



PJD- 022-2009

21 de agosto de 2009

Señor

Javier Cascante E., Superintendente

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Esta Asesoría Jurídica recibió solicitud de la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual para analizar una serie de denuncias de clientes respecto de traslados de contratos de fideicomiso suscritos con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, que ha realizado la Operadora de Planes de Pensiones Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A, en adelante Popular Pensiones OPC, aparentemente en contraposición a lo dispuesto por el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador. Sobre el particular, se emite el siguiente análisis jurídico.

I. Situaciones denunciadas:

Se plantea que se han recibido denuncias de varios clientes que suscribieron un contrato de fideicomiso con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y en virtud de lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley 7983, dicha entidad trasladó la totalidad de los fondos de dichos fideicomisos al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, administrado por Popular Pensiones OPC, con fundamento en la existencia de un addendum al contrato de fideicomiso.

Señalan los denunciantes que Popular Pensiones OPC, les indicó que era viable normalizar jurídicamente la administración de los contratos de fideicomiso mediante un addendum al mismo, debido a que la Superintendencia de Pensiones, mediante oficio SP-1116 del 26 de octubre de 2000, avaló dicho mecanismo. Ante esta confirmación, la Operadora procedió a remitir un comunicado adjunto al estado de cuenta, para todos los afiliados al mes de enero de 2001, mediante el cual se les indicó que la no manifestación en contrario sería entendido como el consentimiento tácito para el traslado.

II. Antecedentes

Esta Superintendencia de Pensiones, mediante diversos oficios, se ha pronunciado sobre lo dispuesto en el referido Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, destacándose entre otros los siguientes:

- **Oficio SP-710 del 28 de julio de 2000:**

*“...con respecto a los traslados de planes colectivos o individuales de fideicomiso al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y Ahorro Voluntario, en el sentido de que **sí es indispensable la suscripción de un nuevo contrato.***

***Por tratarse de un régimen de afiliación voluntaria, la voluntad de las partes deben quedar expresamente establecidas en forma contractual, aún cuando se respete la antigüedad acumulada y las demás condiciones de un contrato anterior, siempre y cuando tales condiciones no estén al margen de la nueva Ley. El contrato previo se extingue por acuerdo de voluntades y por esa misma vía contractual, se debe establecer el cambio de régimen.** Por tanto, la existencia previa de un contrato inhibe a que una de las partes decidida unilateralmente el traslado automático de los recursos de un régimen a otro.*

Se concluye entonces que, aunque el proceso de migración puede verse afectado, el traslado del sistema de fideicomiso al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias no es viable sin la suscripción de un nuevo contrato. Ahora bien, de darse este nuevo convenio, será factible respetar todas aquellas cláusulas que expresamente no se opongan a las disposiciones de la Ley 7983...” (El resaltado no es del original).

- **Oficio SP-1116 del 26 de octubre de 2000:**

*“En opinión de esta Superintendencia **es viable normalizar jurídicamente los contratos pendientes mediante una adenda a los mismos, siempre y cuando ello se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes para planes de pensiones complementarias.***

Tales adendas deben contar con el criterio favorable del Departamento Legal de la Operadora en el sentido de que dicho documento modifica la naturaleza jurídica de los contratos y los convierte en planes de pensiones complementarias” (El resaltado es nuestro).

- **Oficio SP-657 del 22 de mayo de 2001:**

“La Superintendencia de Pensiones da respuesta a oficio PEN-0422-2001 del 30 de abril del año en curso, mediante el cual indican que la Operadora no ha podido cumplir con la migración total de los fideicomisos hacia contratos de pensiones complementarias y solicitan que esta Superintendencia autorice a la entidad para que continúe administrando esos contratos en un fondo separado.

