

PJD-013

8 de Agosto de 2007

Master
Javier Cascante Elizondo
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

En atención a su solicitud de valorar la situación planteada por la Interfin Banex OPC en el oficio **IBP-138-07**, respecto a la “reposición” de contratos que ha venido realizando desde el año 2004, en los casos de cuentas individuales que no encuentran fundamento en un contrato suscrito entre el cliente y la OPC, se emite el siguiente criterio.

I. Antecedentes

Interfin Banex OPC señala que el proceso de reposición de contratos, no se ha logrado finiquitar porque “la gran mayoría de los afiliados optó por no firmar un nuevo contrato por considerar que les lesionaba su condición anterior”. Sugiere como alternativa la posibilidad de “identificar prototipos de contratos utilizados en el pasado y con ello proceder a la recuperación respectiva” (**Oficio IBP-138-07**). Aporta el criterio jurídico que concluye que “sería posible validar los textos utilizados en los contratos modelos por la operadora y sus antecesoras originarias en el tiempo, y su aplicación a los casos individuales de los afiliados incorporados en el momento de uso de casa uno de los textos” lo anterior, con fundamento en el artículo 1008 del Código Civil y el artículo 57 de la Ley 7523 (**Oficio IBP-447-07**).

En relación con este asunto, la Superintendencia de Pensiones mediante **SP-849-2004**, había instruido a Interfin Banex OPC, lo siguiente:

“Al respecto, se considera que los resultados obtenidos en ese arqueo demandan acciones perentorias para la reposición de los contratos faltantes así como la inmediata revisión e implementación de mejoras en los procesos y procedimientos, de tal forma que se corrijan las condiciones que llevaron a la elevada cifra de cuentas individuales sin su correspondiente contrato de afiliación. Según se indica en el informe recibido, no se localizaron 9.894 contratos del régimen voluntario, lo cual representa cerca del 33% del total de contratos administrados en ese régimen.

Sobre el particular se le requiere que en plazo de cinco días hábiles a partir del recibo de este comunicado, se presente a esta Superintendencia un plan de acción

para solventar esta deficiencia de forma pronta y efectiva, indicando claramente su fecha de conclusión. Cabe mencionar que su entidad deberá considerar los siguientes aspectos en la reposición de los contratos faltantes:

- *Los contratos que se emitan deben ajustar su estructura estrictamente a las condiciones establecidas en la Ley 7983 y a los planes autorizados por esta Superintendencia a esa Operadora de Pensiones. Las condiciones para realizar retiros deberán ajustarse a lo dispuesto en el Artículo 99 del Reglamento de Apertura y Funcionamiento de las Entidades Autorizadas y el Funcionamiento de los Fondos de Pensiones, Capitalización Laboral y Ahorro Laboral previstos en la Ley de Protección del Trabajador.*
- *La antigüedad a respetar dentro de los contratos deberá corresponder con la información del primer aporte informado a SUPEN, en los reportes mensuales de afiliados al régimen voluntario.*
- *El número de contrato y el porcentaje de comisión, deberán corresponder con los datos reportados en la base de datos de SUPEN, según la información suministrada por esa Operadora”.*

Posteriormente a esa fecha, la operadora ha solicitado ampliaciones de plazo para cumplir con lo requerido y actualmente propone “*identificar prototipos de contratos utilizados en el pasado y con ello proceder a la recuperación respectiva*” (Oficio IBP-138-07).

II. En relación con los contratos en el régimen complementario de pensiones

La Ley N° 7983 contiene una serie de disposiciones que señalan la necesidad expresa de que la voluntad del afiliado y la operadora de pensiones, se manifieste por medio de un convenio o contrato, así por ejemplo en los siguientes numerales.

