

7 de noviembre de 2013

PJD-22-2013

Señor
Edgar Robles Cordero
Superintendente
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

De conformidad con lo establecido en el *“Procedimiento para la tramitación ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Costarricense de proyectos de emisión o reforma de reglamentos del sistema financiero”*, aprobado por el CONASSIF en el artículo 5, paso 2, incisos d) y g) del acta de la sesión 1047-2013, celebrada el 18 de junio de 2013, esta División preparó el siguiente criterio legal en relación con el proyecto de *“Reglamento para la Gestión Integral de Riesgos en las Entidades Reguladas”*, en adelante *“Reglamento de gestión integral de riesgos”*.

I. Antecedentes

La competencia de la Superintendencia de Pensiones para supervisar el Sistema Nacional de Pensiones se encuentra expresamente definida y establecida en el artículo 33 de la Ley N° 7523, *“Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio”*, en adelante *“Régimen Privado de Pensiones Complementarias”*, que expresamente dispone:

“Artículo 33. Regulación del régimen

El Régimen de Pensiones será regulado y fiscalizado por una Superintendencia de Pensiones, como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica.

La Superintendencia de Pensiones autorizará, regulará, supervisará y fiscalizará los planes, fondos y regímenes contemplados en esta Ley, así como aquellos que le sean encomendados en virtud de otras leyes, y la actividad de las operadoras de pensiones, de los entes autorizados para administrar los fondos de capitalización laboral y de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en los actos o contratos relacionados con las disposiciones de esta Ley.”

Por su parte, la Ley de Protección al Trabajador, en el artículo 2, establece:

“(…)

f) Entidades autorizadas. Organizaciones sociales autorizadas para administrar los fondos de capitalización laboral y las operadoras de pensiones.

g) *Entidades supervisadas. Todas las entidades autorizadas, la CCSS en lo relativo al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y todas las entidades administradoras de regímenes de pensiones creados por leyes o convenciones colectivas, antes de la vigencia de esta ley.*

h) *Entidades reguladas. Entidades supervisadas, con excepción de la CCSS."*

Como puede notarse, en relación con las entidades reguladas, por expresa disposición de la ley No. 7983, se excluyó a la CCSS quien resulta, únicamente, una entidad supervisada por la SUPEN en los términos y bajo las limitaciones establecidas por el artículo 37 de la ley No. 7523, según pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-212-2010 del 19 de octubre de 2010.

Cabe señalar que la potestad de dictar reglamentos corresponde al CONASSIF, a solicitud de la Superintendencia de Pensiones, según el inciso a) del artículo 38 de la ley No. 7523, en relación con el inciso b) del artículo 171 de la ley No. 7732, *Ley Reguladora del Mercado de Valores*, conformándose el acto administrativo del dictado de la reglamentación, como un *acto complejo*, ya que, corresponde al Superintendente de Pensiones proponerla y al Consejo aprobarla. Así, el inciso a) del artículo 38 de la ley No. 7523 señala: (sic) *"Atribuciones del Superintendente. El Superintendente de Pensiones tendrá las siguientes atribuciones: a) Proponer al Consejo Nacional los reglamentos necesarios para cumplir las competencias y funciones de la Superintendencia a su cargo..."*. Por su parte, el artículo 171 de la ley No. 7732 indica: *"Artículo 171. Funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero "(...) b) Aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que conforme a la ley, deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia General de Seguros. No podrán fijarse requisitos que restrinjan indebidamente el acceso de los agentes económicos al mercado financiero, limiten la libre competencia ni incluyan condiciones discriminatorias."*

El CONASSIF en sesión 355-2003, celebrada el 11 de febrero de 2003, aprobó el Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas (publicado en La Gaceta 36 de 20 de febrero de 2003). Esta normativa contiene una estructura de gestión de riesgos que se limita a los riesgos asociados con el proceso de inversión de los recursos de los fondos administrados.

Lo anterior no resulta conteste con un modelo de supervisión basado en riesgos, el cual implica la gestión integral de todos los riesgos en los fondos administrados, y en todas las entidades reguladas. Por esta razón, y con el propósito de armonizar los lineamientos prudenciales de administración de riesgos y establecer un único marco normativo, se trasladan las disposiciones sobre el tema que se encontraban en el Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas a un nuevo reglamento denominado *"Reglamento de gestión integral de riesgos"*. De esta forma se adoptan los estándares internacionales en la materia y se contribuye al desarrollo de una cultura de administración de riesgos en los entes regulados.