*De acuerdo con la legislación vigente, específicamente el artículo 31 de la Ley 7983 Ley de Protección al Trabajador, **la Operadora no podrá administrar contratos de fideicomisos y por tanto, debe trasladar esos contratos al Área correspondiente del Banco Popular. Además, para efectos de supervisión les aplica lo que establece el Capítulo V del “Reglamento para la Regulación y Supervisión de los fondos administrados mediante contratos de fideicomiso que sean similares a fondos de inversión, planes de capitalización o fondos de pensión”, Capítulo IV, Artículo 10. Para cumplir con lo indicado anteriormente, se le otorga a la Operadora un plazo improrrogable que vence el 15 de julio del presente año.”** El resaltado es nuestro.*

▪ **Oficio SP-203-2004 del 29 de enero de 2004:**

“Por su parte el Transitorio XV dispone:

‘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’.

Según lo dispuesto en este Transitorio, se autoriza a los titulares de contratos individuales o colectivos de fideicomiso que deseen participar en el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y Ahorro Voluntario, para trasladar parte o la totalidad de los recursos acumulados, respetándose la antigüedad y las demás condiciones establecidas en los respectivos convenios.

*Los titulares de fideicomisos individuales o colectivos que procedieran al traslado de los recursos en los términos establecidos en este Transitorio, **deben proceder a firmar un contrato bajo las condiciones establecidas por la Ley de Protección al Trabajador que es la legislación vigente en este momento con la entidad a la cual desea que se le traslade sus recursos. En este caso, únicamente se respetarán la antigüedad acumulada y las condiciones pactadas en los respectivos contratos”.** (El resaltado no es del original).*

▪ **Oficio SP-1189 del 15 de junio de 2007.**

*“...Como se desprende de lo anterior, el titular de un fideicomiso individual o colectivo, que decidiera trasladar los recursos en los términos establecidos en el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, **debió firmar en ese momento, un contrato con la operadora en el cual se hiciera constar esa situación de traslado de fondos, al amparo del Transitorio XV y se especificaran las condiciones pactadas que se mantenían según esa norma, lo cual no se dio en los casos bajo estudio y constituye una irregularidad.***

No obstante la ausencia de un contrato según lo expuesto, que respalde la administración de la cuenta de los interesados, en atención de los intereses de los afiliados, y sin detrimento de las facultades sancionatorias que ostenta esta Superintendencia, según el artículo 38 inciso d) de la Ley 7523, dada la irregularidad apuntada, lo que procede es reconocer la antigüedad acumulada y las condiciones contractuales pactadas en el contrato de fideicomiso para el retiro anticipado de recursos.” El resaltado es nuestro.

▪ **Oficio SP-574 del 15 de junio de 2007.**

“Mediante oficio PEN-041-2008 del 14 de enero del 2008, Popular Pensiones comunica que según lo instruido, desde enero del 2001 cumplió con lo establecido respecto al traslado de afiliados que tenían contratos de fideicomisos a contratos de planes voluntarios de pensiones complementarias y por tanto, considera que Popular Pensiones no ha incurrido en ninguna irregularidad en la atención de la normativa correspondiente a este tema, según se le indicó en el oficio SP-1189-2007.

Vale recalcar que el citado oficio SP-1189-2007 fue la respuesta de la Superintendencia a consulta de su representada respecto del número de cuotas que debía tener un contrato de pensión complementaria voluntaria que provenía de un fideicomiso para realizar retiros anticipados, parciales o totales. Para esa respuesta esta Superintendencia le solicitó, en esa oportunidad, remitir los contratos de pensión complementaria voluntaria suscritos por los afiliados indicados en su consulta y fue la operadora a su cargo la que proporcionó contratos de fideicomisos.

Sin entrar a valorar la eficacia de lo actuado por Popular Pensiones, para normalizar jurídicamente los contratos provenientes de fideicomisos, esta Superintendencia toma nota de lo indicado por su representada y le manifiesta que realizará próximamente, una visita de inspección para corroborar el cumplimiento de los extremos mencionados en su oficio PEN-041-2008.” El resaltado es nuestro

▪ **Oficio SP-026 del 7 de enero de 2008.**

“...En virtud de lo anterior, se le solicita remitir en un plazo no mayor a diez días hábiles posteriores al recibo de esta comunicación, un informe detallado del estado en que se encuentran actualmente los afiliados al Régimen Voluntario de Pensiones administrado por su representada, en relación con el contrato que deben contar de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior. Asimismo, se debe informar acerca de las acciones llevadas a cabo por la operadora, para que los contratos de los afiliados que se encuentren en esta situación, se ajusten a lo indicado por la Superintendencia en el comunicado SP-1189...” El destacado es nuestro.

