

17 de agosto de 2017
PJD-11-2017

Señora
Myriam Morera Guillén
Directora
División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Colectiva

Estimada señora:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Colectiva nos solicitó analizar la reconsideración planteada por el Fondo de Garantías y Jubilaciones del Instituto Costarricense de Electricidad (FICE), a lo resuelto por esta Superintendencia de Pensiones en el oficio SP-319-2017, de 28 de marzo de 2017. Para atender ese requerimiento se emite el siguiente criterio:

I. Antecedentes

1. Mediante oficio N°0043-0094-2017, de 27 de febrero de 2017, recibido en esta Superintendencia el mismo día, el Director del FICE indicó lo siguiente con respecto al artículo 19 del Reglamento Actuarial:

... nuestra interpretación, la cual someto a su consideración a fin de conocer su criterio, es que tal disposición rige, tal como le dice el mismo Reglamento, a partir del 1° de enero de 2017. Para el Régimen de Pensión Complementaria del ICE es vital contar con su pronta respuesta puesto que no contamos con un profesional de planta en esta materia, además de tratarse de un asunto de suma importancia a tener en cuenta en nuestros procesos de contratación administrativa, formulación anual de presupuesto y coordinación con la respectiva firma de auditoría externa...

2. En el oficio SP-319-2017, de 28 de marzo de 2017, remitido al FICE el 4 de abril, esta Superintendencia de Pensiones respondió lo siguiente:

En atención a su oficio 0043-0094-2017 del 27 de febrero de 2017, en el cual consulta a este Despacho sobre la aplicación del artículo 19 del Reglamento Actuarial, vigente desde el 01 de enero de 2017, se le comunica que la División Jurídica de SUPEN, externó el criterio legal, indicando lo siguiente:

- a) La fecha de rige de la modificación al Reglamento Actuarial es el 1 de enero de 2017.*
- b) La posibilidad de interrelacionar normas anteriores con actuales se hace mediante la introducción de transitorios. Ellos pueden determinar aspectos interpretativos o plazos de vigencia, también pueden servir para aclarar procedimientos. En este caso la nueva normativa no posee ninguna disposición transitoria.*
- c) Dado que la nueva versión del Reglamento no contiene ningún transitorio que disponga una vigencia distinta para lo indicado en el artículo 19, desde el 1 de enero de 2017 son exigibles las auditorías actuariales externas cuando un fondo haya tenido tres valuaciones actuariales*

consecutivas por un mismo actuario, no importa si estas se han ejecutado con anterioridad al 1 de enero de 2017.

d) La auditoría actuarial a que se refiere el artículo 19 en mención, se fundamenta en un evidente interés público, dado que busca determinar si las valuaciones que se han venido dando, se ejecutaron de acuerdo con lo que indica la ciencia actuarial, todo con el fin de garantizar, dentro de límites razonables, que los regímenes de pensiones estén en condiciones que les permitan pagar las prestaciones que prometen, cuando corresponda.

e) En ese sentido, interpretar que las valuaciones actuariales realizadas por los fondos que no tienen actuario de planta, y que fueron ejecutadas con anterioridad a la vigencia del nuevo Reglamento, no deben considerarse como parte de las tres valuaciones actuariales anuales consecutivas a que se refiere el artículo 19, implica desconocer el interés público de que reviste esa obligación, según se explicó en el punto anterior.

Debido a que el Reglamento Actuarial no contempla ningún transitorio para la entrada en vigencia de lo dispuesto en el artículo 19, las valuaciones actuariales realizadas con anterioridad al 1 de enero de 2017 en aquellos fondos que no tienen actuario de planta, se deben tomar como parte de las “tres valuaciones actuariales anuales consecutivas” indicadas en el citado artículo...

3. En el oficio N°0043-0270-2017, del 9 de junio de los corrientes, recibido en esta Superintendencia el mismo día, el Director del FICE solicitó la reconsideración del requerimiento comunicado a ese Régimen mediante el referido oficio SP-319-2017, adjuntando para ello el criterio de la División Jurídica Corporativa del ICE, N°257-245-2017. En el citado oficio N°0043-0270-2017 se indicó:

En atención a los oficios en referencia, especialmente del SP-319-2017, me permito indicarle que el Régimen de Pensión Complementaria del ICE (RPC-ICE) es partícipe y apoya las causas que garanticen la transparencia en su gestión y además comparte la implementación de sanas prácticas en materia de supervisión actuarial, materia que nos ocupa en este caso.

No obstante lo anterior, al no contar el RPC-ICE con un actuario de planta, teniendo conocimiento que a nivel nacional la oferta de profesionales independientes en esta materia es reducida, por representar una eventual Auditoría Actuarial Externa un costo considerable, por no ser claro el nuevo Reglamento Actuarial y por no ser satisfactoria para este Régimen la respuesta brindada en oficio citado en el párrafo anterior, me permití plantear ante la División Jurídica Corporativa del ICE (DJC) la consulta que oportunamente hice ante esa Superintendencia, específicamente la interpretación que se le debe dar al Artículo 19 del nuevo Reglamento Actuarial en cuanto a la aplicación de Auditorías Actuariales Externas, para lo cual me permití adjuntar la carta SP-319-2017 como elemento de análisis.

