

PJD-024

27 de noviembre del 2007

Master

Javier Cascante E. *Superintendente*

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

En atención a la consulta de Popular Pensiones, Operadora de Planes de Pensiones Complementarios sobre el derecho a la libre transferencia en los casos de fusiones por absorción entre Operadoras de Pensiones, y si el mismo puede ser ejercido únicamente por los afiliados de la entidad absorbida o también pueden ejercer éste derecho los afiliados de la entidad absorbente, se rinde el siguiente criterio jurídico.

I. Antecedentes

Mediante el oficio PEN-1152-2007, de fecha 27 de setiembre de los corrientes, Popular Pensiones, OPC S.A. consulta:

“...no nos queda claro si el derecho a la libre transferencia en los casos de fusiones por absorción entre Operadoras de Pensiones, se genera solamente para los afiliados de la empresa absorbida o también se genera para los afiliados de la empresa absorbente...”

Adjunto al oficio anterior, presentan el dictamen de la Asesoría Jurídica de la Operadora consultante, oficio AJ-110-2007 de fecha 27 de setiembre del presente año, el cual señala en lo que interesa:

“...la reglamentación no es clara en cuanto a definir con contundencia si el trámite de libre transferencia se aplica solamente para los afiliados de las empresas absorbidas y no así para los de la empresa absorbente, no obstante podría inferirse de la misma lectura del artículo 27, especialmente de su último párrafo, que esto es así, siempre y cuando desde luego los afiliados de la empresa absorbente no se vean afectados por la fusión. En mi criterio, el derecho de transferencia en estos casos debería aplicarse solamente para los afiliados de la empresa absorbida...”

II. Análisis Jurídico

a. El instrumento de la fusión.

En términos generales el instrumento de la fusión, está definido como aquella operación utilizada para unificar inversiones y criterios comerciales de compañías de una misma rama o de objetivos compatibles. En el ámbito del derecho, una fusión puede ser la absorción de una sociedad por otra, con desaparición de la primera, o la unión de dos o más compañías independientes entre sí, para que constituyan una nueva sociedad. En ese sentido existen dos tipos de fusiones: por absorción y por creación respectivamente.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla dos tipos de fusión y establece que los derechos y obligaciones de las sociedades constituyentes serán asumidos de pleno derecho por la nueva sociedad o por la que prevalezca, lo cual es una consecuencia lógica de éste tipo de instrumento jurídico. Así lo dispone el Código de Comercio, en sus artículos 220 y 224 al indicar.

“Artículo 220

Hay fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola.

Las sociedades constituyentes cesarán en el ejercicio de su personalidad jurídica individual cuando de la fusión de las mismas resulte una nueva.

Si la fusión se produce por absorción, deberá modificarse la escritura social de la sociedad prevaleciente, si fuere del caso”.

“Artículo 224

Los derechos y obligaciones de las sociedades constituyentes serán asumidos de pleno derecho por la nueva sociedad o por la que prevalezca.

Ni la responsabilidad de los socios, directores y funcionarios, ni los derechos y acciones contra ellos, serán afectados por la fusión.

En los procedimientos judiciales o administrativos en que hubiere sido parte cualquiera de las sociedades constituyentes, lo seguirá siendo, la nueva sociedad o la que prevalezca”

De conformidad con lo anterior, y en línea con lo señalado, en una fusión de sociedades la sociedad resultante del proceso, ya sea por absorción o por creación, asume la totalidad de los derechos y obligaciones de la preexistente; es decir que los socios de ambas asumen riesgos y contingencias especiales. En el ámbito de las Operadoras de Pensiones Complementarias (en adelante Operadoras) en pro de la tutela de los intereses de los afiliados, ésta figura se rige por

la normativa especial prevista en la Ley de Protección al Trabajador, así como por la emitida por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, resultando de aplicación supletoria, las normas del Código de Comercio.

b. La fusión de entidades autorizadas y su regulación.

El artículo 47 de la Ley de Protección al Trabajador (Ley N° 7983) establece que:

“Artículo 47.—Fusiones y cambios de control accionario. Las fusiones y los cambios de control accionario de las operadoras o las organizaciones sociales autorizadas o de fondos administrados por estas requerirán la autorización previa del Superintendente, con base en el reglamento que dicte para tal efecto la Superintendencia. El objetivo de esta obligación es velar porque el proceso de fusión no lesione los intereses de los afiliados ni los niveles de competencia. Para tal efecto, el Superintendente deberá consultar a la Comisión para la promoción de la competencia, según el trámite dispuesto en el reglamento correspondiente.