De los oficios anteriormente transcritos, se concluye, entre otros aspectos, lo siguiente:

- A. La Superintendencia de Pensiones consideró viable que los contratos de fideicomiso, similares a los planes de pensiones (individuales o colectivos) suscritos con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, en virtud de lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley 7983, migraran al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias mediante la suscripción de una adenda a los mismos o a través de la firma de un contrato con la operadora en el cual se hiciera constar esa situación de traslado de fondos. Lo anterior, debido a que por tratarse de un régimen de afiliación voluntaria, la voluntad de las partes debía quedar expresamente establecida en forma contractual.

La suscripción del addendum al contrato de fideicomiso o nuevo contrato, debía cumplir los siguientes requisitos:

- La suscripción se realiza en forma voluntaria, lo anterior en virtud del Principio General del Derecho que dispone que *“el contrato es ley entre las partes”*.
 - Las adendas o contratos, se firman bajo las condiciones establecidas por la Ley de Protección al Trabajador y reglamentos vigentes, respetándose únicamente la antigüedad acumulada y las condiciones pactadas en los respectivos contratos, **siempre y cuando aquellas no contravengan las disposiciones legales y reglamentarias establecidas.**
 - Las adendas o contratos, cuenten con el criterio favorable del Departamento Legal de las entidades supervisadas, debido a que dicho documento modificaba la naturaleza jurídica de los contratos y los convertía en planes de pensiones complementarias.
 - El afiliado debía ser informado en forma clara y precisa el alcance del traslado, con el fin de que tomara una decisión informada.
- B. En el caso de afiliados que no desearan firmar un addendum al contrato de fideicomiso o un contrato para el traslado total o parcial de los recursos acumulados en su fideicomiso, al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, esta Superintendencia de Pensiones mediante el Oficio SP-657 de fecha 22 de mayo de 2001, claramente le indicó a Popular Pensiones OPC, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 7983, no podía administrar los referidos contratos de fideicomisos y por tanto, debía trasladar esos contratos al Área correspondiente del Banco Popular (Sección Fiduciaria).

III. Normativa aplicable

Sobre el tema en análisis, es importante tomar en consideración lo dispuesto en el *“Reglamento Para la Regulación y Supervisión Mediante Contratos de Fideicomisos*

que sean similares a los Fondos de Inversión, Planes de Capitalización o Fondos de Pensión”, y la Ley N° 7983 “Ley de Protección al Trabajador.”

- **Reglamento Para la Regulación y Supervisión de los Fondos Administrados mediante Contratos de Fideicomiso que sean similares a los Fondos de Inversión, Planes de Capitalización o Fondos de Pensión:**

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, con posterioridad a la promulgación de la referida Ley 7523, emitió el 28 de enero del 2000, el Reglamento en mención.

El artículo 1 señala lo siguiente:

“Únicamente las sociedades administradoras de fondos de inversión podrán captar, mediante oferta pública, recursos del público para administrarlo por cuenta de los inversionistas como un fondo común en el cual los rendimientos de cada inversionista se fijan en función de los rendimientos colectivos.

Además de lo dispuesto en la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, quedan exceptuados de este principio de exclusividad los fondos administrados mediante contratos de fideicomiso por las entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia General de Entidades Financieras. Sin embargo cuando sean similares a los fondos de inversión, los planes de pensión o los planes de capitalización estarán sujetos a normas de regulación y supervisión equivalentes a los de éstos, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.”

