

13 de setiembre de 2012

PJD-07-2012

Licenciado

Víctor Fernández Badilla, Director Ejecutivo

Fondo de Retiro de los Empleados de la Caja Costarricense del Seguro Social

Estimado señor:

Mediante oficio DFRAP-0204-2012, del 17 de febrero de 2012, el cual fue recibido por esta Superintendencia el 20 de febrero, se informa que, en relación con la remisión del contrato de servicios de la administración integral de riesgos requerido por el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, y solicitado por este órgano supervisor en los oficios SP-2456-2011 y SP-97-2012, la Dirección Ejecutiva del FRE:

“... mantiene su criterio externado en el oficio DFRAP-1072-2011 ya que en este caso bajo examen, no cumple la legalidad establecida en el artículo 11 del Reglamento de Inversiones, debido a que la Dirección del Fondo de Retiro, Ahorro y Préstamo, así como la Unidad para la Administración Integral del Riesgo, está dentro de la Organización Institucional, lo cual no existe una necesidad de una contratación de servicios o la formalización de un convenio de prestaciones de servicios de asesoría técnica en materia de riesgo con esa Área, ya que la misma nos la ha brindado ese servicio desde fue creada, desde 2003.

(...)

En concordancia con la normativa expuesta y el criterio de la Asesoría Legal; se informa que la Administración del FRE, se encuentra imposibilitada legalmente para suscribir el convenio solicitado por la Superintendencia”.

Con el oficio de cita se acompaña el criterio de la Asesoría Legal de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), número DJ-01143-2012 de 17 de febrero de 2012.

Al respecto, esta asesoría legal emite el siguiente criterio jurídico:

I. Antecedentes

A partir de una revisión de las actas electrónicas del Comité de Riesgos del Fondo de Retiro, Ahorro y Préstamo de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante FRAP), se determinó que en el acta número 92 del 21 de setiembre de 2011, se conoció el *“Informe Preliminar de la Auditoría Externa al 30 de junio del 2011”*, en el cual se

indicó que debía existir un contrato entre el área de Administración de Riesgos de la CCSS y el FRAP.

Respecto a la presentación de dicho informe, el Comité de Riesgos tomó el siguiente acuerdo: *“Escuchada la exposición sobre el Informe Preliminar de Auditoría Externa, los miembros del Comité de Riesgos se dan por enterados y quedan a la espera de la elaboración de la Matriz de Seguimiento, la cual es solicitada al Área de Administración de Riesgos”.*

Mediante oficio SP-2456-2011 del 08 de diciembre de 2011, la Superintendencia de Pensiones le solicitó a la Dirección Ejecutiva del FRAP que, en vista de que no cuenta con una unidad propia de administración de riesgos, y por haber contratado ese servicio, debía remitir en el plazo de 10 días hábiles el informe de las acciones realizadas; además, se le solicitó indicar el plazo en el que estaría remitiendo el contrato de servicios para la administración integral de riesgos requerido por la normativa vigente.

En respuesta a dicho requerimiento, mediante el oficio DFRAP-1072-2011, del 16 de diciembre de 2011, el Director Ejecutivo del FRAP manifestó lo siguiente:

“Por los motivos expuestos; se confirma que el Fondo de Retiro de Empleados de la CCSS; no ha realizado la contratación de los servicios de asesoría técnica en materia de riesgos con terceros; dado que dentro de la estructura organizacional de la CCSS; está creada el Área de Administración Integral de Riesgos, por tanto lo expuesto en el Informe de Auditoría de Riesgos de la Auditoría Externa con corte al 31 de diciembre del 2010; no es congruente con la normativa que regula al fondo; dado que el artículo N°11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas; aplicaría en el caso de que no existiera dentro de la organización la ‘Unidad para la Administración Integral de Riesgo’ ”.

Mediante oficio SP-097-2022 del 10 de enero de 2012, la Superintendencia de Pensiones reiteró su requerimiento del contrato de prestación de servicios que la Unidad de Administración Integral de Riesgos Institucionales de la CCSS le suministra al FRAP, lo anterior, pues de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, la prestación de esos servicios debe formalizarse por escrito, en vista de que dicha Unidad no forma parte de la estructura administrativa del Fondo; es una unidad institucional de la Caja Costarricense del Seguro Social, que es su entidad patrocinadora.

