

19 de marzo de 2015

PJD-05-2015

Señora
Patricia Abarca Rodríguez
Directora
División de regímenes de capitalización individual

Estimada señora:

En atención a su solicitud, recibida el 6 de febrero de 2015, para analizar aspectos relacionados con el proyecto Modelo de supervisión basado en riesgo (MSBR), en el cual se propone una nueva metodología de evaluación, que involucra eventuales modificaciones a la regulación sobre el capital mínimo de funcionamiento y al Reglamento para la calificación de la situación financiera de las entidades, la División Jurídica emite el siguiente criterio:

I. Consulta

En concreto, se requirió a la División Jurídica referirse a lo siguiente:

El artículo 37 de la LPT establece que:

*“Adicionalmente, la operadora deberá disponer de un capital mínimo de funcionamiento **equivalente a un porcentaje de los fondos administrados**. Para el caso de las cooperativas y las asociaciones solidaristas referidas en el Artículo 30 de la presente Ley, el capital mínimo de funcionamiento aquí establecido será conformado como una reserva especial de patrimonio. Para determinar este porcentaje, el Superintendente tomará en cuenta el valor de los fondos, **los riesgos de manejo en que pueda incurrir la operadora** y la situación económica tanto del país como del sector pensiones; todo de conformidad con el reglamento respectivo.” (El destacado no corresponde al original)*

Sobre el contenido de esta cita, interesa establecer qué tipo de riesgos están incluidos en el concepto “riesgos de manejo en que pueda incurrir la operadora”.

Sobre esto, en las actuales disposiciones contenidas en el Reglamento de Apertura y Funcionamiento, en el apartado de Suficiencia patrimonial” se vincula el requerimiento de capital mínimo de funcionamiento con el riesgo operativo en la gestión de los fondos administrados y se consideran los requerimientos por riesgo de crédito y de mercado, pero estos dos últimos referidos a las inversiones propias de la operadora, no las de los fondos administrados.

Siendo que el proyecto MSBR está desarrollando una metodología de evaluación de los riesgos de gobierno corporativo, operativo, TI, inversiones y disciplina de

PJD-05-2015

Página No.2

mercado interesa valorar la factibilidad legal de que todos estos riesgos puedan ser considerados en la determinación del porcentaje del valor de los fondos administrados que las operadoras de pensiones deben mantener como capital mínimo de funcionamiento (CMF).

Además de lo anterior, interesa que se consideren en la normativa la interpretación sobre los eventuales usos que las entidades autorizadas pueden hacer de CMF y si es posible regular estos usos así como los plazos y condiciones para la reposición del CMF, una vez ha sido utilizado.

Adicionalmente, favor valorar si SUPEN cuenta con facultades para regular el destino de los recursos que respaldan el CMF, si puede establecer que solo pueden estar representados en inversiones y si le es posible disponer restricciones a esas inversiones, como por ejemplo, que no puedan ser invertidas en entidades del grupo.

Otro aspecto de esta consulta es lo relacionado con los planes de acción y su consideración en la calificación de riesgos de las entidades reguladas. En el actual RCSF se establece que el incumplimiento de los planes de acción llevaría a la entidad regulada ubicada en un grado de normalidad III a una irregularidad grado I y de irregularidades grado I a grado II y de esta última a grado III.

Sobre este particular, la consulta es si es posible incorporar el incumplimiento de todos los planes de acción, no solo los requeridos por RCSF, en la metodología de calificación de los riesgos ya anteriormente mencionados, como un elemento para determinar la normalidad o irregularidad y también, para determinar el requerimiento de CMF.

II. Antecedentes

Esta División Jurídica ha emitido varios criterios relacionados con este tema, concluyendo que existen las competencias legales para ejercer la supervisión bajo un modelo basado en riesgos. Por ejemplo, en relación con los sujetos supervisados por la División de Regímenes de Capitalización Individual, la División apuntó lo siguiente:

De esta forma, la SUPEN pasa a ser la principal protagonista en materia de autorización y regulación de los regímenes que brindan protección ante invalidez, vejez y muerte, en la supervisión de tales sistemas, de la recaudación y administración de los recursos, de la implementación de los sistemas de control necesarios para asegurar su correcta gestión y de la concesión de los beneficios a los trabajadores. Por lo anterior, la SUPEN puede, válidamente, establecer los requisitos para la medición y administración de los riesgos en la gestión de las

PJD-05-2015

Página No.3

entidades autorizadas, que es, precisamente, el objetivo fijado en la normativa propuesta” (criterio del 25 de abril de 2003)¹.