El artículo 2 del mismo Reglamento dispone:

“Para los efectos del presente Reglamento se considerarán similares a los fondos de inversión los fideicomisos que se administren como un fondo común, de forma tal que los recursos provenientes de una pluralidad de fideicomitentes se invierten de acuerdo con una política de inversión común y en que los rendimientos de cada fideicomiso dependen de los rendimientos obtenidos del colectivo de activos...”

Este párrafo define los elementos que, para efectos de la normativa, deben concurrir para determinar la existencia de un fondo común, a saber:

- a) que los recursos provengan de una pluralidad de fideicomitentes;
- b) que se inviertan de acuerdo con una política de inversión común; y
- c) que los rendimientos obtenidos para cada fideicomiso se establezcan en función de los rendimientos de la cartera de activos.

El párrafo tercero del mismo artículo dispone:

“...Se considerarán similares a los planes de pensión aquellos fideicomisos que además de administrarse como un fondo común, de conformidad con lo establecido en el párrafo tras anterior, establecen en sus contratos la finalidad de pensión y las condiciones de permanencia y retiro anticipado previstas en la Ley 7523 del 07 de julio de 1995”.

De acuerdo con este párrafo, se considerarán planes de pensión aquellos fideicomisos que además de administrarse como un fondo común, tengan la finalidad de pensión, las condiciones de permanencia y retiro anticipado dispuesto en la Ley 7523.

A la luz de las condiciones de permanencia y retiro anticipado previstas en la Ley 7523 del 07 de julio de 1995, los contratos de fideicomiso debían establecer una permanencia de al menos cinco años, sin que procediera el retiro anticipado, total o parcial.

El párrafo cuarto del mismo artículo dispone:

“No se considerarán administración como un fondo común y por lo tanto no estarán sujetos a este Reglamento los fondos que se administren mediante contrato de fideicomiso, en los cuales los recursos han provenido de un solo fideicomitente independientemente de la existencia de una pluralidad de fideicomisarios”.

Particularmente, este Reglamento no consideró como fideicomisos similares a planes de pensión aquellos en los cuales, los recursos hubieren provenido de un solo fideicomitente y, por ello, la normativa en comentario no fue la que autorizó su traslado a las operadoras de pensiones, como más adelante se verá. Los únicos contratos de fideicomiso que quedaban sujetos a toda la normativa que rige el sistema de pensiones y por ende podían ejercer el traslado a las operadoras de pensiones, según el plazo dispuesto en el Transitorio III del Reglamento, eran aquellos *“similares a fondos de pensión”*, es decir, los que se administraban como un fondo común, estableciera la finalidad de pensión y una permanencia de no menos de cinco años.

Con respecto a la normativa aplicable a estos fideicomisos similares a los fondos de pensión, expresamente el Reglamento en el artículo 10 dispone:

*“Los fondos administrados mediante contratos de fideicomiso por las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que sean similares a los fondos de pensiones regulados por la Ley 7523, de conformidad con la definición establecida en este Reglamento, **quedarán sujetos, en todas aquellas disposiciones que les sean aplicables en virtud de su finalidad de jubilación, a toda la normativa que rige el sistema de pensiones complementarias**, con excepción del Reglamento sobre Estudios y Evaluaciones Actuariales, la Directriz para la Apertura y Funcionamiento de los Entes que Administren Planes de Pensiones Complementarias, el Reglamento para los Promotores de Ventas, Reglamento para la Fusión de Operadoras y de Fondos de Pensión y la Directriz para la Libre Transferencia de Afiliados y los Fondos entre Operadoras.”* (El resaltado es nuestro).

Por otra parte, el Transitorio III de este mismo cuerpo normativo estableció un plazo de seis meses para realizar el traslado, disponiendo:

“Los fideicomisos que a la entrada en vigencia de este Reglamento se encuentren

funcionando como planes de capitalización o fondos de pensión de conformidad con las definiciones establecidas en esta Normativa contarán con un plazo de seis meses para adecuarse a la normativa de los planes de capitalización y los fondos de pensión, respectivamente.” El resaltado no es del original.