*Con oficio N° 257-245-2017 del 7 de junio de 2017, la DJC del ICE, entre otros detalles, dice:
[...]*

Es por lo anterior que de manera respetuosa me permito solicitarle una reconsideración del caso comunicado a este Régimen en oficio N° SO-319-2017 del 28 de marzo de 2017, siendo que en este momento existen dos criterios legales que difieren en sus conclusiones.

4. En el criterio de la División Jurídica Corporativa del ICE, número 257-245-2017, se señaló:

En razón de ello siendo que los informes rendidos bajo el Reglamento Actuarial vigente a la fecha de su realización, remisión y revisión por parte de la SUPEN ya cumplieron sus efectos, estos no podrían ser sujetos de una aplicación retroactiva y sin fundamento alguno de una Auditoría Externa Anual que no contempla de forma expresa el Reglamento Actuarial Vigente y que va en detrimento de los fondos que el Régimen de Pensión Complementaria administra por los costos que este conlleva, máxime que dichos informes de Evaluación actuarial, fueron elaborados a partir del cumplimiento de requisitos que no resultan iguales a los que entraron a regir el 1 de enero de 2017, lo que generaría incumplimientos de la norma actual sin sustento alguno.

De esta forma, es claro desde el punto de vista jurídico el Reglamento Actuarial vigente entró a regir a partir del 1 de enero de 2017 y es a partir de esa fecha en que debe surtir efectos la obligación de llevar a cabo las Auditorías Externas que regula el artículo número 19 de dicha norma.

En el caso que nos ocupa si el Régimen considera que la interpretación realizada mediante oficio número SP-319-2017 de fecha 28 de marzo de 2017 por la Superintendencia de Pensiones va en detrimento de las aprobaciones realizadas a los informes anteriormente presentados y esto puede causar una afectación al Régimen lo procedente es documentar dichas afectaciones y solicitar la nulidad de dicho oficio a través de esta Dirección...

II. Normativa aplicable

Resultan aplicables para este caso las siguientes normas:

1. Constitución Política de la República de Costa Rica:

Artículo 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas

2. Reglamento Actuarial para los Regímenes de Pensiones creados por Leyes especiales y Regímenes Públicos sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte¹:

Artículo 19.- Auditoría actuarial externa. Los regímenes que cuenten con los servicios permanentes de un actuario deberán realizar, cada dos años, una auditoría actuarial externa. Esta auditoría contendrá, además de las formalidades y requisitos exigidos para los informes anuales, una sección evaluativa del último estudio.

¹ Aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante artículo 7 del acta de la sesión 514-2005, celebrada el 23 de junio de 2005. Vigente hasta el 31 de diciembre de 2016.

3. Reglamento Actuarial²:

Artículo 19. Auditoría actuarial externa

El régimen debe llevar a cabo una auditoría actuarial externa de la última valuación después de realizar tres valuaciones actuariales anuales consecutivas. Se exime de esta disposición al régimen que no encargue más de tres valuaciones actuariales anuales consecutivas a un mismo actuario externo o firma actuarial.

La auditoría actuarial externa tiene como propósito asegurar a los usuarios de la valuación actuarial, que el actuario responsable ha seguido los principios de la práctica actuarial establecidos (rigurosidad científica, razonabilidad de los supuestos y transparencia de la información) y los lineamientos y estándares actuariales aplicables en Costa Rica, así como obtener una opinión profesional independiente sobre la razonabilidad del estudio actuarial objeto de la auditoría.

El informe de la auditoría debe cumplir, como mínimo, con lo siguiente:

- a) Ofrecer un juicio independiente sobre el cumplimiento de los aspectos de forma y fondo establecidos en la reglamentación vigente sobre la materia y los principios y lineamientos básicos usualmente aceptados en materia actuarial para regímenes de pensiones de beneficio definido.*
- b) Ofrecer una interpretación profesional independiente de los resultados presentados en la valuación actuarial auditada.*
- c) Ofrecer un resumen de las principales conclusiones y recomendaciones derivadas de la interpretación técnica independiente de los resultados presentados en la valuación actuarial auditada.*

En el informe de la auditoría el actuario debe suministrar una opinión con respecto a:

- a) La suficiencia y razonabilidad de los datos.*
- b) La razonabilidad de los supuestos.*
- c) Lo apropiado de la metodología y consistencia con principios actuariales sólidos y generalmente aceptados.*
- d) La utilización del informe actuarial auditado para la toma de decisiones y como indicador transparente y fidedigno del estado de solvencia actuarial del régimen de pensiones.*

III. Análisis de fondo

1. Respecto al principio de irretroactividad.

La División Jurídica Corporativa del ICE analiza este tema en el criterio N°257-245-2017, y al respecto señala:

Así, las nuevas disposiciones contenidas en el Reglamento actuarial aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, mediante artículo 5 del Acta de la sesión 1775-2016 celebrada el 30 de agosto de 2016, entran en vigencia tal y como lo dispone el Reglamento el 1 de enero del 2017.