II. Potestad del CONASSIF para emitir reglamentos

En lo que se refiere a la potestad reglamentaria del CONASSIF, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada y consistente, se ha manifestado en el sentido de que dicho órgano se encuentra facultado para emitir reglamentos autónomos de organización sectorial. En este sentido son de interés los votos No. 2006-017599 de las 15 horas y 6 minutos del 06 de diciembre de 2006; No. 2007-002939 de las 9 horas con 04 minutos del 02 de marzo de 2007; y No. 2010-001648 de las 14 horas con 52 minutos del 27 de enero de 2010, entre otros.

En la sentencia No. 2006-017599, la Sala Constitucional señaló sobre el tema que nos ocupa: *"...el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, fue creado según el artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores para que la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionen bajo la sola dirección de este órgano de supervisión del sistema financiero. Se trata de un órgano de dirección del sector financiero nacional (actividad de intermediación financiera realizada por los bancos, los puestos de bolsa y las operadoras de pensiones), a cuya orientación se sujeta la actividad de las Superintendencias Generales (de Entidades Financieras, de Valores y de Pensiones), al que no obstante no dotársele de ningún tipo de autonomía en particular (artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores); sí se le reconoce una potestad normativa por disposición legal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 inciso c) y 171 incisos b), j), n), ñ), y o) de la ley de referencia, según se había anotado. Se entiende que la potestad normativa de que se dota a este órgano –Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero– en virtud de mandato legal, debe ser ejercida en forma concordante con los principios y normas constitucionales enunciados anteriormente; de donde debemos entender que, está referida al ámbito de los **reglamentos autónomos o independientes**; los cuales tienen su ámbito circunscrito a la organización y funcionamiento de las dependencias administrativas (límite en razón de la materia); y aún (sic) cuando no están subordinados a la ley, deben respetar el orden jerárquico; y, como se había indicado, no puedan afectar o regular el ejercicio de derechos fundamentales. Es así como el ejercicio de la potestad normativa que la ley otorga al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero- debe de adecuarse a ese ámbito demarcado previamente por el Derecho de la Constitución. En consecuencia, resulta absolutamente legítimo estimar que este órgano pueda dictar las regulaciones que estime pertinentes, se reitera, en tanto se circunscriban al ámbito administrativo, esto es, para ordenar la organización interna de ese despacho (reglamento autónomo de organización y funcionamiento) y para ordenar el servicio y función pública que realiza (reglamento de servicio). Así, puede legítimamente aprobar regulaciones derivadas de las relaciones de sujeción especial que se originan en la actividad financiera, la cual se concreta entre las Superintendencias Generales (de Entidades Financieras, de Valores y de Pensiones) y las entidades, públicas y privadas que se dedican a esta actividad (entes fiscalizados), esto es, los bancos, los puestos de bolsa, y las operadoras de pensiones, en tanto requieren de una autorización de parte de la Administración para poder dedicarse a esta actividad. Lo anterior, por cuanto el agente económico que participa en los mercados financieros (sea valores, pensiones o bancario), no es un agente comercial común y corriente, pues su actuación incide directamente en la estabilidad económica del país y ello a su vez se refleja en la situación política y social del mismo."* (El destacado no es del original).

Por otra parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución 001000-F-S1-2010 de las 9 horas con 35 minutos del 26 de agosto de 2010, se ha referido también a las potestades de regulación del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, como sigue:

*"La segunda tipología de reglamentos es la de los **autónomos**, los cuales tienen por objeto regular la organización de las dependencias administrativas, en cuyo caso se denominan **"autónomos de organización"**, o bien, el funcionamiento de los servicios que presta, referidos en forma genérica como **"autónomos de servicio"**. Estos pueden dimanar tanto de la Administración Central como a la descentralizada. En el caso de la primera, en virtud del texto expreso contenido en el inciso 18) del artículo 140 constitucional, y para la segunda, como una derivación lógica y necesaria de la potestad de auto-organización implícita en el grado de autonomía que les es otorgada al momento de su creación. Ahora bien, a pesar de que esta es la distinción que, tradicionalmente, se ha admitido en materia reglamentaria, la realidad impone un replanteamiento de esta distinción tradicional. Esto por cuanto el legislador, cada vez con mayor frecuencia, confiere la obligación de reglamentar una ley a un ente público descentralizado tomando en consideración su competencia específica y su especialidad según la materia, lo que viene a cuestionar y resquebrajar la categorización antes realizada. En estos supuestos, no puede afirmarse que se trate de reglamentos autónomos, por cuanto su objeto es, la más de las veces, precisar los alcances de los preceptos normativos incorporados en la ley. Pero tampoco pueden asimilarse con los ejecutivos, a pesar de que concurra una identidad en cuanto a la materia que desarrollan, toda vez que no son emitidos en el ejercicio de la facultad constitucional de reglamentar las leyes, característica propia de este tipo de reglamentos, según lo ya explicado. Esto hace que estos cuerpos normativos infralegales adquieran contornos propios, reconocidos a nivel doctrinal, que a su vez vienen a fijar su principal característica definitoria, cual es, que **su ejercicio depende del precepto legal en que se disponga la habilitación incorporada en el cuerpo legal. Dicho de otra manera, como consecuencia del principio de legalidad, la materia que puede ser desarrollada por estas normas es, únicamente, aquella para la cual el legislador le facultó en forma expresa, mediante la asignación de una competencia específica. En esto se diferencian, de manera radical, del reglamento ejecutivo, el cual puede abarcar la totalidad de la regulación contenida en la ley. Así, en tanto en el primer caso la habilitación es específica y derivada, en el segundo es genérica y autónoma, según se indicó. Por ello, la administración descentralizada u órgano adscrito a esta, al que se le asigne esta competencia –la de reglamentar–, únicamente podrá normar aquello para lo cual fue expresamente autorizado en la ley, sometido a las reglas contenidas en la LGAP sobre competencia (artículos 59 y concordantes). Lo anterior, claro está, constituye un límite adicional y particular que se debe agregar a aquellos que comparte con las otras categorías reglamentarias, y que se encuentran regulados, principalmente, en los artículos 19 y 124 de la LGAP. En virtud de estos preceptos, los derechos fundamentales no pueden ser objeto de desarrollo a nivel infralegal. Tampoco es factible la imposición de penas, multas, tasas, exacciones o cargas similares, ni puede suplir la ausencia de ley en aquellas materias en donde exista una reserva, relativa o absoluta, a favor de una norma de ese rango. Finalmente, es importante referirse al engarce de lo expuesto hasta este punto con el texto constitucional. Ciertamente la Constitución Política no reconoce una potestad reglamentaria a los entes públicos menores. Sin embargo, tampoco les prohíbe en forma refleja de actuar esta competencia, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad, y por ende, la respectiva habilitación. En este sentido, debe observarse que el tantas veces citado artículo 140, al regular esta potestad dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo,***

*no aclara que esta le corresponda a título exclusivo, como si lo hace en otros supuestos (v.gr. cardinales 121 y 139 de la Carta Magna). No se trata de admitir una transferencia de competencias constitucionales, lo cual es a todas luces improcedente. Empero, debe reconocerse que se trata de competencias distintas, en la medida en que, la de emitir reglamentos ejecutivos es genérica y autónoma y la que acá se comenta es específica y derivada. Además, debe añadirse que, **por virtud del canon 6 de la LGAP, existe una diferencia jerárquica entre ambos, en donde prevalecen los primeros, todo lo cual viene a confirmar que se trata de figuras jurídicas perfectamente diferenciables desde el plano jurídico. La anterior precisión lleva a afirmar que no se trata de una transferencia, en la medida en que la habilitación realizada a favor de un ente descentralizado en nada enerva la potestad constitucional propia del Poder Ejecutivo, por lo que ambos pueden regular un mismo cuerpo normativo, con la diferencia jerárquica ya apuntada**". (El destacado no es del original).*

En relación con la competencia del CONASSIF, la citada resolución señala que la legislación ha delegado en el CONASSIF "... *la regulación de la actividad financiera, otorgándole la competencia específica de emitir reglamentos que imponen la creación, modificación o supresión de situaciones jurídicas de los sujetos fiscalizados, o bien, el desarrollo de un texto legal. En estos casos, se trata de una habilitación legal específica, en los términos consignados en el considerando anterior, que constituye el límite competencial del CONASSIF, siendo que, como se dijo, no se trata de una potestad autónoma y genérica, sino derivada y específica. En suma, según se colige del marco general expuesto, **resulta necesario determinar, en cada caso concreto, si el contenido material de la norma atañe o no al servicio que prestan las superintendencias, o si por el contrario, constituyen normas jurídicas destinadas a regular la actividad de un tercero fuera de la relación jurídica de servicio que los vincula, a efectos de determinar el tipo de reglamento que se trata, y por ende, su régimen jurídico...mediante un reglamento autónomo de servicio se puede normar la forma en que la Administración presta el servicio y los parámetros bajo los cuales se debe desenvolver su relación prestacional con el usuario, más no una actividad privada, desarrollada por terceros, al margen de si converge un interés público en su prestación**" (El destacado es nuestro).*