Mediante oficio DFRAP-0204-2012, del 17 de febrero de 2012, y apoyándose en el criterio de su Asesoría Jurídica (DJ-01143-2012), la Dirección Ejecutiva del FRAP comunica nuevamente su negativa a cumplir con lo prevenido por la Superintendencia de Pensiones en relación con la remisión del contrato de prestación de servicios suscrito con la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la CCSS (servicios

que son prestados por dicha unidad al FRAP desde el año 2003) en los siguientes términos:

“Así las cosas, es particularmente importante reiterar que existe una significativa diferencia entre un convenio de cooperación entre instituciones y cualquier otra actividad contractual que se lleve a cabo al amparo del artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 130 de su reglamento, toda vez que al amparo de dispuesto en el último numeral citado, se excluye expresamente de la observancia de dicha normativa a los convenios de cooperación cuando dispone: ‘Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.’

“Nótese que el ejemplo doctrinal de derecho comparado planteado coincide con la posición de la Contraloría General de la República de nuestro país sobre la naturaleza de los convenios, y que éstos tienen lugar en el escenario en que dos o más instituciones buscan cooperación mutua o conjunta para la realización de fines públicos, pero no se refieren a relaciones de orden interorgánicas dentro de un mismo ente de la Administración pública.

Ahora bien, el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, mencionado por la Superintendencia de Pensiones, establece lo que interesa: (...).

De la norma transcrita, se desprende con suma claridad la necesidad de la existencia de un contrato con una unidad especializada en materia de riesgos ‘con las unidades o departamentos especializados del grupo de interés económico o financiero, o con terceros independientes’, pero no establece la necesidad de un convenio interorgánico para una institución pública como lo es la CCSS, cosa que solicita la Superintendencia de Pensiones; obligación que de existir, resultaría para este caso en concreto, ilógica y contraria a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública”.

“Así las cosas, y de conformidad con el criterio legal DJ-1143-2012, esta Dirección mantiene su criterio externado en el oficio DFRAP-1072-2011 ya que en este caso bajo examen, no cumple la legalidad establecida en el artículo 11 del Reglamento de Inversiones, debido a que la Dirección del Fondo de retiro, Ahorro y Préstamo, así como la Unidad para la Administración Integral de Riesgos, está dentro de la Organización Institucional, lo cual no existe una necesidad de una contratación de servicios o la formalización de un convenio de prestaciones de servicios de asesoría técnica en materia de riesgo con esa Área, ya que la misma nos ha brindado ese servicios desde que fue creada, desde el 2003”.

“En concordancia con la normativa expuesta y el criterio de la Asesoría Legal; se informa que la Administración del FRE, se encuentra imposibilitada legalmente para suscribir el convenio solicitado por la Superintendencia.”

II. Sobre el alcance del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas

El alcance del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas se encuentra definido en su artículo 1, según el cual:

“Artículo 1. Alcance de la normativa

*El presente Reglamento **norma la inversión de los recursos administrados por las entidades reguladas, de conformidad con lo establecido en la Ley 7983, Ley de Protección al Trabajador**, así como la inversión de los recursos correspondientes al capital mínimo de funcionamiento de las entidades autorizadas.*” (El resaltado no es original)

En la misma línea, el artículo 36 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, N° 7523, claramente incluye a los fondos de pensiones creados por leyes especiales, como es el caso del FRE, dentro de los regímenes sujetos a la supervisión de la Superintendencia de Pensiones, concretamente dice ese numeral:

“Artículo 36. Supervisión de los otros regímenes de carácter público

*En materia de supervisión y resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones creados por ley o convenciones colectivas, la Superintendencia tendrá las siguientes facultades: (...)*b) *Supervisar la inversión de los recursos administrados y dictar políticas respecto de la composición y valoración de cartera de inversiones.”*

En el mismo sentido, y de manera específica, el Reglamento del Fondo de Retiro de los Empleados de la Caja Costarricense del Seguro Social, publicado en La Gaceta número 28 del 10 de febrero de 2004, establece el deber de ese Fondo de ajustarse a los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero y a las directrices emitidas por la Superintendencia de Pensiones.

Concretamente dice esa norma:

*“Artículo 11.—Los recursos del FRE deberán invertirse en las mejores condiciones de seguridad, rentabilidad y liquidez, de acuerdo con lo que establece la Sección V de la Ley Constitutiva de la Caja y el Título VI de la Ley de Protección al Trabajador. En todo caso la colocación de recursos deberá contar con la recomendación expresa del Comité de Inversiones **y se ajustará a los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero y a las directrices dictadas por la Superintendencia de Pensiones (SUPEN).**”* (El resaltado no es original)

Una interpretación armónica de las normas mencionadas, permite concluir de manera inequívoca que el Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas es una normativa a la cual el FRE se encuentra sujeto y, en consecuencia, debe atender los requerimientos que en este se contemplan. Por esta razón, no es el de recibo lo alegado por el Fondo en el DFRAP-0204-2012, en el sentido que lo solicitado por la SUPEN en los oficios SP-2456-2011 y SP-97-2012 resulta ilógico y contrario a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública.

