

5 de octubre de 2020

PJD-22-2020

Rocío Aguilar M.
Superintendente
Superintendencia de Pensiones

Estimada señora:

De conformidad con lo establecido en el “*Procedimiento para la tramitación ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Costarricense de proyectos de emisión o reformados reglamentos del Sistema Financiero*”, esta División de Asesoría Jurídica emite el presente criterio legal, que contiene el análisis de los principales puntos de trascendencia jurídica relacionados con la propuesta de *Modificación de los artículos 4, 86, 98 y 104 del Reglamento sobre la apertura y funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario previstos en la Ley de Protección al Trabajador y adición de un transitorio; y los artículos 2, 4, 5, 6, 10, 12, 13, 17, 23, 26, 42 y el Anexo III, del Reglamento de beneficios del régimen de capitalización individual.*

I. Aspectos generales

Con la *Ley para resguardar el derecho de los trabajadores a retirar los recursos de la pensión complementaria*, No. 9906 de 5 de octubre de 2020, se modificó el inciso a) del artículo 2, los artículos 3, 8, 13, 20, 22, 25, 56, el segundo párrafo del artículo 75 y el artículo 77 de la Ley de Protección al Trabajador, N°.7983 de 16 de febrero de 2000, y se le adicionaron también un transitorio XIX y un transitorio XX a ese cuerpo legal. Los principales cambios son los siguientes:

1. De previo a la promulgación de la Ley N°.9906, todo patrono debía aportar al Fondo de Capitalización Laboral (FCL) un 3% calculado sobre el salario mensual del trabajador; de ese aporte un 50% se debía trasladar anualmente, o antes, en caso de extinción de la relación laboral, al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias (ROP). Con la reforma a los artículos 3 y 13, el aporte del 3% al FCL pasa a ser de un 1.5% y se dispone que el restante 1.5% entrará inmediatamente en la cuenta del ROP de cada trabajador. Para evitar contradicciones u omisiones, este reajuste en los aportes hizo necesario, además, modificar los artículos 2, inciso a), 8, 56 y el párrafo segundo de artículo 75 de ese mismo cuerpo legal.

Con la reforma al artículo 13 arriba citado se dispone también que los aportes previstos en los incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, No. 4351, de 11 de julio de 1969, ingresarán al ROP en un plazo de 18 meses desde su ingreso a dicha entidad bancaria y se establece que esta deberá reconocer a los afiliados una tasa anual de mercado (tasa básica pasiva definida por el Banco Central de Costa Rica, más ciento sesenta puntos base). En la actualidad el Banco tarda hasta 30 meses en trasladar esos recursos al

PJD-22-2020

Página 2

ROP y paga una tasa de interés fijada por su junta directiva que no puede ser inferior a la inflación medida por el Índice de Precios al Consumidor, ni mayor que la tasa activa para préstamos de vivienda de interés social del Banco.

2. El proyecto establece nuevas modalidades permanentes y transitorias para el retiro de los recursos del ROP, aparte de la renta vitalicia, la renta permanente y el retiro programado, que son las que existen en la actualidad.

En cuanto a las modalidades permanentes, se modifican los artículos 22 y 25 de la Ley de Protección al Trabajador como sigue:

- a) Se crea una “*Renta temporal hasta la expectativa de vida condicionada*”. Esta modalidad les permitirá a los pensionados obtener una pensión que se va a pagar durante la expectativa de vida que la tabla de mortalidad vigente defina para su edad y sexo. De acuerdo con el inciso c) del artículo 25, esta modalidad se define como aquella que el pensionado contrata y surge de dividir, cada año, el capital para la pensión entre el periodo comprendido entre la fecha de pensión y la expectativa de vida condicionada definida en la tabla de mortalidad vigente al momento de pensionarse.
- b) Se dispone que en el caso de que la pensión mensual calculada por un retiro programado, una renta permanente o una renta temporal hasta la expectativa de vida condicionada sea menor a un 20% de la pensión mínima del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, la pensión otorgada por el ROP será ese monto, el cual se seguirá abonando hasta que se agote el saldo acumulado.
- c) Se permite el retiro total de los recursos en el caso de los afiliados y pensionados que enfrenten una enfermedad terminal, debidamente calificada por la CCSS.
- d) Se dispone que el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif), por recomendación técnica de la Superintendencia de Pensiones, podrá autorizar **otras modalidades de prestaciones periódicas**, siempre y cuando se respete el principio de seguridad económica de los afiliados, y no contravengan los principios de la presente ley.

