%) no existe durante del período de gradualidad indicado en los transitorios VIII y IX sino que surge una vez concluido este. Extinguida la relación laboral durante ese período de gradualidad, por disposición legal expresa, el patrono debe hacer el ajuste correspondiente de forma que aporte el 3% establecido por el numeral 3, *contrario sensu*, transcurrido ese período, no existe obligación por parte del patrono de realizar el ajuste, y esto aplica tanto para los casos en los cuales se de una extinción de la relación laboral como para aquellos casos en los cuales esta se mantenga. Lo anterior, de conformidad con el criterio emitido por el Ministerio de Trabajo, mediante oficio **DAJ-AE-151-2003** del 24 de junio del 2003, al decir *Una vez finalizado el período de gradualidad no existe disposición legal que obligue a los patronos a completar sumas por diferencias en relación con el período de gradualidad, esta laguna legislativa permite que exista una desigualdad con respecto a los trabajadores que concluyen su relación laboral durante los primeros años de la gradualidad, pero en estricto apego a la legislación no es posible obligar al patrono a pagar dichas diferencias.*

Al respecto debe aclararse que estos aportes voluntarios al Fondo de Capitalización Laboral, no deben ser considerados como auxilio de cesantía, puesto que, según ha definido la Procuraduría, la cesantía es *un derecho que surge a favor de los trabajadores cuando existe un despido injustificado y se concluye el contrato de trabajo por tiempo indeterminado o cuando finaliza la relación laboral debido a alguna de las causales establecidas en el artículo 83 del Código de Trabajo u otra ajena a la voluntad del trabajador. Se trata de un derecho del trabajador establecido en la ley que no puede ser vendido, cedido, embargado -excepto por pensión alimenticia-, ni objeto de compensación (artículo 30 del Código de Trabajo). De esta forma, y según disposición expresa de la ley, el patrono se encuentra obligado de forma ineludible a cancelar la suma correspondiente a la cesantía cuando concorra alguna de las causales establecidas en la ley (OJ-042-2001).* En este mismo sentido, se ha señalado *El*

*auxilio de cesantía es una expectativa de derecho, que sólo surge a la realidad jurídica del trabajador cuando es despedido sin justa causa, por lo que, no es un Fondo de Capitalización, ni mucho menos, como fue concebido por el legislador de 1943 (Vargas Hidalgo, Ricardo, Aspectos prácticos de la Ley de Protección al Trabajador, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., Primera Edición, 2001, Pág. 14).*

Respecto a este aporte no obligatorio, al cual se refiere la consulta, se pronunció la Procuraduría al decir *A pesar de lo anterior, el mismo Transitorio VIII mencionado, indicó que aplicar los porcentajes de gradualidad era optativo para el patrono, de manera tal que éste último podría pagar porcentajes superiores, o la totalidad del 3%, desde la fecha en que entró en operación el Sistema. En caso de que el patrono no decidiera acogerse a la gradualidad (lo cual era poco común) debía informarlo así al SICERE antes del 1° de marzo del 2001, indicando además si iba a aportar desde el inicio el 3%, o un porcentaje distinto. Los patronos que decidieron con posterioridad al 1° de marzo del 2001 no acogerse a la gradualidad, o quienes lo decidieron antes, pero no lo informaron así oportunamente, sólo podían optar a que el porcentaje de más que pretendían reconocer, se aplicara en el Sistema hacia futuro, o sea, con posterioridad a la solicitud que en ese sentido plantearan al SICERE, pues el sistema informático no admite pagos retroactivos (C-205-2003, el subrayado no es del original).*

Así las cosas, es claro que el aporte **voluntario** por concepto del rubro de Fondo de Capitalización Laboral que pretenda realizar el patrono y que no esté enmarcado como una obligación en los términos anteriormente señalados, tienen la misma naturaleza ya sea que la relación laboral se haya extinguido o se mantenga, es decir no está contemplado expresamente en la ley. En este orden de ideas, a efectos de atender la consulta, la extinción o no de la relación laboral es indiferente.

#### **4) Ajuste obligatorio por concepto de gradualidad**

De conformidad con lo dispuesto en el transitorio IX, existe un supuesto de ajuste **obligatorio** por concepto de gradualidad, se trata del caso de la extinción de la relación laboral dentro del período de gradualidad (3 ó 5 años). Los patronos en estos casos, deben de realizar el ajuste y cancelar las diferencias al Fondo de Capitalización Laboral, trasladando esos recursos a la operadora correspondiente. Este procedimiento, sin embargo, contempla únicamente el supuesto de ajuste **obligatorio** por extinción de la relación laboral durante el período de gradualidad.

