

08 de mayo de 2013
PJD-09-2013

Señor
Eric Leitón Arias, gerente general
FOMUVEL

Estimado señor Leitón:

En atención a su oficio GG-016-2013, recibido en la Superintendencia de Pensiones el 05 de abril de 2013, en el cual se consulta sobre la factibilidad jurídica de *“contratar los servicios de contraloría normativa externamente, con un esquema en el que se establezca una cantidad de horas semanales o mensuales contratadas, que permita evaluar el cumplimiento del marco legal y normativo que nos rige. Dicha contratación se estaría realizando con un despacho de Contadores Públicos, de abogados o con algún profesional independiente en esas o alguna otra especialidad que lo faculte a ejercer esa labor”* (sic), se emite el siguiente criterio legal:

I. Antecedentes del caso¹

La administración de FOMUVEL ha sido parcialmente dada a la Operadora de Pensiones del Banco Popular. Según este esquema, la aprobación del otorgamiento de beneficios, su modificación, y su eventual eliminación o creación, son responsabilidades que corresponden al Fondo. Por su parte, la Operadora realiza la administración del portafolio de inversiones, los registros contables, la ejecución de las transferencias de pago de beneficios, la realización de los estudios actuariales y las comunicaciones a la SUPEN para efectos de supervisión.

Dentro del contexto anterior, la atención de las labores que debe ejecutar el Contralor Normativo fueron asumidas en un principio por el Contralor Normativo de la Operadora de Pensiones del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, situación en la que éste órgano de supervisión identificó una debilidad, debido a que las labores desarrolladas directamente en FOMUVEL no son objeto de supervisión por parte del contralor normativo de la operadora.

Para introducir una mejora a partir de la debilidad identificada, la Junta Directiva de FOMUVEL creó, en el segundo semestre de 2012, una plaza de medio tiempo para disponer de un contralor normativo que desarrollaría sus labores en relación a las funciones que ejecuta directamente el Fondo, complementando su trabajo con el que elabora la Operadora.

En un lapso de aproximadamente seis meses, FOMUVEL ha contratado a dos profesionales en el campo que renunciaron a sus cargos. También realizó un concurso externo en que sólo participaron personas que no cuentan con las características requeridas para el cargo.

¹ Según lo descrito por el oficio GG-016-2013 del 4 de abril del 2013

Como consecuencia de la situación descrita, FOMUVEL ha venido analizando la posibilidad de contratar los servicios de un contralor normativo de manera externa, esquema cuya legalidad se consulta en el oficio de referencia.

II. Criterio del consultante

El consultante remite el oficio AL-002-2013, del 3 de abril de 2013, en el cual su Asesoría Jurídica señala lo siguiente:

“(…) ii. La implementación de un Contralor Normativo

FOMUVEL, en su carácter de administrados del Fondo de Jubilaciones y Pensiones de los Vendedores de Lotería, debe atender además de lo señalado, el cumplimiento de cualquier otra normativa que le sea aplicable al régimen de pensiones. En este contexto, la implementación de la figura de un contralor de cumplimiento normativo, resulta pertinente y necesario para la correcta participación dentro del sistema, observando para ello labores meramente de control y verificación.

El contralor normativo es requerido a las entidades al amparo de lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección III del Reglamento para la regulación de los regímenes públicos sustitutos al régimen de invalidez, vejez y muerte, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75, el día 19 de abril de 2004.

Entre los requisitos de quien realice la funciones de contralor de cumplimiento normativo, destaca que el artículo 20 del Reglamento de cita, que deberá ser ocupado por aquella persona que conozca la normativa vigente, que cuente con formación académica y experiencia afín a la materia económica, financiera, bursátil o de pensiones.

Por otra parte, por tratarse de una función especial de control, se requiere que ante los procedimientos que debe seguir frente a planes de trabajo, sus labores no podrán ser recargadas en el administrador o encargados de funciones operativas ordinarias (artículo 19 in fine)

iii. Conclusión

Al tenor de lo expuesto, es nuestro criterio, que FOMUVEL ineludiblemente debe ostentar en su estructura organizativa con la figura de control de cumplimiento normativo.

En tal sentido, se desprende de la regulación estudiada, que no está inhibido de contratar a un profesional liberal para ocupar el cargo de contralor normativo, en tanto, reúna los requisitos del artículo 20 del Reglamento citado, sin embargo, en todo caso FOMUVEL como administrador del régimen, debe garantizar que el ejercicio de esta función de monitoreo de cumplimiento normativo sea de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes”. (sic)

III. Normativa aplicable

El 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”) establece en su artículo 19 la responsabilidad de los regímenes en cuanto al control normativo. Su texto es el siguiente:

“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.”

