

16 de mayo de 2005

DJ-20-2005

MsC. Javier Cascante Elizondo
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

En atención a su solicitud de emitir un criterio jurídico relacionado con los errores cometidos en la imputación de los aportes de los afiliados o los rendimientos que generen, la División Jurídica realizó el presente análisis.

Consulta

El Departamento de Control de la División de Operadoras de Pensiones, remitió dos consultas, la segunda por razones de orden se incluirá en el apartado correspondiente a los errores atribuibles a la operadora, la primera consulta es la que a continuación se detalla:

“En concreto, se requiere un dictamen jurídico que

1. Integre lo indicado en los dictámenes DJ-035 y DJ-036, sobre los siguientes aspectos:
 - i. El error no da derecho.
 - ii. Mecanismo de prueba.
 - iii. Reparación justa y equitativa.
 - iv. Comunicación al afiliado.

2. Se refiera a la procedencia jurídica de reconocer los siguientes aspectos en la corrección de un error:
 - Si se trata de recursos recibidos de más en la cuenta del afiliado, si debe reintegrarse dichos recursos por el monto original recibido en la cuenta individual o debe devolverse al patrono, a otra operadora o tercero los rendimientos generados por esa suma desde su ingreso en la cuenta individual.
 - En caso de disponerse que se devuelven los rendimientos junto con el aporte, debe definirse a su vez si procede legalmente considerar los siguientes aspectos:

- i. Cobro de comisiones sobre rendimientos, especialmente por el hecho de que en casos los recursos pueden no corresponder a un afiliado.
 - ii. Cobro de comisión sobre el aporte. Es posible legalmente cobrarla o debe reversarse al identificarse el recurso como erróneamente ingresado al Fondo.
 - iii. Devolución del incentivo fiscal, especialmente si se trata de un tercero que no es afiliado a los fondos administrados por la Operadora.
 - iv. Como proceder en caso de que los rendimientos a la fecha de reintegrar los recursos sean negativos, esto es el importe a devolver sea inferior al importe ingresado por el Fondo.
3. Es procedente jurídicamente requerir a la entidad autorizada que ella proponga una metodología de corrección del error para atender la reparación justa o equitativa del mismo.
4. Es legalmente procedente que la Operadora por su voluntad asuma el costo económico del error en las cuentas individuales utilizando sus propios recursos, esto para evitar aplicar todo el proceso de corrección de error descrito en los apartados anteriores, incluido el reproceso o el proponer una metodología alternativa de corrección, particularmente en aquellos casos donde el error es de magnitudes pequeñas, o bien, si con esta medida se podría ir en contra de la prohibición establecida en el Artículo 46 de la Ley 7983”.

Aspectos generales

Los errores en la distribución y posteriormente en la imputación de los aportes en las cuentas individuales de los afiliados, conllevan a que otros aspectos de carácter patrimonial también se vean afectados, concretamente lo relativo al pago de la comisión y los rendimientos generados por la gestión.

Según se señala en la consulta, el error puede provenir del patrono, quien ingresa aportes erróneos al sistema, así como de los diferentes participantes en el régimen de capitalización individual: el **ente recaudador** que distribuye a las **operadoras** los aportes erróneos y de las **gestoras** de los fondos que imputan en forma incorrecta los aportes y/o rendimientos en las cuentas.

En este sentido, se debe aclarar que la **imputación** de los aportes ocurre en la etapa final cuando la operadora asigna en la cuenta individual de cada afiliado e inicia la administración de esos recursos, con el fin de generar rendimientos. De forma tal que, el **proceso previo** a la imputación debe contar con los mecanismos de control

necesarios, con el fin de minimizar la incorrecta imputación en las cuentas individuales por parte de la operadora.

En las primeras etapas del proceso, los errores en el ingreso de los aportes y su posterior distribución a las administradoras, pueden provenir del patrono o del SICERE, en tanto que en la posterior etapa de la imputación el error puede ser una consecuencia directa de los errores descritos, o tratarse de errores propios de las operadoras en el momento de la imputación.

En este orden de ideas, en el ingreso de los recursos al sistema de recaudación, el SICERE debe - en el ejercicio de sus facultades - indicar al patrono si existen errores, con el fin de que no se produzca un efecto *en cadena* que induzca también a error a los participantes del régimen de capitalización individual.

