

10 de enero de 2013
PJD-02-2013

Hermes Alvarado salas
Gerente
BN Vital OPC

Estimado señor:

En atención a su oficio BNV-GG-472-2012, recibido el 21 de noviembre de 2012, en el cual manifestó *“La industria de pensiones complementarias de Costa Rica ha venido adoptando diferentes formas de comercializar planes de pensiones. Uno de los canales comerciales se refiere a la contratación de servicios de terceros o comercializadoras (out sourcing). Por lo anterior, recurrimos a su representada con el fin de consultar si existe alguna imposibilidad legal para contratar esa figura, bajo la premisa de que el contrato que cubra esa relación comercial debe estar acorde con las regulaciones establecidas la Superintendencia de Pensiones”* (sic), se emite el siguiente criterio legal:

Es importante aclarar que para el análisis de la consulta, en este criterio también se hace referencia a los contratos suscritos por BN Vital OPC con Asesoría Comercial S.A y R C Directo de Centroamérica S.A., remitidos mediante el oficio BNV-GG-477-2012, recibido el 21 de noviembre de 2012.

I. Normativa aplicable

En relación con las consultas planteadas, la normativa vigente dispone lo siguiente:

La Ley de Protección al Trabajador establece:

“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.”

El 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 (en adelante el Reglamento), indica:

“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 regirse 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 (...).”

Finalmente, 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”.

II. Análisis los contratos suscritos por BN Vital OPC

En el oficio BNV-GG-477-2012, BN Vital OPC remitió los contratos de *outsourcing* que ha suscrito, los cuales presentan una estructura uniforme en la redacción de sus cláusulas, dentro de las cuales se destaca la siguiente:

*“El objeto del presente contrato. El objetivo de este contrato es **ampliar las bases de datos de potenciales clientes de BN Vital** y potenciar con ello la labor de colocación de producto de BN Vital en planes de Pensión. La labor de referenciar clientes potenciales para BN vital, consiste en que a partir del negocio primario del contratista pueda, pueda ejercer como ente*

capaz de referenciar clientes potenciales a BN Vital con el objeto de proceder a iniciar la afiliación respectiva de dichos clientes a los planes de pensión ofrecidos por BN Vital, con la intención de generar referencias a la OPC y con ello proceder BN Vital al contacto y afiliación respectiva del cliente.

- a) *Por la naturaleza de los servicios es de esperar que la (s) empresa (s), refiera clientes potenciales a la Operadora por cuya afiliación se pagará por el saldo atraído hasta un monto máximo total de honorarios de cientos dieciocho millones trescientos noventa y nueve mil colones exactos (¢ 118.399.000). El contratista está en capacidad de referenciar clientes potenciales que por su naturaleza y cumplimiento de requisitos previstos en la normativa del Reglamento de apertura y funcionamiento de entidades autorizadas emitido por la Superintendencia de Pensiones le sea posible a BN Vital afiliarlo para la administración de los recursos del Régimen Obligatorio de Pensiones. Para los efectos de la contratación **la contratista debe cumplir con el Reglamento de Apertura y funcionamiento de entidades autorizadas (en adelante RAF), de la Ley de Protección al Trabajador (7983) emitido por la SUPEN, en todo lo referente a los requisitos de publicidad y promoción, sus responsabilidades y obligaciones de frente al cliente, a BN Vital (en adelante “la Operadora”) y la SUPEN”** (la negrita no es del original).*

En relación con el proceso de afiliación y promoción, en la cláusula I “Objeto”, las partes estipulan expresamente en los contratos que los servicios provistos por la empresa se realizarán de acuerdo con el Reglamento en cuanto a la **publicidad y promoción**. Si bien, la cláusula citada es ambigua, ya que por una parte establece que se trata de referenciar clientes potenciales¹ y posteriormente se indica que el contratista debe cumplir con el Reglamento en todo lo referente a requisitos de publicidad y promoción, sus responsabilidades y obligaciones de frente al cliente, se evidencia que no se trata de una simple ampliación de bases de datos sino de una labor de promoción.

