

26 de marzo de 2018

PJD-1-2018

Señor

Marvin Rodríguez Calderón

Gerente General

Popular Pensiones OPC

Estimado señor:

Por medio del oficio PEN-0114-2018, recibido en esta Superintendencia de Pensiones el pasado 24 de enero, se solicitó un criterio legal sobre *la viabilidad de la apertura de contratos voluntarios a través de mecanismos electrónicos*. Para atender dicha solicitud, esta División de Asesoría Jurídica elaboró el siguiente dictamen:

I. Consulta.

En el oficio PEN-0114-2018 se plantea la siguiente consulta:

Con la finalidad de contar con un criterio legal de parte de su representada, referente a la aplicación de la LEY 8454 'Ley de certificaciones, firmas digitales y documentos electrónicos' al sector, específicamente a la viabilidad de la apertura de contratos del Régimen Voluntario de Pensiones a través de mecanismos electrónicos como correo electrónico y grabación de llamadas entre otros, en los cuales la aceptación del mismo por parte del afiliado sea dada por dichos medios y no por medio de la 'firma de puño y letra' del afiliado, tal y como se consigna en el Reglamento a la Ley 7983, adjunto oficio DIRJ-1898-2017, con el criterio legal dado por nuestra Asesoría Legal.

Este tema es relevante para nuestra Operadora, ya que consideramos que la posibilidad de facilitar al afiliado la suscripción de estos contratos, pueden permitir mejorar la cobertura que se ha alcanzado a la fecha en dicho producto.

Cabe indicar, que en caso de que la aplicación de dicha ley permita la suscripción de estos contratos a los afiliados por medios electrónicos, se complementarí dicho proceso con la aplicación de mecanismos adicionales de explicación al cliente sobre las características del producto, y para la atención de dudas que el mismo pueda tener en forma previa y posterior a su suscripción, tales como la remisión de videos con la explicación que se da por parte de los promotores a los afiliados, a través de un video, herramientas para la proyección de aporte a realizar de acuerdo a la pensión que el cliente quiera obtener, línea telefónica y WatssApp [Sic] para atención en línea a las consultas de los mismos.

PJD-1-2018

Página 2

En el referido oficio se adjuntó un criterio legal DIRJ-1898-2017 de 22 de diciembre de 2017, suscrito por la Licda. Helen Mora Espinoza, en el cual se señaló:

3-. ANALISIS DE FONDO:

[...]

Según la Ley 8454 cuyo ámbito de aplicación se define para toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos y privados, en su artículo 5 establece en su inciso a), que para la formación, formalización y ejecución de los contratos, es posible la utilización de los denominados "documentos electrónicos", entendiendo como tales aquellos cuyo soporte material es algún tipo de dispositivo electrónico o magnético, en el que su contenido se encuentra codificado mediante algún tipo de código digital, que puede ser leído, interpretado, o reproducido, mediante el auxilio de detectores de magnetización. Este entonces podría ser un mecanismo más ágil para facilitar la afiliación de Planes de Pensiones Voluntaria, teniendo como sustento legal la norma que hemos señalado.

Desde luego que, para estos casos, cuando se requiera que dichos documentos sean conservados para futuras referencias, se deberá valorar hacerlo mediante soportes electrónicos, siempre que se apliquen las medidas de seguridad necesarias para garantizar su inalterabilidad, se posibilite su acceso o consulta posterior y se preserve, además la información relativa a su origen y otras características (artículo 6).

Es frecuente que la misión del documento como soporte de información implique que no requiera de más valor probatorio que el que se presume o se alegue en las menciones del documento. Por ejemplo, la fecha de publicación o el nombre del autor suelen figurar en los documentos y se suelen dar por válidos salvo prueba en contra.

Sin embargo, en ocasiones, es preciso demostrar la autenticidad del documento electrónico o bien, algunas propiedades conexas, como la fecha de creación o publicación, el autor, el expedidor, o el titular del documento (a los efectos de atribuirle un derecho), o bien otra información registrada en sus datos.

Dicha autenticación daría el revestimiento de los caracteres jurídicos y legales que harán que el documento posea un soporte con capacidad de prueba ante la ley, contando así con valor jurídico, del cual se deriven derechos y obligaciones regulados por el Derecho Común.

