

**PJD-026**

14 de diciembre del 2007

Señor

Norman Orozco C., *Líder de Supervisión*

*División de Regímenes de Capitalización Individual*

*Superintendencia de Pensiones*

Estimado señor:

En atención a su consulta sobre la viabilidad legal de que BCR Pensión OPC S.A. establezca la política de no recibir aportes en dinero en efectivo, en las ventanillas del Banco de Costa Rica, de parte de sus afiliados al régimen de pensiones complementarias, la División Jurídica realizó el siguiente análisis.

### **I. Consulta**

En concreto se consulta respecto a lo siguiente: *“hemos recibido dos denuncias formales y varias llamadas telefónicas de afiliados a planes voluntarios de BCR Pensión, relacionadas con una reciente directriz de dicha operadora, que consiste en eliminar la posibilidad de aportes en efectivo en las ventanillas del Banco de Costa Rica, correspondientes a los fondos voluntarios de pensión (sic). En general, los afiliados en cuestión indican que se les han violentado sus derechos, toda vez que en los contratos respectivos existe la opción de pago por ventanilla y que no ha habido autorización de su parte para que de común acuerdo, como lo especifica el contrato, se modifique el medio para realizar aportaciones a su plan de pensión. Dado lo anterior, solicitamos el criterio de la División Jurídica para determinar si la operadora puede limitar el medio para que sus afiliados realicen los aportes al plan de pensiones voluntarias y específicamente excluir como medio de aportación los depósitos en efectivo, a través de las ventanillas disponibles por la operadora”*.

### **II. Sobre los aportes en efectivo**

En primer término, cabe destacar que la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas*, en adelante la Ley N° 8204, no obliga a las entidades supervisadas a eliminar el uso de efectivo como medio de pago, sino a llevar controles establecidos para evitar la utilización de las entidades para la legitimación de capitales.

Uno de esos controles es la aplicación de un formulario cuando se realicen transacciones en **efectivo** por montos iguales o superiores a \$10.000. De forma que no existe limitación alguna desde el punto de vista legal, para realizar la transacción aunque sí existe una obligación para el cliente de suministrar la información que debe incluirse en el formulario, y para la entidad de reportar esas transacciones a la Superintendencia que corresponda.

Lo anterior de conformidad con el numeral 20 de la Ley N° 8204, que dice:

*“Toda institución financiera deberá registrar, en un formulario diseñado por el órgano de supervisión y fiscalización competente, el ingreso o egreso de las transacciones en efectivo, en moneda nacional o extranjera, iguales o superiores a los diez mil dólares estadounidenses (US\$10.000,00) o su equivalente en colones. Las transacciones indicadas en el párrafo anterior incluyen las transferencias desde el exterior o hacia él”.*

Las entidades sujetas a la aplicación de la Ley N° 8204, entre ellas las operadoras de pensiones, pueden tomar políticas internas para reducir el riesgo de ser utilizados para la legitimación de capitales, una de ellas puede ser eliminar el uso del efectivo, sin embargo, esa disposición no obedece a un mandato de la citada legislación.

### **III. Sobre contratos previos suscritos con los clientes**

Según se indica en la consulta, existen contratos con clientes suscritos con anterioridad a la adopción de la política de no aceptar aportes en dinero en efectivo, en los cuales se pactó con el afiliado la recepción de aportes en ventanilla (dinero en efectivo). Así por ejemplo, en los contratos de los afiliados William Moreno Murillo y Graciela Ferreiro Santamaría, se establece expresamente lo siguiente:

*“QUINTA: DE LAS APORTACIONES AL PLAN: Todas las aportaciones a este PLAN PARA PENSION COMPLEMENTARIA VOLUNTARIA, se harán en la siguiente moneda: DÓLARES. Asimismo, para el propósito del presente contrato, la CUOTA MENSUAL PARA LA FORMACIÓN DE AHORRO VOLUNTARIO, será de 50: (CINCUENTA EXACTOS), La OPERADORA establece una cuota mínima mensual de un mil colones (1.000.00) ó veinticinco dólares (USD\$25.00) moneda de curso legal en los Estados Unidos de América. Dichas aportaciones a la OPERADORA, se harán por medio de la forma de pago que el AFILIADO autoriza: Pago en ventanilla, Planilla empresarial, Cargo automático, entre otros” (el subrayado no es del original).*

Sobre condiciones contractuales pactadas expresamente con los afiliados y en el tanto éstas sean lícitas, la División Jurídica, mediante nota de fecha 18 de noviembre del 2003, señaló lo siguiente:

*“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. Dicho contrato debe celebrarse a la luz de las disposiciones jurídicas vigentes al momento de su suscripción y lo allí acordado tiene fuerza de ley entre las partes, según lo dispone el artículo 1022 del Código Civil.*

