

19 de abril de 2018

PJD-3-2018

Señor:

Norman Orozco Coto, Líder de Supervisión
División de Regímenes de Capitalización Individual
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

El 11 de noviembre de 2017, la División de Regímenes de Capitalización Individual consultó a División de Asesoría Jurídica si una operadora de pensiones, o en general una entidad regulada, ¿puede nombrar como miembro integrante de su Comité de Riesgos al encargado de la unidad o función de riesgos corporativa o a algún funcionario de esta? Para atender esta consulta, esta asesoría emite el presente criterio jurídico.

I. Consulta

El planteamiento realizado, concretamente, es el siguiente:

Al analizar la conformación del Comité de Riesgos en las seis operadoras, se observa que BN Vital, Popular Pensiones, BAC Pensiones y BCR Pensión, nombraron al encargado de la Unidad de Riesgos Corporativa o a un funcionario de dicha Unidad como parte del Comité de Riesgos de la operadora de pensiones. Cabe señalar que en todas las operadoras de pensiones mencionadas anteriormente, con excepción de BCR Pensión, su Unidad de Riesgos es Corporativa.

El nombramiento del encargado de la Unidad de Riesgos corporativa (casos de BN Vital y BAC San José Pensiones) o de algún funcionario de dicha instancia (casos de Popular Pensiones y BCR Pensión) como integrantes del Comité de Riesgos, podría obedecer a que se interpreta que ellos no son funcionarios de la entidad regulada y por ende no incumplen con lo que estipula el artículo 14 del Reglamento de Riesgos que indica:

Ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro del Comité de Riesgos

No obstante, tal y como se mencionó en párrafos anteriores el nombramiento del encargado de la Unidad de Riesgos corporativa o alguno de sus funcionarios como parte del Comité de Riesgos de una operadora de pensiones, podría ser incompatible con los principios de objetividad, independencia y conflictos de interés, ya que se podrían convertir en “juez y parte” en la toma de decisiones de dicho comité técnico. Entre otros, dicha incompatibilidad, podría darse con lo establecido, en lo pertinente, en los artículos: 6, 23, 26 y 33 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, así como los artículos: 11, 12, 13 y 14 del Reglamento de Riesgos.

PJD-3-2018

Página 2

Dado lo expuesto anteriormente y todas las valoraciones de índole jurídico que pueda hacer la División Jurídica, se le solicita realizar la interpretación a la respuesta a la siguiente pregunta:

¿Puede una operadora de pensiones o en general una entidad regulada, nombrar como miembro integrante de su Comité de Riesgos al encargado de la unidad o función de riesgos corporativa o a algún funcionario de esta?

II. Gobierno Corporativo

El gobierno corporativo es el sistema y la estructura de poder que rige los mecanismos por medio de los cuales las entidades financieras son dirigidas y controladas. Es un factor determinante para el control de los niveles de riesgo a que estas se encuentran expuestas.

Las buenas prácticas de gobierno corporativo enfatizan en la adecuada administración de las entidades, en la prevención y gestión de conflictos de intereses, en la transparencia y rendición de cuentas, en la gestión de riesgos y en los aspectos formales de organización y asignación de funciones y responsabilidades.

Estas prácticas facilitan el control de las operaciones y el proceso de toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y de la alta gerencia, y coadyuvan con la supervisión que ejerce el Estado, por medio de las superintendencias del Sistema Financiero, sobre las entidades reguladas.

En los últimos años, se ha hecho patente que:

Los fallos en las empresas y las crisis financieras internacionales han incrementado la necesidad de contar con directorios más sólidos que ayuden a garantizar su buen funcionamiento y generen confianza a sus accionistas y a sus grupos de interés. La adecuada composición de un directorio se basa principalmente en aspectos como su tamaño óptimo, habilidades y conocimientos y existencia de directores independientes¹.

Los directores se han convertido en el pilar fundamental de los gobiernos corporativos, dado que su rol es crucial para que los códigos o principios de gobierno puedan aplicarse en las entidades financieras. Actualmente, en los consejos directivos del sector financiero se deben nombrar directores independientes que, al no tener compromisos o vínculos con ningún grupo específico de poder, tienden a actuar objetivamente frente a decisiones en que se

¹ Amorrtu, Fiorella, Gobierno corporativo, La adecuada composición de los directorios para las empresas. Tomado el 6/4/2018 de: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/7d9d71804b39f2658e2efe4149c6fa94/media_coverage_Procapitales_Gob_Corporativo_Fiorella_Amorrtu_January_2016.pdf?MOD=AJPERES

PJD-3-2018

Página 3

contrapongan visiones e intereses al interior de la entidad. La misma característica de independencia es necesaria en los comités que designe el órgano de dirección.

