

04 de diciembre de 2012

PJD-18-2012

Señora

Patricia Abarca Jiménez, *Directora*

**División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual
Superintendencia de Pensiones**

Estimada señora:

En atención a su solicitud, de analizar los contratos suscritos por Vida Plena OPC con varias empresas para la prestación de labores de "call center", promoción y afiliación de personas, esta División Jurídica emite el siguiente criterio legal:

I. ANTECEDENTES

- 1- Mediante oficio GG-039-2012, del 31 de enero de 2012, la Operadora de Pensiones de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante OPC CCSS) solicitó a la Superintendencia de Pensiones la revisión de un correo electrónico que la señora Debby Zamora Harding le envió a un afiliado, el cual tenía contenido publicitario en favor de Vida Plena OPC, y podría estar en conflicto con la normativa vigente sobre publicidad.
- 2- La Superintendencia de Pensiones remitió a Vida Plena OPC el oficio SP-648-2012, del 14 de marzo de 2012, en el cual le señaló los posibles incumplimientos en que podría incurrir por la publicidad contenida en el correo electrónico enviado por la señora Zamora, y le solicitó a la operadora que *"remita los comentarios y aclaraciones pertinentes, así como informe de las medidas que implementará para garantizar que la publicidad emitida por su representada se ajuste a lo establecido en la normativa y así evitar que este tipo de situaciones se presenten en el futuro"*.
- 3- Mediante el oficio GG-045-2012, del 29 de marzo de 2012, Vida Plena OPC contestó el oficio de SUPEN aclarando lo siguiente: *"1) La señora Zamora Harding no es ejecutiva de cuenta de mi representada, la Operadora no tiene relación laboral con ella. 2) Vida Plena no ha autorizado, y por lo tanto no ha sido de su conocimiento el correo en marras, toda vez que siempre ha sido*

respetuosa de la normativa de SUPEN en general y, por supuesto, en el tema de publicidad. Nótese que hace aseveraciones irreales, debido a que la Operadora es una empresa privada que no (...) cuenta con el respaldo del estado (...) sic, como en forma errónea lo indica doña Debby, lo que es un claro indicio de que el correo no es ni guarda relación con su redacción y envío con mi representada.”

- 4- Como respuesta a lo indicado por la operadora, SUPEN remitió el oficio SP-885-2012, del 04 de mayo de 2012, en el cual le solicitó a Vida Plena OPC informar si la operadora mantiene alguna relación contractual con la empresa Servicorp Servicios Corporativos S.A., firma dedicada a servicios de *outsourcing*, de cuyo dominio presuntamente se envió el correo de la señora Zamora y, en caso afirmativo, suministrar copia de dicho contrato. Adicionalmente se le solicitó informar el nombre de las empresas contratadas por esa entidad para labores de *call center*, promoción y afiliación de personas, suministrando copia de los contratos respectivos.
- 5- Mediante el oficio GG-58-2012, del 10 de mayo del 2012, Vida Plena OPC manifestó que mantiene una relación contractual con la empresa Servicorp Servicios Corporativos S.A., así como con las empresas: Corona Boreal CBL Limitada, Global Innovation S.A., RA Servicios Profesionales y Consultoría en Ventas S.A.; pero se abstuvo de remitir la copia de los contratos solicitados por SUPEN, argumentando que dichos acuerdos contienen un cláusula de confidencialidad que se lo impide.
- 6- A través del oficio SP-1129-2012, del 12 de junio del 2012, SUPEN le aclaró a la Operadora que con base en el inciso r) del artículo 38, así como en los incisos a) y b) del artículo 46 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, y con fundamento en el inciso g) artículo 42 de la Ley de Protección al Trabajador, la Superintendencia cuenta con las facultades legales para requerir los contratos solicitados, y le reiteró dicha solicitud.
- 7- Mediante el oficio GG-077-2012, del 19 de junio del 2012, Vida Plena OPC remitió los contratos suscritos con Servicorp Servicios Corporativos S.A., Corona Boreal CBL Limitada, Global Innovation S.A., RA Servicios Profesionales y Consultoría en Ventas S.A., e Inversiones Creditere S.A., así como el criterio jurídico de su asesoría legal, en donde exponen los motivos de su negativa inicial para remitir dichos acuerdos.