En ese mismo sentido, respecto a los supervisados por la División de Capitalización Colectiva, esta División señaló que *“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 (PDJ-018-2006)².*

Recientemente, y con motivo de este mismo proyecto, la División Jurídica se pronunció respecto a su aplicación no solo a la gestión que realicen los supervisados sino en el ejercicio mismo de sus labores de supervisión, en los siguientes términos:

A partir del inciso f) del artículo 1 de la Ley N° 7983, se puede derivar con mayor claridad el objetivo de supervisión que debe perseguir la Supen, a saber: establecer un sistema de control para la correcta administración de los recursos de los trabajadores, con el fin de que estos reciban la pensión conforme a sus derechos adquiridos. Esta norma puede servir de base para definir cuáles riesgos requieren más atención y los resultados que debe tratar de lograr al enfrentarlos. (Requerimientos legales para la supervisión basada en riesgo: el caso de Costa Rica, mayo 2012).

En ese mismo sentido en el **PJD-03-2013**, la División señaló:

Desde esta óptica, el objetivo del modelo, a saber: “Promover que las entidades supervisadas identifiquen y gestionen los riesgos basadas en criterios prudenciales con el fin de proteger los intereses de los afiliados y beneficiarios” coincide plenamente con el objetivo establecido en la Ley de Protección al Trabajador y sus componentes se enmarcan dentro de esas amplias facultades que el legislador le otorgó a la Superintendencia en el cumplimiento de sus fines.

¹ El criterio se emitió con motivo de la propuesta de Proyecto de “Normativa Prudencial para Entidades Autorizadas”, propuesto por el antiguo Departamento de Estudios Especiales y Valoración de Riesgo de esta Superintendencia, en el 2003.

² Viabilidad legal del proyecto "Modelo de Calificación de Regímenes Colectivos" del 2006.

PJD-05-2015

Página No.4

III. Respetto al capital mínimo de funcionamiento

En relación con este tema se consulta:

¿Qué tipo de riesgos están incluidos en el concepto “riesgos de manejo en que pueda incurrir la operadora”?

Siendo que el proyecto MSBR está desarrollando una metodología de evaluación de los riesgos de gobierno corporativo, operativo, TI, inversiones y disciplina de mercado interesa valorar la factibilidad legal de que todos estos riesgos puedan ser considerados en la determinación del porcentaje del valor de los fondos administrados que las operadoras de pensiones deben mantener como capital mínimo de funcionamiento (CMF)

[...] eventuales usos que las entidades autorizadas pueden hacer de CMF y si es posible regular estos usos así como los plazos y condiciones para la reposición del CMF, una vez ha sido utilizado.

Para responder estas interrogantes, es necesario revisar la legislación que actualmente se encuentra en vigencia. Al respecto, la Ley de Protección al Trabajador establece, en su artículo 37, lo siguiente en relación con la existencia de un capital mínimo de funcionamiento:

Artículo 37. Capital mínimo de constitución y de funcionamiento

El capital mínimo necesario para la constitución de una operadora no podrá ser inferior a doscientos cincuenta millones de colones (¢250.000.000,00). Este monto deberá ser ajustado cada año por el Superintendente, de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumidor. El capital mínimo deberá estar íntegramente suscrito y pagado, así como demostrado su aporte real en el momento de la autorización. Para el caso de las operadoras de fondos de capitalización laboral establecidas en el Artículo 74 de la presente Ley y las creadas por sindicatos, el capital mínimo será un diez por ciento (10%) del establecido para las operadoras de pensiones.

*Adicionalmente, la operadora deberá disponer de un **capital mínimo de funcionamiento equivalente a un porcentaje de los fondos administrados**. Para el caso de las cooperativas y las asociaciones solidaristas referidas en el Artículo 30 de la presente Ley, el capital mínimo de funcionamiento aquí establecido será conformado como una reserva especial de patrimonio. **Para determinar este porcentaje, el Superintendente tomará en cuenta el valor de los fondos, los riesgos de manejo en que pueda incurrir la operadora y la situación económica tanto del país como del sector pensiones; todo de conformidad con el reglamento respectivo.** [El subrayado no es del original].*

PJD-05-2015

Página No.5

Por su parte, el Reglamento sobre la apertura y funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario previstos en la Ley de Protección al Trabajador (en adelante RAF), dispone:

Artículo 48. Cálculo y Requerimiento del Riesgo Operativo

Se establece como requerimiento de riesgo operativo el máximo valor observado del capital mínimo de funcionamiento durante los últimos treinta días naturales a la fecha de cálculo.