En lo que toca a las modalidades transitorias, se adiciona a la Ley de Protección al Trabajador un transitorio XIX según el cual todos aquellos que hayan adquirido el derecho a la pensión antes del 1 de enero de 2021, cuando se pensionen, podrán solicitar:

- el pago de una mensualidad, durante 30 meses, hasta agotar el saldo acumulado del ROP, o bien,

PJD-22-2020

Página 3

- si el pensionado hubiere optado por un retiro programado, una renta permanente o una renta temporal hasta la expectativa de vida condicionada, podrá solicitar un retiro acelerado de los recursos que se dará en cuatro pagos de un 25% del saldo acumulado y funciona así:
 - El primer pago se llevará a cabo dentro de los 60 días naturales siguientes al momento en que el pensionado solicite el retiro acelerado.
 - El segundo, tercero y cuarto pago se harán en intervalos de 9 meses contados a partir del primer pago. Con el cuarto pago se entregará al pensionado el saldo total de su cuenta.
 - El pensionado, además, continuará recibiendo mensualmente su pensión en la modalidad elegida.

Se adiciona también un transitorio XX a la Ley de Protección al Trabajador, según el cual todos aquellos que se pensionen a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el 18 de febrero de 2030 podrán retirar los fondos acumulados en sus cuentas en rentas temporales por un plazo equivalente a la cantidad de cuotas aportadas al ROP.

3. Se modifica el artículo 20 de la Ley de Protección al Trabajador para establecer las reglas para el retiro de los recursos del ROP en caso de fallecimiento de los afiliados y pensionados. De esta forma, en primer lugar, serán beneficiarios de los recursos aquellos que hayan sido declarados por el régimen básico. Si no existieren beneficiarios establecidos por régimen básico, serán los que el afiliado o pensionado haya designado ante la operadora de pensiones. En caso de que no existieren beneficiarios establecidos por el régimen básico, ni tampoco beneficiarios designados como tales ante la operadora de pensiones, el saldo de la cuenta individual podrá ser reclamado ante un juzgado de trabajo por medio del proceso de Distribución de prestaciones de personas trabajadoras fallecidas.

4. Se reforma el artículo 77 de la Ley de Protección al Trabajador de tal forma que los recursos del Régimen Complementario de Pensiones que no hayan sido retirados por los beneficiarios en un plazo de 10 años, contados a partir del fallecimiento del afiliado o pensionado, sean girados por las operadoras de pensiones a favor del Régimen No Contributivo (RNC) de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

Igual destino se les dará a los aportes que realicen los patronos y trabajadores para los fondos de capitalización laboral y cualquiera de los regímenes complementarios de pensiones, cuando estos no hayan podido asignarse a una cuenta individual en un plazo de 10 años contados a partir del momento en que los recursos ingresen a la operadora de pensiones complementarias.

Una vez ingresados y destinados a los fines del RNC, no será posible ningún tipo de reclamo posterior, ni procesos oponibles en relación con estos recursos.

PJD-22-2020

Página 4

II. Análisis de la propuesta reglamentaria

Las reformas legales a que se ha hecho referencia hacen necesaria la reforma a los artículos 4, 86, 98 y 104, del *Reglamento sobre la apertura y funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario previstos en la Ley de Protección al Trabajador (RAF)*, así como de los artículos 2, 4, 5, 6, 10, 12, 17, 23, 26, 42 y el Anexo III, todos del *Reglamento de beneficios del régimen de capitalización individual (Reglamento de Beneficios)*, ya que dichas normas reglamentarias responden a las normas de la Ley No. 7983 que se encontraban vigentes antes de la promulgación de la Ley No. 9906.

Analizadas las reformas propuestas, esta Asesoría considera que en lo medular estas reformas se ajustan a las modificaciones legales descritas en el apartado anterior, y deben ser aprobadas para alinear normas de menor jerarquía jurídica con normas de mayor rango.

Sin perjuicio de lo anterior, en el inciso b) del artículo 6 del Reglamento de Beneficios se dispone que en el caso de que el afiliado o pensionado presente **una condición** de enfermedad terminal calificada por la Caja Costarricense de Seguro Social, y así lo acrediten ante la correspondiente operadora, podrá realizar el retiro total de sus recursos acumulados en su cuenta del ROP. En este caso se recomienda adoptar la redacción del párrafo final del artículo 22 de la Ley de Protección al Trabajador, según el cual “*Los afiliados y pensionados que enfrenten una enfermedad terminal, debidamente calificada por la CCSS, podrán optar por el retiro total de los recursos*”. Esta recomendación busca que haya plena armonía entre lo que indica la ley y la regulación.

Conviene tener presente que sobre el retiro total por enfermedad terminal la diputada María Inés Solís planteó durante el trámite de primer y segundo debate una serie de precisiones que son importantes para una adecuada interpretación de esta modalidad de retiro de los recursos del ROP. Así, en el acta de la sesión plenaria extraordinaria N°.56 del 22 de setiembre de 2020 señaló que:

En este texto a discusión, se reforma el artículo 22 de la Ley de Protección al Trabajador, con el fin de que los afiliados y pensionados que enfrenten una enfermedad terminal, debidamente calificada por la Caja Costarricense de Seguro Social, puedan optar por el retiro de los recursos.