Como se puede observar, a diferencia de la Sala Constitucional la Sala I ve la facultad del CONASSIF de emitir reglamentos como una delegación legislativa, no como reglamentos autónomos de servicio. Ahora bien, y sin perjuicio de las dudas que se puedan suscitar en relación con el alcance de los resuelto por la Sala I, para efectos de este análisis interesa tener presentes los siguientes límites al ejercicio de la potestad reglamentaria mencionados en el resolución 001000-F-S1-2010: la jerarquía de las normas prevista en el artículo 6 de la *Ley General de la Administración Pública*; la imposibilidad de reglamentar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política; la imposibilidad de imponer cargas, sanciones o exacciones; y, la imposibilidad de regular a terceros no fiscalizados o supervisados por las superintendencias.

Por otro lado, y además de las limitaciones ya comentadas, es importante tener presente que la Sala Constitucional ha establecido limitaciones que afectan la potestad reglamentaria, derivadas del *debido proceso sustancial o material*. Así, por medio de la resolución N° 2012-005973, de las dieciséis horas y diez minutos del nueve de mayo del dos mil doce, la Sala Constitucional señaló,

en relación con la razonabilidad de las leyes, mutatis mutandis, y de las normas reglamentarias, lo que sigue:

“... la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada ‘razonabilidad técnica’ dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de ‘razonabilidad técnica’ hay que analizar la ‘razonabilidad jurídica’. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable (en similar sentido pueden consultarse las sentencias números 1738-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos y 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho). La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la ‘razonabilidad’ al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que ‘...La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea ‘exigible’ al individuo...” (Sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). (El destacado no es del original).

Sobre los lineamientos dados tanto por la Sala Constitucional como por la Sala I se volverá más adelante al momento de analizar el proyecto de “Reglamento de gestión integral de riesgos”.

III. Mejores prácticas internacionales sobre el proceso integral de gestión del riesgo.

En materia de gestión de riesgos, la tendencia actual implica la adopción de un modelo de supervisión que contemple la gestión integral de riesgos. Esto implica para las entidades

reguladas la necesidad de contar con una estructura organizacional que les permita definir, administrar y controlar todos los riesgos pertinentes derivados del desarrollo de sus actividades.

Desde el punto de vista de la experiencia y práctica internacional en materia de supervisión de entidades financieras y fondos de pensiones, destacan en esta línea los principios de supervisión emanados del Comité de Basilea y de la Organización Internacional de Supervisores de Pensiones (IOPS por sus siglas en inglés), los cuales parten de la idea que, para lograr una supervisión eficaz, el supervisor debe determinar que la entidad regulada cuenta con un proceso integral de gestión del riesgo, que incluye una eficaz vigilancia por parte de su órgano de dirección y la alta dirección para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar oportunamente todos los riesgos significativos.

En concreto estos principios señalan:

- **Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva, publicados por el Comité de Basilea, setiembre de 2012.**

Interesa en este caso el principio básico 15, según el cual:

“Principio 15 – Proceso de gestión del riesgo: El supervisor determina que los bancos cuentan con un proceso integral de gestión del riesgo (que incluye una eficaz vigilancia por parte del Consejo y la alta dirección) para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar oportunamente todos los riesgos significativos”.

En el criterio esencial 1 de dicho principio, expresamente se señala:

“Criterios esenciales

1. El supervisor determina que el banco cuenta con adecuadas estrategias de gestión del riesgo que han sido aprobadas por el Consejo y que éste establece un apropiado nivel de apetito por el riesgo al objeto de definir el riesgo que el banco está dispuesto a asumir o tolerar. El supervisor determina asimismo que el Consejo garantiza que:

(a) existe una sólida cultura de gestión del riesgo en todo el banco;

(b) se han desarrollado políticas y procesos para la asunción de riesgos, acordes con la estrategia de gestión del riesgo y el nivel establecido de apetito por el riesgo;

(c) se tiene constancia de las incertidumbres asociadas a la medición del riesgo;

(d) se establecen límites adecuados acordes con el apetito por el riesgo, el perfil de riesgo y la solidez del capital del banco, que se comunican periódicamente al personal pertinente y que éste los comprende; y

(e) la alta dirección adopta las medidas necesarias para vigilar y controlar cualquier riesgo significativo de conformidad con las estrategias aprobadas y el apetito por el riesgo establecido...”