En caso de fusión de operadoras u organizaciones sociales autorizadas o de fondos, los afiliados tendrán derecho a solicitar la transferencia de sus cuentas a una operadora u organización social autorizada de su elección, aun cuando no hayan cumplido con el tiempo mínimo de permanencia fijado por la Superintendencia.” (El resaltado no es del original.

Por su parte, el *Reglamento sobre la Apertura y Funcionamiento de las Entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de Pensiones, Capitalización Laboral y Ahorro Voluntario Previsto en la Ley de Protección al Trabajador* (en adelante Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento), en el Capítulo III, Fusión de Operadoras y Fondos, regula todo lo relativo a éstos procesos. De esa forma, el artículo 20 indica que, *“se entenderá por fusión de operadoras la integración de dos o más de ellas para formar una sola sociedad o entidad...”*. El mismo artículo, señala los dos tipos de fusión que pueden llevar a cabo las Operadoras, las cuales pueden ser por absorción o por creación.

Adicionalmente, el Artículo 21 del Reglamento de cita, menciona que las operadoras que deseen entrar en un proceso de fusión deben presentar previamente ante el Superintendente solicitud formal de fusión, cumpliendo con una serie de requisitos establecidos.

c. El afiliado y su derecho a la libre transferencia ante un proceso de fusión

La libre transferencia es definida como aquel derecho del afiliado de transferir los recursos capitalizados en su cuenta a otra entidad autorizada o al fondo de su elección, ello de conformidad con los artículos 2 y 10 de la Ley N° 7983.

En este punto cabe señalar que la Ley de Protección al Trabajador y el Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento, contemplan normas de orden público las cuales garantizan el cumplimiento de derechos fundamentales de los afiliados al régimen de pensiones complementarias, entre ellos el ejercicio del derecho a la libre transferencia. Asimismo, es importante recordar que como parte de los principios que rigen la administración de fondos de pensiones, se encuentran la equidad, la justicia, la no discriminación y el respeto al ejercicio de los derechos de los afiliados, tales como la libre elección del administrador de sus recursos.

Ahora bien, dicho derecho está referido a la figura de la fusión en los siguientes términos.

El artículo 21 inciso f) del Reglamento establece que:

“(...) las operadoras que deseen entrar en un proceso de fusión, deben presentar previamente ante el Superintendente solicitud formal de autorización suscrita por apoderados con facultades suficientes de las entidades sujetas a la fusión. Dicha solicitud deberá ser acompañada de lo siguiente: (...) f) Copia de la carta que deben enviar las entidades en proceso de fusión a los afiliados, en la cual se les informará de la fusión una vez autorizada y de su derecho a solicitar la transferencia de sus recursos a otra entidad aún sin haber cumplido el período establecido en el Artículo 102 de este Reglamento”.

Por su parte, el artículo 27 del Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento establece que los afiliados podrán solicitar la transferencia de sus recursos a otra entidad, aún cuando no haya transcurrido el plazo y condiciones (doce meses y doce aportes) indicados en el artículo 102 del Reglamento de cita.

Dicha norma establece que:

“Artículo 27. De los derechos de los afiliados
La nueva entidad resultante o la entidad prevaleciente, según sea el caso, deberá respetar los derechos y obligaciones pactados originalmente con los afiliados por cada una de las entidades que se fusionaron.

Los afiliados podrán solicitar la transferencia de sus recursos a otra entidad, aún cuando no haya transcurrido el plazo indicado en el Artículo 102 de este Reglamento.

Para ejercer este derecho, el afiliado en un plazo máximo de 60 días naturales contados a partir de la comunicación respectiva en un periódico de circulación nacional, se presentará en las oficinas del Sistema Centralizado de Recaudación y cumplirá el trámite para las transferencias establecido en este Reglamento. Si transcurrido ese plazo, el afiliado no ha solicitado la transferencia, se entenderá que no ejercerá ese derecho sino hasta que le corresponda cumplir el plazo fijado de permanencia mínima en la entidad fusionada.”

Respecto al tema de los derechos de los afiliados, la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (en adelante AIOS) ha establecido en sus principios de supervisión que “...Una de las principales funciones del regulador de pensiones es facilitar que los trabajadores elijan libremente la administradora cuando ingresa al sistema y durante su permanencia. Este proceso genera una competencia sana entre las administradoras que potencia niveles de comisiones menores, rendimientos más atractivos y servicio al cliente más personalizado. Además, impulsa a los gestores a proporcionar amplia información para que los trabajadores puedan comparar y conocer sus beneficios...”. De acuerdo con lo anterior, la AIOS ha instituido lo siguiente:

- Como fundamento de regulación y supervisión que, “*las entidades reguladoras y supervisoras deben establecer una normativa que permita una gestión transparente, eficaz y eficiente a fin de salvaguardar los derechos de los afiliados y beneficiarios*”.
- Como principio relativo a las administradoras de pensiones, está “*...las administradoras de pensiones deben velar por los principios de equidad, justicia y no discriminación hacia los afiliados, así como respetar el ejercicio de sus derechos...*” y,
- Como principios relativos a la administración de cuentas individuales y los beneficios que “*...el supervisor debe velar por que existan procedimientos de afiliación que promuevan la más amplia cobertura, transparencia y libertad de elección...*”.