III. Sobre los deberes que se desprenden del artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas

El artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas indica:

“Artículo 11. —De la Unidad para la Administración Integral de Riesgos

El Comité de Riesgos se apoyará en una unidad especializada cuyo objeto será identificar, medir, monitorear e informar a dicho Comité, así como a los órganos y funcionarios a que se refiere el literal c) del artículo anterior, de los riesgos cuantificables que enfrenten las entidades reguladas en sus operaciones.

*Los servicios prestados por la Unidad para la Administración Integral de Riesgos **podrán** contratarse con departamentos especializados del grupo de interés económico o financiero del cual forme parte la entidad, o bien, con un tercero independiente. En este caso, las entidades deberán mantener, dentro de sus propias Unidades para la Administración Integral de Riesgos, cuando menos, a un responsable que funja como contraparte técnica.*

La Unidad para la Administración Integral de Riesgos deberá mantener independencia respecto de las áreas de operación con el propósito de evitar conflictos de interés y asegurar una adecuada separación de responsabilidades.

No podrá contratarse la prestación del servicio con terceros cuando estos mantengan algún tipo de conflicto de interés con la entidad o el grupo de interés económico o financiero al que pertenezca aquella. De previo a su contratación, deberá acreditarse esta circunstancia mediante declaración jurada rendida al efecto y, adicionalmente, constatarse de que cuenta con la solvencia moral, la capacidad técnica y la experiencia necesarias para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Corresponde al Gerente de la entidad la comprobación de la capacidad técnica y la experiencia de los departamentos o unidades especializadas pertenecientes a los grupos de interés económico o financiero la cual deberá quedar debidamente documentada.

La contratación de servicios con las unidades o departamentos especializados del grupo de interés económico o financiero, o con terceros independientes, deberá formalizarse por escrito. *En este último caso, el contrato deberá contener una cláusula donde se establezca la obligación del tercero de declarar los conflictos de interés que lleguen a suscitarse con posterioridad a la contratación y contemplar la posibilidad jurídica de rescindir el convenio en este evento. Tratándose de empresas, las anteriores obligaciones alcanzan a los socios, la Junta Directiva y sus representantes legales.*

La responsabilidad de la Gerencia o Administración de las entidades reguladas es indelegable.” (El resaltado no es original).

De la lectura del artículo anterior, se desprende que uno de los deberes de la entidad regulada, en el caso de no contar con una unidad para la administración integral de riesgos, es procurarse estos servicios fuera de su organización interna, y documentar por escrito esta relación. Dicha disposición se incluye de manera expresa en la redacción del artículo 11, sin dejar margen a ninguna interpretación alterna.

En el presente caso, considera esta Asesoría que no se ha cumplido con lo previsto en el artículo 11 de cita, pues si bien el FRE ha venido contando con los servicios de la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la CCSS desde el 2003, no ha se ha

procedido a documentar por escrito esta provisión de servicios, tal y como lo dispone dicho artículo.

IV. Sobre la procedencia y factibilidad de documentar por escrito los servicios que la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la CCSS suministra al FRE

En su oficio DFRAP-0204-2012, del 17 de febrero de 2012, la Dirección Ejecutiva del FRAP señala lo siguiente: *“Ahora bien, el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, mencionado por la Superintendencia de Pensiones, establece lo que interesa: (...).De la norma transcrita, se desprende con suma claridad la necesidad de la existencia de un contrato con una unidad especializada en materia de riesgos ‘con las unidades o departamentos especializados del grupo de interés económico o financiero, o con terceros independientes’, pero no establece la necesidad de un convenio interorgánico para una institución pública como lo es la CCSS, cosa que solicita la Superintendencia de Pensiones; obligación que de existir, resultaría par este caso en concreto, ilógica y contraria a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública”.*

Al respecto, considera esta Asesoría que la diferenciación expuesta por la Administración del Fondo entre los conceptos doctrinales de “convenio” y “contrato” no es pertinente en este caso para analizar la procedencia de lo requerido por el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, ni tiene ninguna incidencia en la obligación que tiene dicho Fondo de acatar los requerimientos hechos por SUPEN con fundamento en la normativa vigente.