Asimismo, se debe tomar en cuenta el elemento de la confidencialidad, es decir, la capacidad de mantener el documento electrónico inaccesible a todos, excepto a una lista determinada de personas que serán las únicas autorizadas y competentes para manipular el mismo.

No obstante, a lo expuesto, es indispensable señalar que reglamentariamente los artículos 87 y 89 del "REGLAMENTO SOBRE LA APERTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES AUTORIZADAS Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE PENSIONES, CAPITALIZACIÓN LABORAL Y AHORRO VOLUNTARIO PREVISTOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL TRABAJADOR", piden la firma original del afiliado en los contratos de afiliación de Contratos de Planes Voluntarios, lo cual a todas luces se contraponen a estos mecanismos más modernos y actuales que incluso normas de mayor jerarquía promueven en el ámbito en el que nos movemos.

PJD-1-2018

Página 3

4-. CONCLUSIONES:

- 1-. *Es posible con base en la ley 8454 "LEY DE CERTIFICACIONES, FIRMAS DIGITALES Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS". PUBLICADA EN DIARIO OFICIAL LA GACETA# 197DEL JUEVES 13 DE OCTUBRE DEL 2005 y su Reglamento, utilizar mecanismos más ágiles y modernos para facilitar la afiliación de Planes de Pensiones Voluntarias.*
- 2-. *La posibilidad de habilitar tecnología adecuada para conservar los archivos de los afiliados deberá ser garantizada por la adopción de medidas necesarias para que garantice que los datos no se pierdan, no sean alterados, duplicados sin autorización o permanezcan sin posibilidad de uso.*
- 3-. *Los responsables deben aplicar especial atención a la protección de la información mediante métodos que garanticen la integridad de los documentos.*
- 4-. *Las partes involucradas en el proceso deben garantizar que todos los documentos sean archivados en un medio técnico tal como reza su original, sin modificaciones, dando la posibilidad de imprimir los datos de forma correcta y legible en cualquier momento.*
- 5-. *Deberán tomarse en cuenta medidas responsables que garanticen que terceras partes no obtengan acceso no autorizado a los datos y se obligarán a guardar reserva absoluta respecto a la información que por algún motivo llegue a su conocimiento.*
- 6-. *Los responsables, bajo acuerdo, deberán utilizar métodos de autenticación para verificar que el documento reproducido tiene un contenido íntegro.*
- 7-. *Los artículos 87 y 89 del " REGLAMENTO SOBRE LA APERTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES AUTORIZADAS Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE PENSIONES, CAPITALIZACIÓN LABORAL Y AHORRO VOLUNTARIO PREVISTOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL TRABAJADOR", piden la firma original del afiliado en los contratos de afiliación de Contratos de Planes Voluntarios, lo cual a todas luces se contrapone a lo que promueve la ley 8454.*
- 8-. *Salvo mejor criterio de la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), estos serían los argumentos para promover la afiliación de Planes de Pensiones Voluntarias través de medios electrónicos, pues tanto la ley 8454 como su Reglamento facultan al Estado y a todas sus entidades públicas para utilizar los certificados, las firmas digitales y los documentos electrónicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia y motivan a éstas a incentivar y a promover el uso de documentos electrónicos, certificados y firmas digitales para la prestación directa de servicios a los administrados, así como para facilitar la recepción, tramitación y resolución electrónica de sus gestiones y la comunicación del resultado correspondiente, salvo en aquellos trámites que necesariamente requieran la presencia física del ciudadano o que éste opte realizarlos de este modo.*

II. Consideraciones previas

De previo a atender la consulta, es necesario aclarar varios aspectos. La consulta planteada por Popular Pensiones OPC, así como el criterio legal emitido confunden el concepto de contrato y documento.

PJD-1-2018

Página 4

El contrato es un negocio jurídico bilateral y patrimonial caracterizado por la manifestación de voluntades, en el cual las partes adquieren deberes y obligaciones. Para que tenga ese carácter vinculante en el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias a que se refiere la Ley de Protección al Trabajador, el contrato debe ser **suscrito** por ambas partes.

El documento, por su parte, es todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, de forma que los escritos y los impresos en soporte papel, son documentos, pero también lo son aquellos que tienen un soporte digital. Sin embargo, no todos los documentos son contratos.