El vigilar por la correcta imputación de los de los aportes, es uno de los deberes de la Superintendencia de Pensiones. Los errores evidentemente atentan contra esta correcta imputación, en el caso, por ejemplo, de la cuenta de un afiliado que recibió un aporte que correspondía a otro afiliado al régimen de capitalización individual, quien no lo recibió en su cuenta individual, a pesar de que le pertenece.

Partiendo del principio general del derecho, que establece que *el error no crea derecho*, y del artículo 21 del Código Civil que dispone: “Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe”, si en el ejercicio de las labores de supervisión la Superintendencia de Pensiones detecta, por cualquier medio, alguna irregularidad en la correcta imputación de los aportes y sus rendimientos, la corrección deviene en necesaria, en atención de los intereses de los afiliados, así como de la transparencia del régimen de capitalización individual. Si bien es cierto la Ley de Protección al Trabajador en su numeral 54 establece: “Protección de las cuentas. Las cuentas individuales de los fondos de capitalización laboral y de los fondos de pensiones, administradas por los entes autorizados, excepto las correspondientes al Artículo 18 no podrán ser embargadas, cedidas, gravadas, ni enajenadas; tampoco se dispondrá de ellas para fines o propósitos distintos de los establecidos en la ley”, esta protección no podría abarcar en ningún caso recursos que no sean propiedad del afiliado - en esencia el espíritu de la protección contenida en la norma es respecto a los recursos que pertenecen al afiliado, no respecto de los que no le pertenecen - que es precisamente lo que ocurre cuando se producen los errores en la imputación de los aportes y los rendimientos¹. Interpretar lo contrario, sería incurrir en la conducta

¹ En esta misma dirección, el artículo 52 de la Ley de Protección al Trabajador confirma esta propiedad al decir “Los fondos administrados por las operadoras u organizaciones sociales constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados y son distintos del patrimonio de la entidad autorizada. Cada afiliado al plan respectivo es copropietario del fondo según su parte alícuota. La entidad autorizada, según los criterios de valuación que determine la Superintendencia, establecerá periódicamente el valor de la participación de cada afiliado. Los

estipulada en el artículo 20 del Código Civil que dice: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

1) Errores atribuibles al patrono

En el caso de que un patrono ingrese aportes al sistema de recaudación, que no correspondía realizar, por ejemplo, un patrono que ingresa un aporte mayor al que le correspondía realizar, el mecanismo de corrección debe implementarse. En razón de que los recursos se imputaron a una cuenta individual que realmente existe, solo que en un monto incorrecto, la operadora desconocedora de este hecho, administró los recursos y ejerció su actividad durante ese período. La devolución del aporte en este caso, procedería con deducción de los rendimientos negativos o positivos que se hayan producido, porque un tercero que no pertenezca al régimen de capitalización individual, no puede aprovecharse de la gestión que realiza una operadora en la generación de rendimientos. Sin embargo, la operadora realizó una gestión operativa que le generó un costo administrativo, de forma tal que la comisión sobre aporte, también debe deducirse.

Si en esta etapa temprana, se detectan aportes que no corresponden a ningún afiliado, la Caja Costarricense del Seguro Social debería determinar si procede algún cobro al patrono por el costo en que hizo incurrir a la entidad al ingresarlo al sistema de recaudación. Sin embargo, un error de este tipo es poco probable, tomando en cuenta que es el mismo SICERE el que factura.

2) Errores atribuibles al SICERE

De conformidad con lo indicado, en el caso de que los aportes sean distribuidos en forma incorrecta por el SICERE, el efecto en cadena se produce y las operadoras inevitablemente realizarían una imputación errónea en las cuentas individuales, si bien es cierto lo más apropiado sería que las gestoras puedan rechazar los recursos de los afiliados que no correspondan en un plazo prudencial, actualmente, una vez que son distribuidos por el ente recaudador no se permite hacer esa devolución, aunque los recursos correspondan a registros incorrectos.

En relación con estos errores, se pueden ubicar dos situaciones comunes en el régimen de capitalización individual:

fondos estarán integrados por cuentas debidamente individualizadas, en las que deberán acreditarse todos los aportes así como los rendimientos que generen las respectivas inversiones, una vez deducida la comisión establecida en el Artículo 48 de la presente Ley. Los fondos tendrán como destino exclusivo y único el indicado en esta Ley o los contratos respectivos”.