El capital mínimo de funcionamiento establecido en el artículo 37, párrafo segundo, de la Ley 7983 será un monto de capital adicional, variable e independiente del capital social, que forma parte del patrimonio societario, destinado a respaldar ante los afiliados el riesgo operativo de la entidad. El capital mínimo de funcionamiento será el 0,50% del valor total del activo neto administrado por la entidad autorizada. Este porcentaje variará según la calificación de riesgo operativo [...]

Artículo 51. Inversiones de la Entidad en Instrumentos Financieros

El órgano de dirección de la entidad autorizada definirá la política de inversión, límites de riesgo, valores elegibles, plazos, monedas y mercados en los cuales actuará. Para la gestión de estas inversiones la entidad podrá hacer uso del Comité de Riesgo y de la Unidad de Administración Integral de Riesgos de la entidad según corresponda.

Sobre el capital mínimo de funcionamiento, mediante el dictamen **PJD-19-2006**, la División Jurídica indicó:

Ahora bien, según lo que se ha venido exponiendo la finalidad de la legislación es el aprovisionamiento mínimo para la protección del afiliado, este fin, sin embargo, no se logra únicamente con el cumplimiento de los requisitos legales. Existen paralelamente recomendaciones internacionales en cuanto a buenas prácticas de gobierno corporativo y requerimientos de capital, como los acuerdos del Comité de Basilea (destinadas fundamentalmente a los Bancos, pero aplicadas en términos generales a otros participantes del sector financiero) que constituyen normas internacionales de referencia en materia de regulación de la solvencia que promueven una relación suficiente entre volumen de capital y exposición al riesgo³.

³ Chaves y González definen el riesgo como “la probabilidad de que eventos no deseados puedan ocurrir, en particular al fracaso (insolvencia) de un intermediario” (Chaves, Rodrigo y González Claudio, Principios de regulación y supervisión prudencial, en Regulación, competencia y eficiencia de la banca costarricense, Academia de Centroamérica, 1994, Págs. 347 y 348).

PJD-05-2015

Página No.6

Cabe destacar que para el Comité, estos requerimientos cuantitativos de capital, no son suficientes para asegurar la solvencia, y por ello se agregan normas mínimas sobre supervisión, disciplina y transparencia de mercado.

Tales recomendaciones de carácter prudencial no necesariamente tienen que coincidir con los parámetros establecidos en la legislación interna, así por ejemplo, encontramos que en el reciente Acuerdo Basilea II, se incluyen integralmente la valoración de riesgo operativo, de crédito y de mercado, estos dos últimos ausentes en el artículo 37 de la Ley de Protección al Trabajador, para determinar la solvencia. Precisamente, aspectos como estos pueden ser valorados en una eventual calificación de la operadora o de los fondos que administra, atribuyendo diferentes ponderaciones a cada uno de los riesgos así como valorar las diferentes partidas patrimoniales para cubrir esos niveles de riesgo. De forma tal que, para efectos de buenas prácticas de administración y de calificación para la determinación de situaciones de inestabilidad, el supervisor puede elegir la forma en que pondera las diferentes cuentas patrimoniales (capital social, capital mínimo de funcionamiento, etc).

Concretamente y en relación con el capital, señala Pancorbo de Rato que el nuevo Acuerdo de Basilea II También ofrecerá un marco más comprensivo de los riesgos bancarios, incluyendo los riesgos operativos y de interés. La reforma también tratará de compaginar que los requerimientos de capital, además de cubrir los riesgos subyacentes, creen incentivos para que los bancos adopten enfoques más avanzados en su gestión y medición de riesgos. De este modo, el Nuevo Acuerdo buscará crear un marco que reconozca e incentive las buenas prácticas bancarias de gestión de riesgos, poniendo mayor énfasis en la dirección del banco como máximo responsable del nivel de solvencia de cada entidad, y por tanto, dando mayor relevancia a los sistemas internos para el cálculo del capital⁴.