En la misma línea las disposiciones del acuerdo del Superintendente de Pensiones SP-A-050, del 11 de junio de 2004, “*Formalidades de comunicación de responsables, recursos asignados, informes, metodologías de seguimiento y vigilancia del cumplimiento normativo de las entidades reguladas*” establecen lo siguiente:

“PRIMERO.- De la designación de Responsables del Cumplimiento Normativo

El órgano responsable de la dirección de la entidad regulada deberá designar al responsable de control del cumplimiento normativo. Este acto se deberá consignar mediante acuerdo en firme en el acta de la sesión correspondiente.

En dicho acuerdo deberá definirse la estructura administrativa que se destinará para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades del cumplimiento normativo, detallando los recursos humanos y materiales que se asignarán para ese propósito así como su ubicación jerárquica dentro de la organización. El responsable del cumplimiento normativo reportará directamente al órgano responsable de la dirección.

SEGUNDO.- De la comunicación de la designación

La entidad regulada comunicará a la Superintendencia de Pensiones, mediante nota formal de remisión del Formulario 1 anexo, la designación del responsable del cumplimiento normativo a más tardar tres días hábiles después de aprobado en firme el nombramiento. En idénticos términos deberán comunicarse los cambios en su designación”.

Por su parte, el artículo 20 del reglamento citado contiene los requisitos que deben cumplir las personas encargadas de las funciones de control de cumplimiento normativo:

“Artículo 20. Requisitos

Los encargados de las funciones establecidas en esta sección deberán conocer la normativa vigente y contar con estudios y experiencia en materia económica, financiera, bursátil o de pensiones.”

IV. Impedimento y requisitos del contralor normativo y obligaciones del órgano de dirección

De la lectura de las normas anteriores se extrae con claridad un impedimento, así como los requisitos que debe cumplir el encargado del control de cumplimiento normativo. En cuanto al impedimento, es claro que esta función no puede ser recargada en el administrador o encargados de las funciones operativas ordinarias. En cuanto a los requisitos, este contralor de conocer la normativa vigente y contar con estudios y experiencia en materia económica, financiera, bursátil o de pensiones (artículos 19 y 20 del reglamento, respectivamente).

A su vez, las normas citadas imponen obligaciones sobre el órgano de dirección del fondo a saber: la designación del responsable y la estructura administrativa para el cumplimiento del control de cumplimiento normativo, la definición de los

procedimientos, sistemas de seguimiento y alerta temprana necesarios (artículo 19 del reglamento), la designación del responsable mediante un acuerdo firme consignado en un acta con un contenido específico y finalmente la comunicación del acuerdo de nombramiento a la Superintendencia de Pensiones (disposiciones 1 y 2 del SP-A-050).

Considerando lo anterior, corresponde analizar si la contratación externa de un contralor normativo por parte de FOMUVEL, en lugar de un funcionario contratado directamente e incorporado a la planilla de la organización, se encuentra en conflicto con las disposiciones normativas citadas.

De la lectura de las normas anotadas se concluye que no hay ninguna disposición que requiera expresamente de una relación laboral entre el designado como contralor normativo y el órgano responsable de la dirección de la entidad regulada.

Sin embargo, a efectos de cumplir con la normativa analizada, el órgano de dirección debe asegurarse que el contralor normativo designado no incurra en el impedimento y cumpla con los requisitos estipulados en el reglamento, pero, adicionalmente debe estar en capacidad de cumplir con las obligaciones establecidas en el punto 1 del SP-A-050, en las cuales se incluye el siguiente contenido que debe tener el acuerdo de designación:

- Definición de la estructura administrativa que se designará para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades del cumplimiento normativo.
- Detalle de los recursos humanos y materiales que se asignarán para ese propósito.
- Ubicación jerárquica dentro de la organización del designado.

Así las cosas, es de crucial importancia analizar si aun realizando la contratación externa de un contralor normativo, FOMUVEL puede cumplir con las disposiciones sobre el contenido del acuerdo de designación.