La incorporación de directores independientes en los órganos de dirección y en los comités, permite mitigar los conflictos de interés, así como también evitar o atenuar la acumulación de poder en personas o grupos que, al no ser debidamente monitoreados, podrían tener más facilidades para actuar en su propio beneficio u ocultar el verdadero estado de una organización.

En el caso de los fondos de pensiones, estos directores deben representar un contrapeso y una voz de alerta interna frente a medidas que perjudiquen el interés de todos los afiliados del fondo y el interés público. Su aporte principal se relaciona con la objetividad, el monitoreo, así como el equilibrio y respeto de la técnica al momento de la toma de decisiones.

Según la doctrina:

Básicamente, la independencia puede establecerse en la medida que el director no pertenece al grupo de los insiders, o en la medida que no pertenece a ningún grupo que tenga interés en la sociedad (stakeholders). Esta última definición es más estricta y difícil de cumplir, por cuanto requiere que el director no tenga relación con la sociedad ya sea como accionista, socio, empleado, acreedor, parentesco con alguna entidad o persona relacionada a la sociedad o vinculación con alguna empresa que preste servicios de importancia o se encuentre relacionada a la sociedad. De esta forma, se intenta reducir o eliminar cualquier conflicto de interés o sesgo que pueda surgir en la toma de decisiones de los directores.²

Respecto de los regulados de SUPEN, las medidas de gobierno corporativo deben analizarse en el siguiente contexto:

- i. La mayoría de las operadoras de pensiones, pertenecen a grupos de accionistas altamente concentrados o de un único propietario.
- ii. Los fondos de pensiones en su mayoría carecen de mecanismos de representación de los afiliados/pensionados en las entidades supervisadas, que les permitan controlar situaciones en las que sus intereses y los de los controladores no coinciden o hay un potencial conflicto de interés entre ellos³.

² Figueroa, Luis y Santibañez, Francisco, *Gobiernos corporativos y directores independientes*, Pág. 3. Tomado el 6/4/2018 de: https://www.svs.cl/portal/principal/605/articulos-13944_GobCorp_Directores.pdf

³ Precisamente porque los afiliados y pensionados no cuentan con representación en el directorio, el Reglamento de Riesgos establece:

Artículo 6. Responsabilidades del Órgano de Dirección

El Órgano de Dirección es responsable de aprobar y mantener la estrategia de gestión de riesgos de los fondos administrados. En este rol le corresponde, entre otros:

a) Actuar de buena fe, en busca de los mejores intereses de los afiliados y pensionados; es decir, tiene una responsabilidad fiduciaria con los afiliados y pensionados de los fondos administrados. Además, sus decisiones no deben estar afectadas por conflictos de intereses.

PJD-3-2018

Página 4

- iii. La estructura administrativa de los gestores de los fondos es vulnerable a que existan casos en los que la alta gerencia controle los nombramientos de los directores y de los miembros de los comités.

Estos factores de riesgo se pueden mitigar con la designación de directores independientes en el órgano de dirección⁴ y la adopción de prácticas que promuevan la **división de funciones**, el control interno y la **independencia** de los comités, elementos todos que se encuentran actualmente contemplados en la normativa vigente.

III. Unidad/función de riesgos y Comité de riesgos

Para el análisis de los nombramientos de los miembros del comité de riesgo, en primer lugar, es necesario establecer la naturaleza de la unidad/función de riesgos, el Comité, sus funciones y conformación. Estos aspectos se encuentran establecidos en los Reglamentos de Gobierno Corporativo y en el Reglamento de Riesgos. El primero, de alcance general para todos los supervisados del sector financiero y, el segundo, únicamente para los de la Superintendencia de Pensiones.

Una de las **responsabilidades** del órgano de dirección de las entidades reguladas es la creación de comités que lo apoyen en el ejercicio de sus facultades. En este sentido, el Reglamento de Gobierno Corporativo indica expresamente:

Artículo 6. Estructura organizacional

El Órgano de Dirección es el responsable de aprobar la estructura organizacional y funcional de la entidad y proporcionar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus responsabilidades. Esto implica, entre otros aspectos, que:

[...]