Los contratos debidamente suscritos, son documentos, independientemente del soporte que se utilizó para su suscripción, pueden estar firmados en un papel o pueden estar firmados de forma digital. **Lo que es indispensable es que estén suscritos por ambas partes.**

El contrato del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias debe ser suscrito por ambas partes para que tenga validez y sea vinculante, de lo contrario, es solo un documento que carece de la fuerza de ley entre las partes que les reconoce el Código Civil a todos contratos.

La suscripción del contrato puede hacerse de forma tradicional -en soporte papel- o por medios digitales, tal como se explica más adelante, lo que es indispensable es que sea **suscrito**, de lo contrario es solo un documento más que no es vinculante para ninguna de las partes.

Las formalidades para la suscripción de los contratos del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se encuentran reguladas en el *Reglamento sobre la apertura y funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario previstos en la Ley de Protección al Trabajador* (en adelante RAF), no en el Reglamento a la Ley N°.7983, el cual, por cierto, a la fecha no existe.

III. Análisis de fondo

Los numerales 87 y 89 del RAF disponen:

Artículo 87. Del procedimiento de afiliación

*Para la afiliación a un plan Voluntario de Pensiones Complementarias o a un plan de ahorro voluntario, se requiere la **suscripción** de un contrato de afiliación. En el caso de afiliaciones colectivas mediante un contrato marco, cada afiliado debe firmar también un contrato de afiliación individual.*

PJD-1-2018

Página 5

En el caso de los planes que se constituyan únicamente con el aporte del patrono cotizante, éste tiene derecho a suscribir afiliaciones individuales o colectivas para aportar recursos, y cada trabajador debe firmar un contrato individual.

También se permitirá la apertura de contratos a favor de menores de edad siempre y cuando sean representados en el acto por quien ejerce la patria potestad o por su representante legal. [El resaltado no es del original].

Artículo 89. De los contratos de afiliación y de cotizantes

*El trabajador debe **suscribir** un contrato de afiliación para cada plan elegido dentro del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias o dentro de los planes de ahorro voluntario.*

Los contratos se emitirán en dos tantos, ambos con firma original del afiliado, del representante legal, o de quien tenga poder para ello; del representante de la entidad autorizada, y del cotizante, si existiere. El original será entregado al afiliado y la copia restante será para la entidad autorizada.

Las entidades autorizadas podrán otorgar poder a los agentes promotores de ventas para la suscripción de los contratos, siempre y cuando estén acreditados ante la Superintendencia.

Los contratos de afiliación y de cotizantes deberán consignar toda la información requerida.

La entidad autorizada será la responsable de obtener la información solicitada, para lo cual deberá realizar las verificaciones necesarias. [El resaltado no es del original].

Estos artículos establecen expresamente la necesidad de la **suscripción** del contrato de afiliación de planes voluntarios. Indican que este se emitirá en dos tantos, ambos **con firma original del afiliado**, del representante legal, o de quien tenga poder para ello; del representante de la entidad autorizada, y del cotizante, si existiere. El **original será entregado al afiliado** y la copia restante será para la entidad autorizada.

Debido a que en dichos artículos se pide la firma original del afiliado para suscribir los contratos, el criterio jurídico que aporta la entidad consultante concluye que ambos se contraponen, a todas luces, a lo que promueve la *Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos*, en adelante Ley N°.8454.

Al respecto, esta Asesoría considera que, si bien ambos artículos del RAF hacen referencia a la firma original del afiliado, y a la existencia de un original que le será entregado una vez suscrito el contrato, esto no implica un descarte del soporte digital para este tipo de contrataciones.

Por el contrario, ambas normas deben ser interpretadas en conjunto con lo dispuesto por la Ley N°8454, cuyos artículos 5, inciso a), y 9 disponen lo siguiente:

*Artículo 5°-En particular y excepciones. En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, **contratos** o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente:*

PJD-1-2018

Página 6

- a) *La formación, formalización y ejecución de los contratos.* [El resaltado no pertenece al original].

Artículo 9º-Valor equivalente. Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.

Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada... [El resaltado no pertenece al original].