Es decir las nuevas disposiciones del artículo 19 del Reglamento Actuarial y relacionadas con la Auditoría Actuarial Externa, solo podrán ser aplicadas con posterioridad a esa fecha, para

² Aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero en el artículo 5 del acta de la sesión 1275- 2016, celebrada el 30 de agosto de 2016. Vigente a partir del 1 de enero de 2017.

las fechas anteriores a la entrada en vigencia regían para llevar a cabo la Auditoría Actuarial Externa los términos y disposiciones del Reglamento Actuarial para los regímenes de pensiones creados por leyes especiales y regímenes públicos sustitutos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte publicado en la Gaceta del 13 de julio de 2005.

Esto es así por cuanto, para los años anteriores existía norma expresa que regulaba la realización de las auditorías en términos distintos a los términos que entraron a regir el 1 de enero de 2017[...]

A partir de ello se entiende que el Régimen de Pensión Complementaria al no tener [...] -servicios permanente de un actuario- según lo informado a la Supen por el Régimen de Pensión Complementaria de FGA no tenía hasta el 1 de enero de 2017 la obligación de realizar una Auditoría Actuarial Externa.

De esta forma al no establecer un transitorio la reforma integral del Reglamento Actuarial aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero publicado en la Gaceta del 27 de setiembre de 2016 que dimensionara los efectos de la entrada en vigencia de éste en relación con las obligaciones establecidas en el Reglamento anterior, es claro que las condiciones que se establecen en éste entran en vigencia entraron en vigencia el 1 de enero de 2017, sin que pueda hacerse una aplicación o interpretación retroactiva de éstas por parte de la Superintendencia de Pensiones.

Máxime que claramente al Régimen no le aplicaba anteriormente la obligación de realizar Auditorías Actuariales Externas sobre los informes de valuación emitidos por el actuario contratado por el Régimen.

En este sentido el artículo 34 de la Constitución Política prohíbe la aplicación retroactiva de las normas jurídicas en aquellas situaciones donde se perjudique al administrado [...]

En razón de lo establecido en dicho artículo, ninguna ley o acto administrativo puede legítimamente afectar o retrotraer sus efectos al pasado en deterioro o afectación de situaciones jurídicas consolidadas.

De esta forma es claro que con respecto a las Auditorías Externas, éstas en primer término de previo a enero de 2017 no eran de aplicación para el Régimen de Pensión Complementaria del FGA y por ende los informes de valuación emitidos por el actuario del régimen bajo los lineamientos del Reglamento Actuarial del año 2005 no eran ni son susceptibles de Auditoría actuarial externa, en segundo término, los informes actuariales sobre los que deben versar dichas Auditoría Actuarial Externa fueron emitidos en cumplimiento del Reglamento anterior y ya cumplieron sus efectos, no podría una Auditoría Actuarial Externa venir a evaluar el cumplimiento de los lineamientos o términos en los que fueron emitidos dichos informes utilizando como base un Reglamento que no autoriza tal actuación ni de forma expresa ni mediante un transitorio.

[...]

En razón de ello siendo que los informes rendidos bajo el Reglamento Actuarial vigente a la fecha de su realización, remisión y revisión por parte de la SUPEN ya cumplieron sus efectos, estos no podrían ser sujetos de una aplicación retroactiva y sin fundamento alguno de una Auditoría Externa Anual que no contempla de forma expresa el Reglamento actuarial vigente y que va en detrimento de los fondos que el Régimen de Pensión Complementaria administra por los costos que este conlleva, máxime que dichos informes de Evaluación actuarial, fueron elaborados a partir del cumplimiento de requisitos que no resultan iguales a los que entraron a regir el 1 de enero de 2017, lo que generaría incumplimientos de la norma actual sin sustento alguno.

De esta forma, es claro desde el punto de vista jurídico el Reglamento Actuarial vigente entró a regir a partir del 1 de enero de 2017 y es a partir de esa fecha en que debe surtir efectos la

obligación de llevar a cabo las Auditorías Externas que regulan el artículo número 19 de dicha norma. [Lo resaltado no es del original].