En ese orden de ideas, y de conformidad con lo señalado respecto de la regulación sobre la fusión, el artículo 47 de la Ley N° 7983 y los artículos 27 y 102 del Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento, establecen la posibilidad que tienen los afiliados para ejercer su derecho a la libre transferencia, en el caso de que se lleve a cabo una fusión de operadoras u organizaciones sociales autorizadas o fondos administrados por éstas.

A partir de lo señalado con anterioridad y en virtud del bienestar de los de los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones, es importante mencionar que sus derechos y el velar por su

cumplimiento es uno de los propósitos de la supervisión y la regulación por parte de la SUPEN. Además, dado que la normativa no establece distinciones, tal y como se verá, se considera que el derecho a la libre transferencia debe ser ejercida tanto por los afiliados de la operadora absorbida como por los afiliados de la operadora absorbente.

De acuerdo con la normativa antes aludida (Ley N° 7983 y Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento), no se realiza ninguna distinción, respecto a cuáles afiliados son quienes pueden realizar la libre transferencia en caso de una fusión por absorción, ya que ambas citas, mencionan “los afiliados” de una forma general y no restrictiva. Es por ello que la Operadora consultante debe tomar en consideración, el conocido aforismo jurídico “*no se puede distinguir donde la ley no distingue*”, ya que no podríamos limitar los derechos de los afiliados, tal y como lo pretende la Asesora Legal de Popular Pensiones (oficio AJ-110-2007 de fecha 27 de setiembre de los corrientes) ya que en este caso particular, el derecho a la libre transferencia en razón de una fusión se define de forma amplia mediante norma de rango legal por estar contenido en la Ley de Protección al Trabajador y desarrollado como tal en el Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento.

Por ende, y como consecuencia de la aplicación del principio general y elemental del Derecho antes mencionado, es que considera esta Superintendencia de Pensiones que, no puede entenderse en sentido restrictivo el derecho de los afiliados respecto a la libre transferencia de sus recursos a otra entidad, en caso de que se lleve a cabo una fusión por absorción. De esta forma, ambas Operadoras u organizaciones sociales autorizadas o de fondos deberán poner en conocimiento de sus afiliados la autorización de SUPEN respecto a la fusión por absorción y a su vez, su derecho a solicitar la transferencia de sus recursos a otra entidad.

III. Conclusiones

1. La fusión es un instrumento utilizado para unificar inversiones y criterios comerciales de compañías de una misma rama o de objetivos compatibles. En nuestro ordenamiento jurídico existen dos tipos de fusiones: por absorción y por creación.
2. Los procesos de fusión de entidades autorizadas se rigen por lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador (artículo 47), el Reglamento sobre la Apertura y Funcionamiento de las Entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de Pensiones, Capitalización Laboral y Ahorro Voluntario Previsto en la Ley de Protección al Trabajador, y supletoriamente por lo dispuesto en el Código de Comercio.

Página 7 de 7

3. El velar por el cumplimiento de los derechos de los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones es uno de los propósitos de la supervisión y la regulación por parte de esta Superintendencia de Pensiones.
4. En el artículo 47 de la Ley N° 7983 y en los artículos 27 y 102 del Reglamento sobre Apertura y Funcionamiento, se indica la posibilidad que tienen los afiliados para ejercer su derecho a la libre transferencia, en el caso de que se lleve a cabo una fusión de operadoras u organizaciones sociales autorizadas o fondos administrados por éstas.
5. No puede entenderse en sentido restrictivo el derecho de los afiliados respecto a la libre transferencia de sus recursos a otra entidad, en caso de que se lleve a cabo una fusión por absorción, máxime que la normativa vigente no hace distinciones al respecto
6. Las Operadoras u organizaciones sociales autorizadas o fondos que deseen entrar en un proceso de fusión deberán poner en conocimiento de sus afiliados la autorización de SUPEN respecto a la fusión por absorción o creación, y a su vez, su derecho a solicitar la transferencia de sus recursos a otra entidad de su elección.

Atentamente,



Yorlenny Avendaño Vega
Abogada Encargada



Silvia Canales Coto
Directora