Por otro lado, a continuación se extraen algunas recomendaciones sobre la materia:

- Cada institución debe conocer los riesgos que enfrenta, administrarlos adecuadamente, incentivando de esta manera una cultura de gestión de riesgos acorde a su particular naturaleza y contexto.
 - Comunicación fluida de la información a todos los niveles pertinentes de la organización.
 - Adecuada separación de funciones.
 - Definición de los deberes y responsabilidades de cada funcionario.
 - Personal capacitado para efectuar reemplazos en actividades claves de la organización.
 - Criterios de prevención, gestión y superación de conflictos de interés.
 - Aprobar las políticas generales de aceptación de riesgos, integridad, valores éticos y creación de ambientes de control.
 - Revisar periódicamente las políticas y los procedimientos de gestión de riesgos y su cumplimiento.
 - Poner en práctica las políticas y procedimientos para la gestión de riesgos aprobadas por el directorio.
 - Facilitar la implantación de una cultura de gestión de riesgos según lo defina el directorio.
 - Gestionar los riesgos que afectan a la entidad regulada y los fondos administrados.
 - Adoptar las medidas para que los empleados de la entidad comprendan sus responsabilidades en relación a la gestión de riesgos.
 - Llevar a cabo procesos formales de planificación estratégica.
 - Fijación de una estrategia de riesgos, que comprenderá objetivos, principios, asignación de competencias y que será consistente con la estrategia de la entidad.
 - Se exigirán políticas escritas sobre: definición de riesgos, clasificación, límites aceptables, mecanismos de control.
 - Procesos y procedimientos adecuados para identificar, medir, gestionar, controlar e informar sobre los riesgos a los que se expone la entidad.
 - Apropriados procedimientos de comunicación e información a los niveles superiores.
- **Principios para la Supervisión de Fondos Privados de Pensiones, adoptados por la IOPS en el 2010.**

En relación con la supervisión de las pensiones, el principio 5 de la IOPS expresamente señala:

“Las autoridades de supervisión de pensiones deberían adoptar un enfoque basado en el riesgo.

5.1 Con el fin de utilizar sus recursos de manera eficiente, las autoridades de supervisión de pensiones deberían adoptar un enfoque basado en el riesgo, y establecer una metodología de evaluación de riesgos adecuada.

...5.4 Es necesario un marco legal que permita la discreción adecuada en términos de interpretación y ejercicio de las competencias de supervisión, que también debe proporcionar a las autoridades de supervisión de pensiones con las facultades necesarias para adoptar un enfoque basado en el riesgo”.

Es claro entonces el enfoque de supervisión basado en riesgo que deberían adoptar las autoridades de supervisión de pensiones.

Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OECD) y la IOPS adoptaron unas buenas prácticas para la administración del riesgo de los fondos de pensiones en enero de 2011. De interés para este criterio resulta la número 2, la cual señala¹ lo siguiente en relación con la vigilancia y cultura de la Administración:

“2.1 La Junta Directiva del fondo de pensión o plan debe ser responsable de definir, implementar y mejorar el fondo de pensiones o el sistema de gestión de riesgo del plan y para el establecimiento de un estándar muy ético en toda la organización.

2.2 La Junta Directiva de un fondo de pensiones o plan debe determinar y revisar regularmente su estrategia general de gestión de riesgo. Este proceso implica comprender los riesgos que corre; establecer niveles aceptables de riesgo; y esbozar cómo serán medidos, monitoreados y controlados estos riesgos.

2.3 Para evaluar los riesgos que siguen siendo efectivos, el Consejo necesita con frecuencia evaluar y registrar los riesgos que afectan el logro de sus objetivos y reaccionar a las cambiantes circunstancias y condiciones.

2.4 Además de establecer el sistema de gestión de riesgo, la Junta Directiva debe comprobar que éste funciona eficazmente y que hay un proceso que permita modificar o adaptar la estrategia según sea necesario.

2.5 La estrategia de gestión de riesgo debe ser documentada, comunicada a todos los miembros del personal pertinente y seguida.

2.6 Debe existir una clara división de responsabilidades dentro de la organización. La toma de decisiones, ejecución y comprobación de las funciones deben asignarse a diferentes personas, así como tener la supervisión adecuada. La división de responsabilidades debe reflejar la naturaleza y magnitud de los riesgos.

2.7 Es responsabilidad de la Junta de gobierno desarrollar una cultura de fuerte control interno dentro de su organización, para lo cual es necesario el establecimiento de sistemas para la adecuada comunicación de información entre los niveles de gestión.

2.8 Una política de conflictos de interés (incluidos los procedimientos de revisión e información a revelar) y un código de conducta política para todo el personal debe ser también desarrollada.