De acuerdo con la División Jurídica Corporativa del ICE, la obligación de realizar una auditoría actuarial externa de la última valuación, después de realizar tres valuaciones actuariales anuales consecutivas, a que se refiere el artículo 19 del Reglamento Actuarial vigente, no puede serle exigible retroactivamente al FICE, por las siguientes razones:

- a) Con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Reglamento Actuarial, únicamente se exigía la auditoría actuarial externa a los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones, que tenían un actuario permanente o de planta.
- b) Al no existir un transitorio que dimensione los efectos del nuevo Reglamento con respecto a la obligación dispuesta en el artículo 19 establecida en el Reglamento anterior, no puede hacerse una aplicación o interpretación retroactiva de las obligaciones establecidas en el artículo 19 del Reglamento vigente, tal y como lo pretende la Superintendencia de Pensiones.
- c) Dicha aplicación retroactiva sería contraria al artículo 34 de la Constitución Política, según el cual ninguna ley o acto administrativo puede legítimamente afectar o retrotraer sus efectos al pasado en deterioro o afectación de situaciones jurídicas consolidadas.
- d) Esta aplicación retroactiva implicaría un perjuicio para un administrado, en este caso el FICE, por los costos que dicha auditoría conlleva, y porque esta sería aplicada a estudios que ya cumplieron sus efectos y que fueron elaborados a partir del cumplimiento de requisitos que no resultan iguales a los que entraron a regir el 1 de enero de 2017, lo que generaría incumplimientos de la norma actual sin sustento alguno.

Para referirse a lo alegado por la División Jurídica Corporativa del ICE, es preciso tener presente lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política, cuyo texto dispone:

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Como se puede observar, esta norma no limita el efecto retroactivo de las normas jurídicas per se. El artículo únicamente impide la retroactividad cuando esta pueda lesionar derechos patrimoniales adquiridos y situaciones jurídicas que se consolidaron con anterioridad a la promulgación de una norma jurídica, de forma tal que sus efectos y consecuencias no pueden ser modificados por nuevas disposiciones, excepto si conllevan beneficio para los interesados.

En vista de lo anterior, para efectos de este análisis interesa retomar los conceptos de derecho adquirido y de situación jurídica consolidada, fundamentales para valorar la tesis sostenida en el criterio N°257-245-2017.

Al respecto, en el voto N° 1997-02765, la Sala Constitucional señaló:

*Es dable afirmar que, en términos generales, el primero -derecho adquirido- denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa –material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente– ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la -situación jurídica consolidada- representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. **Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado– haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado).** Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo -si..., entonces...-; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la ‘situación jurídica consolidada’ implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. [El resaltado no pertenece al original].*

De acuerdo con señalado por el Tribunal Constitucional, tenemos que:

- un derecho adquirido implica una circunstancia consumada en que en la que una cosa, material o inmaterial, ha ingresado en, o incidido sobre, la esfera patrimonial de la persona, de manera que esta experimenta una ventaja o beneficio constatable.

A diferencia de una simple expectativa de derecho, que refiere a una circunstancia futura e hipotética, el derecho adquirido se confirma con facilidad, y representa un beneficio real y consumado.

- la situación jurídica consolidada representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando estos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en este caso no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado– haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado).

Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo -si..., entonces...-; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la ‘situación jurídica consolidada’ implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado.

De acuerdo con el criterio N°257-245-2017, no procede una aplicación o interpretación retroactiva del artículo 19 del Reglamento Actuarial, debido a que esto resulta contrario al artículo 34 de la Constitución Política, según el cual “...ninguna ley o acto administrativo puede legítimamente afectar o retrotraer sus efectos al pasado en deterioro o afectación de situaciones

jurídicas consolidadas". En este sentido, "... los informes actuariales sobre los que deben versar dichas Auditoría Actuarial Externa fueron emitidos en cumplimiento del Reglamento anterior y ya cumplieron sus efectos, no podría una Auditoría Actuarial Externa venir a evaluar el cumplimiento de los lineamientos o términos en los que fueron emitidos dichos informes utilizando como base un Reglamento que no autoriza tal actuación ni de forma expresa ni mediante un transitorio". Además, esto "... va en detrimento de los fondos que el Régimen de Pensión Complementaria administra por los costos que conlleva..." realizar este tipo de auditorías.

Según se desprende de lo planteado en el criterio de cita, la División Jurídica Corporativa del ICE considera que aplicar al FICE la obligación contenida en el artículo 19 del Reglamento Actuarial vigente a partir del 1 de enero de 2017, va en detrimento de una situación jurídica consolidada, pues implica realizar una auditoría actuarial externa sobre informes actuariales emitidos en cumplimiento del Reglamento anterior, los cuales ya cumplieron sus efectos. Además, esto implica un perjuicio para el régimen por los costos que conlleva.

Partiendo de la definición de situación jurídica consolidada desarrollada con anterioridad, es criterio de esta asesoría que no se presentan en este caso los presupuestos necesarios para considerar que con lo dispuesto en el artículo 19 en el Reglamento Actuarial anterior, haya surgido a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecte a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado), que no pueda ser modificada por una disposición normativa posterior.

El hecho de que, con anterioridad a la promulgación del Reglamento Actuarial nuevo, las valuaciones actuariales realizadas por el FICE, no hayan sido objeto de una auditoría actuarial externa, debido a que ese Fondo carecía de un actuario de planta, no constituye la regla clara y definida que se requiere, para que exista la situación jurídica consolidada aquí alegada. Esto implica que la normativa que rige dichas valuaciones puede ser modificada, y estas puedan ser sometidas a la auditoría actuarial externa en mención, sobre todo cuando esto se hace con fundamento en la facultad de regulación otorgada por el legislador al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y a la Superintendencia de Pensiones.