*Por ello, si en un contrato se establece el cobro de comisiones por administración de los recursos sobre una base mensual, esa condición debe ser respetada mientras el contrato mantenga su validez y eficacia.*

*Cualquier modificación en contrario, violaría el principio de irretroactividad consagrado en el artículo 34 de la Constitución Política, y atentaría contra los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas.*

*Lo anterior por cuanto el artículo 34 de la Constitución Política establece en forma expresa: ‘A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas’.*

*Al respecto la **Sala Constitucional** ha señalado: ‘La retroactividad a que hace alusión el artículo 34 de la Constitución Política es la que pretende interferir con derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, nacidas con anterioridad a la promulgación de la ley, o sea, aquellas con características de validez y eficacia perfeccionadas bajo el imperio de otras regulaciones, de forma que sus efectos y consecuencias no pueden ser variadas por nuevas disposiciones, excepto si conllevan beneficio para los interesados’ (Voto N° 7043-96). Este principio ‘no es aplicable solamente a las leyes con carácter formal, sino que se asimila a las normas jurídicas en general’ (Voto N° 473-94)’.*

Esta misma tesis puede mantenerse en el caso que se consulta, en el tanto se trata de una condición contractual pactada entre las partes, que como ya se indicó no contraviene la legislación vigente que busca prevenir la legitimación de capitales ni la normativa vigente específica para la operadoras de pensiones.

Ahora bien, los contratos de los afiliados citados también permiten la modificación consensuada de las cláusulas contractuales, en su cláusula vigésima segunda que dice:

**“IV. OTRAS ESTIPULACIONES**

**VIGÉSIMASEGUNDA:** *Las partes podrán variar y ajustar de común acuerdo las cláusulas del presente contrato, cuando así lo solicite la parte Interesada. Cuando se concrete un acuerdo al respecto, se procederá a emitir el addendum que lo contenga, en el entendido de que la entrada en vigencia de los nuevos términos y condiciones, será la fecha que señalen las partes o, en su defecto, la Fecha de firma del documento”.*

De conformidad con lo anterior, nada impide que de común acuerdo (no en forma unilateral) las partes modifiquen la cláusula quinta con el fin de eliminar como medio de pago, el aporte en ventanilla.

**IV. Respecto a la obligación de tener cuentas en entidades bancarias**

Cabe mencionar que limitar la utilización del pago en ventanilla, es similar a la limitación en relación con el retiro de los recursos de los trabajadores únicamente por medio de cuenta en una entidad bancaria. La Procuraduría General de la República con anterioridad había realizado algunas consideraciones que son válidas también para el caso que se consulta.

Concretamente, ese órgano señaló: *“Por otra parte, la imposición de señalar una cuenta cliente supone que todo trabajador puede tener una cuenta de este tipo en cualquier parte del país en que labore. Pero la constitución de una cuenta está sujeta a requisitos, que el trabajador podría no reunir. Por demás, no basta sólo con que se abra una cuenta, antes bien su mantenimiento está sujeto a condiciones, que también tendrían que ser cumplidas por el trabajador (cfr. Opinión Jurídica N° OJ-042-2003 de 10 de marzo de 2003 sobre comisiones bancarias y cierre de cuentas). Lo anterior tiene como objeto señalar que el mecanismo que se pretende exigir podría causar lesiones o molestias a los derechos de los trabajadores, de forma tal que no puedan disfrutar libremente de su derecho, sino que tengan que sufrir molestias no previstas por el legislador al acordar el derecho. Molestias que pudiera ser que, en algunos casos, sean significativamente de mayor magnitud que el monto a que tienen derecho según el aporte realizado. En ese sentido, el depósito en cuenta cliente debe ser la consecuencia no de una imposición reglamentaria, sino de la información y consentimiento del trabajador afiliado. El cual debe tener el derecho de decidir si el retiro se efectúa por medio de depósito en cuenta y en su caso, en cuál entidad*

*Página 5 de 5*

*financiera del sistema se le debe hacer el depósito. Tanto la SUPEN como las operadoras deben realizar al respecto una labor de convencimiento de las bondades del sistema, sin llegar a restringirle el derecho. Resulta claro, al respecto, que debe reputarse como ilegítima cualquier presión de las operadoras de pensiones para que el depósito se realice en un determinado tipo de cuenta o en una entidad financiera relacionada con ella, particularmente con un miembro de un grupo financiero al cual pertenece la operadora” (C-371-2005).*

## **V. Conclusión**

En este orden de ideas, la operadora puede tomar políticas internas para reducir el riesgo de ser utilizada para la legitimación de capitales, una de ellas puede ser eliminar el uso del efectivo, sin embargo, esa disposición no puede afectar las condiciones contractuales suscritas con los afiliados antes de la adopción de la nueva política, salvo acuerdo de partes.

Cordialmente,



Jenory Díaz M.  
*Abogada Encargada*



Silvia Canales C.  
*Directora*