Según el artículo 5, inciso a), es posible la utilización de documentos electrónicos para la formación, formalización y ejecución de contratos, otorgándole a dichos actos la debida validez jurídica según el precepto de autoría y responsabilidad del determinado negocio jurídico.

Además, de acuerdo con el *valor equivalente* previsto en el artículo 9, los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital certificada¹, tienen el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. Asimismo, en cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.

En este sentido, para el autor Bernardo P. Carlino: “*El punto de la equiparación de la firma digital a la firma ológrafa constituye la esencia de una normativa, al permitir que quienes opten por utilizar documentos digitales suscritos digitalmente, obtengan garantías legales similares a las que brinda la firma ológrafa sobre el soporte papel*”².

En cuanto al *perfeccionamiento del contrato*, el artículo 89 del RAF señala que los contratos voluntarios escritos se perfeccionan con la firma de las dos partes contratantes (el afiliado o su representante legal y el representante de la entidad autorizada). Es decir, el contrato se

¹ La firma digital tiene la misma finalidad que la firma manuscrita ya que permite identificar al autor y asegurar la autenticidad del documento a suscribir, con esta, se permite verificar la integridad de dicho documento, y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico (artículo 8 de la Ley N°.8454). *Una firma digital se considerará certificada* cuando sea emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado. Es actualmente el único mecanismo que permite simultáneamente identificar en forma inequívoca al autor y verificar que el mensaje no ha sido alterado desde el momento de su firma (integridad). El certificado digital es un complemento de la firma digital, para impregnarle así certeza y seguridad al documento firmado. Esto se debe a que en el proceso de emisión del certificado digital interviene un tercero imparcial llamado Autoridad Certificadora, y previo a emitir el certificado identifica de forma unívoca al firmante, esto garantiza y permite tener seguridad de la autenticidad del documento. En nuestro país, las firmas digitales son emitidas por autoridades certificadoras, y, por ende, actualmente, toda firma digital está amparada a un certificado de firma digital. Además, se debe tener presente que todo documento electrónico privado que cuente con firma digital certificada constituirá plena prueba, según así lo establece el artículo 18 de la Ley: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3º, 9º y 19 de esta Ley, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital, solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones.*” [El resaltado no pertenece al original].

² Bernardo P. Carlino. *Firma digital y Derecho societario electrónico*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p.49.

PJD-1-2018

Página 7

perfecciona, o nace a la vida jurídica, cuando las partes exteriorizan, a través de la firma, el consentimiento o la concurrencia de sus voluntades.

De acuerdo con el valor equivalente arriba mencionado, cuando un contrato voluntario se suscriba por medios electrónicos, el perfeccionamiento se daría en el momento en que se plasmen las firmas digitales certificadas, pues esto implica que cada una de las partes ha dado su conformidad sobre la totalidad de las condiciones y cláusulas contenidas en dicho documento electrónico.

Es importante indicar que un contrato que se encuentra contenido en un soporte electrónico y se perfecciona mediante la firma digital certificada que introducen en él las partes que lo suscriben clasifica como contrato electrónico en sentido estricto. Sobre este tipo de contratos, se ha indicado que:

*...la diferencia que existe en un contrato electrónico firmado por dos contratantes presentes o entre aquellos que se encuentran a miles de kilómetros de distancia es prácticamente inexistente, ya que las partes en cuestión de segundos podrán obtener copia certificada del contrato que han celebrado y firmado digitalmente y lo cierto es que parece difícil encuadrar este tipo de contrato en la categoría de contratación entre ausentes o presentes [...] **En este caso, el contrato se perfeccionará en el momento en que el último de los contratantes estampe su firma digital en el contrato.** No se puede hablar en este caso de oferta y aceptación, sino que la figura será mucho más compleja, y consistirá en la conformidad de que cada una de las partes expresa con su firma digital sobre la totalidad de las condiciones y cláusulas contenidas en el documento electrónico. Puestos ante la necesidad imperiosa de clasificar el contrato electrónico en sentido estricto en las categorías tradicionales, se concluiría que deben aplicarse las reglas de la contratación entre presentes, aun cuando las partes estuvieren ausentes físicamente y hubieran firmado el contrato en diferente tiempo, esto es, un proceso interrumpido, ello porque consideramos que sería absurdo exigir una carta de aceptación en el caso de un contrato completamente concluido, escrito y firmado por las partes y, más aún, con posibilidades de certificación por parte de un tercero imparcial. Se cree que el tiempo de perfeccionamiento del contrato es el momento en que ha sido firmado por el último de los contratantes, pues ése será el momento real en que el proceso de formación del consentimiento habrá concluido. Indica, además, que el consentimiento ideado por los Código Civil y Mercantil es un sistema de mínimos pensado para la formación no escrita o consensual del contrato, sistema de mínimos que no tiene sentido en un contrato escrito firmado por las partes...³ [El resaltado no pertenece al original].*