Se desprende de lo anterior que, para la determinación de la solvencia y la medición de las buenas prácticas, puede acudirse a métodos diferentes, ya que siendo eminentemente preventiva (de alerta) incluye además parámetros de desempeño de la entidad y es más sensible a aspectos técnicos que meramente legales.

En vista de lo anterior, y atendiendo las consultas formuladas en relación con el capital mínimo de funcionamiento, es posible afirmar que el concepto de “riesgos de manejo” no es un concepto que pueda ser definido por el operador del derecho, pues no es parte de la doctrina jurídica, sino de la ciencia especializada. Hay que recordar que la administración pública no solo tiene potestades regladas sino discrecionales:

⁴ Información Comercial Española, Revista de Economía, N° 801, Setiembre 2002, Pancorbo de Rato, Antonio, Basilea II: Las nuevas normas internacionales de solvencia, Pág. 37, en www.revistasice.com/Estudios.

PJD-05-2015

Página No.7

El ordenamiento puede otorgar esa libertad al funcionario con el fin de que éste pueda compaginar y armonizar al máximo la satisfacción de un interés público, encomendado como principal, con la de los otros intereses secundarios, pero también públicos, que pueden resultar afectados por la misma actividad administrativa (Giannini). [...] La discrecionalidad radica en la posibilidad de escoger entre diversas conductas posibles. Las reglas que orientan al funcionario en esa elección se llaman de oportunidad o de buena administración y tienen por finalidad lograr al máximo la satisfacción del interés público en el caso concreto. Estas reglas no se pueden formular en abstracto. Su contenido está determinado por las valoraciones que haga el funcionario, ante la realidad en que actúa, sobre los resultados a perseguir.⁵

Cuando la norma es omisa en la definición de uno de los elementos del acto administrativo, como en el presente caso, la administración puede hacerlo en forma discrecional⁶. A este concepto el supervisor le dio contenido y determinó cuáles son esos riesgos en el RAF, particularmente en los numerales 48 y 51 citados. No obstante, el RAF podría ser modificado con el fin de hacer los ajustes que requiera un modelo de supervisión basado en riesgos, siempre y cuando esta facultad la ejerza respetando la delimitación que el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

- 1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.*
- 2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.*

En relación con este tema, también se consulta sobre las facultades para regular el “destino” de los recursos que respaldan el CMF, así como sus “usos”. Al respecto, las facultades de supervisión que tiene la Superintendencia de Pensiones se encuentran establecidas en los numerales 33 y 38 de la Ley del régimen privado de pensiones complementarias 7523, que en lo que aquí interesa, disponen:

⁵ Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Stradtman S.A., San José, 1998, Pág. 53.

⁶ Un caso similar al del artículo 37 es el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador, al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo, sección VII, en sentencia 51-2014 indicó:

Lo anterior toda vez que la disposición contenida en el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador, delega en favor de la Superintendencia de Pensiones la competencia de determinar "la base de cálculo y la estructura de las comisiones", de manera que nada impide que dicho órgano de fiscalización recomiende y el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero en el ejercicio de sus facultades legales, apruebe el establecimiento de un tope máximo de comisión que pueden cobrar las Operadora a sus afiliados. Conforme lo señalan los demandados, la citada disposición legal, dejó librado a la discrecionalidad técnica de los órganos competentes la fijación del monto de la comisión a cobrar a los trabajadores, sin que materialmente existan límites de contenido fijados por la Ley, que no establece ninguna limitante respecto del monto y su forma de cálculo. En razón de lo dicho, la definición de la Comisión no obedece al ejercicio de una potestad reglada en la que dicha exacción sólo puede tener un porcentaje y una única base de cálculo, sino en el ejercicio de una potestad discrecional.

PJD-05-2015

Página No.8

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.*

La Superintendencia de Pensiones contará con un Superintendente y un Intendente, nombrados por el Consejo, quienes se regirán por los Artículos 172 y 173 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7732, de 17 de diciembre de 1997. Ambos deberán estar presentes en las sesiones donde el Consejo se reúna para tratar los asuntos de la Superintendencia de Pensiones (la negrita no es del original).

Artículo 38. Atribuciones del Superintendente de Pensiones

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; así como los informes y dictámenes que este requiera para ejercer sus atribuciones.

