

1 de Octubre de 2004

DJ 50-2004

Myriam Morera Guillén
Directora
División de Regímenes Básicos y Fondos Especiales

Estimada señora:

En atención a su solicitud, seguidamente nos permitimos indicarle las razones por las cuales, desde el punto de vista jurídico, no es procedente que el funcionario responsable del control normativo dependa de la administración a la que evalúa, sino de la Junta Directiva del régimen, la cual debe realizar el nombramiento respectivo.

1) Antecedentes

La Superintendencia de Pensiones, en acatamiento al *Reglamento para la regulación de los regímenes de pensiones creados por leyes especiales y regímenes públicos sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte*, en adelante el Reglamento, emitió el **SP-A-050**, en el cual se establecen una serie de aspectos operativos y de supervisión relacionados con las funciones de control del cumplimiento normativo.

La Dirección Ejecutiva de la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional, JUPEMA, comunicó a SUPEN en relación con este acuerdo, mediante oficio **DE-867-08-04**, lo siguiente:

- ✓ La creación del cargo de responsable del control de cumplimiento normativo, la realizó la Junta Directiva, sin embargo, el nombramiento de la persona responsable se llevó a cabo por parte de la Dirección Ejecutiva, no de la Junta Directiva.
- ✓ El responsable del control de cumplimiento normativo debe depender de la Dirección Ejecutiva, no de la Junta Directiva, por observancia de la Ley 7531, según criterio del Departamento Legal, que se adjunto.
- ✓ La función del Contralor Normativo no esta recargada en el Director Ejecutivo ni en los encargos de las funciones operativas ordinarias.

2) Normativa aplicable

El Reglamento indicado en sus artículos 19 al 23, las responsabilidades y funciones que tiene el funcionario que realice la función de control del cumplimiento normativo.

Cabe destacar el numeral 19, que dice:

“Artículo 19. Responsabilidad de los Regímenes

Los Regímenes definirán los responsables y la estructura administrativa para el cumplimiento de las funciones establecidas en esta sección. Definirán también los procedimientos, sistemas de seguimiento y alerta temprana necesarios. La responsabilidad no podrá ser recargada en el administrador o en los encargados de las funciones operativas ordinarias.

El Superintendente establecerá por disposición general las formalidades de comunicación de responsables, recursos asignados, informes, metodologías de seguimiento y vigilancia del cumplimiento normativo”.

Así como el numeral 21, que establece las siguientes funciones:

“Artículo 21. Funciones

Los regímenes deberán vigilar el estricto cumplimiento de la ley, los reglamentos y cualquier otra normativa externa o interna que le sea aplicable al régimen.

Para ello se elaborará un plan anual de trabajo que contemple como mínimo las siguientes actividades:

- a) Pruebas periódicas del cumplimiento estricto de la normativa vigente.
- b) Evaluar la existencia y calidad de sistemas de prevención y corrección de incumplimientos de normativa.
- c) Evaluar el cumplimiento de calidad y remisión de información periódica a la Superintendencia de Pensiones.
- d) Seguimiento y comunicación al órgano de dirección de observaciones sobre el incumplimiento de normativa y corrección de irregularidades que sean advertidas por la Auditoría Interna, Auditoría Externa o la Superintendencia en el ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y supervisión”.

Respecto a la legislación vigente, aplicable específicamente a JUPEMA, establece la Ley N° 7531, en lo que aquí interesa:

“Artículo 97.- Naturaleza de la Junta

La Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional es un ente público no estatal, con personería jurídica y patrimonio propio.

Como tal, está sujeta a las normas de la presente ley, así como al ordenamiento jurídico administrativo público y, particularmente, a las ordenanzas, directrices y demás actos vinculantes emanados de la Superintendencia General de Pensiones” (el subrayado no es del original).

“Artículo 98.- Composición del órgano colegiado

La administración y el gobierno de la institución, corresponden a una Junta Directiva, compuesta de la siguiente manera:

- a) Un representante de la Asociación de Educadores Pensionados (ADEP).
- b) Un representante de la Asociación de Funcionarios Universitarios Pensionados (AFUP).
- c) Un representante de la Asociación Nacional de Educadores (ANDE).
- d) Un representante de la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza (APSE).
- e) Un representante de las organizaciones laborales de las instituciones de educación superior, nombrado de común acuerdo entre ellas.
- f) Un representante del Sindicato de Trabajadores de la Educación Costarricense (SEC).
- g) Un representante del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes”.

“Artículo 113.- Departamentos

La Institución contará con los departamentos que su Junta Directiva considere necesarios para el buen funcionamiento.

La Auditoría Interna dependerá únicamente de la Junta Directiva y los otros departamentos, de la Dirección Ejecutiva”.

“Artículo 114.- Control y supervisión del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional

El Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, en lo sucesivo, será supervisado por la Superintendencia de Pensiones, a la cual se le asignan las siguientes funciones:

- a) Supervisar el Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional.

