

PJD-001

18 de enero del 2007

Señora
Celia González Haug, *Directora*
Departamento de Planificación
División de Planificación y Normativa, SUPEN

Estimada señora:

En atención a las nuevas consultas realizadas respecto a la viabilidad legal del proyecto “Modelo de Calificación de Regímenes Colectivos”, por desarrollarse en la Superintendencia de Pensiones, se rinde el siguiente criterio jurídico en adición a lo establecido en el Dictamen PJD-018-2006 de esta División de Asesoría Jurídica.

I. ANTECEDENTES

Que mediante el dictamen PJD-018 de fecha 18 de setiembre del 2006, se concluyó lo siguiente:

- *“La Superintendencia de Pensiones tiene las potestades de regulación, supervisión, vigilancia y fiscalización de los planes, fondos y regímenes contemplados en la Ley N° 7523, así como aquellos que le sean encomendados en virtud de otras leyes y la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en los actos o contratos relacionados con las disposiciones de esta ley.*
- *La SUPEN como supervisor debe fiscalizar los distintos regímenes del sistema nacional de pensiones, para que éstos actúen conforme a derecho, mantengan el equilibrio del régimen y sus inversiones sean rentables, entre otros, todo ello en virtud de los derechos de los trabajadores y afiliados a los regímenes que lo conforman, y de igual forma se ha señalado por la Procuraduría General de la República al mencionar en su dictamen C-061-2003 “...El papel de la Superintendencia de Pensiones es fiscalizar que los distintos componentes del sistema de pensiones adecuen su actuación a las leyes, reglamentos y a la normativa que en la materia existe y en su caso, velar porque las inversiones que se realicen sean rentables, permitan mantener el equilibrio del régimen y el Sistema satisfaga los derechos de los trabajadores y , en su caso, pensionados...”.*
- *Es importante y vital para cada uno de estos regímenes que se establezcan mejores prácticas respecto al tema de la administración de riesgos lo cual puede llevarse a cabo mediante parámetros o métodos de calificación para determinar, medir y/o prevenir inestabilidades e irregularidades, que pueden ser riesgos en contra de bienes jurídicos protegidos por la normativa que les rige.*

- *La SUPEN puede establecer una serie de medidas o lineamientos prudenciales y preventivos con base en una medición y administración de riesgos en la gestión de los Regímenes Colectivos, en pro de ‘...una supervisión más preventiva, basada en el análisis y la gestión de los riesgos, promover en los supervisados mejores prácticas de administración de riesgos y gobernabilidad, priorizar y focalizar las labores de supervisión e inspección, lo que ayuda a hacer un uso eficiente de los recursos de la Superintendencia, establecer parámetros de calificación, que permitan tener criterios uniformes para la aplicación de medidas precautorias dispuestas en la legislación, analizar y advertir sobre la sostenibilidad de los regímenes...’.*
- *La SUPEN como regulador, supervisor y fiscalizador puede velar porque haya una evaluación o calificación a los distintos regímenes colectivos en virtud de una oportuna identificación, medición, control y prevención de los riesgos que puedan presentarse en cada Régimen dentro del alcance que el marco jurídico le otorga a la Superintendencia.*
- *Otro punto importante es que, independientemente de la regulación que exista en relación con las potestades regulatoria, de supervisión o inclusive de fiscalización de SUPEN sobre estos regímenes, estas prácticas forman parte de estándares y principios internacionales para la correcta y oportuna administración de riesgo, los cuales deben ser aplicados por cada una de estas entidades y regímenes en pro de las sanas prácticas de la gestión de riesgo, y no verse como instrumentos que obstruyen la administración de estos regímenes sino como instrumentos que aumentan la oportuna detección de alguna irregularidad en el supuesto que existiera alguna.*
- *Finalmente, y como recomendación consideramos que, por tener los Regímenes Colectivos ciertas particularidades operativas, deben estudiarse y analizarse de esta óptica cada uno de ellos y así cada fondo de pensiones para la conceptualización y desarrollo del Proyecto.”*

A partir de lo anterior, se nos consulta una serie de puntos adicionales que se procede a atender, a saber: aplicación de los artículos 42 y siguientes de la Ley N° 7523 (irregularidad financiera), consecuencias legales de una “baja calificación” en el modelo propuesto, aplicabilidad de los principios de organizaciones como IOPS y OECD a los regímenes colectivos en su condición de gestores de fondos de pensiones y el marco sancionatorio que resulta aplicable en caso de algún incumplimiento.

II. NORMATIVA APLICABLE

La Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias y reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio (Ley N° 7523) establece en su artículo 42 el tema de la irregularidad financiera (definidos en el artículo 41 de dicha ley) y las medidas aplicables al respecto.

“Artículo 41.- Definición de grados de irregularidad financiera

Para velar por la estabilidad y eficiencia del sistema de pensiones, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero dictará un reglamento que le permita a la Superintendencia

Determinar situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera en los fondos administrados por los entes regulados. Este reglamento incluirá, al menos, los siguientes elementos normativos: definiciones de grados de riesgo de los activos del fondo, grados de riesgo de liquidez, riesgo de liquidez, riesgo de variaciones de tasas de interés, riesgo cambiario y otros riesgos que considere oportuno evaluar. Para aplicar las medidas precautorias, dichas irregularidades se clasificarán en la siguiente forma.

Grado uno: Son irregularidades leves las que, a criterio de la Superintendencia, pueden ser superadas con la adopción de medidas correctivas de corto plazo.

Grado dos: Son irregularidades graves las que, a juicio de la Superintendencia, solo pueden corregirse con la adopción y ejecución de un plan de saneamiento.

