

1 de diciembre de 2017
PJD-16-2017

Señor
Porfirio Rojas Fajardo
Director de Planificación
División de Planificación y Normativa

Estimado señor:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, se consultó a esta División de Asesoría Jurídica sobre la posibilidad legal de permitir que los promotores de pensiones tengan acceso al expediente previsional, en su rol de asesores de los afiliados. Al respecto la División Jurídica realizó el siguiente análisis:

I. Consulta

¿Es posible, en el ámbito legal vigente, permitir que los promotores de pensiones tengan acceso al expediente previsional, en su rol de asesores de los afiliados, disponiendo de información para apoyar la toma de decisiones?

En el Sistema de Trámites consta el siguiente planteamiento del Director de Planificación:

Don Álvaro ha mencionado que debemos valorar la posibilidad que promotores accedan a la información del expediente único.

Respecto a este tema, es posible legalmente.

Si no estuviera permitido, sería posible que el afiliado delegue por un tiempo finito y nominativamente, a quien autoriza que lo vea.

Lo que se ha hablado es que el promotor vea la información del afiliado para asesorarle, por ejemplo, posible monto de pensión, necesidad o no de aportes extraordinarios, necesidad o no de un voluntario, etc.

Relación de los hechos que motivan la consulta

La SUPEN está desarrollando el Expediente único de Pensiones, es un proyecto estratégico y es de interés del Superintendente. Actualmente la herramienta ha sido confeccionada y se encuentra en preparación de los términos de uso. Como parte de los posibles usos se está valorando dar acceso a los promotores.

Elementos de juicio que, según su criterio, coadyuven a la solución de la consulta

Comité ejecutivo ha indicado que una forma de que la nueva herramienta sea provechosa es permitir que los promotores de pensiones la usen, es decir, que usuarios autorizados, pueden ver, además de sus saldos, los saldos de los afiliados.

Se han pensado en varias opciones de dar acceso a promotores:

PJD-16-2017

Página 2

1. Permitir que los promotores tengan acceso al expediente de cualquier afiliado (no recomendado)
2. Permitir de un promotor por OPC tenga acceso al expediente de todos los afiliados a la OPC donde labora, esto implica que deba controlarse que Promotor tendrá acceso a qué afiliados (no recomendado)
3. Crear una funcionalidad que permita que el afiliado dé de manera temporal (horas) acceso al promotor a su expediente, para que este le explique los productos que más le convengan.
4. No permitir que un promotor acceda las cuentas de un afiliado y que quede a discreción del trabajador si muestra o imprime la pantalla del sistema.

Pregunta o consulta de índole jurídica en particular.

¿Es posible, en el ámbito legal vigente, permitir que los promotores de pensiones tengan acceso al expediente previsional, en su rol de asesores de los afiliados, disponiendo de información para apoyar la toma de decisiones?

https://si.supen.fi.cr/Tramites/Tram_Detalle_Evento.aspx?evento=2017088475

II. Normativa aplicable

De interés para este caso aplica la siguiente normativa:

- a) Sobre protección de datos
- Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, N°.8968 (en adelante Ley N°.8968)

Artículo 3.- Definiciones

Para los efectos de la presente ley se define lo siguiente:

a) **Base de datos:** cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso.

b) **Datos personales:** cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable.

c) **Datos personales de acceso irrestricto:** los contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según dispongan leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos datos fueron recabados.

d) **Datos personales de acceso restringido:** los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública.

e) **Datos sensibles:** información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.

f) **Deber de confidencialidad:** obligación de los responsables de bases de datos, personal a su cargo y del personal de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab), de guardar la confidencialidad con ocasión del ejercicio de las facultades dadas por esta ley,

PJD-16-2017

Página 3

principalmente cuando se acceda a información sobre datos personales y sensibles. Esta obligación perdurará aun después de finalizada la relación con la base de datos.

g) *Interesado: persona física, titular de los datos que sean objeto del tratamiento automatizado o manual.*

h) *Responsable de la base de datos: persona física o jurídica que administre, gerencie o se encargue de la base de datos, ya sea esta una entidad pública o privada, competente, con arreglo a la ley, para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y qué tipo de tratamiento se les aplicarán.*

i) *Tratamiento de datos personales: cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o manuales y aplicadas a datos personales, tales como la recolección, el registro, la organización, la conservación, la modificación, la extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a estos, el cotejo o la interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción, entre otros. [Lo resaltado no es del original].*

ARTÍCULO 4.- Autodeterminación informativa

Toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa, la cual abarca el conjunto de principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales reconocidos en esta sección.