¹ Traducción libre tomada del documento “OECD/IOPS Good Practices for pension funds’ risk management systems”, <http://www.oecd.org/site/iops/principlesandguidelines/46864307.pdf>

2.9 Las políticas y prácticas (incluyendo compensación) que inadvertidamente pueden proporcionar incentivos o tentaciones para actividades inadecuadas deben evitarse”.

A partir de estas mejores prácticas, y con fundamento en lo dispuesto en el inciso f) del artículo 38 de la Ley Número 7523, “Régimen Privado de Pensiones Complementarias”, la Superintendencia de Pensiones elaboró la propuesta normativa que se analiza en el presente documento, de forma tal que se amplía el objetivo del marco organizacional para la gestión de riesgos con que cuentan las entidades reguladas, y se promueva el compromiso integral del regulado con la gestión integral de riesgos.

IV. Análisis del “Reglamento de gestión integral de riesgos” en concreto

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, resulta relevante formular los siguientes comentarios en relación con el “Reglamento de gestión integral de riesgos” propuesto:

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero se encuentra facultado para emitir reglamentos, en este caso para las “entidades reguladas”, según las definiciones del artículo 2 de la *Ley de Protección al Trabajador*, en forma de reglamentos autónomos de servicio, según reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional en este sentido o, según la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, por delegación legislativa de reglamentar las entidades sujetas su fiscalización y supervisión, con exclusión del Régimen de IVM administrado por la CCSS, es decir, a las “entidades reguladas”.

En el caso concreto del “Reglamento de gestión integral de riesgos”, este es un reglamento dirigido a las “entidades reguladas” por la Superintendencia de Pensiones, tendiente a establecer la obligación, a cargo de aquellas, de realizar una administración de integral riesgos, orientada a generar un cultura y práctica de alto nivel técnico, y totalmente alineada con su plan estratégico, la visión que la entidad tenga respecto de ella misma, de la gestión de los fondos administrados y de la concesión y pago de los beneficios.

Es criterio de esta asesoría que dicho reglamento encuentra su fundamento en el artículo 1 de la Ley de Protección al Trabajador, por ser la gestión integral de riesgos un elemento fundamental para el establecimiento de un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con miras a garantizar que éstos reciban la pensión conforme a sus derechos. En este sentido, no se observa que exista limitación alguna para su dictado, más bien, la necesidad de emitir esta normativa se origina no sólo en la disposición legal mencionada, sino también en la práctica internacional referida en el apartado anterior.

Por otro lado, en el apartado II de este dictamen se hizo referencia a las limitaciones definidas por la jurisprudencia en relación con la emisión de normas reglamentarias. De seguido se analizarán

cada uno de los puntos señalados, para determinar si el “*Reglamento de gestión integral de riesgos*” propuesto se ajusta en este sentido:

- i. A través de los reglamentos dictados por el CONASSIF no pueden establecerse penas, multas, tasas, exacciones o cargas similares.

El “*Reglamento de gestión integral de riesgos*” no establece penas, multas, tasas, exacciones o cargas similares.

- ii. El reglamento no puede suplir la ausencia o laguna donde exista reserva de ley, relativa o absoluta.

En nuestra opinión, el reglamento objeto de este análisis no suple la ausencia o laguna de ninguna disposición de rango legal en donde, la materia que constituye su objeto, esté sujeta a una reserva absoluta o relativa.

Nótese que lo que el reglamento establece son una serie de disposiciones que obligan a las entidades reguladas a realizar sus actividades mediante la gestión de los riesgos que éstas generan, sea, la administración de los recursos propiedad de terceros, la cual les ha sido confiada para el otorgamiento de sus pensiones y jubilaciones. Por otro lado, tal y como se señaló con anterioridad, esta propuesta reglamentaria resulta conteste con el artículo 1 de la Ley de Protección al Trabajador, por ser la gestión integral de riesgos un elemento fundamental para el establecimiento de un sistema de control de la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con miras a garantizar que éstos reciban la pensión conforme a sus derechos.

- iii. De conformidad con el artículo 19 de la *Ley General de la Administración Pública*, el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la ley, quedando los reglamentos autónomos prohibidos en esta materia.