Grado tres: Son irregularidades muy graves las que pueden comprometer la integridad del Fondo y ocasionar perjuicios graves a sus afiliados y para corregirlas, se requiere la intervención del ente regulado o bien la sustitución de sus administradores.

De igual manera, se considerarán irregularidades muy graves las indicadas en los acápites ii) a viii) del inciso d) del artículo 136 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

Artículo 42.- Medidas aplicables en casos de irregularidad financiera

En caso de irregularidad, son medidas aplicables las siguientes:

a) Medidas Correctivas: En caso de irregularidades de grado uno, el Superintendente comunicará a la Junta Directiva de la operadora, las irregularidades detectadas y le concederá un plazo prudencial para corregirlas.

b) Plan de saneamiento: Si se trata de irregularidades de grado dos, el Superintendente convocará a la Junta Directiva, al auditor interno y al gerente de la entidad supervisada a una comparecencia, en la cual comunicará las irregularidades detectadas y ordenará la presentación de un plan de saneamiento y su ejecución, dentro de los plazos que establezca el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante las normas correspondientes. Este plan deberá incluir las fechas de su ejecución y las medidas detalladas para corregir las irregularidades. Dicho plan deberá ser aprobado por el Superintendente y será de acatamiento obligatorio para la entidad regulada.

c) Intervención administrativa: En caso de irregularidades de grado tres o cuando un ente regulado no reponga la deficiencia de capital mínimo dentro del plazo fijado por el Superintendente, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, previo informe del Superintendente y por resolución fundada, decretará la intervención de la entidad regulada y dispondrá las condiciones en que esta medida se aplicará. El procedimiento de intervención se regirá, en todo lo pertinente, por los tres últimos párrafos del artículo 139 y por el artículo 140, ambos de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”.

Respecto al tema sancionatorio, las normas aplicables se encuentran dispuestas en los artículos 45 siguientes y concordantes de la Ley N° 7523.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

A. Sobre las medidas aplicables en casos de irregularidad financiera de regímenes colectivos

De conformidad con el artículo 41 de la Ley N° 7523, supra citado, existen tres grados de irregularidad o inestabilidad financiera en los que pueden incurrir los fondos de pensiones o las entidades que los administran. De igual forma el artículo 42 del mismo cuerpo normativo, establece las medidas aplicables en el caso de surgir alguna irregularidad financiera.

Dichas medidas son: las medidas correctivas, el plan de saneamiento y la intervención administrativa. Para el caso concreto, sea los Regímenes de Pensiones Colectivos y, de darse el caso, resultan aplicables de igual forma que en regímenes de capitalización individual, las medidas correctivas y el plan de saneamiento.

Sin embargo la intervención administrativa, por ser una medida decretada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) no puede emitirse, dados los principios de legalidad y jerarquía de las normas, por encima de decretos ejecutivos, leyes o cualquier otra norma de rango superior que rija a los fondos de pensiones colectivos y sus gestores. En ese sentido, la aplicación de tal medida administrativa puede estar sujeta a la necesidad de emisión de una norma de cierto rango emitida por autoridad competente. Más aún, en caso de que como producto de un proceso de intervención se llegara a determinar la necesidad de cerrar un fondo o liquidar a un gestor, debe esto decretarse mediante una norma de rango igual o superior a la norma de creación de los mismos, pues lo contrario implicaría un acto inválido e ineficaz desde el punto de vista jurídico.

B. Baja calificación, sus consecuencias legales (marco sancionatorio aplicable)

Respecto al tema de una posible baja calificación y sus consecuencias legales, es importante tomar en consideración el principio de tipicidad, el cual es un componente del principio de legalidad, y éste a su vez deriva de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política.

Página 5 de 5

A grandes rasgos, el principio de tipicidad implica que tanto la descripción de la conducta como la consecuencia sancionatoria deben estar descritas en el tipo, sea en una norma, de forma clara, completa y precisa.

De acuerdo con lo anterior, a menos de que exista una norma que contemple alguna consecuencia legal como parte de una baja calificación para el modelo de calificación de los Regímenes Colectivos, no podría aplicarse una medida de carácter sancionatorio, precisamente por no existir marco normativo aplicable que lo regule y lo establezca.

Ahora bien, si producto de la evaluación y calificación realizadas se presume algún incumplimiento o infracción a la normativa vigente, resulta de aplicación el marco sancionatorio previsto en la Ley. Lo anterior, contra quien corresponda, sea la entidad el fono o incluso personeros de los distintos regímenes, esto último con fundamento en el artículo 52 de la Ley N° 7523, el cual establece las posibles sanciones en los casos en los que se incurra en responsabilidad dolosa o culposa.

C. Aplicabilidad de los principios de la IOPS y OECD

Tal y como se consignó en el dictamen PJD-018 de fecha 18 de setiembre del 2006, los principios aplicables son aquellos que permitan y establezcan una serie de medidas o lineamientos prudenciales y preventivos, así como la aplicación de las mejores prácticas respecto al tema de la administración de riesgos. Todo ello en pro de la promoción de sanas prácticas de administración de riesgo, en resguardo de la solidez de los regímenes y como parte de las labores de supervisión que compete ejercer a la Superintendencia de Pensiones.

Principios además que, fortalezcan el modelo de calificación y ayuden a determinar, identificar, medir y/o prevenir ciertas inestabilidades e irregularidades dentro de estas entidades. Lo anterior en virtud de que SUPEN, debe velar por controlar y prevenir no solo a la entidad en una situación de este tipo, sino además, para que dichas practicas formen parte de la oportuna y correcta administración de riesgos, las cuales forman parte de principios internacionales establecidos como sanas practicas de administración de riesgo.

Atentamente,



Yorlenny Avendaño Vega
Abogada Encargada



Silvia Canales Coto
Directora