▪ **Ley 7983:**

La Ley de Protección al Trabajador introdujo un transitorio XV que estableció la posibilidad de trasladar recursos (total o parcial) provenientes de fideicomisos (individuales o colectivos) al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y Ahorro Voluntario.

El Transitorio XV, en mención en lo que interesa dispone:

“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”.

De la normativa anteriormente señalada, se puede concluir:

- A. El Reglamento en estudio, antes citado, no consideró similares a fondos de pensiones, aquellos fideicomisos que no fueran administrados como un fondo común, es decir, los fideicomisos individuales, aquellos en donde los recursos hubieren provenido de un solo fideicomitente, y por lo tanto no se les permitió trasladarse a las operadoras de pensiones. Los únicos contratos de fideicomiso que legítimamente podían ejercer el traslado a las operadoras de pensiones, según dicho reglamento, eran aquellos *“similares a fondos de pensión”*, es decir, los que se administraban como un fondo común, estableciera la finalidad de pensión y establecieran una permanencia y retiro anticipado de no menos de cinco años.
- B. La Ley de Protección al Trabajador, a diferencia de lo normado por el Reglamento, permitió el traslado de recursos al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias de los fideicomisos **tanto individuales** como colectivos, de conformidad con lo que dispone el Transitorio XV; permitiéndosele a los titulares de dichos contratos trasladar parte o la totalidad de los recursos acumulados, respetándose la antigüedad y las demás condiciones establecidas en los respectivos convenios.
- C. Con la Ley de Protección al Trabajador, una vez constituidas las Operadoras de Pensiones, los fideicomisos existentes similares a fondos de pensiones individuales o colectivos, administrados por las secciones fiduciarias de los Bancos, se podían trasladar a las primeras, en el tanto los clientes suscribieran en forma voluntaria planes de pensiones que sustituirían los fideicomisos, puesto que las Operadoras no pueden administrar contratos de tal naturaleza.

D. No obstante lo anterior, en los casos de clientes que no aceptaran suscribir planes de pensión voluntaria, en virtud del principio general del derecho que indica que *“el contrato es ley entre las partes”*, y el artículo 34 de la Constitución Política según el cual *“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”*, esos contratos de fideicomiso similares a los planes de pensiones, se encuentran vigentes y se rigen por la normativa del Régimen de Pensiones Complementarias (artículo 10 del Reglamento).

IV. Análisis de fondo de las denuncias presentadas:

Esta Superintendencia de Pensiones, en virtud de las potestades de fiscalización y supervisión otorgadas por la Ley 7983 y expresamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 inciso u) de la Ley 7523 que establece como atribución del Superintendente de Pensiones el *“Recibir y resolver las denuncias de los afiliados contra los entes autorizados”*, procedió a solicitar a Popular Pensiones OPC, copia de los contratos o adenda a los contratos de fideicomisos de los denunciados, a efecto de constatar la voluntad expresa sobre los traslados realizados.

Sobre los casos específicos solicitados, Popular Pensiones OPC, únicamente remitió los contratos de fideicomiso de los denunciados y no las adendas solicitadas, las cuales son necesarias, como se indicó en líneas anteriores, para que la entidad regulada demostrara la aceptación expresa de los mismos, conforme la cual se trasladaran total o parcialmente los recursos acumulados en sus fideicomisos, al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, en aplicación de lo dispuesto por el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador.

Por otra parte, de los oficios adjuntos por los denunciados, particularmente llama especial atención el oficio CS-346-2008 de fecha 26 de diciembre de 2008, remitido por el señor Luis Pastor Quirós, que en lo que interesa dispone: *“...2. Para dar cumplimiento a este transitorio, en ese momento se evaluaron las formas de realizar la migración de los contratos de fideicomiso a la normativa establecida. En esta oportunidad se consideró como viable la realización de un addendum al contrato. 3. Este mecanismo fue comunicado a la Superintendencia de Pensiones, la cual mediante oficio SP-1116 del 26 de Octubre del 2000 indica que es viable normalizar jurídicamente los contratos pendientes mediante un addendum al mismo. **Ante esta confirmación, se procedió a remitir un comunicado adjunto al estado de cuenta para todos los afiliados existentes al mes de enero del 2001 donde se indica la no manifestación al mismo como el consentimiento tácito para la transformación...**”* (El resaltado es nuestro).

