

06 de diciembre de 2012  
**PJD-23-2012**

Señora  
Myriam Morera, Directora  
***División de Regímenes de Capitalización Colectiva***  
*Superintendencia de Pensiones*

Estimada señora:

Esta División de Asesoría Jurídica se refiere a su consulta, en la cual solicita *“determinar si lo establecido en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le impide al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, atender lo solicitado en el requerimiento 5.1 del SP-1305-2012”*. Al respecto se emite el siguiente análisis jurídico.

### **I. Consulta formulada por la División de Supervisión Regímenes Colectivos**

La División de Supervisión de Regímenes Colectivos planteó a esta Asesoría las siguientes consultas:

*“Determinar si lo establecido en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le impide al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, atender lo requerido en el requerimiento 5.1 del SP-1305-2012.”*

El requerimiento 5.1 señala lo siguiente:

*“Incorporar dentro del ‘Reglamento para el Reconocimiento de Tiempo Servido en el Poder Judicial y en otros entes públicos para efectos del pago de anualidades y la jubilación en el Poder Judicial’, la metodología de cálculo de valor presente, para determinar la deuda, con el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, a los afiliados a los cuales se les reconoce tiempo de servicio en otras instituciones del estado”.*

### **II. Antecedentes**

Con la consulta se incluye la siguiente información:

**1.-** Mediante oficio **SP-1305-2012**, del 6 de julio de 2012, dirigido al Lic. Alfredo Jones, Director Ejecutivo del Poder Judicial, se le informó lo siguiente:

*“En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 7523 ‘Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio’, se efectuó una visita de supervisión en esa entidad, con el siguiente objetivo:*

*Determinar los funcionarios del Poder Judicial que han fijado derecho de pensión y aun no se han acogido al beneficio; y las pensiones otorgadas en los últimos cinco años a funcionarios a quienes se les reconoció el tiempo de servicio en otras*

*instituciones del Estado para concederles el beneficio, así como el monto cobrado, saldo de la cuenta por cobrar y el costo actuarial. (...)"*

*En el documento adjunto encontrará el detalle de los hechos observados y los requerimientos que surgieron de la valoración efectuada, respecto de los cuales se le solicita remitir sus observaciones y comentarios, así como tomar las medidas correctivas necesarias, e indicar los responsables de ejecutarlas..."*

En el requerimiento 5.1 de dicho informe se indica:

*"Incorporar dentro del "Reglamento para el Reconocimiento de Tiempo Servido en el Poder Judicial y en otros entes públicos para efectos del pago de anualidades y la jubilación en el Poder Judicial", la metodología de cálculo de valor presente, para determinar la deuda, con el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, a los afiliados a los cuales se les reconoce tiempo de servicio en otras instituciones del estado".*

2.- Mediante oficio **No.7246-DE-2012**, del 03 de agosto de 2012 y sus anexos, el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial dio respuesta al requerimiento efectuado por la Superintendencia en el siguiente sentido:

*"En apego al principio de legalidad o primacía de la ley, contenido en el artículo 11 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, el Estado (Poder Judicial) sólo puede hacer lo que la ley le permita o sea que nada queda a su libre albedrío. En consecuencia, no se podrían actualizar los montos que se deriven del reconocimiento de tiempo servido a valor presente vía acuerdo o reglamento, dado que el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las reglas para ese reconocimiento.*

*En conclusión, aunque compartimos la importancia de que el monto que corresponda por reconocimiento de tiempo servido se actualice a valor presente, no se podría incorporar en el Reglamento para el reconocimiento de tiempo servido en el Poder Judicial y en otros entes públicos para efectos del pago de anualidades y la jubilación en el Poder Judicial, lo relativo a dicha actualización, ya que el artículo 231 de la LOPJ que regula el tema no lo establece".*

### **III. Normativa aplicable y análisis de fondo**

El artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula el reconocimiento y traslado de cotizaciones aplicable a los empleados del Poder Judicial. El texto de este artículo dispone:

**"Artículo 231.-** *Para el cómputo del tiempo servido, no es necesario que los servidores del Poder Judicial hayan servido en él consecutivamente ni en puestos de igual categoría. Se tomarán en cuenta también los años de trabajo remunerado que se hubiesen servido en otras dependencias o instituciones públicas estatales, debiendo haber servido al Poder Judicial los últimos cinco años. Sin embargo, en estos casos se aplicarán las siguientes reglas: si el interesado había cotizado en otros regímenes de pensiones, establecidos por otra dependencia o por otra institución del Estado, el Poder Judicial tendrá derecho a exigir - y la respectiva institución o dependencia estará obligada a girar - que el monto de esas cotizaciones sea trasladado al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial. Este*

*traslado incluye también las sumas depositadas para efecto de la pensión del interesado por el Estado. En el caso de que no hubiese existido esa cotización o que lo cotizado por el interesado y por el Estado no alcanzare el monto correspondiente establecido para el Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, el interesado deberá reintegrar a este Fondo la suma adeudada que, en todos los casos, incluye las cuotas del Estado...”* (El resaltado no pertenece al original).