En relación con las citadas facultades de regulación, en el dictamen C-384-2003 la Procuraduría General de la República aclara:

*Las prerrogativas que se reconocen a los órganos reguladores y supervisores **son manifestación de un poder de policía dirigido a mantener el orden público económico**. No puede desconocer que la ausencia o insuficiencia de supervisión es causa de "fragilidad financiera" (A. CROCKETT: "Separados pero convergentes: normas financieras internacionales y sistemas financieros nacionales", en ¿Cómo lograr sistemas financieros sólidos y seguros en América Latina?, BID, julio, 1998, p. 25), lo que impide el desarrollo del sistema financiero y sobre todo puede llevar a los entes financieros a adoptar riesgos que pongan en peligro la estabilidad financiera necesaria para el mantenimiento del sistema político y social.*

*En razón de ese poder de policía de contenido financiero, se permite a los órganos regulador y supervisor **reglamentar la actividad financiera y los agentes que en ella intervienen, dictando***

normas que permiten interpretar e integrar las leyes en la materia, vigilar el funcionamiento del sistema y aplicar esas leyes; en su caso, sancionar el irrespeto al régimen especial. De esa forma, se orienta y dirige la actividad financiera necesaria para atender las necesidades de la producción y el consumo, así como satisfacer los intereses de los inversionistas o ahorrantes. Importa destacar que se reconoce la posibilidad de imponer reglas de comportamiento a los intermediarios financieros, tendientes a prevenir que incurran en riesgos excesivos y a garantizar la solvencia y la liquidez de los establecimientos. El objetivo último: la estabilidad y solvencia de los distintos agentes financieros y del sistema en general.

*Las normas sobre la supervisión y fiscalización enfatizan en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad, solidez, rentabilidad y eficiencia del sistema financiero nacional, la transparencia del mercado, la protección del inversionista, la confianza del público o, en su caso, del trabajador (artículos 119 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, 3 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, 33 y 36 de la Ley sobre Régimen Privado de Pensiones complementarias). **Estos fines deben ser los que determinen la interpretación de las normas legales, reglamentarias y prudenciales en materia de supervisión (artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública).** [El subrayado no es del original].*

Sobre la naturaleza de las normas que emiten ambos órganos, añade la Procuraduría en el mismo dictamen:

*Las normas que se emiten son de Derecho Público. Dichas disposiciones afectan a los contratos en la medida necesaria para proteger el sistema financiero. Son normas de orden público económico, que tienen la particularidad de integrarse al estatuto profesional de las entidades reguladas y fiscalizadas, todo con el fin de proteger el buen funcionamiento del mercado financiero (Cf. F, ZUNZUNEGUI, op. cit. p. 326 y 329). **A este efecto, debe tomarse en cuenta que las normas prudenciales se dirigen a disminuir el riesgo.** En ese sentido, tienen como objeto reducir la probabilidad de que ocurran situaciones de dificultad patrimonial que afecten el buen funcionamiento del sistema financiero y la estabilidad económica del país. [Lo resaltado no pertenece al original].*

Ahora bien, es importante recordar que es obligación de los gestores de cada uno de los regímenes de pensiones de beneficio definido asegurarse que los recursos de la provisión para pensiones en curso de pago y de las reservas en formación son suficientes para cubrir los beneficios de los pensionados actuales y sus beneficiarios, así como los beneficios devengados de los miembros activos.

En este contexto, la auditoría actuarial externa se convierte en un instrumento indispensable para los gestores, pues les permite contar con una opinión independiente sobre la razonabilidad de las valuaciones actuariales realizadas a los fondos, y les ayuda a valorar los ajustes que se requieren para asegurar la solvencia y sostenibilidad de los diferentes regímenes en el tiempo.

En particular, esta auditoría constituye un estudio técnico, elaborado por un actuario o firma independiente, que tiene como fin emitir una opinión sobre la razonabilidad de una determinada valuación. Su propósito es asegurar a los usuarios de la valuación, que el

profesional responsable ha seguido los principios de la práctica actuarial establecidos (rigurosidad científica, razonabilidad de los supuestos y transparencia de la información) y los lineamientos y estándares aplicables en Costa Rica; así como obtener una opinión profesional independiente sobre la razonabilidad del estudio objeto de la auditoría, de tal forma que, de ser necesario, se puedan tomar las medidas correctivas que sean pertinentes.

Considerando la importancia de la auditoría actuarial externa, y en ejercicio de la facultad de regulación antes mencionada, el CONASSIF emitió el Reglamento Actuarial nuevo, cuyo artículo 19 dispone:

Artículo 19. Auditoría actuarial externa

El régimen debe llevar a cabo una auditoría actuarial externa de la última valuación después de realizar tres valuaciones actuariales anuales consecutivas. Se exime de esta disposición al régimen que no encargue más de tres valuaciones actuariales anuales consecutivas a un mismo actuario externo o firma actuarial.