II. CONSULTAS ESPECÍFICAS

En relación la situación planteada en el apartado anterior, la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual realizó los siguientes requerimientos a esta División Jurídica:

- Evaluar los contratos mencionados a fin de determinar la legalidad de su existencia y definir las implicaciones que éstos tienen para la operadora y las empresas involucradas, principalmente en lo referente al proceso de afiliación ya que eventualmente personas que no cuentan con credencial de promotor, están realizando este tipo de labores.
- Valorar las afirmaciones realizadas por la entidad en la nota GG/045-2012, en la que afirmaron no tener relación laboral y desconocer la emisión del correo electrónico enviado por la señora Debby Zamora, funcionaria de Servicorp.

III. NORMATIVA APLICABLE Y ANÁLISIS DE FONDO

En relación con las consultas planteadas, los artículos 35 de la Ley de Protección al Trabajador y 28 y siguientes del Reglamento de 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, disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 35.- Agentes promotores de las operadoras. Los agentes promotores de las operadoras de pensiones deberán ser registrados ante la Superintendencia de Pensiones. Para obtener el registro, estos (sic) deberán cumplir con los requisitos y aprobar los exámenes que la Superintendencia determine para este efecto.”

“Artículo 28. Del Agente Promotor de Ventas

Sólo los agentes promotores de ventas están autorizados para realizar las labores de promoción de servicios que ofrece una entidad autorizada. Sus funciones son: la promoción, divulgación, explicación de planes de pensiones, así como la afiliación a las entidades autorizadas para administrar planes de pensiones complementarias, de capitalización laboral y planes de ahorro voluntario. En sus labores de promoción el agente deberá analizar con el afiliado la conveniencia o no de aumentar sus aportes o la suscripción de un nuevo plan.

Toda entidad autorizada, salvo las asociaciones solidaristas y las cooperativas de ahorro y crédito que administren fondos de capitalización laboral para sus propios asociados al amparo de lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 7983, está obligada a contar con, al menos, un agente promotor de ventas disponible en cada punto de ventas que posea. Los agentes promotores de las Operadoras deben registrarse por lo dispuesto en el presente capítulo y por las directrices emitidas por el Superintendente.”

Por su parte, los artículos 40 y 42, inciso m), de la Ley de Protección al Trabajador, respecto a la responsabilidad de las entidades, disponen expresamente:

“ARTÍCULO 40.- Responsabilidad. Las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas responderán solidariamente por los daños y perjuicios patrimoniales causados a los afiliados por actos dolosos o culposos de los miembros de su Junta Directiva, gerentes, empleados y agentes promotores. En el caso de los agentes promotores que tengan una relación laboral o contractual con la operadora, la responsabilidad existe.”

“ARTÍCULO 42.- Sin perjuicio de las demás obligaciones estipuladas en esta Ley, son obligaciones de las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas:

m) Controlar que los promotores trabajen ofreciendo información veraz, sin inducir a equívocos ni confusiones, según las normas que para el efecto expida la Superintendencia (...).”

Por su parte, los numerales 57 y 61 de la Ley 7523 establecen:

“Artículo 57. Formas jurídicas

Las formas jurídicas adoptadas por los entes regulados no obligan a la Superintendencia, para efectos de sus potestades de fiscalización y sanción previstas en esta Ley. La Superintendencia podrá atribuirles a las situaciones y los actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo la realidad y no la forma jurídica.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente aplicable a la Superintendencia General de Entidades Financieras y a la Superintendencia General de Valores, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización y sanción”.

“Artículo 61. Falta de autorización

Queda totalmente prohibido realizar actividades de administración y comercialización de planes de pensiones y fondos de capitalización, sin la debida autorización de la Superintendencia.