“Artículo 14. Aporte de los trabajadores al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias

Los trabajadores afiliados al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, en forma individual o por medio de convenios de afiliación colectiva, podrán afiliarse al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias de conformidad con esta Ley. Los patronos podrán acordar con uno o más de sus trabajadores, la realización de aportes periódicos o extraordinarios a las respectivas cuentas para pensión complementaria. Los convenios de aportación deberán celebrarse por escrito y con copia a la Superintendencia.

Los aportes voluntarios o extraordinarios se mantendrán registrados a nombre de cada trabajador, en forma separada de los aportes obligatorios, y serán registrados y controlados por medio del Sistema Centralizado de Recaudación o directamente en las ventanillas de las operadoras o de las personas con las que estas celebren convenios para este efecto, siempre que en este último caso, la persona designada cumpla los requisitos que al efecto establezca el Superintendente” (lo subrayado no es del original).

“Artículo 15. Afiliación al régimen voluntario de pensiones de trabajadores no afiliado al Régimen Obligatorio de Pensiones. Cualquier persona no afiliada al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias podrá afiliarse al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias en forma individual o por medio de convenios de afiliación colectiva, y podrá realizar aportes a la cuenta de ahorro voluntario creada en el Artículo 18 de la presente Ley” (lo subrayado no es del original).

En el ámbito de la regulación del sector, el *Reglamento de 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*, en adelante el Reglamento, contiene una serie de normas que establecen expresamente la **obligatoriedad de suscripción de un contrato entre el cliente y la operadora**, concretamente los artículos 85, 87 y 89 que a continuación se transcriben.

“Artículo 85. De la elección de una entidad autorizada

La afiliación a una entidad autorizada establece una relación jurídica entre ella y el afiliado la cual se hace efectiva por medio de la suscripción del formulario de afiliación o del contrato de afiliación, según corresponda.

En el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y en los planes de ahorro voluntario la afiliación del trabajador es libre, así como la participación del patrono en su condición de cotizante.

Es obligación de todo trabajador afiliarse al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias y al Fondo de Capitalización Laboral, dentro del plazo establecido en la Ley 7983 o cuando inicia la primera relación laboral. Para ello deberá elegir una única entidad autorizada. Si el trabajador no se afilia, se procederá según lo dispuesto en los Artículos 11 y 39 de la Ley 7983.

El trabajador también podrá afiliarse al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias en la misma entidad autorizada elegida para administrar los

recursos del Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, u optar por cualquiera otra.

En el caso del Fondo de Capitalización Laboral, el trabajador también deberá elegir una única entidad autorizada para la administración de sus recursos.

Los trabajadores que laboren para más de un patrono, deberán elegir una única entidad autorizada, de conformidad con lo establecido en los párrafos anteriores” (lo subrayado no es del original).

“Artículo 87. Del procedimiento de afiliación

Para la afiliación a un plan Voluntario de Pensiones Complementarias o a un plan de ahorro voluntario, se requiere la suscripción de un contrato de afiliación. En el caso de afiliaciones colectivas mediante un contrato marco, cada afiliado debe firmar también un contrato de afiliación individual.

En el caso de los planes que se constituyan únicamente con el aporte del patrono cotizante, éste tiene derecho a suscribir afiliaciones individuales o colectivas para aportar recursos, y cada trabajador debe firmar un contrato individual.

También se permitirá la apertura de contratos a favor de menores de edad siempre y cuando sean representados en el acto por quien ejerce la patria potestad o por su representante legal” (lo subrayado no es del original).

“Artículo 88. De la fecha de afiliación y su vigencia

El ingreso del trabajador al régimen, sea dependiente o independiente, se hace efectivo con la suscripción de uno o varios contratos de afiliación ante una entidad autorizada.

Para efectos de la vigencia de los derechos y obligaciones de cada una de las partes, la afiliación tendrá vigencia en la fecha en que ingrese el primer aporte al Sistema Centralizado de Recaudación o a la entidad autorizada” (lo subrayado no es del original).