A. Los aportes imputados no corresponden al afiliado

En la práctica lo que ha sucedido es que el monto mayor acreditado en la cuenta individual corresponde a otro afiliado del régimen de capitalización individual. Las consecuencias patrimoniales de esta errónea imputación, previsibles, son las que se detallan de seguido.

Pago de la comisión por aportes por un monto que no corresponde y rendimientos dejados de percibir. Durante el plazo de administración, no es posible para la gestora conocer si el monto recibido era el correcto o no, pues no dispone de la información sobre los salarios de los afiliados (esta información sí la tiene el SICERE). En este período la operadora administró el aporte y de esta actividad se obtuvo un rendimiento negativo o positivo. Una vez determinado el error, la gestora debe trasladar los recursos aportados de más y sus rendimientos a la operadora correspondiente, con las deducciones de comisiones correspondientes. Durante este período, los recursos del afiliado no han permanecido ociosos, sino que se administraron, igual que se hubiera hecho en la operadora correspondiente, por lo que existe causa jurídica suficiente para el cobro de dicha comisión por administración.

B. Aportes que no corresponden a afiliados de la operadora o que no se pueden identificar con la información disponible en el registro

En este segundo caso, se debe aclarar que los recursos no ingresan a una cuenta individual, sino a una cuenta denominada *Aportes recibidos por asignar*. En razón de que, como se indicó anteriormente, no existe la posibilidad para las operadoras de *devolver* los recursos distribuidos incorrectamente por SICERE, se van a generar consecuencias patrimoniales de esta incorrecta imputación. Si se permiten estos períodos en los cuales los recursos permanecerían sin administrar, el afiliado enfrentaría la posibilidad de dejar de percibir rendimientos. Esta situación evidentemente perjudicaría al afiliado, generalmente ajeno a los problemas de recaudación, distribución e imputación. Con el fin de que los afiliados no se vean afectados por los errores en la distribución, existe la posibilidad de que se autorice la **administración transitoria** de los recursos, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Protección al Trabajador, que dice: “La administración de los fondos estará a cargo de los entes autorizados respectivos; quedará prohibida la administración por medio de otra entidad, salvo en los casos excepcionales que la Superintendencia pueda permitir transitoriamente en interés de los afiliados” (el subrayado no es del original). Si la Superintendencia de Pensiones determina que transitoriamente las entidades receptoras administren estos recursos, con el fin de que se pueda generar un rendimiento durante un período preestablecido - que debería ser establecido en la normativa - los recursos serían remitidos posteriormente a la operadora correspondiente, con fundamento en la investigación que realice la gestora.

A modo de ilustración, en la regulación chilena², existe un mecanismo de **consulta** entre las administradoras - por un período preestablecido - para determinar a cuál administradora pertenece el afiliado, una vez que se determine la entidad a la que pertenece el afiliado, se procede al traslado de los recursos.

Durante el período transitorio, la operadora receptora de los recursos debe realizar las **diligencias necesarias y razonables** para establecer a quién pertenece el aporte y/o los rendimientos, y a cuál operadora corresponde la administración de esos recursos. Concluido el período de consulta con éxito, (durante el plazo establecido) procede el traslado en los términos que se dirán. Caso contrario, si las diligencias no son exitosas y no se logra determinar a quién pertenece el aporte y/o a cuál operadora corresponde la administración de esos recursos, el aporte, sin los rendimientos generados en el régimen de capitalización individual, debe separarse financiera y contablemente del fondo, pues existiría una fuerte presunción de que éstos recursos no pertenecen al régimen. Lo anterior, por cuanto el período de transitoriedad, tiene como único objetivo no perjudicar al afiliado en forma temporal, ya que respecto de recursos - que no pertenecen a sus afiliados - la gestora no tiene facultades de administración.

Las consecuencias patrimoniales previsibles, se detallan a continuación.