En vista de lo anterior, el perfeccionamiento del contrato no ocurre “a través de mecanismos electrónicos como correo electrónico y grabación de llamadas entre otros, en los cuales la aceptación del mismo por parte del afiliado sea dada por dichos medios y no por medio de la **‘firma de puño y letra’ del afiliado**” [tal y como se indica en el oficio PEN-0114-2018]. En tales circunstancias, no existe un contrato válido ni eficaz.

³ Barrantes Gamboa, Eduardo. Formación de Contratos por Medios Electrónicos, p. 35 Tomado de: <http://www.casadelosriscos.com/articulos/contratoelectronico.pdf>

PJD-1-2018

Página 8

Un simple correo electrónico o grabación de llamadas, no es suficiente para vincular jurídicamente a las partes en un contrato del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias. La vinculación jurídica se produce una vez que los contratantes estampen su firma digital en el documento, en los términos previsto en Ley N°8454, lo cual es también fundamental para efectos probatorios.

En este sentido, y según el autor Bernardo P. Carlino, para que los documentos digitales sean oponibles a terceros “... *se requiere tanto la identificación del autor cuanto de la garantía de integridad de su contenido que únicamente puede brindar la firma digital dentro de una normativa y procedimientos adecuados. Caso contrario, la ausencia de esta precisión acarreará la falta de garantía suficiente de ambos requisitos, por lo que la utilización de otros mecanismos que no brinden la misma garantía imposibilitarían que la documentación fuera oponible a terceros...*”⁴ [El resaltado no es del original].

En estos casos, la operadora de pensiones debe dar al afiliado la posibilidad de imprimir el contrato suscrito. De igual manera, la operadora debe conservar y custodiar todos los contratos según lo dispone la normativa general del sector y la normativa específica a que se refiere la Ley N°.8454

En cuanto a la *afiliación y suministro de información*, el artículo 28 del RAF dispone lo siguiente:

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 [...].*

De acuerdo con esa norma, es fundamental que, antes o después de la suscripción del contrato voluntario, un agente promotor brinde a los afiliados una adecuada asesoría sobre su plan de pensiones. Esa asesoría debe ser personalizada, y no a través de “...*la remisión de videos con la explicación que se da por parte de los promotores a los afiliados, a través de un video, herramientas para la proyección de aporte a realizar de acuerdo a la pensión que el cliente quiera obtener, línea telefónica y WatssApp (Sic) para atención en línea a las consultas de los mismos...*” (PEN-0114-2018). La operadora puede utilizar esas herramientas siempre y cuando no sustituyan las labores del promotor, sino que la complementen y cumplan con la normativa sobre información y publicidad actualmente vigentes.

⁴ Carlino. Op. cit, p.49.

PJD-1-2018

Página 9

IV. Conclusiones

1. Los artículos 87 y 89 del RAF no se contraponen a la Ley N°.8454, que establece que en cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.
2. Es válida la suscripción de contratos del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, a través de medios digitales.
3. El contrato voluntario electrónico, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N°.8454 y en el artículo 89 del RAF, quedaría perfeccionado en el momento en que se plasmen las firmas digitales certificadas de cada una de las partes contratantes (pues estas expresan la conformidad de cada una de ellas sobre la totalidad de las condiciones y cláusulas contenidas en el documento electrónico).
4. No es posible la *suscripción* de contratos del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias mediante correos electrónicos, grabación de llamadas, u otros medios en los cuales la aceptación por parte del afiliado no sea dada por medio de su firma manuscrita o su firma digital.

Realizado por: Giselle Vargas Berrocal



Revisado: por Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández



División Asesoría Jurídica