REPÚBLICA DE PANAMÁ
SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES
OPINIÓN N° 11 - 2016

De 16 de Septiembre de 2016.

Tema: Se ha solicitado a la Superintendencia del Mercado de Valores se sirva emitir formal Opinión Administrativa en el sentido de que "*si es posible realizar retiros de un Plan de Pensiones, sustentado en contingencias que no han sido contempladas en dicho plan*".

Solicitante: Roberto Enrique Alfaro De St. Malo
PROFUTURO Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, S.A.

El solicitante de la Opinión presenta su posición y consulta:

> *"Conforme a lo anterior entendemos que la norma establece qué contingencias pueden considerarse para los efectos de otorgar el derecho a recibir la prestación. Es decir que no es posible establecer contingencia distintas a las permitidas por la Ley, el espíritu de la norma busca que los planes requieran un mínimo de cotizaciones para hacer retiros, por lo que el beneficio se otorgará siempre y cuando se cumpla, y al tenor de lo que exprese el plan.*
>
> *Siendo ello así, entendiendo que: a) El Prospecto de Multifondos de ProFuturo y el Documento de Adhesión precisan de modo expreso, los términos del Plan de Pensiones para pagar prestaciones por pensiones y realizar retiros; b) que las características del Plan Multifondos son acordes con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10, y el artículo 2 y 3 del Acuerdo 11-2005; c) que dicho Prospecto ha sido previamente aprobado por la Comisión Nacional de Valores con sustento en la Ley; es que agradecemos indicarnos si es posible hacer retiros de fondos de pensión sustentado en contingencias no contempladas en el Prospecto Multifondos de ProFuturo, como sería por ejemplo la Jubilación, a sabiendas que dicha contingencia no ha sido considerada en el prospecto y que, consecuentemente, no se haya cumplido con el mínimo de 5 años de aportaciones previsto en la Ley para que los afiliados puedan hacer retiros."*

Posición Administrativa de la Superintendencia del Mercado de Valores:

Antes de entrar en el fondo de nuestra posición, consideramos relevante incorporar la normativa aplicable a la presente consulta:

1. Artículo 1 del Acuerdo 11-2005:
   1. […]
   14. Contingencias: Causas que generan el derecho a percibir prestación del Plan de Pensiones, y que pueden ser: jubilación, muerte o incapacidad, todas ellas relativas al afiliado, o retiros voluntarios definidos en el numeral 2 del artículo 2 de este Acuerdo. A estos efectos, no se considera contingencia a los retiros anticipados definidos en el numeral 16 de este mismo artículo.
   15…"

2. Artículo 2 del Acuerdo 11-2005:

   "Artículo 2. Naturaleza y Principios Básicos de los Planes

1. Los Planes de Pensiones definen los derechos y obligaciones de las partes involucradas, ya sean éstas los afiliados, beneficiarios, empleadores o cualquier otra entidad que realice aportaciones al Plan de Pensiones, Administradoras y Custodios, y deben cumplir cada uno de los siguientes principios básicos:
a. Se constituyen voluntariamente y tienen carácter privado.
b. El régimen financiero en el que deben basarse es el de capitalización individual de las aportaciones.
c. Los Planes de Pensiones pueden ser Individuales o Colectivos, Contributivos o No Contributivos y de Contribución Definida.
d. Las aportaciones y sus rendimientos netos de gastos son titularidad del afiliado desde el momento en que deben realizarse conforme a lo establecido en el Plan, independientemente de quién haga las aportaciones, salvo en los casos de planes colectivos, por causales de incumplimiento preestablecidas en el plan por el empleador, en cuyo caso los aportes hechos a este trabajador se distribuirán proporcionalmente al resto de los afiliados del Plan en la forma, tiempo, y modo preestablecido en el Plan. No se podrá reclamar el retorno de las cantidades aportadas de conformidad con lo establecido en la regulación del Plan, sin perjuicio de lo establecido sobre el pago de prestaciones y de retiros anticipados en el presente Acuerdo.
e. El Plan de Pensiones, y por tanto las aportaciones y cualesquiera otros bienes
integrados en el mismo, debe adscribirse a uno o varios Fondos de Jubilación y Pensiones.
2. ***Los Planes de Pensiones requieren un mínimo de diez (10) años de aportaciones para que los afiliados puedan hacer retiros voluntarios de sus derechos económicos en los mismos, salvo que se trate de afiliados que se adhieran a un Plan después de haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad, o que lleguen a dicha edad habiéndose adherido previamente a dicho Plan, en cuyo caso el período podrá ser reducido hasta un mínimo de cinco (5) años****.*
3. ***No obstante lo establecido en el numeral 2 anterior, se podrán hacer retiros anticipados del Plan por causa de muerte, incapacidad, urgencias médicas, catástrofes personales, grave situación financiera u otras circunstancias similares, según se establezca en el Plan y con los siguientes requisitos y condiciones:***
a. Estos retiros no estarán sujetos a penalización en ningún caso.
b. El Plan definirá las cuantías y la forma de pago de los retiros anticipados*. En cualquier caso, la Administradora deberá realizar el pago del retiro anticipado en un plazo máximo de quince (15) días calendario desde la acreditación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en este artículo y en el Plan de Pensiones.*
c. Las causas enumeradas se considerarán como tales siempre que supongan para el afiliado una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos.
d. La muerte y la incapacidad van referidas al cónyuge del afiliado, o a alguno de sus ascendientes o descendientes en primer grado, o persona que conviva con el afiliado o de él dependa.
e. Las urgencias médicas, catástrofes personales, grave situación financiera u otras circunstancias similares, para considerarse causas a efectos de retiros de un Plan de Pensiones, deben, necesariamente, generar una de estas dos circunstancias para el afiliado: desempleo, o ausencia de ingresos en su caso, de larga duración o enfermedad grave.