La persona física o el representante de la persona jurídica que ofrezca estos servicios sin contar con tal autorización, será reprimido con prisión de uno a tres años”.

a) Sobre la legalidad y las implicaciones de los contratos de outsourcing suscritos por Vida Plena OPC

En su oficio GG-077-2012, del 19 de junio de 2012, Vida Plena OPC remitió los contratos suscritos con Servcorp Servicios Corporativos S.A., Corona Boreal CBL Limitada, Global Innovation S.A., RA Servicios Profesionales y Consultoría en Ventas

S.A., e Inversiones Creditere S.A., los cuales presentan una estructura uniforme en la redacción de sus cláusulas, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

“1.1. Alcances del servicio de prestación comercial

La promotora será responsable de obtener sus propias bases de datos, así como de su calidad y recibirá de la OPC cuales son los criterios básicos para la determinación de la base de datos a utilizar. A su criterio la OPC podrá aplicar un prefiltro de base de datos cuando sea necesario, los enviará según formato requerido y en el calendario de entrega que se defina a través de un medio electrónico seguro utilizado por la Operadora.

Los servicios de la PROMOTORA incluyen las siguientes actividades:

- a) Provisión de los contactos iniciales con los afiliados*
- b) Poner en conocimiento del afiliado de la naturaleza, funcionamiento y riesgos de las inversiones*
- c) Dar a conocer, entregar y explicar el contenido de los fondos de pensión adquiridos por Vida Plena*
- d) Gestionar las firma de los contratos respectivos, los cuales serán suscritos por los Apoderados o personas autorizadas de Vida Plena, con facultades suficientes para hacerlo según corresponda, previo cumplimiento de la PROMOTORA de las políticas y directrices de Vida Plena sobre el cumplimiento de la Ley 8204 ‘Conozca a su Afiliado’ y ‘Perfil del Afiliado’*
- e) Realizar actividades objeto de este contrato, con el personal acreditado y autorizado por la SUPEN para la promoción de los planes de pensiones.”*

“1.2. Proceso de venta y seguimiento

La PROMOTORA a través de sus Promotores de Ventas realizará la gestión de venta de productos autorizados. Por cada contacto realizado la PROMOTORA deberá registrar el resultado de la gestión según las promesas definidas por esta.

La PROMOTORA deberá solicitar a los prospectos interesados en tomar un producto autorizado la información requerida para el trámite interno de evaluación y entregar de manera física las solicitudes correspondientes a la gestión de venta en forma diaria. Cuando un trámite es aceptado por el cliente, la PROMOTORA deberá coordinar la cita para la firma y entrega de documentos dentro del GAM y zonas semi rurales y enviará diariamente al área correspondiente de Vida Plena.”

“2.1 Manifestaciones específicas de garantía de la PROMOTORA

La Promotora garantiza a Vida Plena que:

a) Cuenta con el personal debidamente capacitado y con la experiencia suficiente para desplegar en representación de Vida Plena los servicios de prospección, venta y formalización de los productos autorizados cuya negociación es permitida por Vida Plena. En este sentido, la OPERADORA, deberá proporcionar a la PROMOTORA la información necesaria que le permita a ésta brindar la capacitación profunda y completa a su personal en todos los aspectos relevantes para la correcta y mejor presentación del servicio, lo que comprende la presentación electrónica del 'script' o guion de ventas a utilizar por personal de LA PROMOTORA, así como las particularidades de los productos autorizados de Vida Plena.

Para efecto de este contrato, se adjunta en el Anexo 1 la lista de los funcionarios que actuarán en representación de la PROMOTORA.

b) El personal que se identifica en el Anexo 1 de este Contrato, realiza y realizará los cursos de actualización solicitados por Vida Plena o que sean requeridos por la SUPEN, o el CONASSIF, con cargo a la PROMOTORA.

c) Se obliga a cumplir con las políticas y directrices de Vida Plena relacionadas con el cumplimiento de la Ley 8204, 'Conozca al afiliado', 'Perfil del Afiliado', y otras que al respecto emita Vida Plena y que sean debidamente comunicadas por escrito a la PROMOTORA."