Se reconoce también la autodeterminación informativa como un derecho fundamental, con el objeto de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, derivado del derecho a la privacidad, evitando que se propicien acciones discriminatorias. [Lo resaltado no es del original].

ARTÍCULO 5.- Principio de consentimiento informado

1.- Obligación de informar

Cuando se soliciten datos de carácter personal será necesario informar de previo a las personas titulares o a sus representantes, de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) *De la existencia de una base de datos de carácter personal.*
- b) *De los fines que se persiguen con la recolección de estos datos.*
- c) *De los destinatarios de la información, así como de quiénes podrán consultarla.*
- d) *Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que se le formulen durante la recolección de los datos.*
- e) *Del tratamiento que se dará a los datos solicitados.*
- f) *De las consecuencias de la negativa a suministrar los datos.*
- g) *De la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten.*
- h) *De la identidad y dirección del responsable de la base de datos.*

Cuando se utilicen cuestionarios u otros medios para la recolección de datos personales figurarán estas advertencias en forma claramente legible.

2.- Otorgamiento del consentimiento

Quien recopile datos personales deberá obtener el consentimiento expreso de la persona titular de los datos o de su representante. Este consentimiento deberá constar por escrito, ya sea en un documento físico o electrónico, el cual podrá ser revocado de la misma forma, sin efecto retroactivo.

PJD-16-2017

Página 4

No será necesario el consentimiento expreso cuando:

- a) Exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo.
 - b) Se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general.
 - c) Los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal.
- Se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de la persona, o bien, adquiridos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. [Lo resaltado no es del original].

ARTÍCULO 6.- Principio de calidad de la información

Solo podrán ser recolectados, almacenados o empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean actuales, veraces, exactos y adecuados al fin para el que fueron recolectados.

1.- Actualidad

Los datos de carácter personal deberán ser actuales. El responsable de la base de datos eliminará los datos que hayan dejado de ser pertinentes o necesarios, en razón de la finalidad para la cual fueron recibidos y registrados. En ningún caso, serán conservados los datos personales que puedan afectar, de cualquier modo, a su titular, una vez transcurridos diez años desde la fecha de ocurrencia de los hechos registrados, salvo disposición normativa especial que disponga otra cosa. En caso de que sea necesaria su conservación, más allá del plazo estipulado, deberán ser desasociados de su titular.

2. Veracidad

Los datos de carácter personal deberán ser veraces.

La persona responsable de la base de datos está obligado a modificar o suprimir los datos que falten a la verdad. De la misma manera, velará por que los datos sean tratados de manera leal y lícita.

3.- Exactitud

Los datos de carácter personal deberán ser exactos. La persona responsable de la base de datos tomará las medidas necesarias para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas.

Si los datos de carácter personal registrados resultan ser inexactos en todo o en parte, o incompletos, serán eliminados o sustituidos de oficio por la persona responsable de la base de datos, por los correspondientes datos rectificadas, actualizados o complementados. Igualmente, serán eliminados si no media el consentimiento informado o está prohibida su recolección.

4.- Adecuación al fin

Los datos de carácter personal serán recopilados con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines.

No se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando se establezcan las garantías oportunas para salvaguardar los derechos contemplados en esta ley.

Las bases de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes ni a la moral pública. [Lo resaltado no es del original].

PJD-16-2017

Página 5

ARTÍCULO 7.- Derechos que le asisten a la persona

Se garantiza el **derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos.**

La persona responsable de la base de datos debe cumplir lo solicitado por la persona, de manera gratuita, y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud.

1.- Acceso a la información

La información deberá ser almacenada en forma tal que se garantice plenamente el derecho de acceso por la persona interesada.