“Artículo 89. De los contratos de afiliación y de cotizantes

El trabajador debe suscribir un contrato de afiliación para cada plan elegido dentro del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias o dentro de los planes de ahorro voluntario.

Los contratos se emitirán en dos tantos, ambos con firma original del afiliado, del representante legal, o de quien tenga poder para ello; del representante de la entidad autorizada, y del cotizante, si existiere. El original será entregado al afiliado y la copia restante será para la entidad autorizada.

Las entidades autorizadas podrán otorgar poder a los agentes promotores de ventas para la suscripción de los contratos, siempre y cuando estén acreditados ante la Superintendencia.

Los contratos de afiliación y de cotizantes deberán consignar toda la información requerida. La entidad autorizada será la responsable de obtener la información solicitada, para lo cual deberá realizar las verificaciones necesarias” (lo subrayado no es del original).

Estas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico vigente al cual se encuentra sometida no únicamente la operadora, sino la Superintendencia de Pensiones como ente supervisor¹, razón por la cual la instrucción dirigida a Interfin Banex OPC con el fin de que en primera instancia localizará los contratos suscritos en sus archivos o solicitara la copia del afiliado y, en última instancia, procediera con la suscripción de los contratos que le permitieran la administración de recursos, son válidas y necesarias.

En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, no es posible obviar las normas trascritas para aplicar el numeral 1008 del Código Civil, que dispone “*El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca*” (como lo propone el criterio jurídico aportado) ya que esta norma se refiere a los contratos en general, no a los contratos de acumulación de los planes de pensiones, con el fin de amparar la tesis de que se pueden deducir las condiciones contractuales de la información que conserva la operadora en sus bases de datos. En todo caso, ese mismo Código establece en el numeral 1009 lo siguiente “*Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo los casos en que la ley exija alguna otra formalidad*” (el subrayado no es del original).

Aunado a esto, hay que destacar que en la información remitida al supervisor la operadora no logró establecer la existencia de un ligamen particular afiliado/ prototipo/ plan aprobado por SUPEN.

Establece el artículo 57 de la Ley 7523 lo siguiente:

¹ Al respecto el artículo 38 de la Ley N° 7523 ordena:

El Superintendente de Pensiones tendrá las siguientes atribuciones:

j) Aplicar las normas y los reglamentos dictados por el Consejo Nacional

m) Vigilar el cumplimiento estricto por parte de los entes supervisados, de los reglamentos, acuerdos y las resoluciones dictados por el Consejo Nacional.

“Las formas jurídicas adoptadas por los entes regulados no obligan a la Superintendencia, para efectos de sus potestades de fiscalización y sanción previstas en esta ley. La Superintendencia podrá atribuirles a las situaciones y los actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo la realidad y no la forma jurídica.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente aplicable a la Superintendencia General de Entidades Financieras y a la Superintendencia General de Valores, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización y sanción”.

Precisamente tomando en cuenta la realidad es que se instruyó a la entidad para que tomará todas las medidas necesarias en plazos razonables para ajustarse a la normativa, en primera instancia ubicando los documentos en sus propios archivos o con los afiliados (a los cuales se les debe siempre suministrar el original de los contratos suscritos) o en su defecto suscribiendo con los clientes nuevos contratos a la luz de la legislación vigente. No obstante, no es posible prescindir de las normas vigentes para sustituir la voluntad de los afiliados, que debe manifestarse por un medio escrito.

III. Respecto a la aplicación de prototipos

En el régimen complementario de pensiones, tanto el obligatorio como el voluntario, se conjugan elementos de derecho público y de derecho privado. Por una parte, las normas relacionadas con el régimen y los requisitos para que las operadoras de pensiones puedan administrar sus recursos, son de derecho público. Mientras que aquellas normas relacionadas con el funcionamiento de las operadoras como sociedades, pertenecen al derecho privado.