De las aseveraciones señaladas en el oficio anteriormente indicado, que refleja la posición reiterada de la Operadora para la justificación de los traslados realizados de los contratos de fideicomiso similares a los planes de pensiones (individuales o colectivos) suscritos con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, al Régimen

Voluntario de Pensiones Complementarias, cabe indicar que esta Superintendencia de Pensiones efectivamente mediante oficio SP-1116 del 26 de octubre de 2000, consideró que era *“viable normalizar jurídicamente los contratos pendientes mediante una adenda a los mismos, siempre y cuando se respetaran las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.”*

Lo anterior no implica como pareciera haberlo entendido el ente supervisado, según la información suministrada a ciertos denunciantes, que esta Superintendencia avalara el mecanismo que utilizó Popular Pensiones OPC, para el traslado de los fideicomisos a las condiciones previstas en la nueva legislación, a saber, remitiendo un *“addendum”* a dichos contratos, a los titulares por medio del estado de cuenta, indicando expresamente que si no manifestaban su oposición a la migración se consideraría que estaban consintiendo, en forma tácita la transformación al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias.

Dicha interpretación, no resulta concordante a lo dispuesto en el transitorio XV en discusión, ya que el único medio legal a través del cual se manifestaría la voluntad de los afiliados de la migración anteriormente indicada, como lo ha sostenido este órgano regulador, a lo largo de los años, según consta en los oficios indicados en el apartado III de este dictamen, es a través de una **manifestación expresa** de voluntad de las dos partes contratantes, ya sea mediante **la firma** de un addendum al contrato de fideicomiso o a mediante **la suscripción** de un nuevo contrato.

En los referidos documentos, el titular de un fideicomiso ya sea individual o colectivo, en total acuerdo con la Operadora, plasmaría a través de su firma, su voluntad expresa de trasladar **total o parcialmente** sus fondos al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, aceptando claramente que al firmar dicho addendum o contrato, se aplicarían las condiciones de la nueva normativa a saber: la Ley de Protección al Trabajador y los reglamentos vigentes, respetándosele por ende la antigüedad acumulada y las condiciones pactadas en los respectivos contratos de fideicomiso que sean compatibles con los planes de pensiones.

En línea con lo anterior, el procedimiento utilizado por Popular Pensiones OPC, para realizar la migración de los contratos de fideicomiso existentes al mes de enero de 2001 según la nueva normativa (Transitorio XV de la Ley 7983), sin la existencia de ningún addendum o nuevo contrato debidamente firmado por las partes contratantes, podría implicar una actuación irregular por parte de dicha entidad, ante la carencia de documento que demuestre la manifestación expresa de la voluntad de una de las partes de la relación contractual, en este caso los afiliados y dueños de los recursos, de querer trasladar sus fondos en forma parcial o total al régimen voluntario de pensiones complementarias.

La referida manifestación expresa de la voluntad, es fundamental en este caso, y no se puede pretender que con el silencio de una de las partes de la relación contractual, a saber los afiliados, se pretenda que se dio un consentimiento tácito de la migración de sus dineros al nuevo régimen; sobre todo cuando como anteriormente se explicó, en el caso en estudio se estaba en presencia de la entrada en vigencia de una nueva ley, la de de Protección al Trabajador, que en su

transitorio XV, abría la posibilidad de trasladar recursos (total o parcial) provenientes de fideicomisos (individuales o colectivos) al Régimen Voluntario de Pensiones, en el entendido que una vez operado el traslado regiría la normativa de la Ley 7983 y los fondos debían sujetarse a esta nueva normativa.