El derecho de acceso a la información personal garantiza las siguientes facultades del interesado:

a) Obtener en intervalos razonables, según se disponga por reglamento, sin demora y a título gratuito, la confirmación o no de la existencia de datos suyos en archivos o bases de datos. En caso de que sí existan datos suyos, estos deberán ser comunicados a la persona interesada en forma precisa y entendible.

b) Recibir la información relativa a su persona, así como la finalidad con que fueron recopilados y el uso que se le ha dado a sus datos personales. El informe deberá ser completo, claro y exento de codificaciones. Deberá estar acompañado de una explicación de los términos técnicos que se utilicen.

c) Ser informado por escrito de manera amplia, por medios físicos o electrónicos, sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento solo comprenda un aspecto de los datos personales. Este informe en ningún caso podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con la persona interesada, excepto cuando con ellos se pretenda configurar un delito penal.

d) Tener conocimiento, en su caso, del sistema, programa, método o proceso utilizado en los tratamientos de sus datos personales.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.

2.- Derecho de rectificación

Se garantiza el derecho de obtener, llegado el caso, la rectificación de los datos personales y su actualización o la eliminación de estos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente ley, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, o hayan sido recopilados sin autorización del titular.

Todo titular puede solicitar y obtener de la persona responsable de la base de datos, la rectificación, la actualización, la cancelación o la eliminación y **el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.**

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos. [Lo resaltado no es del original].

PJD-16-2017

Página 6

ARTÍCULO 8.- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano

Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan los siguientes fines:

- a) La seguridad del Estado.
- b) La seguridad y el ejercicio de la autoridad pública.
- c) La prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones.
- d) El funcionamiento de bases de datos que se utilicen con fines estadísticos, históricos o de investigación científica, cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas.
- e) La adecuada prestación de servicios públicos.
- f) La eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 10.- Seguridad de los datos

El responsable de la base de datos deberá adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias para **garantizar la seguridad de los datos** de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a esta ley.

Dichas medidas deberán incluir, al menos, los **mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de acuerdo con el desarrollo tecnológico actual**, para garantizar la protección de la información almacenada.

No se registrarán datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.

Por vía de reglamento se establecerán los requisitos y las condiciones que deban reunir las bases de datos automatizadas y manuales, y de las personas que intervengan en el acopio, almacenamiento y uso de los datos. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 11.- Deber de confidencialidad

La persona responsable y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales **están obligadas al secreto profesional o funcional**, aun después de finalizada su relación con la base de datos. La persona obligada podrá ser relevado del deber de secreto por decisión judicial en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que conoce. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 14.- Transferencia de datos personales, regla general

Los responsables de las bases de datos, públicas o privadas, solo podrán transferir datos contenidos en ellas cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en esta ley. [Lo resaltado no es del original].

PJD-16-2017

Página 7

- Reglamento a la Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales (en adelante el Reglamento a la Ley N°.8968).

Artículo 27. Procedimientos para el tratamiento. El responsable establecerá y documentará procedimientos para la inclusión, conservación, modificación, bloqueo y supresión de los datos personales, en el sitio o en la nube, con base en los protocolos mínimos de actuación y las medidas de seguridad en el tratamiento de los datos personales. Además deberá el responsable de la base de datos velar por la aplicación del principio de calidad de la información.

Artículo 28. Condiciones del tratamiento. Corresponde al responsable o al encargado, la difusión, comercialización y distribución de dichos datos, según lo que determine el consentimiento informado otorgado por el titular, aún y cuando estos datos sean almacenados o alojados por un intermediario tecnológico.

Artículo 30. Tratamiento de datos por parte del encargado. El encargado solo podrá intervenir en el tratamiento de las bases de datos personales, según lo establecido en el contrato celebrado con el responsable y sus indicaciones.