En ese mismo sentido, en el régimen complementario obligatorio el trabajador asalariado debe obligatoriamente afiliarse a una operadora de pensiones, que le administrará los aportes ordinarios y extraordinarios, sin que exista la posibilidad de que el trabajador opte por no participar en este régimen, lo anterior por disposición legal expresa de la Ley de Protección al Trabajador, que es de orden público, específicamente en su numeral 9.

No obstante lo anterior, el *principio de autonomía de la voluntad*² de los particulares también se reconoce y se manifiesta expresamente en la posibilidad inicial que el legislador le otorgó al trabajador de elegir la administradora de sus recursos y de trasladarse de

² El principio de la autonomía de la voluntad se refiere a la libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les convenga y de determinar su contenido, efectos y duración.

operadora durante su vida laboral (comúnmente llamada libre transferencia). Expresamente indica el numeral 10 de la Ley de Protección al Trabajador: “*los trabajadores tendrán libertad para afiliarse a la operadora de su elección*”. Esa elección personal del trabajador, puede tomar en cuenta una diversidad de aspectos (servicio al cliente, comisiones, rentabilidad, confianza, etc.).

Este *principio de autonomía de la voluntad* se manifiesta con mayor vigor en el régimen complementario voluntario, en virtud de que no existe la obligación del trabajador - asalariado o no - de afiliarse al régimen voluntario. La decisión de pertenecer a este régimen forma parte de su fuero privado y se manifiesta cuando suscribe un contrato con una operadora de pensiones, régimen en el cual no todas las condiciones contractuales pueden pactarse, por los intereses que pretende tutelar, sin que implique que prescinda por completo de la autonomía de la voluntad indicada. En este punto, la doctrina ha reconocido que “*Cualquiera que sean las opiniones que se tengan en materia política o económica, forzoso es reconocer que esta intervención legislativa en las relaciones contractuales es saludable, siempre que, como dice Josserand tienda a organizar el contrato racional y equitativamente. Los poderes públicos no pueden mirar con indiferencias los contratos que celebren los particulares por las repercusiones que producen a veces a injusticias atroces sobre todo en los contratos relativos al trabajo humano y a los artículos de primera necesidad. Si el contrato es un fenómeno social, si cada día es mayor la dependencia del individuo respecto de la colectividad en que vive, es incuestionable el derecho del Estado de proteger a los débiles y para evitar que el contrato sea fuente de abusos o de lucros indebidos*”³.

Entre las condiciones de **libre elección** que ofrece el régimen voluntario, pueden citarse las siguientes:

- ✓ La posibilidad de **elegir** y trasladarse de operadora.
- ✓ La opción de tener uno varios contratos suscritos con diferentes **condiciones**.
- ✓ La posibilidad de suscribir contratos con **diferentes** operadoras.
- ✓ La moneda de estos contratos puede ser el dólar o el colon.
- ✓ La posibilidad de nombrar libremente **beneficiarios**.
- ✓ La posibilidad de que un **cotizante** realice aportes a la cuenta individual del trabajador.

Es claro entonces que, en ambos regímenes, el obligatorio y el voluntario, se manifiesta el *principio de autonomía de la voluntad* aunque con mucho mayor grado en el voluntario.

³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los Contratos*, Editorial Temis S.A., Pág. 16.

De ahí la importancia que adquiere en éste último régimen el contrato suscrito entre el afiliado y la operadora. A esto se le debe agregar que por una serie de situaciones legales y fácticas, que a continuación se detallan, la regulación y las condiciones de los contratos en el régimen voluntario han variado en el transcurso de los último diez años, de forma que las reglas establecidas entre las partes y plasmadas en los contratos - que constituyen ley entre las partes - son indispensables para la gestión de los recursos y para el ejercicio de una adecuada supervisión del respeto a las normas aquí citadas.

