

PJD-021

8 de noviembre de 2007

Señor

Javier Cascante E., *Superintendente*

SUPEN

Estimado señor:

En atención al correo de fecha 10 de octubre del presente año, suscrito por el Lic. Danilo Ugalde, Director Ejecutivo de ACOP, en el cual menciona algunos aspectos a considerar en relación con la utilización de formularios y contratos de libre transferencia en forma irregular, dado el Dictamen PJD-014-2007, me permito indicarle lo siguiente.

La consulta se refiere al **SP-2403-2007**, que remite el dictamen jurídico **PJD-014-2007**, en el cual se concluye lo siguiente:

“En definitiva los formularios que se firmen sin fecha, porque se conoce que el afiliado no posee los requisitos legales para ejercer la libre transferencia, carecen de validez por no cumplir el afiliado con los supuestos normativos para ejercer ese derecho.

La fecha del formulario tiene la finalidad de ubicar temporalmente la voluntad del afiliado y el procedimiento establecido por SICERE, con fundamento en la normativa vigente, tiene como finalidad que esa voluntad sea ejercida en un período de tiempo determinado en aras de la seguridad jurídica.

Prácticas como las que aquí se analizaron, podrían ser contrarias a la legislación vigente y llegar a representar un perjuicio para el afiliado, dado que la operadora no está brindando información veraz, sino que podría inducir a equívocos y confusiones al afiliado”.

Al respecto, plantea su correo que la ausencia de fecha en el contrato suscrito, “*no es una causa de invalidez del Contrato de Transferencia, es una causa de ineficacia del mismo*”¹. De conformidad con la teoría general del negocio jurídico, son elementos de validez del contrato: el consentimiento, el objeto y la causa, únicamente la ausencia o vicio en alguno

¹ En relación con sus planteamientos sobre los requisitos de validez y eficacia del acto administrativo, omitimos referirnos, en razón de que se apartan del tema que nos ocupa, que es eminentemente de derecho privado y no de derecho administrativo.

de estos elementos podrían provocar la invalidez del contrato. Señala Baudrit que *“La validez de todo contrato está sujeta a que todos los requisitos y elementos se encuentren en el acto respectivo en la etapa de formación de la convención. La ausencia de ellos implica la nulidad absoluta del contrato, mientras que su presencia defectuosa lleva a la nulidad relativa del acto”* (Baudrit, Carrillo, Diego, Teoría General de Contrato, Editorial Juricentro, 2 da. Edición, Pág. 18).

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado, por ejemplo: *“Lleva razón la recurrente, tocante al dolo, constituido por el artilugio de inducir a la actora a suscribir la hipoteca por consentimiento, en el entendido de que aquella era solo una prolongación de la relación comercial que hasta la fecha existía entre las partes, cuando el objetivo final era acrecentar su garantía para cesar unilateralmente el contrato de distribución y proceder a ejecutar las mismas. La invalidez de los contratos comprende la nulidad y la anulabilidad. Inválido es, en general, el contrato donde falta un elemento o presupuesto esencial o se encuentra viciado. En ese sentido, debe considerarse la siguiente sentencia y razonamiento, que este Tribunal comparte: ‘De los artículos 627 y 1007 del Código Civil nacen los requisitos de validez del negocio jurídico, a saber: capacidad, objeto, causa, consentimiento de las partes y formalidades. Para la validez del contrato se requiere que la voluntad de las partes no esté determinada por situaciones que adulteren la verdadera intención que las llevó a obligarse. El acto contractual debe ser libre, consciente y espontáneo para que responda al objetivo de la ley al darle fuerza obligatoria’”* (Sentencia N ° 427, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, a las nueve horas del treinta de noviembre de dos mil cinco).

Efectivamente el dictamen **PJD-014-2007** generaliza los casos de invalidez, y en ese sentido se debe aclarar, ya que existen casos únicamente de ineficacia y no invalidez, en el cual la voluntad del afiliado de trasladarse a otra operadora no surte efectos porque no es posible determinar temporalmente a partir de cuando desea el traslado a otra operadora, según lo que a continuación se dirá, esto a pesar de que no existe ausencia o vicio de los elementos esenciales del contrato.

En los casos de libre transferencia que aquí nos ocupa, se pueden presentar dos hipótesis:

- 1) Que el afiliado que suscribió el contrato o formulario, de hecho tenga doce o más aportes mensuales y en consecuencia, tiene derecho a trasladarse, aunque el contrato sea ineficaz por carecer de fecha.
- 2) Que el afiliado **no tenga los doce aportes mensuales**, en cuyo caso su derecho a trasladarse no ha nacido a la vida jurídica, en este último caso, al tratarse de un requisito

indispensable para otorgar el consentimiento y hacer ejercicio del derecho, el contrato no es válido y como consecuencia de ello tampoco es eficaz.

Ahora bien, con independencia de las razones de eficacia o de validez del contrato, hay que reconocer que existen dos problemas extra-jurídicos, de índole operativa, en la atención de estas situaciones, a saber: a) la imposibilidad de determinar el momento en que efectivamente se firmó el contrato y si la fecha se puso en ese mismo momento, y b) la imposibilidad de determinar si el momento de la firma se dio efectivamente cuando el afiliado cumplía con el requisito de los doce aportes mensuales y no antes, aspectos que en última instancia dependen de la prueba en cada caso concreto.

Sin embargo, las conclusiones del **PJD-014-2007** son igualmente aplicables, porque únicamente se puede ejercer el derecho de libre transferencia cuando se cumplan los requisitos normativos. Ello es así desde el punto de vista jurídico, a pesar de que actualmente es casi imposible, operativamente, determinar con precisión si la fecha y la suscripción del contrato coinciden en el tiempo.

La práctica detectada por la Superintendencia de Pensiones, en la cual la operadora promueve el traslado del afiliado sin que haya cumplido el requisito normativo, de los doce aportes mensuales es la que provoca una serie de conflictos posteriores, como la existencia de dos contratos fechados, la existencia de un contrato sin fecha, etc. Circunstancias que en caso de presentarse, únicamente pueden ser analizadas en forma casuística ya que dependen de los elementos probatorios que se puedan recopilar.

No obstante lo anterior, tal como se indicó en el dictamen **PJD-014-2007**, en razón del principio de responsabilidad de la operadora y del promotor, la Superintendencia de Pensiones tiene facultades suficientes para aplicar el marco sancionatorio cuando corresponda, por comisión de las infracciones contempladas en el numeral 48 inciso i) y 52 de la Ley N° 7523, marco normativo que será aplicado con rigor, dadas las advertencias realizadas por parte de la Superintendencia de Pensiones en este sentido.

De conformidad con lo anterior, tal como se indicó en el **PJD-014-2007**: *“En definitiva, los formularios que se firmen sin fecha, porque se conoce que el afiliado no posee los requisitos para ejercer la libre transferencia, carecen de validez por no cumplir el afiliado con los supuestos normativos para ejercer ese derecho”*.

A lo cual se debe agregar a título de aclaración que existen también casos en los cuales por haber nacido a la vida jurídica el derecho de libre transferencia, de conformidad con la

Página 4 de 4

normativa vigente y haberse otorgado el consentimiento, el contrato es válido aunque ineficaz por carecer de fecha.

Cordialmente,



Jenory Díaz M.
Abogada Encargada



Silvia Canales C.
Directora