Esta modificación se plantea, entre otros, atendiendo a lo resuelto por la Sala Constitucional en diversos votos, entre ellos el voto 4814-2020, el de las nueve horas con veinte minutos del 10 de marzo del 2020, en los cuales se ha considerado que un afiliado o pensionado en condición terminal se encuentra en una situación atípica y excepcional, y que amerita el retiro total de los recursos del ROP, como un reconocimiento de su derecho fundamental para pasar los últimos días de vida, disfrutando de la totalidad de

PJD-22-2020

Página 5

un dinero que es de su propiedad y que ahorró por muchos años, invirtiéndolo no solo en la adquisición de medicamentos destinados a aliviar sus dolores, sino también en la atención de otros problemas o pendientes del índole personal.

Sin embargo, y para evitar una incorrecta interpretación de la norma, es importante que quede constando en actas que la condición de enfermedad terminal a la que se refiere este artículo no implica únicamente sufrir una enfermedad grave, pues esta, tal y como lo indica, entre otros, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos debe ser una enfermedad de carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal, próximo a un plazo relativamente breve, generalmente inferior a seis meses y que no sea susceptible de un tratamiento conocido y de eficacia comprobada que permita modificar el pronóstico de muerte próxima.

De esta forma, debe tratarse la condición debidamente acreditada por la Caja y que justifique el retiro total de los recursos, con el fin de que el afiliado o pensionado pueda gozar en la medida de sus posibilidades de paz y tranquilidad durante los últimos días que le resten de vida.

Esta posición quedó plasmada también en el acta de la sesión plenaria extraordinaria N.º 60 del 1º de octubre de 2020, en la cual la diputada Solís agregó que:

Yo ya me referí por el fondo a este proyecto, lo que quisiera es dejar aquí plasmado el espíritu del legislador debido al vaivén con los temas de enfermedad terminal que hemos tenido el diputado Villalta y mi persona.

Quisiera decir que la categorización de un enfermo como terminal ha variado en el tiempo, en función del progreso de la medicina y la disponibilidad de nuevos tratamientos y técnicas de apoyo vital para enfrentar enfermedades graves.

Hay enfermos muy graves que antiguamente morían pero que hoy en día pueden ser recuperados al disponerse de tratamientos específicos y de recursos terapéuticos que reemplazan funciones u órganos vitales dañados.

Igualmente, hoy se dispone de intervención terapéuticas que permiten prolongar la vida por un período significativo de tiempo.

En pacientes portadores de una condición patológicamente anteriormente considerada terminal.

Un buen ejemplo es de los enfermos con insuficiencia renal crónica, catalogada anteriormente como una enfermedad terminal que hoy sobreviven al ser tratados con dialices crónica o trasplante renal.

La gravedad de una enfermedad en un concepto distinto al de enfermedad terminal.

Generalmente se califica de grave a un paciente cuya enfermedad o condición representa una amenaza potencial para su vida, así un enfermo terminal es habitualmente un enfermo grave, pero obviamente la mayoría de los enfermos graves no pueden ser calificados como enfermos terminales.

Por ejemplo, los pacientes que ingresan a las unidades de cuidados intensivos para recibir tratamientos de enfermedades o complicaciones agudas parcialmente mortales,

PJD-22-2020

Página 6

son ciertamente pacientes graves, pero no por el hecho de estar en una Unidad de Cuidados Intensivos se puede decir que es un paciente terminal.

Tampoco la incurabilidad es sinónimo de terminalidad, hay pacientes que padecen de enfermedades incurables pero que no los conducen a la muerte en plazos breves y en consecuencia no son enfermedades terminales, por ejemplo, un Alzheimer.

Diagnosticar un paciente como terminal constituye para un médico una gran responsabilidad profesional y ética, por un parte induce un cambio radical en su actitud y acciones terapéuticas, ya que el tratamiento curativo da paso al paliativo y al cuidado básico del enfermo.

Por la otra parte implica la obligación de quien tenga efectivamente y en la práctica el rol de médico tratante, de asumir en plenitud el cuidado del paciente hasta su muerte.

Todo lo anterior señala la importancia de definir con la mayor precisión posible lo que se entiende por enfermo terminal o condición terminal de una afección.

Así como describir los deberes del médico en el cuidado de los pacientes.

Para que un paciente pueda ser calificado como terminal, se deben cumplir las siguientes condiciones: a) Ser portador de una enfermedad o condición patológica grave que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto. El diagnóstico de la enfermedad o condición patológica debe ser bien fundamentado y ser formulado por un médico que tenga los conocimientos, habilidades y experiencia necesaria para hacerlo más allá de toda duda razonable del diagnóstico experto. Si el médico tratante tiene dudas sobre el diagnóstico de afección que sufre su paciente es su deber consultar otras opiniones idóneas.

b) La enfermedad o condición diagnosticada debe ser de carácter progresivo e irreversible con pronóstico fatal, próximo o en un plazo relativamente imperioso. La progresividad e irreversibilidad de la enfermedad son elementos definitorios necesarios y copulativos para clasificar a un enfermo como terminal.