f. El desempleo, o la ausencia de ingresos en su caso, de larga duración debe afectar al afiliado por un período continuado mínimo de tres (3) meses.
g. La enfermedad grave debe afectar al afiliado o a su cónyuge, o a alguno de sus ascendientes o descendientes de aquellos en primer grado, o persona que conviva con el afiliado o de él dependa. Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias que atiendan al afectado:
g.1. Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, o que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo.
g.2. Cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana." (la negrita es nuestra)

3. Artículo 3 del Acuerdo 11-2005:

"Artículo 3. Prospecto del Plan de Pensiones
El Prospecto, de modo expreso, debe precisar los términos del Plan de Pensiones para pagar prestaciones por jubilación y pensiones. Las características del Plan deben ser acordes con lo establecido en el artículo 5, de la Ley 10, de 16 de abril de 1993 y en el artículo 2 del presente Acuerdo. Se entiende por términos del Plan los siguientes:
a. Modalidad del Plan: individual o colectivo, contributivo o no contributivo.
b. Identificación de la Administradora de Inversiones de Fondos de Jubilación y Pensiones y del o los Custodios. Debe indicarse la Resolución de la Comisión Nacional de Valores con la autorización y licencia de la Administradora, así como la Resolución con la aprobación por la Comisión Nacional de Valores del Prospecto que recoge los términos del Plan.
c. Régimen permitido de aportaciones al Plan: importes mínimos y plazos, cuando existan.
[…]
l. ***Causas y requisitos que permitirán, en su caso, hacer retiros anticipados del Plan antes del plazo mínimo de diez (10) años, o de cinco (5) años en su caso, de aportaciones al mismo, conforme a lo establecido en el numeral 3 del artículo 2 del presente Acuerdo.***
El Prospecto deberá contener también las instancias de reclamación a las que debe remitirse el afiliado y/o el beneficiario, tanto internas de la propia Administradora como de las instancias Administrativa y Judicial.
Las Administradoras que cuenten con un Defensor del Afiliado deberán incluir la correspondiente información al respecto, así como las Normas de Funcionamiento del mismo.
El Prospecto deberá hacer referencia a la legislación vigente en el momento de la contratación del Plan de Pensiones por el afiliado, en especial la relativa a la normativa fiscal del producto, sin perjuicio de que ésta pueda variar con el tiempo.
El Prospecto que recoge los términos del Plan de Pensiones y el Documento de Adhesión establecido en el artículo siguiente de este Acuerdo, conforman el contrato de Plan de Pensiones.