*6.4 Constituye y establece la conformación de los comités técnicos, unidades y cualquier otra instancia que el Órgano de Dirección considere pertinente para la buena gestión de la entidad y de los Vehículos de Administración de Recursos de Terceros; para ello, los dota de los recursos, **independencia**, autoridad y jerarquía necesarios para su operación. [El resaltado no es del original].*

Artículo 24. Comités

Para lograr la eficiencia y una mayor profundidad en el análisis de los temas de su competencia, el Órgano de Dirección debe establecer comités técnicos, en concordancia con la responsabilidad relativa a los comités establecida en el artículo 6, numeral 6.4 de este Reglamento. Dichos comités deben contar con una normativa, que regule su

[...]

⁴ En algunas regulaciones, la designación de los miembros de los comités debe cumplir los mismos requisitos de los miembros de los directorios, generalmente en las sociedades cotizadas en bolsa.

PJD-3-2018

Página 5

funcionamiento, integración, el alcance de sus funciones, y los procedimientos de trabajo, esto incluye la forma en que informará al Órgano de Dirección. Los comités deben llevar actas en las cuales consten sus deliberaciones y los fundamentos de sus decisiones.

El Órgano de Dirección debe considerar la rotación periódica de los miembros de los comités, para evitar la concentración excesiva del poder y promover nuevas perspectivas. Esta rotación debe tomar en cuenta las competencias y experiencia de los miembros nominados. Los comités que se señalan en este Reglamento deben ser presididos por un miembro del Órgano de Dirección; además, el presidente de un comité no debe ser presidente de otro comité. [El resaltado no es del original].

Algunos de esos comités, están contemplados expresamente en la regulación, como es el caso del Comité de Riesgos, acerca del cual el Reglamento de Gobierno Corporativo dispone:

Artículo 26. Comité de Riesgos.

*El Comité de Riesgos debe ser presidido por un Director Independiente, y es **responsable de asesorar al órgano de Dirección** en todo lo relacionado con las políticas de gestión de riesgos, la capacidad y el Apetito de Riesgo de la entidad o del Vehículo de Administración de Recursos de Terceros. Asimismo, de supervisar la ejecución de la Declaración de Apetito de Riesgo por parte de la Alta Gerencia, la presentación de informes sobre el estado de la Cultura de Riesgo de la entidad, y la **interacción y supervisión con el director de riesgos, o con quien asuma este rol.***

El trabajo del comité incluye la supervisión de las estrategias y la gestión de los riesgos para asegurarse de que son coherentes con el Apetito de Riesgo declarado. Además el comité debe cumplir las funciones establecidas en la regulación específica emitida por la respectiva superintendencia.

El comité debe recibir informes periódicos y oportunos del director de riesgo o quien asuma este rol, así como de las otras áreas o funciones relevantes, sobre el Perfil de Riesgo actual de la entidad, de los límites y métricas establecidas, las desviaciones y los planes de mitigación.

El Comité de Riesgos debe intercambiar periódicamente con la Auditoría Interna o equivalente y otros comités relevantes, la información necesaria para asegurar la cobertura efectiva de todos los riesgos y los ajustes necesarios en el Gobierno Corporativo de la entidad a la luz de sus planes de negocio o actividades y el entorno.

No obstante lo dispuesto en el Artículo 4 de este Reglamento, la constitución del Comité de Riesgos es obligatoria para todas las entidades incluidas en el Artículo 2, excepto para el caso de emisores no financieros en donde su constitución se hace de acuerdo con las políticas que defina la entidad.

[...] [El resaltado no es del original].

Por su parte, el Reglamento de Riesgos indica:

Artículo 14. Integración del Comité de Riesgos.

*El Órgano de Dirección deberá nombrar un Comité de Riesgos conformado por un mínimo de tres miembros, **uno de los cuales debe ser un director independiente del Órgano de Dirección de la entidad.** En el caso de las entidades reguladas en las que exista imposibilidad*

PJD-3-2018

Página 6

legal para nombrar directores independientes en el Órgano de Dirección, al menos uno de los miembros del comité debe ser externo a la entidad regulada, al grupo o conglomerado financiero o al grupo de interés económico y no podrá integrar otros comités de la entidad regulada. En este caso, el miembro externo debe presidir el comité.

Ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro del Comité de Riesgos.