A. Situaciones legales

En el régimen voluntario de pensiones, coexisten dos leyes reguladoras, la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias N° 7523 y la Ley de Protección al Trabajador N° 7983, con fundamento en las potestades de regulación señaladas en esos cuerpos legales, el Concejo Directivo de SUPEN y posteriormente el Concejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) ha emitido diferentes reglamentos también relacionados con el régimen voluntario. De forma tal que los contratos suscritos durante este período se pactaron a la luz de diferente regulación y sus condiciones sin lugar a dudas deben ser respetadas con fundamento en el *principio de irretroactividad* de las normas.

Existe además una disposición legal expresa en la Ley de Protección al Trabajador, que reitera este principio fundamental de irretroactividad, a saber el artículo 76 que dice: *“Los contratos de planes de pensión complementaria y de capitalización que se hayan suscrito al amparo de la Ley de Régimen Privado de Pensiones Complementarias, N° 7523, de 7 de julio de 1995, o aquellos cuyo traslado al régimen privado de pensiones complementarias haya sido autorizado por la Superintendencia al amparo de esa ley, mantendrán las condiciones contractuales establecidas en el respectivo contrato”* (lo subrayado no es del original).

Lo cual lleva a otro aspecto legal fundamental a tener en cuenta en este análisis: la existencia en el régimen voluntario de recursos provenientes de fideicomisos con condiciones totalmente particulares y no uniformes, por la misma naturaleza del fideicomiso, al amparo de una autorización expresa de la Ley N° 7983. Específicamente en el Transitorio XV, que dice: *“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”* (lo subrayado no es del original) condiciones que, por supuesto, deben ser compatibles en términos generales con un plan de

pensiones.

En el ámbito de los beneficios, el numeral 21 de la Ley N° 7983 dispone: *“Condiciones para acceder a los beneficios del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias. Las prestaciones derivadas del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se disfrutarán de acuerdo con los contratos, pero no antes de que el beneficiario cumpla cincuenta y siete años de edad, excepto en caso de invalidez o enfermedad terminal, calificado por la CCSS o en caso de muerte. En el caso de las cuentas referidas en el Artículo 18 de la presente Ley se regirán por los contratos, pero no antes de transcurrido un año excepto los contratos colectivos o corporativos, en cuyo caso podrán devolverse los recursos cuando exista un rompimiento de la relación laboral o gremial”*. Se evidencia desde ya que las condiciones particulares de los contratos son indispensables para la administración de recursos por parte de la operadora (lo subrayado no es del original).

En esa misma dirección el numeral 42 de esa misma ley ordena: *“Sin perjuicio de las demás obligaciones estipuladas en esta Ley, son obligaciones de las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas: f) Cumplir los términos de los planes, en las condiciones autorizadas por el Superintendente y las pactadas con los afiliados”* (lo subrayado no es del original).

Así las cosas, de la simple lectura de las normas citadas se desprende desde el punto de vista jurídico la **suscripción de un contrato de afiliación** es necesaria para la gestión de los recursos del régimen voluntario por parte de las operadoras de pensiones. La no existencia de ese contrato impide la administración de recursos por parte de la operadora de pensiones.

Finalmente, hay que tomar en consideración que a corto plazo las operadoras de pensiones deben implementar el proceso de separación de los fondos A y B⁴ del régimen voluntario,

⁴ Esto de conformidad con el artículo 4 bis del Reglamento, que dice:

“De la administración del régimen voluntario de pensiones

Todos los contratos pertenecientes al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias que puedan ejercer retiros totales o parciales, se administrarán en un fondo separado de aquellos que no tengan esta posibilidad. Este Fondo se denominará el Fondo A.