Artículo 31. Obligaciones del encargado. El encargado tendrá las siguientes obligaciones en el tratamiento de las bases de datos personales:

- a) Tratar únicamente los datos personales conforme a las instrucciones del responsable;*
- b) Abstenerse de tratar los datos personales para finalidades distintas a las instruidas por el responsable;*
- c) **Implementar las medidas de seguridad** y cumplir con los protocolos mínimos de actuación conforme a la Ley, el presente Reglamento y las demás disposiciones aplicables;*
- d) **Guardar confidencialidad respecto de los datos personales tratados;***
- e) Abstenerse de transferir o difundir los datos personales, salvo instrucciones expresas por parte del responsable.*
- f) Suprimir los datos personales objeto de tratamiento, una vez cumplida la relación jurídica con el responsable o por instrucciones del responsable, siempre y cuando no exista una previsión legal que exija la conservación de los datos personales. [Lo resaltado no es del original].*

Artículo 32. De los protocolos mínimos de actuación. Los responsables deberán confeccionar un protocolo mínimo de actuación, el cual deberá ser transmitido al encargado para su fiel cumplimiento y donde al menos, se deberá especificar lo siguiente:

- a) Elaborar políticas y manuales de privacidad obligatorios y exigibles al interior de la organización del responsable;*
- b) Poner en práctica un manual de capacitación, actualización y concientización del personal sobre las obligaciones en materia de protección de datos personales;*
- c) Establecer un procedimiento de control interno para el cumplimiento de las políticas de privacidad;*
- d) Instaurar procedimientos ágiles, expeditos y gratuitos para recibir y responder dudas y quejas de los titulares de los datos personales o sus representantes, así como para acceder, rectificar,*

PJD-16-2017

Página 8

modificar, bloquear o suprimir la información contenida en la base de datos y revocar su consentimiento.

e) Crear medidas y procedimientos técnicos que permitan mantener un historial de los datos personales durante su tratamiento.

f) Constituir un mecanismo en el cual el responsable transmitente, le comunica al responsable receptor, las condiciones en las que el titular consintió la recolección, la transferencia y el tratamiento de sus datos.

Estas medidas, así como sus posteriores modificaciones, deberán ser inscritas ante la Agencia como protocolos mínimos de actuación. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 33. Facultad de verificación. La Agencia podrá verificar, en cualquier momento, que la base de datos esté cumpliendo con los términos establecidos en el protocolo mínimo de actuación.

Artículo 34. De las medidas de seguridad en el tratamiento de datos personales. El responsable, deberá establecer y mantener las medidas de seguridad administrativas, físicas y lógicas para la protección de los datos personales, con arreglo a lo dispuesto en la Ley y el presente Reglamento. Se entenderá por medidas de seguridad el control o grupo de controles para proteger los datos personales.

Asimismo, el responsable deberá velar porque el encargado de la base de datos y el intermediario tecnológico cumplan con dichas medidas de seguridad, para el resguardo de la información. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 35. Factores para determinar las medidas de seguridad. El responsable determinará las medidas de seguridad, aplicables a los datos personales que trate o almacene, considerando los siguientes factores:

a) La sensibilidad de los datos personales tratados, en los casos que la ley lo permita;

b) El desarrollo tecnológico;

c) Las posibles consecuencias de una vulneración para los titulares de sus datos personales.

d) El número de titulares de datos personales;

e) Las vulnerabilidades previas ocurridas en los sistemas de tratamiento o almacenamiento;

f) El riesgo por el valor, cuantitativo o cualitativo, que pudieran tener los datos personales; y

g) Demás factores que resulten de otras leyes o regulación aplicable al responsable. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 36. Acciones para la seguridad de los datos personales. A fin de establecer y mantener la seguridad física y lógica de los datos personales, el responsable deberá realizar al menos las siguientes acciones, las cuales podrán ser requeridas en cualquier momento por la Agencia:

a) Elaborar una descripción detallada del tipo de datos personales tratados o almacenados;

b) Crear y mantener actualizado un inventario de la infraestructura tecnológica, incluyendo los equipos y programas de cómputo y sus licencias;

c) Señalar el tipo de sistema, programa, método o proceso utilizado en el tratamiento o almacenamiento de los datos; igualmente, indicarse el nombre y la versión de la base de datos utilizada cuando proceda.

PJD-16-2017

Página 9

d) Contar con un análisis de riesgos, que consiste en identificar peligros y estimar los riesgos que podrían afectar los datos personales;

e) Establecer las medidas de seguridad aplicables a los datos personales, e identificar aquellas implementadas de manera efectiva;

f) Calcular el riesgo residual existente basado en la diferencia de las medidas de seguridad existentes y aquellas faltantes que resultan necesarias para la protección de los datos personales;

g) Elaborar un plan de trabajo para la implementación de las medidas de seguridad faltantes, derivados del resultado del cálculo del riesgo residual.