- ✓ *Pago de la comisión por aportes.* Dado que la estructura actual de comisiones por administración, permite que se calcule ésta según el monto del aporte (a su ingreso), la operadora a la que se le entregaron los recursos en forma incorrecta podría administrarlos transitoriamente, como “aportes recibidos por asignar”, con fundamento en el artículo 55 citado, y deberá eventualmente reintegrar el aporte a la operadora que corresponda, sin deducir el cobro de la comisión en lo correspondiente al aporte, ya que el aporte no ha ingresado a la cuenta individual del afiliado en esa Operadora. Es decir, no existe el vínculo jurídico (afiliación) que le permita administrar en forma permanente los recursos de la cuenta individual de ese afiliado. En el caso de que se trate de un registro con información no disponible, la gestora podrá administrar los recursos transitoriamente, sin embargo, la comisión sobre aporte únicamente la puede cobrar una vez que se haya determinado que corresponden a un afiliado suyo, momento en el cual imputaría el aporte en la cuenta individual.
- ✓ *Rendimientos.* Igualmente, si se administran aportes transitoriamente con fundamento en el artículo 55 de la Ley de Protección al Trabajador, estos recursos podrían generar un rendimiento negativo o positivo, que posteriormente será remitido a la operadora correspondiente, concluida la investigación. Sobre éstos, la operadora podría deducir únicamente la comisión

² Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, Circular N ° 1321 del 6 de enero del 2005,

sobre rendimientos en el momento en que haga el traslado a la operadora correspondiente o impute el aporte a la cuenta individual, si se determina al final de la investigación que si pertenece a uno de sus afiliados.

3) Errores atribuibles a la operadora

Es posible, también, que habiendo recibido la operadora en forma correcta la distribución de los recursos para las cuentas individuales por parte del SICERE, la operadora, por error, realice una imputación incorrecta de los recursos y los impute a un afiliado que no corresponde o en montos superiores o inferiores. En estos casos, tratándose de la misma operadora y el mismo fondo, cabe destacar que aparte de que sí existe un vínculo jurídico entre operadora y afiliado, las consecuencias patrimoniales dañosas se minimizan. Lo que corresponde entonces es proceder a imputar correctamente los recursos (aportes, rendimientos, comisiones) informando oportunamente a la Superintendencia y al afiliado cuando sea necesario.

A. Aportes recibidos por asignar

La segunda consulta planteada por el Departamento de Control contiene una serie de inquietudes respecto al régimen obligatorio y al voluntario, aunque se refieren mayoritariamente a los errores en la recaudación de los aportes al régimen voluntario. Respecto a los errores en el régimen obligatorio, las interrogantes quedan atendidas con la primera parte de la exposición (errores atribuibles al SICERE). Con el fin de atender las interrogantes, relacionadas con el régimen voluntario, a continuación se incluyen las preguntas planteadas con sus respectivas respuestas, las cuales están estrechamente relacionadas con las razones expresadas anteriormente.

¿Es válido concluir de los apartados anteriores que para que una entidad autorizada se encuentre debidamente legitimada para administrar recursos es necesario que se establezca un vínculo jurídico entre ella y la persona física por cuenta de quien se han efectuado las aportaciones?

¿Puede gestionar la Operadora de pensiones recursos para los cuales no tenga plena certeza que corresponden a un afiliado, entendiendo por afiliado aquella persona física que ha suscrito un contrato o formulario de afiliación con esa entidad autorizada, excepto por lo aplicable a los fondos de afiliación automática?

Efectivamente es necesaria la existencia de una relación contractual o una afiliación, según sea el caso, que faculte la administración de los recursos. Sin embargo, con fundamento en el artículo 55 de la LPT, la Superintendencia de Pensiones podría autorizar la **administración transitoria** por parte de una entidad autorizada, en tanto

se determina a quién pertenece el aporte y a cuál operadora corresponde la administración de esos recursos.

... interesa que el Dictamen Jurídico se refiera a la procedencia en términos jurídicos de que la Operadora aplique un cobro de comisión sobre aportes o sobre rendimientos, a unos recursos para los cuales no le ha sido posible determinar que correspondan a un afiliado en particular y por tanto mantiene registrados en la cuenta de Aportes por Asignar.