Del artículo citado se pueden extraer varias reglas: en primer lugar, que para el cómputo del tiempo servido no es necesario que los servidores del Poder Judicial hayan servido en él consecutivamente, ni en puestos de igual categoría. En segundo término, se tomarán en cuenta los años de trabajo remunerado que se hubiesen servido en otras dependencias o instituciones públicas estatales, debiendo haber servido al Poder Judicial los últimos cinco años. En tercer lugar, se indica que si el interesado había cotizado para otro régimen de pensiones, el Poder Judicial tiene el derecho de exigir, y la respectiva institución o dependencia estará obligada a girar, que el monto de las cotizaciones sea trasladado al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial. En cuarto lugar, se establece que ese traslado incluye las sumas depositadas para efecto de pensión por el Estado.

#### **IV. Análisis de fondo**

De acuerdo con la consulta formulada la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Colectiva, se nos solicita determinar si lo establecido en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le impide al Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial atender, el requerimiento citado en el punto 5.1 del SP-1305-2012, por medio del cual se le solicitó al Fondo en cuestión que incorporara en el *“Reglamento para el Reconocimiento de Tiempo Servido en el Poder Judicial y en otros entes públicos para efectos del pago de anualidades y la jubilación en el Poder Judicial”*, la metodología de cálculo de valor presente, para determinar la deuda con el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial a los afiliados a los cuales se les reconoce tiempo de servicio en otras instituciones del Estado.

Respecto del tema consultado, lo primero que se debe tener presente es que el artículo 231 citado es claro al establecer **una obligación a cargo del Fondo de exigir, y la respectiva institución o dependencia de girar, el monto de las cotizaciones al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial.** Dicho traslado se solicitará cuando el funcionario se vaya a pensionar y se le esté reconociendo tiempo laborado en otras instituciones del Estado para otorgarle el beneficio jubilatorio, como se indicó líneas atrás.

Cabe indicar que el traspaso de fondos no consiste en el simple traslado de las cotizaciones hechas por el interesado. Debe tenerse presente que en materia de pensiones, la contribución al régimen es tripartita, pues la realizan tanto el trabajador, como su patrono y el Estado; por esta razón, los fondos que se trasladen deben comprender, en principio, esos tres tipos de cotizaciones. Ese traslado implica que las aportaciones efectuadas **deben ser trasladadas a valor presente, más los rendimientos que hubieren generado durante el tiempo que estuvieron en poder del régimen respectivo**, pues de lo que se trata es de

trasladar fondos de cobertura que permitan al régimen que recibe, hacer frente a su obligación respecto a una persona específica.

Las razones por las cuales los aportes deben trasladarse a valor presente, son para reconocer la pérdida de valor adquisitivo del dinero en el tiempo. Porque el régimen invirtió los recursos y generó rendimientos, los cuales se hayan indisolublemente ligados al capital inicial (aportes). Es decir, los rendimientos solo pueden existir si previamente existió un capital inicial, de manera que la propiedad del capital y de los rendimientos no se puede dividir. Si un régimen traslada los aportes, pero no los rendimientos generados por estos, estaría incurriendo en una suerte de apropiación indebida y, porque en el cálculo de los beneficios está implícito un criterio de actualidad del ingreso (la pensión se calcula sobre un salario de referencia que se relaciona con los últimos salarios percibidos o con los de un período mayor pero aplicando criterios de actualización), el cual únicamente tiene sentido si existe también un criterio de actualidad de los aportes, lo que se logra con su capitalización o, en el caso objeto de análisis, con su traslado a valor presente. De otra forma se pondría en riesgo no solo el otorgamiento de los beneficios en el corto plazo, sino la sostenibilidad financiera y actuarial del régimen en el largo plazo.

Ahora bien, el tema del traslado de cotizaciones de un régimen de pensiones a otro, fue analizado por la Procuraduría General de la República en el dictamen **C-409-2008**, de 13 de noviembre de 2008, en el cual señaló lo siguiente:

*“(...) Sobre el punto, es criterio de esta Procuraduría que si un servidor ha hecho cotizaciones para un régimen de pensiones determinado, y se declara su derecho a obtener una pensión por un régimen distinto, el primero de ellos está obligado a traspasar los fondos con los que presuntamente iba a otorgar un beneficio que en definitiva no otorgó.*

*El fundamento para gestionar el traslado de fondos (aparte de las disposiciones concretas que pueda tener cada régimen para ello) se encuentra en los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia a que se refiere el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Ciertamente, no es justo, lógico, ni conveniente, que un régimen de pensiones se quede con dineros que otro echará de menos para otorgar un beneficio que el primero no llegó a conferir.*

*En todo caso, cabe indicar que el traspaso de fondos no consiste en el simple traslado de las cotizaciones hechas por el interesado. En ese sentido, debe tenerse presente que en materia de pensiones, la contribución al régimen (sea al general o a cualesquiera de los sustitutos) es tripartita, pues la realizan tanto el trabajador, como su patrono y el Estado. Por esa razón, los fondos que se trasladen deben comprender, en principio, esos tres tipos de cotizaciones.*