Las medidas de seguridad de las bases de datos serán consideradas información no divulgada y serán resguardadas exclusivamente por el responsable de la base de datos. Podrán ser requeridas por la Agencia únicamente para consulta in situ y para la verificación de acciones ante la existencia de una denuncia expresa de terceros afectados. Para efectos de registro se notificará a la PRODHAB los protocolos mínimos de seguridad con los que cuenta el responsable.

Artículo 40. Condiciones para la transferencia. La transferencia requerirá siempre el consentimiento inequívoco del titular. La transferencia implica la cesión de datos personales por parte, única y exclusivamente, del responsable que transfiere al responsable receptor de los datos personales. **Dicha transferencia de datos personales requerirá siempre del consentimiento informado del titular, salvo disposición legal en contrario, asimismo que los datos a transferir hayan sido recabados o recolectados de forma lícita y según los criterios que la Ley y el presente Reglamento dispone.** No se considera transferencia el traslado de datos personales del responsable de una base de datos a un encargado, proveedor de servicios o intermediario tecnológico o las empresas del mismo grupo de interés económico.

Toda venta de datos del fichero o de la base de datos, parcial o total, deberá reunir los requerimientos establecidos en el párrafo anterior. [Lo resaltado no es del original].

b) Sobre la confidencialidad

- Ley de Protección al Trabajador, N°.7983

ARTÍCULO 67.- Confidencialidad de la información. Deberán guardar estricta confidencialidad respecto de esa información las autoridades, los apoderados, gerentes, administradores y cualquier persona que, en razón de su labor en un ente regulado, acceda a información de las inversiones de los recursos de un fondo que aún no haya sido divulgada oficialmente en el mercado y que, por su naturaleza, sea capaz de influir en las cotizaciones de los valores de dichas inversiones. Quienes actúen en contravención de lo señalado, a solicitud de la Superintendencia, deberán ser destituidos, mediante la aplicación de la legislación laboral correspondiente; sin perjuicio de las sanciones penales que puedan aplicarse.

Asimismo, se prohíbe a las personas mencionadas valerse, directa o indirectamente, de la información reservada con el fin de obtener, para sí o para otros, de los fondos administrados, ventajas mediante la compra o venta de valores.

Ninguna información registrada en las cuentas individuales podrá ser suministrada a terceros, excepto en los casos previstos en esta ley. [Lo resaltado no es del original].

PJD-16-2017

Página 10

c) Sobre los promotores de pensiones

- Ley de Protección al Trabajador, N°.7983

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 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...

- 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 Reglamento de Apertura y Funcionamiento).

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. [Lo resaltado no es del original].

III. Análisis de fondo

a) Sobre el *Expediente Único Previsional*

Para determinar si las cuatro opciones propuestas son viables desde el punto de vista legal, de seguido se describe en qué consiste el *Expediente Único Previsional*, así como cuál es la naturaleza de los datos que compila.

PJD-16-2017

Página 11

Según información que nos brindó la División de Planificación y Normativa el 14 de octubre de 2016¹, la aplicación en diseño tiene las siguientes características:

- Se trata de una base de datos nueva, que almacenará un resumen de las cuentas de los trabajadores que soliciten el servicio.
- Lo que se busca es solventar por medio de una herramienta informática la posibilidad de realizar una consulta, la cual brinde al afiliado información sobre la fecha de corte, total de cuotas o años de servicio, salario de referencia, una copia del contrato, saldo en colones, saldo en dólares, nombre del patrono y fecha de retiro de los aportes que ha realizado, esto para cada uno de los primeros tres pilares del Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Capitalización Laboral (FCL).
- Son datos que pertenecen a los afiliados y solo ellos los va a poder acceder.
- Las responsables de alimentar la base de datos son las entidades supervisadas, como gestoras de la cuenta, por medio de la carga de afiliados que estas efectúan mensualmente en los sistemas con que cuenta la SUPEN.
- El servicio es gratuito y SUPEN es responsable de esa base.