El *Reglamento para la prestación de servicios de venta de planes de pensión complementaria de BN Vital OPC, S.A.*, despeja esa ambigüedad y establece que esas labores son de promoción y afiliación, al señalar expresamente:

“Artículo 1º- El objetivo de este Reglamento sustitutivo de contratación directa para la prestación de servicios de afiliación o venta de planes de pensión complementarios, es ampliar los canales de ventas propias directas a través de un canal externo que estará conformado por personas físicas o jurídicas las cuales deberán de contar con los requisitos mínimos establecidos en el presente Reglamento y los de la Superintendencia de Pensiones (SUPEN). La presencia activa de gestión de los Corresponsales Agentes Promotores en el mercado a nivel nacional se vuelve un factor crítico de éxito para el logro de los objetivos estratégicos de la Operadora”.

“Artículo 4º Se define a los CORRESPONSALES AGENTES PROMOTORES como todas aquellas personas físicas o jurídicas que por medio de la firma de un contrato acepten las condiciones solicitadas por BN Vital para convertirse en Corresponsales Agentes Promotores, los cuales, prestarán los servicios de afiliación o venta según lo

¹ En este mismo sentido, la contratación administrativa realizada se denominó *Contratación de empresas para la generación de prospectos de potenciales clientes para BN Vital*.

establece la normativa vigente emitida por la SUPEN de conformidad con los artículos 28 y 29 del Reglamento de Apertura y Funcionamiento de las Operadoras de Pensiones. **Las personas físicas que accedan a inscribirse deben poseer la credencial respectiva de agente promotor debidamente otorgada por la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) así mismo las personas jurídicas que se inscriban, el representante legal debe de presentar la lista y el número de credencial, otorgada por la SUPEN, de las personas que prestarán el servicio**” (la negrita no es del original).

“Artículo 11° Para considerar las ofertas de servicios de Corresponsales Agentes Promotores, el interesado debe cumplir con los siguientes requisitos: h) **Personas Jurídicas presentar declaración certificada por Notario Público que indique la o las personas que cuentan con credencial de Superintendencia de Pensiones las cuales prestaran el servicio a nombre de la empresa. Indicar número de credencial**” (la negrita no es del original).

Del análisis de la legislación que rige la materia no se encuentra norma que permita a personas jurídicas, distintas de las operadoras de pensiones, realizar las labores que se describen, ni norma alguna que autorice la suscripción de este tipo de acuerdos, lo anterior por cuanto la labor fundamental de promoción la realizan, según la Ley de Protección al Trabajador y el Reglamento, las **personas físicas con credencial** vinculadas a una Operadora de Pensiones, que asume una responsabilidad solidaria por sus actuaciones.

Es claro que la suscripción de este tipo de contratos implica un alto grado de dificultad, tanto para la operadora, como para la Superintendencia, para controlar que las actividades que llevan a cabo esas comercializadoras se realicen de conformidad con la normativa, especialmente en el ámbito de la información que se suministra a los afiliados; y en el caso de que estas incurran en un incumplimiento de la normativa aplicable al mercado de pensiones, cuando dicho incumplimiento pueda conllevar un perjuicio directo de los afiliados y al régimen de capitalización individual. De hecho, los contratos se refieren a obligaciones de la comercializadora *frente el cliente*, aunque no es claro cuáles son tales obligaciones. A la luz de estas consideraciones, es criterio de esta Asesoría que dicha situación obstaculiza la supervisión y el deber de protección al afiliado que tiene la operadora y la SUPEN.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, las actividades realizadas por esas comercializadoras 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 para realizar esa actividad, situación que amerita un análisis particular para cada caso, que tendría que ser realizado por el Ministerio Público ante una denuncia.

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 tercero no supervisado.
- 3- De la lectura de los contratos remitidos por la operadora, así como del *Reglamento para la prestación de servicios de venta de planes de pensión complementaria de BN Vital OPC, S.A.* se evidencia un vacío en cuanto a las posibilidades que la entidad regulada tiene para actuar legalmente en contra de la empresa de outsourcing, en caso de que esta 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 autorización alguna de esta Superintendencia para realizar esa actividad, situación que amerita un análisis particular para cada caso que tendría que ser realizado por el Ministerio Público

Cordialmente,

Realizado por:
Jenory Díaz Molina



Aprobado por:
Nelly Vargas Hernández