Es claro que en la redacción del artículo 11 del reglamento en mención, se utilizan los términos “contrato” y “convenio” como sinónimos de la manifestación escrita de las voluntades, compromisos, prestaciones y contraprestaciones de las partes en una determinada situación. Es claro, además, que el fin último que se persigue con la obligación prevista en el artículo 11 del Reglamento citado, es que la prestación de servicios que se acuerde con una Unidad de Administración de Riesgos que no forme parte de la estructura interna de la entidad regulada, **se formalice por escrito.**

Por esta razón, no comparte esta Asesoría lo externado por la Dirección Ejecutiva del FRAP en el oficio DFRAP-0204-2012, en el cual señala que *“de conformidad con el criterio legal DJ-1143-2012, esta Dirección mantiene su criterio externado en el oficio DFRAP-1072-2011 ya que en este caso bajo examen, no cumple la legalidad establecida en el artículo 11 del Reglamento de Inversiones, debido a que la Dirección del Fondo de retiro, Ahorro y Préstamo, así como la Unidad para la Administración Integral de Riesgos, está dentro de la Organización Institucional, lo cual no existe una necesidad de una contratación de servicios o la formalización de un convenio de prestaciones de servicios de asesoría técnica en materia de riesgo con esa Área, ya que la misma nos ha brindado ese servicios desde que fue creada, desde el 2003”.* *“En concordancia con la normativa expuesta y el criterio de la Asesoría Legal; se informa que la Administración del FRE, se encuentra imposibilitada legalmente para suscribir el convenio solicitado por la Superintendencia.”* (Lo resaltado no es del original).

De acuerdo con lo expuesto, es claro que no existe una imposibilidad legal para que el FRE cumpla con el artículo 11 del Reglamento en cuestión, pues, tal y como se indicó, dicha norma lo que requiere es la formalización por escrito de las condiciones en que deberá prestarse el servicio, lo cual permite al FRE determinar cuál es el **instrumento idóneo** para cumplir con el objetivo de la norma.

En este sentido, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Administración Pública, según el cual:

“Artículo 10.- 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”

No debe perderse de vista que tanto el FRE como la Gerencia de Pensiones de la CCSS, a la cual pertenece la Unidad de Administración de Riesgos (según lo manifestado por la propia Dirección Ejecutiva en el oficio DFRAP-1072-2011), mantienen estructuras operativas y organizacionales completamente distintas; esta circunstancia justifica que sea necesario contar con la formalización por escrito del compromiso y condiciones en que se prestará el servicio objeto de este análisis, de manera que se garantice no sólo la idoneidad de dicha Unidad, sino, también, que este será prestado de acuerdo con las exigencias establecidas en el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, en particular, evitando todo posible conflicto de interés que pueda presentarse.

En ese sentido, considera esta División que al amparo del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, el FRE puede recurrir a un instrumento idóneo que le permita documentar el acuerdo al cual ha llegado con la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la CCSS, y así cumplir con la obligación prevista en el artículo 11 del Reglamento de Inversión de las Entidades Reguladas.

Conclusiones

A la luz de los argumentos expuestos se concluye:

1. De conformidad con el artículo 1 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, el artículo 36 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias y el artículo 11 del Reglamento del Fondo de Retiro de los Empleados de la Caja Costarricense del Seguro Social, el FRE se encuentra sujeto a lo previsto en el Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas.
2. El artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas dispone la obligación expresa de documentar por escrito la relación de

prestación de servicios entre una entidad regulada con una Unidad de Administración Integral de Riesgos externa a su organización.

3. En la redacción del artículo 11 del reglamento en mención, se utilizan los términos “contrato” y “convenio” como sinónimos y de manera indistinta, refiriéndose estos a la manifestación escrita de las voluntades, compromisos, prestaciones y contraprestaciones de las partes en una determinada situación.
4. El FRE y la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la Gerencia de Pensiones de la CCSS mantienen estructuras organizativas y operativas separadas, circunstancia que justifica que sea necesario contar con la formalización por escrito del compromiso y condiciones en que se prestará el servicio objeto de este análisis, de manera que se garantice no sólo la idoneidad de dicha Unidad, sino, también, que éste será prestado de acuerdo con las exigencias establecidas en el artículo 11 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, en particular, evitando todo posible conflicto de interés que pueda presentarse.
5. Al amparo del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, el FRE puede recurrir a un instrumento idóneo que le permite documentar el acuerdo al cual ha llegado con la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la CCSS, y así cumplir con la obligación prevista en el artículo 11 del Reglamento de Inversión de las Entidades Reguladas.

Cordialmente,

Realizado por: Jorge Muñoz García



Revisado por: Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