Podría considerarse que, de alguna manera, el “*Reglamento de gestión integral de riesgos*”, regula la forma en que las entidades, en este punto las privadas, realizan o desarrollan su actividad empresarial, situación que podría conducir a la errónea conclusión de que, dicha regulación, está reservada a la ley, en sentido formal. Decimos que de forma errónea porque el reglamento no limita de ninguna forma el ejercicio de la libertad de empresa, en este caso, la de administración de fondos de pensiones, sino que procura que esta administración sea técnica y prudente, considerando las obligaciones fiduciarias que las operadoras de pensiones y de capitalización laboral adquieren con los afiliados en la administración de sus recursos, así como de las mejores prácticas de la industria a nivel internacional.

El reglamento no pretende que las operadoras de pensiones y de capitalización laboral no incurran en riesgos, situación que, de pretenderse en forma regulatoria lo viciaría, en forma clara, en cuanto al fin, considerando que no existe actividad humana en donde el riesgo no se encuentre presente (un fin imposible), sino que, más bien, el mismo sea identificado, medido y mitigado de forma técnica.

Debe recordarse que, dado que la actividad que realizan las operadoras, no es una actividad ordinaria, por ello se encuentran sujetas a un control especialmente intenso, control que las vincula de forma permanente con la Superintendencia de Pensiones, quedando, dada estas dos características (intensidad y permanencia en el tiempo de la relación con el supervisor), a una relación de las denominadas en el derecho administrativo, “de sujeción especial”.

Desde 1994, con motivo del cuestionamiento que entonces se hiciera, por parte de la Cámara Costarricense de Emisores de Títulos Valores de las calificadoras de riesgo y de la obligación de los emisores de calificar sus emisiones, la Sala Constitucional se pronunció en relación con la libertad de empresa, cuya reglamentación está reservada a la ley (artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública) y la exigencia de la calificación de riesgo, como una garantía de información para los inversionistas, señalando: “...Se dice en el amparo, además, que la clasificación de riesgo limita el pleno ejercicio de la libertad de comercio, porque le impone restricciones y cita en su respaldo la sentencia de esta Sala, No. 1195-91 de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991, como jurisprudencia aplicable. En torno a este punto es importante distinguir entre dos aspectos: la posibilidad de reglamentar y limitar la libertad empresarial, por un lado y por el otro, el fin que persigue la clasificación de riesgo. Es cierto que la Sala, reiteradamente, ha sostenido que el régimen de la libertad empresarial, como parte de derechos fundamentales, no puede ser restringido por la vía reglamentaria, por estar reservada esa materia a la ley. Pero en el presente asunto no es la reglamentación la que establece la restricción de esa libertad, sino la propia ley, como lo reconoce el mismo recurrente **y porque la Comisión Nacional de Valores está dotada, a no dudar, de poderes implícitos de regulación, como lo sostiene la recurrida.** Es decir, si la Ley le ha conferido a la Comisión Nacional de Valores procurar el desarrollo del mercado de valores, con el fin de fortalecer el mercado de capitales y contribuir a alcanzar el objetivo de promover el desarrollo económico y social del país, a la vez que le corresponde, en los términos de su ley y reglamentos, regular, fiscalizar y vigilar la observancia de esos ordenamientos (artículo 6 de la Ley), **deben entenderse que en esas funciones están incluidas las posibilidades de actuación y regulación, en la medida que el resultado de ellas sean razonables y proporcionadas a los principios y valores constitucionales.** En el presente asunto, en el que se cuestiona una clasificación de riesgo, no se ha demostrado que esos límites de constitucionalidad hayan sido rebasados, por lo que el amparo, desde esta perspectiva, también resulta improcedente. Además, que **a juicio de la Sala, existe una adecuada proporcionalidad entre el sistema cuestionado en el amparo y la causa final que se persigue, es decir, la protección de los intereses de los inversionistas y desde luego, el del sistema financiero del país, del que es parte importante el Mercado de Valores.** Y si nuestra economía requiere atraer inversión extranjera y

promover la local, a los efectos de impulsar su desarrollo integral, es un deber del sistema brindarle la mayor cantidad de información confiable al particular, para que pueda, libremente, colocar sus ahorros según le convenga. Desde el punto de vista de la causa final del Mercado de Valores, no considera la Sala que la clasificación de riesgo, exceda o rebase esos parámetros de constitucionalidad. Y por todo lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso, como en efecto se dispone.” (Resolución No 2092-94 de las once horas dieciocho minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y cuatro). El destacado no es del original.

- iv. No pueden reglamentarse actividades privadas realizadas por terceros no sujetos a relaciones de sujeción especial con la SUPEN.

El reglamento solo pretende regular a las “*entidades reguladas*”, las cuales, como vimos atrás, mantienen con respecto de la SUPEN, una relación de sujeción especial.