Puede concluirse entonces que se trata de una aplicación que servirá para conformar una nueva base de datos automatizada, que administrada por SUPEN, pero será nutrida por las entidades supervisadas. En ella se dará tratamiento a “*datos personales de acceso restringido*” de los afiliados (relativos a la fecha de corte, total de cuotas o años de servicio, salario de referencia, contrato, saldo en colones, saldo en dólares, patrono y fecha de retiro de los aportes que ha realizado para los primeros tres pilares del Sistema Nacional de Pensiones y el FCL), los cuales, por estar relacionados con su cuenta individual, se encuentran protegidos, también, por el principio de confidencialidad previsto en el artículo 67 de la Ley de Protección al Trabajador. Esta información solo será de acceso para el afiliado interesado.

Caracterizada la base de datos y el tipo de datos personales a los cuales se les dará tratamiento², interesa determinar si estos se encuentran protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa.

¹ Ver el siguiente vínculo: https://si.supen.fi.cr/Tramites/Tram_Detalle_Evento.aspx?evento=2016084954

² La aplicación a la SUPEN de lo dispuesto en la Ley N°.8968 fue analizado por esta asesoría en el dictamen PJD-16-2012 de 20 de agosto, en el cual se concluyó que:

1. *El párrafo segundo del artículo segundo de la Ley Protección de Datos frente al tratamiento de sus datos personales, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que establece dicha Ley no es de aplicación a las bases de datos mantenidas por personas físicas o jurídicas con fines exclusivamente internos, personales o domésticos, siempre y cuando estas no sean vendidas o de cualquier otra manera comercializados.*

2. *La información que consta en las bases de datos que mantiene la Superintendencia de Pensiones es utilizada con fines internos, para llevar a cabo las labores de supervisión y fiscalización de las entidades supervisadas. Esta información no se comercializa, y se tiene implementada la debida seguridad para preservar su confidencialidad, integridad y disponibilidad.*

PJD-16-2017

Página 12

La autodeterminación informativa faculta a toda persona a conocer quién tiene registrada información sobre ella, el tipo de información que se mantiene y con qué objeto; además, concurrentemente, implica la posibilidad de rectificación, bloqueo y eliminación de esa información. En relación con este tema, la Sala Constitucional ha expresado:

“El Derecho a la Intimidad implica reconocer y aceptar el derecho fundamental de toda persona física o jurídica a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea público o privado; así como la finalidad a que esa información se destine y, en su caso, a que se rectifique, actualice, complemente o suprima, cuando el sujeto considera que la misma es incorrecta, inexacta o que implique discriminación. Lo mismo que a no ser utilizada o divulgada indebidamente y se respete su legítima confidencialidad. El fin de este derecho consiste en que cualquier persona tenga la posibilidad de defenderse contra calificaciones sospechosas incluidas en registros que sin darle derecho a rectificarlas o contradecirlas podrían llegar a causarle un grave perjuicio.” (voto N.º 1345-1998 de las 11:36 horas del 27 de febrero de 1998. Lo resaltado no es del original).

Según la Ley N.º.8968, la autodeterminación informativa abarca los siguientes principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales: principio de consentimiento informado, principio de calidad de la información y el derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos.

3. *La Ley Protección de Datos frente al tratamiento de sus datos personales no aplica a la Superintendencia de Pensiones, puesto que los datos que constan en los sistemas de información de este órgano son utilizados con fines exclusivamente internos, con lo cual estaría excluido expresamente según lo señalado en el párrafo segundo del artículo segundo de la citada ley.*

No obstante, la protección de los datos personales tiene una particular relevancia constitucional, y esto hace necesario acudir a los principios previstos en esa Ley, los cuales fueron desarrollados a partir de una amplia jurisprudencia constitucional en la materia. En este sentido, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-123-2012, explica que “... la LP Data es el marco legal actual que desarrolla y norma el régimen jurídico del derecho a la autodeterminación informativa, de tal forma que incluso, de un lado, configura el alcance de su tutela y luego, establece los remedios institucionales necesarios para velar por su protección. Así lo entendió la Sala Constitucional en el voto N.º.5268-2011 ya citado y a través del cual se evacuó una consulta facultativa del entonces proyecto de Ley N.º.16.679.