[...]

e) Autorizar la apertura y el funcionamiento de los entes de acuerdo con lo establecido en esta ley y las normas dictadas por el Consejo Nacional. El Superintendente informará al Consejo Nacional de las autorizaciones concedidas.

f) Adoptar todas las acciones necesarias para el cumplimiento efectivo de las funciones de autorización, regulación, supervisión y fiscalización que le competen a la Superintendencia, según esta ley y las normas emitidas por el Consejo Nacional.

[...]

o) Dictar las resoluciones necesarias y evaluar la solidez financiera de los regímenes supervisados.

Estas normas se complementan con lo establecido en el artículo 30, párrafo primero, de la Ley de Protección al Trabajador, que dice:

Artículo 30. Exclusividad y naturaleza jurídica

Los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, serán administrados exclusivamente por operadoras. Estas son personas

PJD-05-2015

Página No.9

*jurídicas de Derecho Privado o de capital público constituidas para el efecto como sociedades anónimas, que estarán sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en la presente Ley y sus reglamentos. La Superintendencia deberá autorizar el funcionamiento de las operadoras y **dispondrá los requisitos adicionales que deberán cumplir estas entidades, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema** (la negrita no es del original).*

Se desprende de estas normas que las facultades de la Supén trascienden la vigilancia de los fondos administrados, y alcanzan la actividad misma de las operadoras de pensiones, en la cual se encuentra su capital mínimo de funcionamiento. Particularmente, y en relación con este capital, el Reglamento de Inversiones vigente en el año 2003 establecía un régimen especial para su inversión, de manera que su regulación no sería algo nuevo en el ejercicio de la supervisión.

Cabe traer a colación el dictamen **PJD-19-2006** citado, en el cual la División Jurídica consideró la relevancia del capital mínimo de funcionamiento y señaló:

La finalidad de respaldar suficientemente el volumen de los fondos, implica que la regulación establezca un régimen especial de inversiones de este capital mínimo de funcionamiento, que no existe para los recursos del capital social ni para las utilidades, que no tienen limitación alguna en cuanto a su régimen de inversiones.

La importancia de las cuentas contables del patrimonio, incluido capital social y capital mínimo de funcionamiento, también se pone de manifiesto en los artículos 40 y 41 de la Ley, que contienen las reglas respecto a la responsabilidad de la entidad y de sus representantes frente a los afiliados.

En relación con el régimen de responsabilidad de las operadoras de pensiones, la Procuraduría General de la República señaló que: “En razón de los principios que rigen la responsabilidad y particularmente porque el segundo párrafo regula las consecuencias de lo establecido en el primero, debe concluirse que el deber de reparar es pleno. Por lo que debe responderse por los aportes y los rendimientos que estos generen. Precisamente, la escogencia de la operadora y el beneficio futuro del trabajador están determinados por los rendimientos que las inversiones de los aportes generen. Es decir, de los rendimientos que se ofrezcan y que puedan hacer producir las operadoras. La expresión misma ‘en todo caso’, no tiene como objeto excluir X rubro del deber de reparar, no debe interpretarse como un carácter restrictivo del deber de reparar. Por el contrario, la expresión indica que siempre existe el deber de indemnizar con el propio patrimonio la integridad de las aportaciones, que son un mínimo o base sin que se quiera excluir los rendimientos.

PJD-05-2015

Página No.10

Y es que procede recordar que conforme el numeral 52 de la Ley los fondos administrados por la operadora constituyen un patrimonio en sí mismo, separado del patrimonio de la operadora como persona jurídica. Pero que es función de la operadora el que ese patrimonio que no le pertenece sea sólido y no se desvalorice o disminuya por factores referidos a ella. Va de suyo que ese deber de responder por los aportes y rendimientos existe en relación con todo fondo de pensiones o de capitalización que administre la operadora, por lo que no podría hacerse una diferenciación entre régimen obligatorio y régimen privado o voluntario de pensiones complementarias” y concluyó que “La operadora responde con su patrimonio propio tanto por los aportes como por los rendimientos de cotizantes y afiliados” (C-202-2002, el subrayado no es del original).

De manera que así como es posible determinar los riesgos de manejo para establecer el capital mínimo de funcionamiento, la Superintendencia en el ejercicio de sus facultades puede también reglamentar el régimen de inversión de sus recursos y en general su utilización.