"2.6. Obligaciones de la PROMOTORA

b) La promotora y su personal deberán emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia y serán responsables por falta, culpa, dolo o negligencia en la prestación de sus servicios, atención y manejo de las actividades de Vida PLENA e incumplimiento de las obligaciones que la regulación vigente impone a los operadores del Mercado de Pensiones. Estarán sujetos a todas las regulaciones y reglamentaciones existentes para el servicio profesional de su ramo. En virtud de lo anterior, las partes convienen expresamente que en cualquier día en que la promotora le comunique a Vida Plena una afiliación o traslado de un afiliado ha recibido toda la información que exige la normativa de pensiones que es necesaria para tomar una decisión de afiliación de manera informada y que el afiliado ha conocido y aceptado los riesgos de los productos autorizados."

"2.9 Obligación de garantía por responsabilidad civil de Vida Plena

La PROMOTORA manifiesta por medio de este contrato que asume la responsabilidad civil contractual y extracontractual que pudiere ser imputada Vida Plena en razón de la ejecución de este contrato. En este sentido, la promotora se obliga a mantener a Vida Plena libre de todo reclamo, juicio, arbitraje o demanda relacionada con la ejecución de

este contrato o por parte de los afiliados generados a Vida Plena por parte de la promotora al amparo del presente contrato y en tal orden de cosas asumirá los gastos y costos legales derivados de cualquier proceso legal por concepto de costas procesales, honorarios de abogados, informes periciales y otros relacionados con tales procesos.

En caso de que Vida Plena sea sancionada al pago de alguna multa al amparo de normativa de pensiones por actuaciones de la promotora o sus funcionarios o representantes, mediante sentencia en firme dictada por el CONASSIF, la SUPEN o una autoridad judicial, la PROMOTORA se obliga a cancelar el monto de esa multa más los intereses a Vida Plena.”

Del análisis de la legislación que rige la materia no se desprende ninguna norma que permita a entidades distintas de las operadoras de pensiones realizar las labores que se describen en estos contratos, ni norma alguna que autorice la suscripción de este tipo de acuerdos.

En relación con el proceso de afiliación y promoción, se puede observar en el contenido de la cláusula 1.1, “Alcances del servicio de Promoción Comercial”, que las partes estipulan expresamente en los contratos que los servicios provistos por la promotora se realizarán con el personal acreditado y autorizado por SUPEN para la promoción de planes de pensiones, sin embargo, su relación contractual no es con la operadora, como lo establece el numeral 35, sino con una promotora, que para el afiliado y la SUPEN es desconocida. Según los requerimientos regulatorios vigentes para obtener la acreditación de promotor, el interesado debe demostrar una vinculación particular con la operadora, no con una empresa externa; concretamente los SP-1904-2008 y SP-357-2009 requieren: “Oficio de la operadora respectiva que haga constar que el interesado ha sido contratado para prestar servicios como agente promotor, con indicación de la fecha exacta de inicio de dicha relación”. Desde esta perspectiva, no es claro el mecanismo por medio del cual los promotores de esas empresas demostraban a la Superintendencia su vinculación con la operadora, si la relación contractual que tienen es con la promotora, lo cual eventualmente podría constituir una irregularidad.

En los antecedentes del caso en cuestión se establece que una funcionaria de la empresa Servicorp Servicios Corporativos S.A., envió el correo electrónico cuestionado por OPC CCSS, y no se encuentra registrada en la base de datos de promotores que lleva esta Superintendencia, ni se encuentra en la lista aportada en el denominado “Anexo 1”, que describe los promotores acreditados utilizados por cada una de las empresas contratadas, situación que revela el riesgo al cual se expone a los afiliados con la existencia de este tipo de intermediarios.

La suscripción de este tipo de contratos implica un alto grado de dificultad, tanto para la operadora como para la Superintendencia, de controlar que las actividades se lleven a cabo de conformidad con la normativa aplicable, particularmente en el ámbito de la información que se suministra a los afiliados.