En relación con la integración de los comités, concretamente, con respecto a los miembros externos, el reglamento no les impone ninguna pena, multa, tasa, exacción o cargas similares.

- v. Debe respetarse la jerarquía de las normas, según el artículo 6 de este último cuerpo normativo, de manera que las disposiciones reglamentarias no contravengan normas de mayor rango como resultan ser los tratados internacionales, la Constitución Política y las leyes (en sentido formal).

El reglamento no transgrede ninguna norma de rango legal, tratado o norma Constitucional, de forma que, desde este punto de vista pueda cuestionarse su ilegalidad.

- vi. Las disposiciones reglamentarias deben ser razonables: Estas deben ser técnica y jurídicamente razonables.

En relación con la primera debe establecerse que, en este caso, el reglamento es adecuado para regular la materia y que los medios contenidos en él son proporcionales a los fines que persigue. En relación con la segunda, la *razonabilidad jurídica*, debe examinarse la *razonabilidad ponderativa*, la *razonabilidad de igualdad* y la *razonabilidad en el fin*.

Analizado el “*Reglamento de gestión integral de riesgos*” desde el punto de vista del principio de libertad y de justicia establecido en derecho de la Constitución, de donde se deriva el *debido proceso sustancial*, encontramos que las disposiciones bajo análisis no lo contrarían. Así, desde el punto de vista de la *razonabilidad técnica*, el Reglamento, como ya se analizó atrás, resulta instrumentalmente adecuado para establecer, a cargo de las entidades reguladas por la Superintendencia de Pensiones, la obligación de gestionar el

riesgo en que incurren con motivo de la administración de los fondos de pensiones. Además, resulta proporcionado con relación al fin que persigue: la identificación, medición y control de dichos riesgos. Sea, el medio empleado (el reglamento y sus disposiciones concretas), no resulta desproporcionado para conseguir estos fines.

En cuanto a la estructura para la administración integral de riesgos que se propone, es importante señalar que el “*Reglamento de inversiones de las entidades reguladas*”, actualmente vigente, establece la obligación de que estas últimas cuenten con comités de inversión, riesgos y de unidades de administración integral de riesgos, no obstante, lo cierto del caso que estas disposiciones se circunscriben al proceso de inversión de los recursos, sin que se evalúen otros riesgos relevantes como resultan ser los riesgos estratégico, operativo, legal, crédito, liquidez, mercado, gobierno corporativo, tecnologías de la información y sistémico, tratándose de regímenes de capitalización colectiva, el riesgo de solvencia. Apegándose a la mejor práctica internacional, la propuesta normativa que se analiza amplía las competencias de estos órganos, y la circunscribe a la naturaleza, escala y complejidad de las operaciones de la entidad regulada, con lo cual se apega a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen en la materia.

Ahora bien, podría pensarse que una opción menos gravosa para perseguir el mismo fin es el establecimiento de la obligación de las entidades de autorregularse. No obstante, la experiencia producto de la última crisis financiera global ha demostrado su insuficiencia al asumir, los intermediarios financieros, riesgos de crédito alejados de las buenas prácticas y de la prudencia, y, de parte de los banqueros de inversión, el traslado de estos mismos riesgos, mediante su “*securitización*” a los inversionistas.

Los riesgos asumidos por los administradores de los fondos resultan *ponderativamente* razonables en relación con los medios para la identificación, medición y control del riesgo en que incurren las entidades reguladas y no establecen ninguna desigualdad (*razonabilidad de igualdad*) entre la misma categoría de entidades reguladas (entidades reguladas entre sí, regímenes básicos entre sí -con exclusión del régimen de IVM administrado por la CCSS- o los fondos credos por leyes especiales o convenciones colectivas entre sí, partiendo de que jurídicamente, la igualdad es entre iguales).

Como ya se analizó también, en el reglamento y en su parte considerativa, hay congruencia entre el motivo y el contenido respecto del fin, con lo cual la regulación resulta teleológicamente razonable, sin que ninguno de los tres elementos del acto (motivo, contenido y fin) sean discordantes con el ordenamiento jurídico.

Página N° 15
PJD-22-2013

V. Conclusión

De acuerdo con lo anteriormente indicado, no existe obstáculo para que el “*Reglamento de gestión integral del riesgo*” sea aprobado por el CONASSIF, ni por ende disposición alguna, contenida en él, que pueda lesionar el ordenamiento jurídico vigente.

Atentamente,



Elaborado por:
Giselle Vargas Berrocal



Revisado por:
Jenory Díaz Molina



Autorizado por:
Nelly Vargas Hernández

División de Asesoría Jurídica