

**DJ- 061-2004**

23 de diciembre del 2004

Señor

MSc. Javier Cascante E., *Superintendente*  
*Superintendencia de Pensiones*

Estimado señor:

En su oportunidad, la División Jurídica de la Superintendencia de Pensiones, mediante el Dictamen DJ-037-2004 valoró la propuesta presentada por el Gerente Financiero del Grupo Financiero Cuscatlán, en relación con los respaldos documentales de los contratos de afiliados que están pendiente de entrega a BN Vital OPC, según la cual presumirían que los trabajadores habrían firmado un determinado tipo de contrato para reponerlo.

En dicho Dictamen se concluyó que corresponde a los responsables del traspaso de los recursos a la luz de lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, el recopilar todos los antecedentes necesarios para la reposición de los contratos correspondientes a efecto de trasladar los respectivos expedientes en los términos acordados, a la entidad autorizada que se encargará de su administración, a saber BN Vital OPC, ante el proceso de liquidación voluntaria de la Operadora de Pensiones Cuscatlán S.A. En ese sentido, deberán los propietarios de ésta última entidad tomar las acciones que se requieran a efecto de enderezar la situación expuesta y evitar mayores perjuicios a los afiliados y al Sistema.

No obstante, dada la reunión sostenida con personeros del Grupo Financiero Cuscatlán y funcionarios de esta Superintendencia y con el fin de ampliar y aclarar los requerimientos legales mínimos de un proceso de reposición de contratos, se emite el siguiente criterio jurídico.

De conformidad con el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador: *“(..).Para los afiliados a un plan colectivo o individual de fideicomiso, que deseen participar en el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y Ahorro Voluntario, trasladando la totalidad o parte de los recursos acumulados en el fideicomiso, se les respetará la antigüedad acumulada y las demás condiciones establecidas en los contratos respectivos.”*

Es decir, se requiere un respaldo contractual que establezca claramente los derechos y obligaciones adquiridos por las partes contratantes. De tal forma, los contratos y formularios de afiliación (un contrato en sentido técnico jurídico también) suscritos entre las operadoras y los afiliados tienen como condición *ad solemnitatem* ser

consignados por escrito de donde se desprende que, en sentido inverso, los mismos no son *consensuales*.

Dado que estos contratos son un acuerdo de partes que debe constar por escrito y ser firmado por los contratantes, no es posible presumir su voluntad. Es obligación de las operadoras de pensiones mantener debidamente custodiado un original firmado del formulario o contrato de afiliación, sin perjuicio de que mantengan un expediente en medios electrónicos o informáticos el cual, en ningún caso, puede legalmente sustituir los formularios o contratos originales.

Por ello, en caso de extravío de los respaldos contractuales es preciso idear un mecanismo de reposición de tales documentos dado que el artículo 95 del *Reglamento sobre la apertura y funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario previstos en la Ley de Protección al Trabajador (RAF)*, en lo que interesa, establece: “... cada entidad autorizada deberá mantener custodiados los formularios y contratos de afiliación. Existirá un expediente individual para cada afiliado, así como para cada uno de los contratos marco que se suscriban con un cotizante. Dichos expedientes serán complementarios al archivo de afiliados, y podrán mantenerse en medios electrónicos informáticos, o mediante archivo físico de los documentos que lo conforman.”

Cabe señalar que el artículo 95 del *RAF* antes citado, es una *norma prudencial* de manera que la misma es de aplicación obligatoria para todos los afiliados, aun cuando los contratos de afiliación suscritos entre estos último y la operadora de que se trate se hayan celebrado con anterioridad a su entrada en vigor.

Según el procedimiento propuesto en su oportunidad para la reposición de contratos de fideicomiso cuyos fondos se trasladaron a las operadoras de pensiones, de conformidad con lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, la réplica debe contener como mínimo, los requisitos establecidos en el *Acuerdo SP-A-043 del 15 de enero de 2004*, debiendo consignarse como fecha la correspondiente a la de suscripción del nuevo contrato. La mayor antigüedad, así como el monto y modalidad de comisiones que se reconocerá a los contratos repuestos será, únicamente y con las salvedades que adelante se indican, las que consten en los *Archivos de Afiliados* y de *Movimientos* remitidos por las mismas operadoras a la Superintendencia de Pensiones. Lo propio aplicará para los contratos de afiliación formalizados bajo la vigencia de la *Ley N° 7523, Régimen Privado de Pensiones Complementarias*, los cuales deberán cumplir con lo anteriormente indicado, así como con las condiciones establecidas en la citada Ley, en lo que esta se oponga al *Acuerdo SP-A-043 del 15 de enero de 2004*.

No se debe reconocer antigüedad mayor a la registrada en los archivos de la Supen salvo que el interesado demuestre una mayor, en cuyo caso deberá necesariamente aportar: a) El original del Estado de Cuenta en donde conste la fecha de interés; b) Una certificación emitida por un Contador Público donde se dé fe de la existencia de los asientos contables correspondientes al Estado de Cuenta atrás referido; c) Una

Declaración Jurada rendida por el afiliado ante Notario Público donde se deje manifestación expresa de la fecha en la cual suscribió el contrato que se pretende reponer.

Además no se deben reconocer condiciones ni estipulaciones contractuales contenidas en contratos de fideicomiso trasladados a las operadoras de pensiones, de conformidad con el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, que se contrapongan a la Ley de Protección al Trabajador, así como a los Reglamentos o Acuerdos vigentes. Se exceptúa de lo anterior disposición los contratos que hayan sido otorgados en escritura pública o bien, cuando el interesado presente copia del contrato privado y éste cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 380 del Código Procesal Civil.

Como responsables de tales contratos, corresponde al Grupo Cuscatlán recopilar todos los antecedentes necesarios para la reposición del contrato. Ahora bien, tal reposición no los exime de la responsabilidad que pudiera caberles por daños y perjuicios que se puedan ocasionar a los afiliados o beneficiarios cuando, según establece el artículo 1045 del Código Civil, en el extravío de los formularios o contratos de afiliación haya mediado dolo, falta, negligencia o imprudencia de su parte.

Por ello una vez agotado un procedimiento de reposición de los contratos como el indicado, el Grupo Financiero Cuscatlán deberá informar a esta Superintendencia sobre el resultado y el traslado de los originales de los contratos o formularios de afiliación a BN Vital OPC quien administra en la actualidad los recursos correspondientes a tales contratos. Hasta tanto no se agoten todos los recursos y opciones que brinda el ordenamiento jurídico para tal efecto, no podría argumentarse la existencia de imposibilidad material para el cumplimiento del requerimiento planteado por este órgano supervisor.

Atentamente,



Silvia Canales C.  
*Abogada*



Alvaro Jiménez S.  
*Director*