IV. Respecto a la calificación de la situación financiera de los fondos administrados por los entes regulados

Respecto de la calificación de la situación financiera de los fondos administrados se consulta:

... si es posible incorporar el incumplimiento de todos los planes de acción, no solo los requeridos por RCSF, en la metodología de calificación de los riesgos ya anteriormente mencionados, como un elemento para determinar la normalidad o irregularidad y también, para determinar el requerimiento de CMF

Para atender esta pregunta, es necesario revisar el objetivo del Reglamento para la calificación de la situación financiera de los fondos administrados por los entes regulados, el cual establece en el artículo 1 como su ámbito de aplicación el siguiente:

El presente reglamento tiene como objetivo calificar la situación financiera de los fondos administrados por las entidades reguladas, basados en la administración de los riesgos, generados con motivo de la gestión financiera de un fondo de pensiones, de capitalización laboral y ahorro voluntario, según lo previsto en los artículos 41 y 42 de la Ley 7523, Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

Es claro, entonces, que el Reglamento está supeditado a los artículos 41 y 42 de la Ley del régimen privado de pensiones complementarias 7523, que dicen:

PJD-05-2015

Página No.11

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 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.*

Se desprende de lo anterior que el objetivo de estas normas es determinar situaciones de inestabilidad o **irregularidad financiera**; en este orden de ideas, los riesgos ya identificados por el legislador y aquellos que el regulador identifique posteriormente tendrán que tener en cuenta este objetivo. De tal suerte que los planes de acción cuyo incumplimiento puedan llevar a la entidad a una calificación de irregularidad tienen que ser **aquellos relacionados con su situación financiera**.

Ahora bien, el Reglamento no solo contiene normas para calificar la **irregularidad** sino también para evaluar la **normalidad** de los supervisados, de hecho que los riesgos contemplados en el numeral 2 son para medir esa normalidad, así lo dice expresamente el numeral 5 denominado *Riesgos a evaluar para obtener el grado de normalidad financiera*, al decir “*Los riesgos a evaluar en los fondos correspondientes a regímenes de capitalización individual serán los de liquidez, tasa de interés y tipo de cambio, concentración, operativo, estratégico, gobierno corporativo, tecnologías de información y sistémico*”.

Eventualmente la **normalidad** podría alterarse y pasar la entidad a algún grado de irregularidad por incumplimiento de planes de acción, que es precisamente el caso que contempla el numeral 16 que dice: “*Grado 1: La entidad regulada se ubica en irregularidad o inestabilidad financiera grado 1, cuando incumpla los planes de acción vigentes que responden a la calificación de riesgo global en situación financiera Normal de tipo 3, Riesgo Alto*”. Este mecanismo obedece enteramente a una decisión del regulador sobre cómo realizar la calificación de irregularidad, sin embargo, hay que considerar que de conformidad con los límites establecidos en los artículos 41 y 42 de la Ley de Protección al Trabajador únicamente la irregularidad financiera es la que permitiría la aplicación de las

PJD-05-2015

Página No.13

medidas establecidas en esas normas; así las cosas, los planes de acción incumplidos que motiven la calificación de irregularidad tiene que ser relacionada con los riesgos relacionados con la **situación financiera**⁷ de los fondos.

V. Conclusiones

1. La Superintendencia puede establecer cuáles son los “riesgos de manejo” para determinar el porcentaje del capital mínimo de funcionamiento, asimismo, en el ejercicio de sus facultades puede reglamentar el régimen de inversión de esos recursos y, en general, su utilización.
2. El objetivo del Reglamento para la calificación de la situación financiera de los fondos administrados por los entes regulados es determinar situaciones de inestabilidad o **irregularidad financiera**; aunque también contiene algunas normas para evaluar la **normalidad** de los supervisados.
3. De conformidad con los límites establecidos en los artículos 41 y 42 de la Ley de Protección al Trabajador, únicamente la irregularidad financiera es la que permitiría la aplicación de las medidas establecidas en esas normas; así las cosas, los planes de acción incumplidos que motiven la calificación de irregularidad tiene que ser relacionada con los riesgos relacionados con la **situación financiera** de los fondos.

Atentamente,

Realizado por: Jenory Díaz Molina 

Coordinadora

Aprobado por: Nelly Vargas Hernández 

Directora

División Asesoría Jurídica

⁷ Para confirmar esta posición, téngase presente que de conformidad con el artículo 139 de la Ley Orgánica del Banco Central, en caso de intervención de un supervisado por irregularidad, el interventor debe presentar un plan de **regularización financiera** de la entidad.