El transitorio en estudio, claramente dispuso que el traslado aplica para quienes **“deseen participar en el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias y Ahorro Voluntario, trasladando la totalidad o parte de los recursos acumulados en el fideicomiso”**, lo anterior en virtud del principio general del derecho que indica que **“el contrato es ley entre las partes”**. .

V. Conclusiones

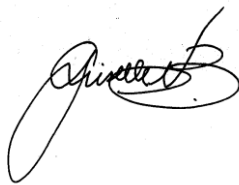
1. El titular de un fideicomiso individual o colectivo, que decidiera trasladar los recursos acumulados, en los términos establecidos en el Transitorio XV de la Ley de Protección al Trabajador, debe firmar un addendum al contrato de fideicomiso o contrato con la operadora en el cual se hiciera constar la manifestación expresa de la voluntad de traslado de fondos, al amparo del Transitorio XV y se deben especificar las condiciones pactadas que se mantenían según esa norma.
2. La suscripción del referido addendum al contrato de fideicomiso o nuevo contrato, según la posición de la Superintendencia de Pensiones, reiterada en diversos oficios, debe cumplir entre otros, con los siguientes requisitos:
 - Realizarse en forma voluntaria, en virtud del Principio General del Derecho que dispone que **“el contrato es ley entre las partes”**.
 - Las adendas o contratos, se deben firmar bajo las condiciones establecidas por la Ley de Protección al Trabajador y reglamentos vigentes, respetándose únicamente la antigüedad acumulada y las condiciones pactadas en los respectivos contratos, siempre y cuando aquellas no contravengan las disposiciones legales y reglamentarias establecidas.
 - Las adendas o contratos, deben contar con el criterio favorable del Departamento Legal de las entidades supervisadas, debido a que dicho documento modifica la naturaleza jurídica de los contratos y los convierte en planes de pensiones complementarias.
 - El afiliado debe ser informado en forma clara y precisa sobre el alcance del traslado, con el fin de que tome una decisión informada.
3. En los casos analizados no se logró demostrar la existencia de algún addendum o nuevo contrato, que dé sustento legal al traslado de los fondos

acumulados en un fideicomiso, al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias.

4. La ausencia de addendum o contrato que plasmara la voluntad expresa del traslado de los afiliados, a la luz de lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley 7983, implica que en esos casos específicos el contrato de fideicomiso no sufrió ninguna modificación contractual, por lo que los mismos deberían ser trasladados al área correspondiente del Banco Popular y de Desarrollo Comunal para su administración, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 7983 Ley de Protección al Trabajador, la Operadora no puede administrar contratos de fideicomiso.
5. Lo indicado en el punto anterior, no obsta, para que la Operadora contacte con los denunciantes y mediante mutuo y expreso acuerdo, se trasladen al Régimen Voluntario de Pensión Complementaria, a la luz de lo dispuesto en el Transitorio XV de la Ley 7983 y lo indicado por esta Superintendencia de Pensiones en los oficios arriba transcritos.
6. En los casos de solicitud de retiro anticipado presentadas por clientes que no han suscrito un addendum al contrato de fideicomiso o contrato de pensión, que respalde la administración de sus cuentas individuales conforme lo dispuesto en la Ley 7983, tal y como se indicó a la Operadora mediante oficio SP-1189-2007, en atención a los intereses de los afiliados lo que procede es reconocer la antigüedad acumulada y las condiciones pactadas en el contrato de fideicomiso para el retiro anticipado de los recursos.
7. En caso de haberse tramitado solicitudes de retiro anticipado de recursos, por parte de clientes que hubiesen recibido los beneficios fiscales estipulados en la Ley de Protección al Trabajador para los fondos administrados por las Operadoras de Pensiones, procede requerir la devolución de los mismos al Estado.
8. Todo lo anterior, sin perjuicio de las medidas legales que desde el punto de vista pudiesen corresponder.

Cordialmente,

DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA



Giselle Vargas B.
Abogada Encargada



Silvia Canales C.
Directora