Hay que reconocer, sin embargo, que el pronóstico fatal de una enfermedad se basa principalmente en criterios estadísticos, de modo que en casos individuales puede haber variaciones en la evolución predicha en la enfermedad, dependiendo de su naturaleza u otros factores.

Sobre la extensión del plazo en que se produce la muerte, hay diversas opiniones, desde menos de un mes hasta seis meses. Este último es un criterio utilizado por Medicare en los Estados Unidos de América, por razones administrativas. Tratar de establecer un plazo exacto parece arbitrario, pero en la mayoría de los casos se trata de plazos breves, horas, días, semanas o a lo sumo pocos meses.

c) En el momento del diagnóstico, la enfermedad o condición patológica no es susceptible de un tratamiento conocido y de eficacia comprobada que permita modificar el pronóstico de muerte próxima, o bien, los recursos terapéuticos utilizados han dejado de ser eficaces. La carencia de un tratamiento conocido y de eficacia comprobada se refiere a que no se dispone de él en el estado actual de los conocimientos médicos. A la luz del acelerado desarrollado científico y tecnológico se puede predecir razonablemente que

PJD-22-2020

Página 7

enfermedades consideradas hoy irreversibles dejarán de serlo en el futuro con el advenimiento de nuevos recursos terapéuticos.

Hay tratamientos disponibles para enfermos graves que pueden mantener con vida al paciente durante años y que pese a ello en algún momento de la evolución pueden dejar de ser efectivos convirtiéndose así el paciente grave en paciente terminal, tal es el caso de la quimioterapia en algunas formas de cáncer.

Es necesario reconocer que en algunos casos el carácter terminal de un paciente puede estar condicionado por la imposibilidad práctica de utilizar los recursos terapéuticos que la medicina dispone y que podrían modificar el pronóstico terminal de una enfermedad, pero que son de una disponibilidad muy limitada, complejos y costosos, como es el caso de los trasplantes de órganos.

También en algunas ocasiones excepcionales el aislamiento geográfico podría condicionar el diagnóstico de enfermo terminal dada la carencia de recursos terapéuticos complejos e imposibilidad de traslado a un centro especializado.

Los criterios que hemos mencionado pueden cumplirse en algún grado etario. La edad avanzada no es un criterio válido para catalogar como terminal a un paciente, tampoco lo es el compromiso de conciencia cognitivo o de relación si ello no se acompaña de una condición patológica grave, progresiva e irreversible, para lo cual no existe tratamiento o cura.

La Sala Constitucional ha indicado que procede el retiro de los recursos en caso de enfermedad terminal por tratarse de una situación atípica, absolutamente excepcional y que no encuadra de modo alguno dentro de los supuestos normales o estandarizados estatuidos en la entrega prorrateada del monto del ROP.

El fin u objetivo establecido para la entrega de tractos del monto en cuestión incluso dentro de un período más corto pierde duda todo sentido en este caso en particular, pues no tiene cabida pensar en que el amparado podrá utilizar dicho dinero para cubrir sus necesidades de ahora en adelante y hasta su vejez, cuando tal y como se dijo los médicos lamentablemente le han pronosticado muy pocos meses de vida.

En otras palabras, la situación extrema y actual que enfrenta el amparado, quien en cualquier momento puede morir, hace imposible la aplicación de las reglas generales establecidas por los recurridos en el disfrute del monto del ROP.

De acuerdo con la Sala en el voto 4814-2020, en estos casos la persona goza de un derecho fundamental a disfrutar durante los próximos meses de calidad de vida y a soportar con esto dignamente la enfermedad que padece.

El tutelado tiene el derecho de pasar los últimos días de vida disfrutando de la totalidad de un dinero que en su propiedad..., que es de su propiedad y que ahorró por muchos años, invirtiéndolo no solo en la adquisición de medicamentos que le permitan aliviar sus dolores, sino también de todas aquellas cuestiones que a bien tenga, de modo tal que pueda atender sus problemas y padecimientos físicos, así como sus problemas o pendientes de índole personal.

Lo que se busca entonces es que el recurrente pueda gozar en la medida de sus posibilidades de paz y tranquilidad durante los últimos días que le restan de vida.

PJD-22-2020

Página 8

III. Conclusión

A la luz de lo expuesto, considera esta asesoría que en lo medular esta propuesta regulatoria se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y encuentra fundamento en las atribuciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

Nelly Vargas Hernández
Directora
División Asesoría Jurídica