- b) Aprobar el reglamento del Régimen de capitalización donde se determinará el perfil de beneficios y los requisitos de elegibilidad con el fin de garantizar en todo momento el equilibrio actuarial del Régimen. En caso de desequilibrio actuarial del Régimen de Capitalización, la Superintendencia deberá solicitar la modificación del Reglamento a la Junta en el plazo que la Superintendencia definirá.
- c) Supervisar la inversión correcta de los recursos administrados por el Sistema de Pensiones y Jubilaciones y dictar las directrices necesarias con el objeto de garantizar la composición y valoración adecuadas de la cartera de inversiones.
- d) Determinar el contenido, la forma y la periodicidad de la información que debe suministrar la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, en su calidad de administradora del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional; todo para que exista información oportuna y confiable sobre la situación de los regímenes administrados.
- e) Supervisar la oportuna y correcta declaración y modificación de los beneficios a los cuales tienen derecho los afiliados en cada una de las instancias de las Instituciones que intervienen en el proceso: la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, la Dirección Nacional de Pensiones y el Ministerio de Hacienda.
- f) Definir los parámetros para que las Instituciones que intervienen en el procedimiento de declaración de derechos indicadas en el inciso anterior, determinen controles internos, para garantizar la exactitud del monto de las pensiones o jubilaciones pagadas.
- g) Solicitar, a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, un informe anual sobre la situación financiero-actuarial de cada uno de los regímenes de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional.
- h) Aprobar la remoción del auditor interno o solicitar su remoción en forma razonada.

En la regulación y supervisión del Sistema de Pensiones del Magisterio se aplicará supletoriamente la Ley No. 7523, de 7 de julio de 1995”.

De la lectura de las anteriores normas de la Ley N° 7531, se desprende que la Junta Directiva de JUPEMA está sujeta a las directrices emitidas por la Superintendencia de Pensiones y a su normativa, y que su naturaleza es la de órgano de máxima jerarquía y de dirección.

En relación con la naturaleza jurídica de JUPEMA, la Procuraduría General de la República señaló, mediante dictamen **C-063-90**:

“El tema objeto de consulta fue abordado por el dictamen 1-6/77, el cual consideró a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (en adelante la Junta), previa afirmación de que tiene fines, patrimonio y personería

propios, "una entidad descentralizada de derecho público que goza de semi-autonomía en materia de gobierno y administración". Del dictamen parece desprenderse que la atribución que hace de una semi-autonomía (aunque no considera a la Junta semiautónoma), lo es porque las resoluciones de la Junta tienen apelación ante el Ministerio de Trabajo; en este sentido afirma que "goza de plena independencia en cuanto a gobierno y administración" (el subrayado no es del original).

3) Naturaleza de las funciones de control

Siendo la Junta Directiva el órgano de máxima jerarquía y dirección, tanto la Auditoría Interna como el responsable del control del cumplimiento normativo únicamente pueden depender de ella, no de la Dirección Ejecutiva, precisamente por la necesaria objetividad y e independencia requerida en sus recomendaciones. En el caso que nos ocupa, la Junta Directiva es el órgano de *gobierno* que viene a representar los intereses de los afiliados al régimen. Por su parte, la Dirección Ejecutiva y sus dependencias, tienen la función de *ejecutar* las decisiones que tome la Junta con el fin de alcanzar sus fines, es decir, en términos generales es la que toma las decisiones administrativas y operativas del régimen.

Ahora bien, fundamentalmente sobre éstas funciones administrativas es que se ejerce la función de control y vigilancia que ejercen la Auditoría Interna y el responsable de control del cumplimiento normativo. De forma tal, que no es posible formar parte de la administración o depender del administrador y a su vez evaluar su gestión, sin que se incurra en un conflicto de intereses y se comprometa la objetividad. Entre estas funciones de vigilancia del responsable de control del cumplimiento normativo, se encuentra, por ejemplo, el "Seguimiento y comunicación al órgano de dirección de observaciones sobre el incumplimiento de normativa y corrección de irregularidades que sean advertidas por la Auditoría Interna, Auditoría Externa o la Superintendencia en el ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y supervisión", deber que no podría ser cumplido con imparcialidad por parte de un funcionario dependiente de la misma administración evaluada.

En este orden de ideas, si bien el numeral 113 de la Ley N° 7531, dispone que los demás departamentos dependerán de la Dirección Ejecutiva, únicamente pueden entenderse como incluidos en este supuesto, los departamentos que realizan una actividad *ordinaria* y *administrativa*, no a las actividades de **control y vigilancia** como la que ejerce la Auditoría Interna y el responsable del control del cumplimiento normativo. Aunado a esto, hay que mencionar

que ni el Acuerdo ni el Reglamento contemplan la creación de un nuevo departamento, únicamente que el órgano de dirección nombre el responsable del control de cumplimiento normativo.

Cabe recordar también, que el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

- “1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.
2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”.

Con fundamento en el artículo 10 citado, no es posible interpretar que el responsable de ejercer el control de cumplimiento normativo, deba depender de la misma administración a la que vigila y evalúa, sin contravenir **el fin público**, en virtud de que la naturaleza de la función es precisamente vigilar, evaluar y hacer recomendaciones sobre la actividad del administrador, no pudiendo depender de la misma administración a la que evalúa.

4) Conclusión

A la luz de los razonamientos expuestos, el responsable de realizar el control de cumplimiento normativo, no puede depender de la misma administración a la que evalúa, sino de la Junta Directiva del régimen, la cual debe realizar el nombramiento respectivo.



Jenory Díaz Molina
Abogada encargada



Álvaro Jiménez Severino
Director, División Jurídica