*Finalmente, es necesario indicar que el traslado de fondos **implica el traspaso del valor presente** de las aportaciones, más los rendimientos que hubiesen generado durante el tiempo en que estuvieron en poder del régimen respectivo. De lo que se trata es de trasladar los ‘fondos de cobertura’ que permitan al régimen que los reciba, hacer frente a su obligación respecto a una persona específica. Obviamente, el establecer la forma en que debe llevarse a cabo ese proceso es una labor actuarial que escapa de las competencias atribuidas a este Órgano Asesor Técnico Jurídico” (la negrita no es del original).*

Teniendo claro que los fondos que se trasladen deben comprender los tres tipos de cotizaciones, y que debe ser a valor presente de las aportaciones, más los rendimientos que hubieren generado durante el tiempo que estuvieron en poder del régimen respectivo, corresponde analizar si una disposición como la citada debe estar contemplada en la ley, es decir, que sea reserva de ley, o bien puede estar contenida en una disposición reglamentaria, como lo está solicitando este órgano de regulación.

En este sentido, argumenta el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial que, aunque comparten la importancia de que el monto que corresponda por reconocimiento de tiempo servido se actualice a valor presente, dicha actualización no podría incorporarse en el reglamento respectivo, en razón de que el artículo 231 de la LOPJ no lo establece, y en cumplimiento del principio de legalidad, el Fondo sólo podría hacer lo que la ley le permita, por lo que, dicha disposición no sería incluida en el reglamento.

No comparte esta Asesoría Jurídica la posición esgrimida por las autoridades del Fondo, nótese que la ley lo que establece es la obligación del Fondo de exigir el traslado de cotizaciones, no indica cómo se debe ejecutar ese traslado. Es precisamente, vía reglamentaria, que se debe desarrollar e indicar la forma en que procede ese traslado, tal y como se ha hecho con otros regímenes de pensiones como por ejemplo: el Régimen General de Pensiones con cargo al presupuesto nacional, con lo cual no se estaría vulnerando el principio de legalidad, sino complementando y desarrollando la disposición legal, por lo que no se infringe el principio de reserva de ley alegado.

Por otra parte, debe tomarse en consideración que el legislador no puede regular todas las materias detalladamente, existen ámbitos que parecen propios o están reservados al reglamento. Es criterio de esta Asesoría que el Fondo tiene la potestad reglamentaria de incluir una disposición como la señalada por vía reglamentaria.

Sobre la potestad reglamentaria, la Sala Constitucional en Voto N° 243-93 de las 15:45 horas del 19 de enero de 1993, señaló: *“Primero: La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo, que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica...”*

A mayor abundamiento sobre el tema en Voto N° 1187-08 de las 11:32 horas de 25 de enero de 2008, la Sala Constitucional dispuso: *“...III. SOBRE LA POTESTAD*

*REGLAMENTARIA. La potestad reglamentaria constituye una de las manifestaciones típicas de la función administrativa y está, por consecuencia, sometida al principio de legalidad (en su sentido de vinculación positiva). Por lo anterior, su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por lo menos de rango legal, que la autorice de forma explícita o razonablemente implícita. Modernamente, su fundamento está en razones técnicas y políticas. En efecto, la Administración Pública debe contar con poderes suficientes que le permitan la gobernabilidad, asumir el reto de la complejidad técnicas de los cometidos públicos que debe satisfacer y solventar el carácter de foro político que tiene la Asamblea Legislativa, sin mayor experiencia e infraestructura técnica para satisfacer los fines y los intereses públicos. De otra parte, la producción reglamentaria tiene una virtud frente a la legislación, puesto que, es habitual, rápida, continua, y enfrenta los problemas cotidianos con mayor eficacia. (...). Debe tomarse en cuenta que el legislador no puede regular todas las materias detalladamente, además existen ámbitos que parecen propios o están reservados al reglamento. Modernamente, se sostiene que la Administración tiene la potestad reglamentaria por que la Constitución se la otorga. Esto es, le reconoce a la Administración Pública esa potestad por considerarla normal para su funcionamiento ordinario y para el cumplimiento de sus fines...”.*

## V. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto esta Asesoría concluye que:

1. La norma contenida en el artículo 231 de la LOPJ establece la obligación del Fondo del Poder Judicial de exigir el traslado de cotizaciones sin indicar cómo se debe ejecutar ese traslado.
2. Ese traslado implica que las aportaciones efectuadas **deben ser trasladadas a valor presente, más los rendimientos que hubieren generado durante el tiempo que estuvieron en poder del régimen respectivo**, pues de lo que se trata es de trasladar fondos de cobertura que permitan al régimen que recibe hacer frente a su obligación respecto a una persona específica.
3. Es por vía reglamentaria que se debe desarrollar, e indicar la forma en que procede el traslado, complementando y desarrollando la disposición legal.
4. La incorporación de la metodología de cálculo de valor presente, para determinar la deuda con el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, no excede la potestad reglamentaria, no vulnera el principio de legalidad, ni infringe el principio de reserva de ley.

Cordialmente,

Realizado por: Ana Matilde Rojas Rivas 

Revisado por: Jenory Díaz Molina 

Aprobado por: Nelly Vargas Hernández 