El Prospecto del Plan y el modelo de Documento de Adhesión deberán ser previamente autorizados por la Comisión Nacional de Valores. *" (la negrita es nuestra)*

4. Artículo 6 del Acuerdo 11-2005:

"Artículo 6. Naturaleza y Principios Básicos de los Fondos de Pensiones

a. Los Fondos de Jubilación y Pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a Planes de Pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán conforme a lo establecido en la ley y en el presente Acuerdo.

b. ***Los Fondos se regularán por sus propias Normas de Funcionamiento según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 8 del presente Acuerdo y serán administrados necesariamente por una Administradora de Inversiones de Fondos de Jubilación y Pensiones con la participación de uno o más Custodios.*** *" (la negrita es nuestra)*

Por todo lo antes expuesto, si bien el Prospecto de Multifondos de Profuturo establece en los Capítulo 2, Capítulo 3, Capítulo 8 y Capítulo 10, lo siguiente:

"CAPÍTULO 3 - RETIROS Y TRANSFERENCIAS

7. Condición para Retiros Voluntarios

De conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes sobre la materia, se requiere de un mínimo de diez (10) años de aportaciones para que los Fideicomitentes puedan hacer retiros voluntarios de sus beneficios económicos en el mismo, salvo que se trate de Fideicomitentes que se adhieran al FIDEICOMISO después de haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad, o que lleguen a dicha edad habiéndose adherido previamente al FIDEICOMISO, en cuyo caso el período podrá ser reducido hasta un mínimo de cinco (5) años*. (la negrita es nuestra)*

8. Posibilidad de Retiros anticipados

No obstante lo establecido en el numeral anterior, se podrán hacer retiros anticipados por causa de muerte, incapacidad, urgencias médicas, catástrofes personales, grave situación financiera u otras circunstancias Similares y con los siguientes requisitos y condiciones*:*

a) Dichos retiros no estarán sujetos a penalización en ningún caso.

b) El PLAN definirá las cuantías y la forma de pago de los retiros anticipados.

En cualquier caso, PROFUTURO deberá realizar el pago del retiro anticipado en un plazo máximo de quince (15) días calendario desde la acreditación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en este numeral y en el PLAN.

c) Las causales enumeradas se considerarán como tales siempre que supongan para el Afiliado una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos.

d) La muerte y la incapacidad van referidos al conyugue (sic) del Afiliado, o a alguno de sus ascendientes o descendientes en primer grado, o persona que conviva con el Afiliado o de él dependa.

e) Las urgencias médicas, catástrofes personales, grave situación financiera u otras circunstancias similares, para considerarse causas a efectos de retiros del PLAN, deben, necesariamente, generar una de estas dos circunstancias para el A filiado: desempleo, o ausencia de ingresos en su caso, de larga duración o enfermedad grave.
f) El desempleo o la ausencia de ingresos en su caso, de larga duración debe afectar al Afiliado por un periodo continuado mínimo de tres (3) meses.
g) La enfermedad grave debe afectar al A filiado o su conyugue, o a alguno de sus ascendientes o descendientes de aquellos en primer grado, o persona que conviva con el Afiliado o de él dependa. Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias que atiendan al afectado:
g.l Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, o que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo.
g.2 Cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana.

"CAPÍTULO 8-DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

21. Derechos y Deberes de PROFUTURO

a. Recibir las sumas de dinero que le entreguen los Fideicomitentes, así como los aportes que realice el empleador de ser el caso.
b. Invertir los recursos de los Fideicomitentes, así como los aportes que realice a su favor el empleador de ser el caso, con sujeción a las disposiciones legales.
c. ***Entregar a los Fideicomitentes los retiros que soliciten y se ajusten a lo establecido en el presente prospecto.***
d…." (la negrita es nuestra).

"22. Derechos y Deberes de los FIDEICOMITENTES

a. Realizar sus aportes según lo establecido en la Solicitud de Afiliación o en el Documento de Adhesión.
b. ***Realizar retiros totales o parciales, voluntarios o anticipados según las condiciones establecidas en el Fideicomiso, la Ley y el presente prospecto.***
c…." (la negrita es nuestra).

De los hechos y consideraciones planteados en esta solicitud, y luego de analizadas las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores sobre la materia tenemos a bien señalar que tal como indica la consulta del solicitante sobre la posibilidad de "*realizar retiros de un Plan de Pensiones, sustentado en contingencias que no han sido contempladas en dicho plan*", esta Superintendencia previamente al analizar el concepto de Contingencias, las mismas establecidas en el Acuerdo 11-2005 el cual las define como "***Causas que generan el derecho a percibir prestación del Plan de Pensiones, y que pueden ser: jubilación, muerte o incapacidad, todas ellas relativas al afiliado, o retiros voluntarios*** *definidos en el numeral 2 del artículo 2 de este Acuerdo. A*

estos efectos, no se considera contingencia a los retiros anticipados definidos en el numeral 16 de este mismo artículo." Coincide con el criterio del solicitante en el sentido de que no es viable incluir contingencias fuera de las previamente establecidas en el Plan, ni en la normativa vigente.