Lo anterior, se ha ejecutado al amparo del *Procedimiento alterno temporal de la Caja Costarricense del Seguro, respecto de la diferencia del Fondo de Capitalización Laboral (ajuste del 3%) que debe devolver el patrono al trabajador que ha finalizado su*

relación laboral de conformidad con el transitorio IX de la Ley 7983, Ley de Protección al Trabajador<sup>1</sup>, el cual establece en su artículo 1:

*A efecto de cumplir con lo establecido en el Transitorio IX de la Ley de Protección al Trabajador, correspondiente al ahorro laboral y a la pensión complementaria obligatoria, cuando se extinga la relación laboral durante los dos o cinco primeros cinco años de vigencia de los fondos, según sea el caso, el patrono debe trasladar en un plazo de cinco días hábiles, a partir de la fecha de extinción laboral, la diferencia existente entre el monto acreditado de conformidad con el Transitorio VIII de la Ley de Protección al Trabajador hasta completar el tres por ciento mensual de los salarios de dicho período a la operadora en la cual se encuentra afiliado el trabajador para el Fondo de Capitalización Laboral, con el fin de que esos recursos lleguen a las cuentas individuales de esos trabajadores, para que sea la operadora la que gire los fondos de ahorro laboral a favor del afiliado que así lo solicite, en un plazo de quince días máximo, según los estipulado en el artículo 6 de la Ley 7983.*

A pesar de que, a tenor de lo dispuesto en el transitorio VIII, los patronos tenían la posibilidad desde el inicio del sistema de aportar el 3% completo, a las cuentas de los trabajadores, según se desprende de la consulta existen patronos interesados en hacer ese aporte hoy cuando ya concluyó el período de gradualidad, ya sea que medie extinción de la relación laboral o no.

## **5) Ajuste voluntario por concepto de ajuste de gradualidad**

La situación que se presenta actualmente, obedece a un interés de los patronos de realizar **voluntariamente** el ajuste (sin tener la obligación legal de hacerlo) en beneficio de los trabajadores. Este aporte voluntario es coherente, con el transitorio IX que deja abierta la posibilidad de contribuir con el 3% al Fondo de Capitalización Laboral, incluso durante el período de gradualidad.

Vistos los antecedentes de este asunto y la legislación vigente, es criterio de esta División que los recursos señalados pueden ser considerados aportes *extraordinarios* al Fondo de Capitalización Laboral. Este aporte adicional, voluntario y expreso, incrementaría las cuentas individuales de los trabajadores beneficiados y por lo tanto el mismo puede ser considerado lícito, en tanto pone en condiciones de igualdad a estos afiliados con los trabajadores que concluyeron su relación laboral durante el período de gradualidad. Lo anterior, en el entendido de que los aportes que se realicen al Fondo, no podrán ser deducidos del eventual derecho de auxilio de cesantía que surja a favor del trabajador

---

<sup>1</sup> Procedimiento aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, en el artículo 6 de la sesión 7597, del 8 de noviembre del 2001.

beneficiado por el aporte voluntario, pues de conformidad con la Procuraduría estos no constituyen cesantía.

Ahora bien, las consecuencias operativas de realizar estos aportes adicionales, deberían ser valoradas previamente por las partes involucradas en la recaudación y distribución de los recursos, para que se realice en forma ordenada y con absoluta transparencia, en virtud de que este supuesto no se encuentra contemplado actualmente en el procedimiento creado por la Caja Costarricense del Seguro Social.

### **6) Conclusión:**

A tenor de los razonamientos expuestos, las operadoras de pensiones pueden recibir y administrar los recursos que por concepto de diferencias en los aportes, 2% del primer año y 1% del segundo año, que expresa y **voluntariamente** aporten los patronos a las cuentas individuales de los afiliados al Fondo de Capitalización Laboral, que no fueron aportados durante el período de gradualidad con el fin de cubrir el tres por ciento establecido por la Ley de Protección al Trabajador, lo anterior ya sea que medie o no extinción de la relación laboral.

Cordialmente,



**Jenory Díaz**  
**Abogada Encargada**



**Álvaro Jiménez Severino**  
**Director, División Jurídica**