La auditoría actuarial externa tiene como propósito asegurar a los usuarios de la valuación actuarial, que el actuario responsable ha seguido los principios de la práctica actuarial establecidos (rigurosidad científica, razonabilidad de los supuestos y transparencia de la información) y los lineamientos y estándares actuariales aplicables en Costa Rica, así como obtener una opinión profesional independiente sobre la razonabilidad del estudio actuarial objeto de la auditoría.

El informe de la auditoría debe cumplir, como mínimo, con lo siguiente:

- a) Ofrecer un juicio independiente sobre el cumplimiento de los aspectos de forma y fondo establecidos en la reglamentación vigente sobre la materia y los principios y lineamientos básicos usualmente aceptados en materia actuarial para regímenes de pensiones de beneficio definido.*
- b) Ofrecer una interpretación profesional independiente de los resultados presentados en la valuación actuarial auditada.*
- c) Ofrecer un resumen de las principales conclusiones y recomendaciones derivadas de la interpretación técnica independiente de los resultados presentados en la valuación actuarial auditada.*

En el informe de la auditoría el actuario debe suministrar una opinión con respecto a:

- a) La suficiencia y razonabilidad de los datos.*
- b) La razonabilidad de los supuestos.*
- c) Lo apropiado de la metodología y consistencia con principios actuariales sólidos y generalmente aceptados.*
- d) La utilización del informe actuarial auditado para la toma de decisiones y como indicador transparente y fidedigno del estado de solvencia actuarial del régimen de pensiones...*

Como se puede observar, este artículo está orientado a un fin público superior, a saber: la protección de los afiliados a todos los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones.

El nuevo Reglamento rige a partir del 1 de enero de 2017 y, a partir de esa fecha, todos los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones, deben realizar las referidas auditorías actuariales externas cuando ocurra el

supuesto establecido por el artículo 19, a saber: que un fondo haya tenido tres valuaciones actuariales consecutivas realizadas por un mismo actuario, con independencia de que estas se hayan realizado por un actuario de planta, o externo, y de que se hayan realizado, o no, con anterioridad al 1 de enero de 2017.

De esta forma, los beneficios que tiene la auditoría actuarial externa, los cuales fueron comentados con anterioridad, se hacen extensivos a los afiliados de todos los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones, y no solo a los que contaban con actuarios permanentes, como estaba previsto antes del 1 de enero de 2017.

En este punto, resulta de interés tener presente lo resuelto por la Sala Constitucional en relación con la posibilidad que tiene la Administración de revocar las normas que emite y reemplazarlas por otras más afines al fin público perseguido. En este sentido, en el voto N° 2007-4746 señaló:

Es claro que la Administración no queda eternamente sujeta a las reglas que dicta, pues siempre le cabe la posibilidad de revocar dichas normas y sustituirlas por otras más acordes con la realidad actual y que de mejor forma contribuyan a lograr su fin esencial: satisfacer el interés general. Por ello, la modificación reglamentaria de los requisitos o condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados es válida, e incluso su aplicación retroactiva lo es, a menos que –como se dijo- ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas. [El destacado es nuestro].

De esta forma, no se violenta el principio de irretroactividad de la ley cuando se modifica una norma y se imponen nuevos requisitos, sobre todo cuando con ellos se busca una mejor consecución del fin público tutelado, siempre que se respeten los “derechos adquiridos” o las “situaciones jurídicas consolidadas” existentes, los cuales, en este caso, no han sido acreditados.

En cuanto a los perjuicios que se le pueden causar al FICE, debido al costo que tienen estas auditorías, en el oficio SP-319-2017 se justifica la importancia de esta auditoría “... en un evidente interés público, dado que busca determinar si las valuaciones que se han venido dando, se ejecutaron de acuerdo con lo que indica la ciencia actuarial, todo con el fin de garantizar, dentro de los límites razonables, que los regímenes de pensiones estén en condiciones que les permitan pagar las prestaciones que prometen, cuando corresponda”.

Como se puede observar, frente al costo que puede representar este requerimiento para el FICE, sobresale un interés público superior³, el cual a su vez se traduce en la principal

3 Entendido como “... el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye...” [El

obligación que tiene el gestor de este Fondo, a saber: asegurarse que los recursos de la provisión para pensiones en curso de pago y de las reservas en formación son suficientes para cubrir los beneficios de los pensionados actuales y sus beneficiarios, así como los beneficios devengados de los miembros activos.