Los fondos de pensión complementaria creados por leyes especiales que sean administrados por las operadoras de pensiones, pueden utilizar el Comité de Riesgos de la operadora. En este caso, cuando se tomen acuerdos que afecten a dichos fondos, en el Comité debe participar, con derecho a voz y voto, un representante de la Junta Directiva o Junta Administradora del fondo complementario creado por ley especial.

La conformación del Comité debe rotarse periódicamente con nuevos miembros para evitar la concentración excesiva del poder y promover nuevas perspectivas. Dicha rotación puede ser total o parcial, según lo establezca la normativa interna del Comité.

Salvo caso fortuito o fuerza mayor, previamente justificado ante la Superintendencia, el Comité no podrá sesionar si no cuenta con la asistencia y participación del director independiente o del miembro externo, según corresponda.

[...] [El resaltado no es del original].

Según ese último Reglamento, la unidad o función de riesgos es un órgano diferente del Comité de riesgos, al cual **le reporta** e informa periódicamente. Esa unidad o función debe contar con un director, detallado en el artículo 11 y tiene asignados los deberes previstos en los incisos c), d) y e) del artículo 12:

Artículo 11. Director de riesgos o equivalente

*El director o equivalente de la unidad o función de riesgos, es el encargado de esta unidad o función; reporta al Órgano de Dirección y debe tener el nivel jerárquico, independencia, autoridad y las competencias necesarias **para supervisar las actividades de gestión de riesgos de la entidad y de los fondos administrados. Debe contar con acceso a toda la información necesaria para realizar sus funciones y no debe tener responsabilidades en las líneas de negocio o las actividades sustantivas de la entidad.***

Cuando los servicios prestados por la unidad o función de riesgos sean subcontratados, en los términos dispuestos en el artículo 10 de este Reglamento, esta reporta al Órgano de Dirección de la entidad regulada en lo que respecta los fondos administrados.

Tanto la designación, como el cese y otros cambios en la posición del director o equivalente de la unidad o función de riesgos deben ser aprobados por el Órgano de Dirección, previa consulta al Comité de Riesgos e informar de la designación y el cese a las Partes Interesadas pertinentes, a quienes adicionalmente debe informar las razones del cambio.

El Director o equivalente de la unidad o función de gestión riesgos debe contar con la formación profesional y experiencia relevante que le permita desempeñar sus funciones. [El resaltado no es del original].

Artículo 12.- Funciones de la unidad o función de riesgos

La unidad o función de riesgos desempeñará, al menos, las siguientes funciones:

[...]

PJD-3-2018

Página 7

c. Asesorar al Comité de Riesgos y al Órgano de Dirección en la elaboración o modificación de la declaración del apetito de riesgo y del marco de gestión de riesgos.

d. Realizar los estudios de riesgos para todos aquellos productos o nuevos servicios que la entidad pretenda comercializar.

e. Informar, al menos mensualmente, al Órgano de Dirección, al Comité de Riesgos, al de Inversiones y a la Alta Gerencia sobre:

i. La exposición por tipo de riesgo de los fondos administrados. Los informes sobre la exposición de riesgo deberán incluir análisis de sensibilidad y pruebas bajo condiciones extremas.

ii. Las desviaciones que, en su caso, se presenten con respecto al apetito de riesgo aprobado. Los informes deben incluir pruebas de retroalimentación (backtesting) con datos reales que permitan medir la efectividad de los modelos utilizados y su correspondiente ajuste cuando ellos se desvíen de la realidad. [El resaltado no es del original].

Como se puede observar, si **la unidad de riesgos le reporta directamente** al Comité de Riesgos de la entidad y sus integrantes a su vez forman parte tanto de la unidad como del Comité, estarían sus miembros en la condición de revisar el trabajo que ellos mismos han realizado. Claramente una conformación semejante atenta contra la independencia que debe mantener el Comité.

Cabe destacar que en el caso de las entidades supervisadas que son parte del Sector Público, esa conformación tampoco se ajusta a las *Normas de control interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE)*, que en lo que aquí interesa disponen:

*1.8 El SCI debe contribuir al desempeño eficaz y eficiente de las **actividades relacionadas con el gobierno corporativo**, considerando las normas, prácticas y procedimientos de conformidad con las cuales la institución es dirigida y controlada, así como la regulación de las relaciones que se producen al interior de ella y de las que se mantengan con sujetos externos.*

[...]