De conformidad con la respuesta anterior, con autorización de la Superintendencia de Pensiones, se pueden administrar temporalmente los recursos, en tanto se realiza la investigación respectiva en el plazo establecido, posteriormente se trasladarían a la OPC si así corresponde. En este punto, necesariamente, hay que distinguir dos hipótesis, la primera es aquella en la cual realizada la investigación se concluye que el afiliado si pertenece al régimen de capitalización individual, en cuyo caso el mecanismo a aplicar es el descrito en el apartado B, del punto 2 anterior; la segunda es aquella en la cual se determina que los recursos no pertenecen al régimen de capitalización individual, es decir, que no se trata de un afiliado, concretamente al régimen voluntario, en cuyo caso se debe separar el aporte del fondo de pensiones, dado que no se hizo imputación a ninguna cuenta individual, y por ende, no procede el cobro de la comisión sobre aportes, ni sobre rendimientos. En consecuencia, tampoco se le pueden acreditar ningún tipo de rendimiento positivo que haya generado.

B. Rendimientos en los regímenes obligatorio y voluntario (variaciones en el valor cuota por registros incorrectos del activo neto)

En este punto de la exposición, hay que tener presente que hacer los ajustes correspondientes, cuando se han acreditado incorrectamente rendimientos, no puede hacerse en forma arbitraria y que la naturaleza del error debería ser analizada con detenimiento por el supervisor, para establecer si procede la reparación que corresponda.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, según la consulta, esta determinación del monto a ajustar en la cuenta individual, tratándose de errores en la imputación de los rendimientos, es compleja, por la dinámica de los fondos y sus variaciones diarias en el valor cuota y en consecuencia en la rentabilidad, la administración de la entidad gestora tendrá que proponer un mecanismo que logre una **reparación equitativa para cada una de las cuentas individuales**, siempre bajo la supervisión de la Superintendencia de Pensiones, que necesariamente tendrá que valorar cada situación en particular.

En cualquier caso, si esto no es posible, en protección de los intereses de los afiliados,

la Superintendencia de Pensiones mediante un acto administrativo motivado, podría aprobar que se aplique al menos un mecanismo que provea una reparación aproximada para cada afiliado (incluso utilizando recursos propios de la operadora). El ajuste en los rendimientos no acreditados, en ningún modo puede ser considerado un obsequio, puesto que son consecuencia de una distribución injusta de los rendimientos en la cual incurrió la gestora y en esa medida el afiliado tiene derecho a ella.

En el siguiente **cuadro resumen**, se explican cada una de las hipótesis anteriormente expuestas.

CUADRO RESUMEN TIPO DE ERROR Y PROCEDIMIENTO DE AJUSTE

Régimen	Condición		Procedimiento a aplicar en cuanto a:			
	Pertenece al Régimen	Ingresa a Cuenta Individual	Comisión Aportes	Comisión Rendimientos	Rendimientos positivos	Rendimientos negativos
OBLIGATORIO						
1. Errores de patrono	No	Sí	Sí	No	No	Sí
2. Errores del SICERE						
Caso A. Aportes imputados en CI incorrecta.	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Caso B. Aportes pertenecen a otra OPC 1/	Sí	No	No	Sí	Sí	Sí
3. Errores de OPC						
Caso A. Imputación de aportes a CI	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
VOLUNTARIO						
1. Errores de OPC						

Caso A. Aportes imputados en CI incorrecta mismo fondo o diferente OPC	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Caso B. Aportes no pertenecen a Régimen 1/	No	No	No	No	No	Sí

1/ Se aplica una administración transitoria, al no ingresar los recursos a una cuenta individual.

Finalmente, conviene hacer las siguientes consideraciones:

- ✓ las medidas señaladas para la corrección de errores, se adoptan en protección de los afiliados, sin perjuicio de otras medidas legales que correspondan;
- ✓ el afiliado siempre debe ser informado por parte de la operadora de pensiones de cualquier ajuste relacionado con los errores;
- ✓ el beneficio fiscal otorgado por el legislador, en el artículo 72 de la Ley de Protección al Trabajador a los fondos, únicamente es aplicable a los recursos de los afiliados a las operadoras de pensiones, pues de conformidad, con lo señalado en los apartados anteriores, los recursos que por error ingresen al régimen de capitalización individual y que no pertenezcan a los afiliados no recibirán ningún tipo de rendimiento positivo y en consecuencia no se estarían beneficiando de este incentivo fiscal;
- ✓ los rendimientos positivos que se produzcan y que no proceda reintegrar, a tenor de lo señalado, acrecientan el fondo en el cual se generaron.

Cordialmente,



Jenory Díaz Molina
Abogada



Silvia Canales Coto
Coordinadora