

PJD-022

8 de noviembre de 2007

Señor
Javier Cascante E., *Superintendente*
SUPEN

Estimado señor:

En atención al oficio **GG-156-07**, recibido el 24 de octubre del presente año, suscrito por el señor Alejandro Solórzano, Gerente General de Vida Plena OPC, en el cual menciona algunos aspectos a considerar en relación con el oficio **SP-2403** y la utilización de formularios y contratos de libre transferencia en forma irregular, me permito indicarle lo siguiente.

I. Sobre la invalidez y la ineficacia

En relación con el dictamen **PJD-014-2007**, remitido con el oficio **SP-2403**, la División Jurídica aclaró algunos conceptos relacionados con la invalidez y la eficacia en el dictamen **PJD-021**, que se adjunta para su conocimiento, en el cual consideramos se responden sus consultas en cuanto estos términos.

Ahora bien, en relación con el planteamiento sobre las obligaciones condicionales, según el cual en su criterio, *“Lo que la SUPEN vino a especificar reglamentariamente (un año de permanencia y 12 cuotas) son condiciones de eficacia de ese derecho, sin que sea del todo exacto que deban cumplirse para que aquel en sí exista. En tal orden de ideas, nada impide que una persona, previo al cumplimiento de esos requisitos de eficacia, disponga el modo y forma de ejercerlo, porque entramos en el campo de las obligaciones condicionales, lo que aparece normado en nuestro Código Civil, que admite ese tipo de pactos interpartes”*, la División Jurídica realizó el siguiente análisis.

El derecho de libre transferencia, se encuentra establecido en el artículo 10 de la Ley de Protección al Trabajador, que dice:

“Los trabajadores tendrán libertad para afiliarse a la operadora de su elección. El afiliado podrá transferir el saldo de su cuenta, sin costo alguno, entre operadoras. Las transferencias deberán ser solicitadas personalmente y por escrito ante el sistema de centralizado de recaudación de la CCSS. La Superintendencia establecerá, vía reglamento, el plazo y las condiciones en que se solicitarán y efectuarán las transferencias.”

Si la operadora no transfiere los recursos en el plazo establecido por la Superintendencia, el Superintendente ordenará el traslado. El no cumplimiento de dicha orden se considerará como falta muy grave para los efectos sancionatorios de esta Ley, sin perjuicio de las demás acciones facultadas por la ley, así como de la reparación de daños y perjuicios que hayan sido causados por el incumplimiento. Se prohíbe toda forma de obstaculizar el ejercicio de este derecho, sin menoscabo de las bonificaciones de comisiones cobradas a partir del incumplimiento, previstas en la presente Ley” (los subrayado no es del original).

Precisamente, las **condiciones** establecidas por la SUPEN para el ejercicio de la libre transferencia es el transcurso de un período mínimo en la operadora origen y paralelamente un número de aportes (salvo casos excepcionales como el de fusión y cambios de control accionario de operadoras). Esta delimitación de las condiciones por parte de la Superintendencia de Pensiones persigue dos objetivos fundamentales. El primero y primordial es que el afiliado permanezca el tiempo suficiente para valorar si el servicio prestado por el gestor del fondo le conviene o si por el contrario considera que otro gestor puede satisfacer mejor sus necesidades. El segundo, es administrar eficientemente los costos operativos que implica para el sistema actual como un todo, la libre transferencia, lo anterior por cuanto en este proceso intervienen cinco participantes: el afiliado, la operadora de origen, la operadora destino, el órgano de registro y recaudación (SICERE), y la Superintendencia de Pensiones como supervisor al cual se deben reportar los traslados efectuados.

II. Respecto a las obligaciones condicionales

Habiendo aclarado este primer punto, hay que destacar que por mandato del legislador, es la Superintendencia de Pensiones la que debe establecer las condiciones para el traslado, de forma tal que sin que éstas se produzcan, no ha surgido a la vida jurídica el derecho y no corresponde la suscripción de un contrato de traslado, por el simple hecho de que no existe el derecho para el afiliado.