2.5.3 Separación de funciones incompatibles y del procesamiento de transacciones

*El jerarca y los titulares subordinados, según sus competencias, **deben asegurarse de que las funciones incompatibles, se separen y distribuyan entre los diferentes puestos**; así también, que las fases de autorización, aprobación, ejecución y registro de una transacción, y la custodia de activos, estén distribuidas entre las unidades de la institución, de modo tal que una sola persona o unidad no tenga el control por la totalidad de ese conjunto de labores.*

Cuando por situaciones excepcionales, por disponibilidad de recursos, la separación y distribución de funciones no sea posible debe fundamentarse la causa del impedimento. En todo caso, deben implantarse los controles alternativos que aseguren razonablemente el adecuado desempeño de los responsables. [Lo resaltado no es del original].

PJD-3-2018

Página 8

Finalmente, si bien la unidad o función de riesgos puede ser subcontratada, con un área especializada del grupo o conglomerado financiero o del grupo de interés económico del cual forme parte la entidad regulada, el numeral 11 del Reglamento de Riesgos expresamente señala que: “*Cuando los servicios prestados por la unidad o función de riesgos sean subcontratados, en los términos dispuestos en el artículo 10⁵ de este Reglamento, esta reporta al Órgano de Dirección de la entidad regulada en lo que respecta los fondos administrados*” [lo resaltado no es del original].

En consecuencia, en cuanto a estas labores los funcionarios de la unidad **reportan** a la entidad regulada y, por lo tanto, funcionalmente son parte de la entidad regulada, por lo tanto, se encuentran cubiertos por el impedimento de formar parte del Comité de Riesgos a que se refiere el artículo 14 del Reglamento de Riesgos, cuyo texto reza: “*Ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro del Comité de Riesgos*”.

IV. Conclusión

En virtud de lo expuesto, se concluye que:

1. Permitir al órgano de dirección que designe en el Comité de Riesgos a miembros de la unidad o función de riesgos de la entidad, atenta contra la independencia de dicho Comité, porque implicaría que algunos de sus integrantes revisen el trabajo que ellos mismos han realizado. En virtud de lo anterior, resulta aplicable en este caso el impedimento previsto en el artículo 14 del Reglamento de Riesgos, cuyo texto reza: “*Ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro del Comité de Riesgos*”.

⁵ El texto del artículo 10 señala:

Artículo 10. La unidad o función de riesgos.

Las entidades deben contar con una unidad o función de riesgos eficaz e independiente de las líneas de negocio o actividades sustantivas, bajo la conducción de un director de riesgos o equivalente.

La unidad o función de riesgos debe contar, entre otros, con:

i. Personal suficiente, que posea la experiencia y competencias necesarias, incluyendo el conocimiento de los productos y del mercado, que le permitan emitir criterios fundamentados en relación con los riesgos a los que está expuesta la entidad y los fondos administrados.

ii. Acceso a todas las líneas de negocio o actividades sustantivas con potencial de generar un riesgo material a la entidad o al fondo administrado.

Los servicios prestados por la unidad o función de riesgos podrán contratarse con un área especializada del grupo o conglomerado financiero, del grupo de interés económico del cual forme parte la entidad regulada, o bien, con un tercero independiente. En cualquiera de estos casos, la entidad deberá mantener, dentro de su propia organización, un responsable que ejerza como contraparte técnica.

No podrá contratarse la prestación del servicio con terceros cuando existan conflictos de intereses con la entidad o grupo o conglomerado financiero o con el grupo de interés económico al que pertenezca la entidad regulada.

Corresponde al Órgano de Dirección de la entidad regulada establecer los mecanismos para la comprobación de la capacidad técnica y la experiencia del área o del tercero contratado.

La contratación de servicios con áreas especializadas del grupo o conglomerado financiero o grupo de interés económico, o con terceros independientes, deberá formalizarse mediante un contrato.

La responsabilidad de la entidad regulada es indelegable.

PJD-3-2018

Página 9

2. Cuando la entidad regulada subcontrate al grupo financiero, conglomerado o grupo de interés económico los servicios de una unidad o función de riesgos, se entiende que los funcionarios de dicha unidad o función reportan directamente al órgano de dirección de la entidad regulada y, por lo tanto, funcionalmente son parte de la entidad regulada. En vista de lo anterior, dichos funcionarios se encuentran cubiertos también por el impedimento previsto en el artículo 14 del Reglamento de Riesgos, según el cual: “*Ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro del Comité de Riesgos*”.

Realizado por:



Jenory Díaz Molina,
Coordinadora



Aprobado por:
Nelly Vargas Hernández
Directora

División Asesoría Jurídica