De la lectura de los contratos remitidos por la operadora, se evidencia, también, una falta de claridad en cuanto a las posibilidades que la entidad regulada tiene para actuar legalmente en contra de la empresa de *outsourcing*, en caso de que ésta incurra en un incumplimiento de la normativa aplicable al mercado de pensiones y, en especial, cuando dicho incumplimiento pueda conllevar un perjuicio directo de los afiliados y al régimen de capitalización individual. Es criterio de esta Asesoría que dicha situación obstaculiza el deber de protección del afiliado que tiene la SUPEN.

Por otra parte, las actividades realizadas por esas promotoras podrían eventualmente enmarcarse en el tipo penal del artículo 61 citado, puesto que se trata de personas jurídicas que no cuentan con la autorización de esta Superintendencia, situación que amerita un análisis particular para cada caso, que tendría que ser valorado por el Ministerio Público.

b) Sobre las afirmaciones realizadas por Vida Plena OPC en la nota GG/045-2012

Al ser consultada sobre el correo enviado por la señora Debby Zamora Harding (situación comunicada a SUPEN por CCSS OPC) Vida Plena OPC realizó las siguientes afirmaciones en su Oficio GG/045-2012, del 29 de marzo de 2012:

“1) La señora Zamora Harding no es ejecutiva de cuenta de mi representada, la Operadora no tiene relación laboral con ella. 2) Vida Plena no ha autorizado, y por lo tanto no ha sido de su conocimiento el correo en marras, toda vez que siempre ha sido respetuosa de la normativa de SUPEN en general y, por supuesto, en el tema de publicidad. Nótese que hace aseveraciones irreales, debido a que la Operadora es una empresa privada que no (...) cuenta con el respaldo del estado’ (...) sic, como en forma errónea lo indica doña Debby, lo que es un claro indicio de que el correo no es ni guarda relación con su redacción y envío con mi representada.”

Sin embargo, a través del oficio GG/58-2012 del 10 de mayo de 2012, Vida Plena OPC modificó su posición y manifestó que mantiene una relación contractual con la empresa Servicorp Servicios Corporativos S.A., así como con las empresas: Corona Boreal CBL Limitada, Global Innovation S.A., RA Servicios Profesionales y Consultoría en Ventas S.A.; pero no remitió la copia de los contratos solicitados por SUPEN argumentando que dichos acuerdos contienen un cláusula de confidencialidad que se lo impide.

Según se desprende del contrato posteriormente aportado por la operadora, el acuerdo con la empresa Servicorp Servicios Corporativos S.A. fue firmado por el señor Alejandro Solórzano Mena, Gerente general de Vida Plena OPC, el 24 de agosto de 2012, es decir, antes de que manifestara por medio del oficio GG/045-2012 que desconocía cualquier relación de la operadora con la señora Zamora Harding (quien envió el correo cuestionado a través del dominio: *servicorp.net*).

La situación descrita permite considerar que las manifestaciones de la operadora que constan en el oficio GG/045-2012, del 29 de marzo de 2012, podrían haber sido inexactas e imprecisas, lo cual puede configurar una infracción según lo disponen los incisos a) y b) del artículo 46 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, N° 7523, cuyo texto señala:

“Artículo 46. Infracciones muy graves

Incurrirán en infracciones muy graves:

- a) El ente regulado que impida u obstaculice la supervisión de la Superintendencia.*
- b) El ente regulado que no suministre a la Superintendencia la información requerida por ella dentro del plazo otorgado al efecto, o suministre datos falsos.”*

En cuanto a una posible configuración de la infracción contenida en el artículo 48, inciso d), de la Ley N° 7523, se hace necesario determinar no solo que el mensaje remitido por la señora Debby Zamora incumpla con las disposiciones sobre publicidad previstas en el inciso l) del artículo 42 de la Ley de Protección al Trabajador, sino, también, que dicha actuación pueda ser imputada al ente regulado, en este caso Vida Plena OPC. En este sentido, el artículo 48, inciso d), antes citado dispone:

“Artículo 48.- Infracciones graves

Incurrirá en infracciones graves el ente regulado que:

(...)