Del contenido del SP-A-050 se desprende que el único escenario en el que FOMUVEL podría cumplir con las disposiciones allí contenidas es uno en donde se considere al contralor normativo contratado externamente como componente de la “*estructura administrativa de la organización*” y a la vez sea susceptible de tener una “*ubicación jerárquica*” dentro de la misma.

En la doctrina relacionada con la teoría de las organizaciones empresariales se desarrolla a una amplia gama de componentes dentro del concepto de organización.

Según el autor español Eduardo Bueno Campos, la estructura de una organización es “*una forma de ordenar un conjunto de relaciones entre los centros funcionales u operativos que llevan a cabo las tareas o actividades de la empresa, bien para ‘formalizar’ los flujos de autoridad, decisiones, y los niveles jerárquicos en que estas se ponen en práctica o bien para lograr la adecuada comunicación y coordinación entre los componentes de la organización, para que las funciones desarrolladas respondan al plan común que se persigue*”²

² BUENO CAMPOS, Eduardo. Introducción a la Organización de Empresas. Capítulo 4. Libro disponible en internet en la dirección electrónica de la Universidad a Distancia de Madrid: http://www.adeudima.com/?page_id=126

El mismo autor indica que las relaciones organizativas pueden clasificarse como:

“Lineales o de jerarquía. Relaciones de autoridad entre jefe y subordinado, que van configurando los distintos niveles jerárquicos de la organización.

Funcionales o de staff directivo. Relaciones funcionales entre especialistas y la línea jerárquica. No tienen autoridad directa sobre los flujos de trabajo, aunque sí son responsables y controlan los objetivos de su función.

De apoyo y de staff asesor. Relaciones de apoyo y de asesoramiento sobre la línea jerárquica, con el fin de facilitar el buen desempeño o equilibrio de los flujos de trabajo.

Así como los staffs directivos son especialistas, básicos para los objetivos de la empresa, por lo que suelen estar en plantilla (expertos en marketing, planificación, contabilidad, informática, personal, etc.), los staffs de apoyo y asesores, por su carácter complementario y periférico, pueden ser profesionales con ejercicio libre de su actividad, por lo que no están incorporados a la plantilla, caso de asesores legales y económicos, de los servicios de relaciones públicas, sociales, de mantenimiento o de restauración, etc.”³

Como se puede apreciar conceptos como “estructura de una organización” y “relaciones organizativas” como los anteriormente citados son similares al concepto de “staff asesor” o “staff de apoyo” propuesto por el consultante para ocupar el cargo de contralor normativo.

Sin perjuicio de lo anterior, al estar indefectiblemente sujeto a las disposiciones del acuerdo SP-A-050, FOMUVEL debe estructurar la eventual contratación externa de un contralor normativo de una manera en el que le sea posible acreditar el cumplimiento del contenido requerido en el acuerdo de designación.

Así las cosas el acuerdo en el que sea designado el encargado del cumplimiento normativo debe especificar, aún en el caso de una contratación externa, la definición de la estructura administrativa que se designará para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades del cumplimiento normativo, el detalle de los recursos humanos y materiales que se asignarán para ese propósito, y la ubicación jerárquica del designado dentro de la organización.

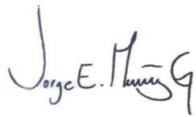
V. Conclusiones

A partir de lo expuesto esta Asesoría concluye lo siguiente:

- Las normas referentes al control de cumplimiento normativo imponen obligaciones sobre el órgano de dirección del fondo, tales como la designación del responsable y la estructura administrativa para el cumplimiento del control de cumplimiento normativo, la definición de los procedimientos, sistemas de seguimiento y alerta temprana necesarios, la designación del responsable mediante un acuerdo firme consignado en un acta con un contenido específico y, finalmente, la comunicación del acuerdo de nombramiento a la Superintendencia de Pensiones.

³ IBID

- No hay ninguna disposición que requiera expresamente de una relación laboral entre el designado como contralor normativo y el órgano responsable de la dirección de la entidad regulada.
- FOMUVEL puede contratar un contralor normativo mediante servicios profesionales como los propuestos, siempre y cuando el acuerdo en el que sea designado el encargado del cumplimiento normativo especifique la definición de la estructura administrativa que se designará para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades del cumplimiento normativo, el detalle de los recursos humanos y materiales que se asignarán para ese propósito, y la ubicación jerárquica que tendrá el designado dentro de la organización.



Realizado por:
Jorge E. Muñoz García



Revisado por:
Jenory Díaz Molina



Aprobado por:
Nelly Vargas Hernández