A la fecha de emisión de este criterio jurídico, el Fondo cuenta ya con tres valuaciones actuariales anuales consecutivas contratadas al mismo actuario externo, por lo que, a la luz de lo reseñado en el artículo en estudio, en caso de volver a contratar al mismo profesional, le correspondería llevar a cabo una auditoría actuarial externa de la tercera valuación que este realice. De esta forma el FICE podrá contar con un criterio profesional independiente acerca del proceso realizado en las valuaciones actuariales, así como validar el trabajo realizado por el actuario externo, el cual se complementaría con la cuarta valuación consecutiva que se le contrate.

Nótese, además, que admitir la tesis de los representantes del Fondo, implicaría que pasen varios años hasta que se pueda auditar alguna valuación actuarial, lo que iría en detrimento del interés superior de los afiliados del Fondo.

2. Ausencia de motivación y fundamento jurídico

En el criterio N°257-245-2017, la División Jurídica Corporativa del ICE señaló:

En razón de ello no se considera ajustada a derecho la interpretación del artículo 19 del Reglamento Actuarial vigente que realiza la Superintendencia de Pensiones en Oficio número SP-319-2017 del 28 de marzo de 2017, primero por cuanto dicho acto no está motivado [...]
La no existencia de un transitorio en el Reglamento Vigente que disponga una vigencia distinta para lo indicado en el artículo 19, no constituye un fundamento jurídico para que la Superintendencia de Pensiones interprete que las Auditorías Externas son exigibles 'las valuaciones actuariales realizadas con anterioridad al 1 de enero de 2017 en aquellos fondos que no tienen actuario de planta, se deben tomar como parte de las tres valuaciones actuariales anuales consecutivas indicadas en el citado artículo, no importa si éstas se han ejecutado con anterioridad', esto en virtud de que el Reglamento no contempla tal disposición [...]
no encuentra esta Dirección, cuál es el fundamento jurídico que utilizaría la Superintendencia de Pensiones para aplicar retroactivamente tal disposición...

Al respecto, es importante recordar que el “*motivo*”, que es uno de los elementos objetivos del acto administrativo, ha sido definido como:

... los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo, y sobre las cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste. El motivo, o

destacado es nuestro]. [ESCOLA, Héctor Jorge; El Interés Público: Como Fundamento del Derecho Administrativo, Ediciones Depalma, Buenos Aires: 1989, p. 249-250]

*como también se le denomina causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia casuísticamente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla, exclusivamente, para el caso concreto...*⁴ [El resaltado no es del original].

El acto motivado evita que la Administración dicte actos arbitrarios y contrarios al ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública establece:

1. *El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto...*

En otras palabras, el motivo de derecho debe estar acorde con el ordenamiento jurídico, al aplicar la norma correcta para el caso concreto, y que el motivo de hecho, sea los hechos sobre los que se va a aplicar la norma, deben existir en la realidad.

Cuando no se cumplan los requisitos que deben tener el motivo de un acto –sea, ser legítimos y existir tal y como han sido invocados- se entiende que el acto carece de motivo o fundamentación. De esta forma:

*... habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes y que justifican su emisión son falsos, o bien, cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe [...] El acto administrativo, sea reglado o discrecional, debe siempre fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes, lo mismo que en el derecho vigente, de lo contrario faltará el motivo”.*⁵ [El resaltado es nuestro].

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que el requerimiento formulado por la Superintendencia de Pensiones en el oficio SP-319-2017 se encuentra debidamente fundamentado. De acuerdo con dicho oficio: “... la auditoría actuarial a que se refiere el artículo 19 en mención, se fundamenta en un interés público superior, que busca determinar si las valuaciones que se han venido dando, se ejecutaron de acuerdo con lo que indica la ciencia actuarial, todo con el fin de garantizar, dentro de los límites razonables, que los regímenes de pensiones estén en condiciones que les permitan pagar las prestaciones que prometen, cuando corresponda”.

El motivo o fundamento alegado no es arbitrario, es totalmente legítimo y oportuno, en aras de la protección de los intereses de los afiliados al FICE, y, además, es conforme con el ordenamiento jurídico vigente en esta materia.

Además, los requisitos previstos en el artículo 19 del Reglamento Actuarial vigente encuentran su fundamento jurídico en el artículo 36⁶ de la Ley sobre el Régimen Privado de Pensiones

⁴ JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2da edición ampliada y corregida, p. 504.

⁵ Ibid, p. 504.

⁶ **Artículo 36. Supervisión de los otros regímenes de carácter público**

Complementarias, N° 7523, que en el literal a) establece la facultad de la Superintendencia de Pensiones de velar por el equilibrio actuarial de los regímenes administrados y dictar las resoluciones que correspondan.

A la luz de lo expuesto, esta asesoría no comparte lo expresado en el criterio N°257-245-2017 por la División Jurídica Corporativa del ICE y por el contrario considera que oficio SP-319-2017 se encuentra debidamente motivado y fundamentado; las razones que se tomaron en cuenta para su emisión no son arbitrarias ni contrarias al ordenamiento jurídico, por el contrario, este es un acto totalmente acorde con la normativa vigente sobre la materia y las mejores prácticas internacionales en materia actuarial.