‘Es claro, los derechos de los particulares están más expuestos sin normativa que cuando esta la regula de forma más ordenada y compatible con el Derecho de la Constitución. Lo contrario, evidentemente, prolonga una asimetría entre los ciudadanos y los poderes públicos y privados que manejan dicha información, lo cual se ha venido solventando mediante la jurisprudencia de la Sala, la que desde hace más de una década reconoció la ausencia de legislación y de un organismo administrativo de control. De ahí que la legislación llena un importante vacío del ordenamiento jurídico al procurar un equilibrio entre las instituciones y la sociedad costarricense que permita una tutela eficaz de la libertad a la autodeterminación informativa y una mejor protección administrativa de frente a la acumulación de poderes que ha ocurrido a lo largo de los años en que no ha habido tales controles’.

PJD-16-2017

Página 13

El principio del consentimiento informado “...*constituye la regla general; por lo que, a contrario sensu, pueden darse casos especiales en los que no opere esa regla ya que, en efecto, la misma ley contempla limitaciones a la autodeterminación informativa* previéndose supuestos bajo los cuales no se requiere contar con el consentimiento del titular de los datos personales para su tratamiento...” [voto N°.0100-2015.Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del veintiocho de septiembre de dos mil quince. Lo destacado no es del original].

En ese sentido, en el artículo 5 de la ley se establecen los siguientes casos de excepción: “a) *Exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo.* b) *Se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general.* c) *Los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal. Se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de la persona, o bien, adquiridos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos...”.*

Por su parte, el artículo 8 de la Ley N°.8968 establece también una serie de excepciones al derecho a la autodeterminación informativa en general, entre las cuales interesa resaltar las siguientes:

ARTÍCULO 8.- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano

Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan los siguientes fines:

[...]

b) La seguridad y el ejercicio de la autoridad pública.

[...]

e) La adecuada prestación de servicios públicos.

f) La eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales.

Analizada la lista de excepciones previstas en ambas normas, no cabe duda que la Superintendencia de Pensiones, como autoridad pública que es, se ve cobijada por las situaciones previstas en el artículo 5.2.c) y en los incisos b), e) y f) del artículo 8, y esto hace que sus bases de datos no estén sujetas a la autodeterminación informativa del ciudadano; pues es claro que en si en estas se almacena, registra, organiza, conserva, o de otra forma se da tratamiento a datos personales de acceso irrestricto de los afiliados, esto se hace para cumplir con su actividad ordinaria de supervisión.

No obstante, considera esta asesoría que no es posible ampliar esta interpretación para el caso del *Expediente Único Previsional*, dado que esta base de datos no se enmarca en la labor de supervisión arriba mencionada. Según se describió arriba, esta será una base de datos nueva, a la que se trasladará información de las cuentas individuales de los afiliados que soliciten el servicio de consulta.

PJD-16-2017

Página 14

Esta información, que en la terminología de la Ley N°8968 se conoce como “*datos personales de acceso restringido*” implica para SUPEN la obligación de garantizar el consentimiento informado expreso, así como la confidencialidad y el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 3, 5, 6, 7, 10, 11 y 14 de esa ley, y en los artículos 2, inciso f), 4, 5 y 10 al 26 de su reglamento.

b) Sobre la función de los agentes promotores de pensiones

De acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Protección al Trabajador, los agentes promotores pueden ser funcionarios de la operadora, teniendo por ende una relación laboral con esta, o pueden ser contratados por dichas entidades. En este último caso, se estaría en presencia de una relación contractual donde no existe la subordinación que caracteriza la relación laboral³. De acuerdo con la misma norma, las operadoras responden solidariamente por los daños y perjuicios patrimoniales causados a los afiliados por actos dolosos o culposos los agentes promotores.

En cuanto a su función, de acuerdo con el Reglamento de Apertura y Funcionamiento estos agentes deben realizar las labores de promoción de los servicios que ofrece la entidad autorizada. En este sentido, les corresponde promover, divulgar y explicar los planes de pensiones, así como realizar el proceso de afiliación a la entidad. En sus labores de promoción, el agente debe analizar con el afiliado la conveniencia o no de aumentar sus aportes o la suscripción de un nuevo plan.

c) Análisis de escenarios

- Sobre los escenarios 1 a 3

En estas opciones, el común denominador es la pretensión de que los agentes promotores de pensiones tengan acceso al expediente previsional, ya sea de cualquier afiliado o de todos los afiliados de su operadora, en forma ilimitada o temporal.