En el Código Civil, una obligación condicional está referida particularmente al caso de la compra venta, y en consecuencia, es de difícil aplicación del caso que nos ocupa. No obstante lo anterior, entendiendo la obligación condicional como “*la que depende de un acontecimiento futuro e incierto, que puede producir la adquisición de un derecho o la resolución del ya adquirido*”¹ es claro que si el *hecho futuro incierto* es el cumplimiento de

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Décimo cuarta edición, 2000, Pág. 276.

las condiciones requeridas por la normativa vigente para el ejercicio de la libre transferencia, antes de que ese hecho ocurra no es posible firmar un contrato o formulario de traslado porque el derecho no ha nacido a la vida jurídica. A lo sumo desde el punto de vista jurídico, es posible adquirir el compromiso de suscribir el contrato en el futuro cuando ocurra la condición, pero nunca suscribir el contrato en forma anticipada al cumplimiento de la misma.

Cabe aclarar que siendo una obligación *personalísima* (el ejercicio de la libre transferencia) dependerá enteramente del afiliado honrar su compromiso de traslado cuando cumpla los requisitos y que ante la Superintendencia de Pensiones no es posible pretender hacer valer ese derecho, sino únicamente ante los tribunales de justicia. Esto último, lleva a cuestionarse la utilidad de incurrir en tales prácticas que no solo conllevan un costo para los gestores, sino que presenta un riesgo adicional y delicado, la posibilidad de confundir al afiliado que podría creer que tal “compromiso” implica el traslado de operadora en sí mismo. Situación que no sería de extrañar en razón de que estamos considerando aspectos eminentemente jurídicos, sobre las obligaciones, que no tienen por qué ser conocidos en todos sus alcances por los afiliados.

En este último caso, si se confunde al afiliado y se obstaculiza su derecho de libre transferencia, se podrían configurar las infracciones contempladas en el numeral el numeral 48 inciso i) y 52 de la Ley N° 7523, marco normativo que deberá ser aplicado con rigor, dadas las advertencias realizadas por parte de la Superintendencia de Pensiones en este sentido.

Finalmente en relación con el plazo para la presentación de las solicitudes de traslado ante el órgano de recaudación y registro, SICERE, no corresponde a la Superintendencia de Pensiones referirse por escapar de su competencia. No obstante lo anterior, sí es claro que en aras de la seguridad jurídica, es necesario establecer plazos razonables para la presentación de la solicitud de traslado, lo cual refleja también la eficiencia en la gestión por parte de la operadora responsable.

III. Conclusiones

- 1) La Superintendencia de Pensiones es la que debe establecer las condiciones para el traslado, de forma tal que, sin que éstas se produzcan, no ha surgido a la vida jurídica el derecho de libre transferencia y no corresponde la suscripción de un contrato de traslado, por el simple hecho de que no existe tal derecho para el afiliado.

- 2) Aplicando la tesis de las obligaciones condicionales, es claro que si el *hecho futuro incierto* es el cumplimiento de las condiciones requeridas por la normativa vigente para el ejercicio de la libre transferencia, antes de que ese hecho ocurra no es posible firmar un contrato o formulario de traslado porque el derecho no ha nacido a la vida jurídica. A lo sumo desde el punto de vista jurídico, es posible adquirir el compromiso de suscribir el contrato en el futuro, cuando ocurra la condición, pero nunca suscribir el contrato en forma anticipada al cumplimiento de la condición.
- 3) Siendo una obligación *personalísima* (el ejercicio de la libre transferencia) dependerá enteramente del afiliado honrar su compromiso previo de traslado cuando cumpla los requisitos y que ante la Superintendencia de Pensiones no es posible pretender hacer valer ese derecho, sino únicamente ante los tribunales de justicia.
- 4) Si por situaciones como las indicadas en este dictamen, se confunde al afiliado y se obstaculiza su derecho de libre transferencia, se podrían configurar las infracciones contempladas en el numeral el numeral 48 inciso i) y 52 de la Ley N° 7523, marco normativo que deberá ser aplicado con rigor, dadas las advertencias realizadas por parte de la Superintendencia de Pensiones en este sentido.

Cordialmente,



Jenory Díaz M.
Abogada Encargada



Silvia Canales C.
Directora