Las entidades autorizadas administrarán en un segundo fondo, el cual se denominará Fondo B, en colones y en dólares, las cuentas individuales del régimen voluntario de pensiones complementarias cuyos contratos hubiesen sido suscritos al amparo de la Ley 7983. Estas cuentas, al cumplir con los requisitos del Artículo 73 de la Ley de Protección al Trabajador para realizar retiros anticipados, solamente podrán realizar retiros parciales según lo dispuesto en las disposiciones del párrafo segundo del Artículo 99 de este reglamento. Dichos contratos podrán administrarse, previa autorización del Superintendente, en más de un fondo en función del horizonte de acumulación, retiro y perfil de riesgo de los afiliados.

proceso que requiriere conocer a ciencia cierta las condiciones contractuales pactadas con los afiliados. Este proceso no sería posible sin la existencia de los contratos suscritos con los clientes.

B. Situaciones fácticas

Si bien es cierto, la Ley de Protección al Trabajador establece que los planes de pensiones deben ser aprobados por la Superintendencia de Pensiones, es necesario señalar que esa obligación no abarca la aprobación de los contratos suscritos al amparo de esos planes con los afiliados. En consecuencia, no existen modelos de contratos ni “prototipos” de Interfin Banex OPC aprobados por SUPEN.

No puede obviar esta Asesoría que en el caso particular de Interfin Banex OPC, la Superintendencia ha conocido en varias oportunidades - con ocasión de consultas de afiliados y visitas de inspección - de la existencia de contratos para una misma cuenta individual con cláusulas ambiguas e incluso contradictorias reflejando la falta de uniformidad en los contratos suscritos entre esa operadora y sus clientes.

Ahora bien, esto no significa que se está negando la existencia de una relación fáctica entre el la operadora y el cliente, sin embargo, esa vinculación debe ser necesariamente contractual y por escrito. En vista de que el criterio jurídico indica que la operadora mantiene comunicación con esos afiliados y que puede incluso *“por los medios de comunicación establecidos por cada una de las partes para que se refieran a si las condiciones establecidas en el modelo son las propias de su contrato, así se daría un plazo al afiliado para que se pronuncie y de pronunciarse en el plazo conferido se entendería por ratificado el texto respectivo”*, sería también posible comunicarles a los afiliados que ante la inexistencia del documento contractual, suscriban un nuevo contrato que los vincule formalmente con la operadora y cumplir con lo dispuesto por la normativa del sector actualmente vigente.

Será responsabilidad de la entidad autorizada la definición de la política de gestión de riesgos de liquidez y calce de plazos de vencimiento la cual deberá ser comunicada a los afiliados al momento de firmar el contrato.

El Superintendente establecerá mediante circulares los aspectos operativos y de información que permitan una separación ordenada de los fondos”.

IV. Conclusiones

1. A la luz de lo señalado, es claro que no es procedente pretender sustituir la voluntad de las partes en cuanto a la administración de los recursos con prototipos de contratos, en virtud de que la operadora de pensiones únicamente se encuentra autorizada a administrar recursos de terceros por encargo expreso de los clientes.
2. En el régimen voluntario de pensión complementaria, la existencia de un contrato de afiliación es el fundamento legal para la administración por parte de las operadoras de pensiones de los recursos de terceros, su ausencia obliga al gestor a realizar la vinculación jurídica de la entidad con el particular o en su defecto a devolver los recursos de las cuentas individuales a sus propietarios.
3. Bajo esta tesitura, es viable que - excepcionalmente y como medida correctiva - respecto a aquellas cuentas individuales en que la operadora no pueda demostrar la relación jurídica que vincula un particular con la operadora por la inexistencia del contrato de afiliación, estos sujetos puedan manifestar expresamente su voluntad de que Interfin Banex OPC administre sus recursos en un fondo de pensiones mediante la suscripción de un contrato de afiliación según los términos establecidos en la legislación actual vigente, tal como lo estableció el **SP-849-2004**.
4. El plazo para tomar las medidas correctivas puede ser definido por la Superintendencia de Pensiones, sin perjuicio de las medidas legales que correspondan.

Cordialmente,



Jenory Díaz M.
Abogada Encargada



Silvia Canales C.
Directora