3. Solicitud de nulidad y reconsideración de lo dispuesto en el oficio SP-319-2017

En el criterio N°257-245-2017, la División Jurídica Corporativa del ICE plantea:

En los casos que nos ocupa si el Régimen considera que la interpretación realizada mediante oficio número SP-319-2017 de fecha 28 de marzo de 2017 por la Superintendencia de Pensiones va en detrimento de las aprobaciones realizadas a los informes anteriormente presentados y esto puede causar una afectación al Régimen lo procedente es documentar dichas afectaciones y solicitar la nulidad de dicho oficio a través de esta Dirección...

No obstante, el Director del Régimen, en el oficio 0043-0270-2017, solicitó a esta Superintendencia una reconsideración de lo dispuesto en el referido oficio SP-319-2017 y no su nulidad.

Con respecto a la nulidad acusada, la Ley General de la Administración Pública establece en su artículo 158, las causales de nulidad tanto absoluta como relativa de un acto administrativo, a saber:

Artículo 158

- 1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.*
- 2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.*
- 3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.*
- 4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.*
- 5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto, pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.*

En materia de supervisión y resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones creados por ley o convenciones colectivas, la Superintendencia tendrá las siguientes facultades:

- a) Velar por el equilibrio actuarial de los regímenes administrados y dictar las resoluciones correspondientes...*

La División Jurídica Corporativa plantea la posibilidad de solicitar la nulidad del oficio en cuestión: SP-319-2017, pero sin fundamentar dicho planteamiento ni señalar los vicios que, según su criterio, derivan en la nulidad del acto.

Al respecto, considera esta asesoría que lo dispuesto en el oficio de cita tiene un motivo válido y constatable, así como su respectivo fundamento jurídico, por lo que no se observan vicios que hagan procedente la declaratoria de nulidad mencionada.

En cuanto a la reconsideración solicitada, y sin perjuicio de que no se ejercieron en plazo los recursos que de conformidad con la Ley General de la Administración Pública pudieran haber cabido contra el oficio SP-319-2017, por medio de este criterio jurídico se analizaron los argumentos contenidos en el oficio N° 0043-0270-2017 y el criterio N°257-245-2017 emitido por la División Jurídica Corporativa del ICE, los cuales por las razones dichas no se consideran de recibo.

IV. Conclusiones

1. El artículo 34 de la Constitución Política no limita el efecto retroactivo de las normas jurídicas per se. El artículo únicamente impide la retroactividad cuando esta pueda lesionar derechos patrimoniales adquiridos y situaciones jurídicas que se consolidaron con anterioridad a la promulgación de una norma jurídica, de forma tal que sus efectos y consecuencias no pueden ser modificados por nuevas disposiciones, excepto si conllevan beneficio para los interesados.
2. No se presentan en este caso los presupuestos necesarios para considerar que con lo dispuesto en el artículo 19 en el Reglamento Actuarial anterior, haya surgido a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecte a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado), que no pueda ser modificada por una disposición normativa posterior.
3. El hecho de que las valuaciones actuariales realizadas por el Fondo, no hayan sido objeto de una auditoría actuarial externa, antes de la promulgación del nuevo Reglamento, debido a que carecían de un actuario de planta, no implica que esto pueda catalogarse como una situación jurídica consolidada a su favor.
4. No se violenta el principio de irretroactividad de la ley cuando se modifica una norma y se imponen nuevos requisitos, sobre todo cuando con ellos se busca una mejor consecución del fin público tutelado, siempre que se respeten los “derechos adquiridos” o las “situaciones jurídicas consolidadas” existentes, los cuales, en este caso, no han sido acreditados.

5. El artículo 19 del Reglamento Actuarial está orientado a un fin público superior, a saber: la protección de los afiliados a todos los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones.
6. El nuevo Reglamento rige a partir del 1 de enero de 2017 y, a partir de esa fecha, todos los regímenes de pensiones de beneficio definido regulados por la Superintendencia de Pensiones, deben realizar las referidas auditorías actuariales externas cuando ocurra el supuesto establecido por el artículo 19, a saber: que un fondo haya tenido tres valuaciones actuariales consecutivas realizadas por un mismo actuario, con independencia de que estas se hayan realizado por un actuario de planta, o externo, y de que se hayan realizado, o no, con anterioridad al 1 de enero de 2017.
7. El requerimiento realizado en el oficio SP-319-2017 se encuentra debidamente fundamentado y motivado, por lo que no se observan vicios que conlleven a su nulidad, ni se considera procedente la reconsideración solicitada.
8. Existe un interés público superior que predomina sobre el particular, alegado por el FICE: asegurarse que los recursos de la provisión para pensiones en curso de pago y de las reservas en formación son suficientes para cubrir los beneficios de los pensionados actuales y sus beneficiarios, así como los beneficios devengados de los miembros activos.

Atentamente,



Realizado por: Giselle Vargas Berrocal



Revisado: por Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

División Asesoría Jurídica