A lo largo de este criterio, ha quedado claro que, por su naturaleza, los datos personales que serán tratados en el *Expediente Único Previsional* tienen una protección especial, tanto por lo que dispone la Ley N°.8968 como la Ley N°7983.

³ *En lo laboral, la subordinación equivale al estado de limitación de la autonomía del trabajador, sometido a la potestad patronal, por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, por autoridad que ejerce el empresario en orden al mayor rendimiento de la producción y el mejor beneficio de la empresa.* Guillermo Cabanellas. Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Bibliografía OMEBA, 1968, p.394.

PJD-16-2017

Página 15

En ese sentido, y considerando que esta Superintendencia es la responsable final del manejo de esa base de datos, está llamada a adoptar todas las medidas de índole jurídica, técnica y de organización, para garantizar su seguridad, y evitar que “terceros” puedan tener acceso a la información.

Otorgar una autorización para que los agentes promotores de pensiones tengan acceso al *Expediente Único Previsional* de todos los afiliados de la operadora donde laboran, o para que solo uno de ellos sea quien cuente con ese permiso, significa dar acceso a “terceros” para que puedan consultar los *datos personales de acceso restringido* de los afiliados y, por ende, la información confidencial protegida por el artículo 67 de la Ley de Protección al Trabajador.

Si bien es cierto en la consulta se nos plantea analizar este tema desde el punto de vista del agente promotor de pensiones en su “rol de asesor del afiliado”, lo cierto es que esta figura es una sola con su carácter de “agente de promotor de ventas”, como lo denomina el artículo 28 del Reglamento de Apertura y Funcionamiento.

Esto implica que, además de las limitaciones que se originan en la naturaleza de los datos personales de los afiliados, dar acceso a los agentes promotores de pensiones a la información que consta en el *Expediente Único Previsional*, no solo podría desvirtuar el objetivo principal de dicha base de datos, dándole un carácter comercial, sino, que, también haría de muy control que en este caso se cumpla con lo previsto en el artículo 11 de la Ley N°.8968, según el cual:

Artículo 11.- Deber de confidencialidad

La persona responsable y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligadas al secreto profesional o funcional, aun después de finalizada su relación con la base de datos.

En cuanto a la posibilidad de que el afiliado otorgue su consentimiento para que el agente promotor de pensiones acceda temporalmente a sus datos personales, este es un aspecto que debe valorarse desde el punto de vista técnico y de administración del riesgo, considerando que, tal y como se indicó con anterioridad, la SUPEN continuará siendo la responsable final de la seguridad de esos datos.

d) Escenario 4

Como último escenario se plantea: “No permitir que un promotor acceda las cuentas de un afiliado y que quede a discreción del trabajador si muestra o imprime la pantalla del sistema”.

PJD-16-2017

Página 16

Esta asesoría comparte su posición, en el sentido de que este escenario es el más conveniente, pues no tendría ninguna injerencia sobre la base de datos. La impresión que haga el afiliado no implica ninguna responsabilidad para la SUPEN ya que queda a su decisión si desea mostrar la información a un promotor o cualquier otra persona, para que lo asesore. SUPEN no estaría creando ninguna funcionalidad ni permitiendo que terceros extraños accedan a los datos que debe resguardar.

IV. Conclusiones

1. Los datos personales que serán tratados en el *Expediente Único Previsional* tienen una protección especial, tanto por lo que dispone la Ley N°.8968 como la Ley N°7983. Se trata de “*datos personales de acceso restringido*” y de información de la cuenta individual, cubierta por el principio de confidencialidad.
2. SUPEN es la responsable final de esta base de datos, y, por ende, debe adoptar todas las medidas de índole jurídica, técnica y de organización para garantizar su seguridad.
3. Dar acceso a los agentes promotores de pensiones a la información que consta en el *Expediente Único Previsional*, significa dar acceso a “terceros” para que puedan consular los datos personales de acceso restringido de los afiliados y, por ende, la información confidencial protegida por el artículo 67 de la Ley de Protección al Trabajador.



Realizado por: Giselle Vargas Berrocal



Revisado: por Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

División Asesoría Jurídica