De igual forma, nuestro Código Civil, establece los principios de hermenéutica jurídica y señala en los artículo 9 y 10, del Capítulo Tercero sobre Interpretación y Aplicación de la Ley, Título preliminar señala lo siguiente:

> **"Artículo 9.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.
>
> **Artículo 10.** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estos casos su significado legal."

La opinión administrativa de esta Superintendencia no puede apartarse de lo que la norma expresa claramente y que a todas luces no queda sujeto a interpretación, en vista de la consulta presentada guarda relación a lo establecido en los artículos 2 y 3 del Acuerdo 11-2005, sobre los retiros que pueden realizar los fideicomitentes de los Planes de Pensiones en las cuales se establecen requisitos específicos, primeramente el mínimo de diez (10) años de aportaciones para que los afiliados puedan hacer retiros voluntarios de sus derechos económicos en los mismos, con las excepción del caso de haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad después que el afiliado se haya adherido al plan, o que lleguen a dicha edad habiéndose adherido previamente a dicho Plan, en cuyo caso el período podrá ser reducido hasta un mínimo de cinco (5) años.

No obstante lo establecido en el numeral 2 de dicho Acuerdo se podrán hacer retiros anticipados del Plan por **causa de muerte, incapacidad, urgencias médicas, catástrofes personales, grave situación financiera u otras circunstancias similares**, según se establezca en el Plan y con requisitos y condiciones específicas listadas de los literales " a" a "g.2" del artículo 3 del mencionado acuerdo.

Cabe resaltar que el Prospecto deberá hacer referencia a la legislación vigente en el momento de la contratación del Plan de Pensiones por el afiliado, en especial la relativa a la normativa fiscal del producto, sin perjuicio de que ésta pueda variar en el tiempo.

El Prospecto es **el instrumento que recoge los términos del Plan de Pensiones y el Documento de Adhesión** establecido en el artículo 4 del Acuerdo 11-2005, conforman el contrato de Plan de Pensiones.

Debemos recordar que **el Prospecto del Plan y el modelo de Documento de Adhesión deberán ser previamente autorizados por la Superintendencia del Mercado de Valores, tal como lo establece el mencionado acuerdo**, por lo que si existe algún cambio en las contingencias del Plan éste deberá ser sujeto a autorización previa, de no ser realizado de esa manera, estaría en violación de las normas del Mercado de Valores.

De modo que, realizar retiros de un Plan de Pensiones sustentado en contingencias que no han sido contempladas ni sustentadas dentro del Acuerdo

11-2005, ni dentro del Prospecto de Multifondo de Profuturo, ni guarda concordancia con las leyes vigentes aplicables a la Naturaleza y Principios Básicos de los Fondos de Pensiones, sería una flagrante violación a las normas contenidas tanto en la Ley del Mercado de Valores como a la Ley sobre incentivos para la formación de planes de pensiones y jubilaciones (Ley 10 de 16 abril de 1993)

Así las cosas, la Superintendencia del Mercado de Valores a través del Acuerdo 11-2005 ha establecido parámetros que permitan garantizar que las inversiones de los Fondos de Jubilación y Pensiones sean las adecuadas para los objetivos de los Planes de Pensiones.

En atención a que dentro de los objetivos de ámbito de protección de las normas de valores, debe darse en un marco de transparencia y seguridad jurídica en atención a la defensa de los derechos de los afiliados y beneficiarios.

Dentro de las inversiones de los Fondos de Jubilación y Pensiones se deben atender los principios de seguridad, rentabilidad, diversificación, congruencia monetaria y de plazos adecuados a sus finalidades, es por ello que este Acuerdo desarrolla ciertos aspectos particulares de la administración de los Planes de Pensiones, siendo uno de ellos la preautorización del Prospecto del Plan de Pensiones y el modelo de Documento de Adhesión por la Superintendencia del Mercado de Valores, por lo tanto, no es viable incluir contingencias fuera de las previamente establecidas en el Plan, ni en la normativa vigente.

Fundamento legal: Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, y Acuerdo 11-2005.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Marelissa Quintero de Stanziola.
Superintendente

/vr