- d) Realice publicidad contraria a las disposiciones de la Superintendencia”.*

Finalmente, es importante señalar que las facultades de SUPEN en relación con los requerimientos de información están claramente establecidas en el inciso r) del artículo 38 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, cuyo texto señala:

“Artículo 38.- Atribuciones del Superintendente de Pensiones

El Superintendente de Pensiones tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

- r) Exigir, a los entes supervisados, el suministro de la información necesaria para los afiliados y dictar normas específicas sobre el contenido, la forma y la periodicidad con que las entidades supervisadas deben proporcionar a la Superintendencia, al afiliado y al público, información*

sobre su situación jurídica, económica y financiera, sobre las características y los costos de sus servicios, las operaciones activas y pasivas y cualquier otra información que considere de importancia; todo con el fin de que exista información suficiente y confiable sobre la situación de las entidades supervisadas.”

En virtud de lo anterior, considera esta asesoría que la cláusula de confidencialidad contenida en los contratos firmados por la operadora con las empresas mencionadas, podría ser invocada únicamente en el caso en que el contenido de dichos contratos se pretenda compartir con terceras personas, que no tengan las facultades otorgadas por ley a la Superintendencia de Pensiones. Contrario a lo manifestado por la asesoría jurídica de la operadora, aparte de estar legalmente fundamentado, el requerimiento que realiza SUPEN sí responde a la tutela de un interés público, como lo es la actividad de regulación y supervisión que le ha sido conferida por Ley.

III. CONCLUSIONES

Como resultado del análisis anterior, esta División Jurídica concluye:

- 1- No existen ninguna disposición en la normativa vigente que ampare a las entidades autorizadas en la suscripción de contratos con empresas de “*outsourcing*” como los analizados en este criterio.
- 2- La labor de la empresa de *outsourcing*, puede afectar los intereses de los afiliados, al exponerlos a situaciones irregulares, tales como una publicidad que no se ajuste a la normativa, o a una explicación inadecuada por parte de un “asesor” que no cuenta con las credenciales requeridas a un promotor.
- 3- De la lectura de los contratos remitidos por la operadora, se evidencia, también, una falta de claridad en cuanto a las posibilidades que la entidad regulada tiene para actuar legalmente en contra de la empresa de outsourcing, en caso de que ésta incurra en un incumplimiento de la normativa aplicable al mercado de pensiones y, en especial, cuando dicho incumplimiento pueda conllevar un perjuicio directo de los afiliados y al régimen de capitalización individual.
- 4- Las actividades realizadas por esas promotoras podrían eventualmente enmarcarse en el tipo penal del artículo 61 citado, puesto que se trata de personas jurídicas que no cuentan con la autorización de esta Superintendencia, situación

que amerita un análisis particular para cada caso que tendría que ser valorado por el Ministerio Público

- 5- Las manifestaciones de la operadora que constan en el oficio GG/045-2012 del 29 de marzo de 2012 podrían resultar inexactas e imprecisas y, en este caso, podrían configurar una infracción según lo disponen los incisos a) y b) del artículo 46 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.
- 6- En cuanto a una posible configuración de la infracción contenida en el artículo 48, inciso d), de la Ley N° 7523, se hace necesario determinar no solo que el mensaje remitido por la señora Debby Zamora incumpla con las disposiciones sobre publicidad previstas en el inciso l) del artículo 42 de la Ley de Protección al Trabajador, sino, también, que dicha actuación pueda ser imputada al ente regulado, en este caso Vida Plena OPC.
- 7- El requerimiento de la copia de los contratos que hizo SuPen a Vida Plena OPC se encuentra fundamento en la legislación vigente y responde a la tutela de un interés público, como lo es la actividad de regulación y supervisión que realiza la Superintendencia de Pensiones.

Cordialmente,



Realizado por:
Jenory Díaz Molina



Aprobado por:
Nelly Vargas Hernández