

24 de marzo de 2020

PJD-8-2020

Señora
Patricia Abarca Rodríguez
Directora Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual
Superintendencia de Pensiones

Estimada señora:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, se solicitó a esta División de Asesoría Jurídica analizar desde el punto de vista jurídico, “*la aplicación del criterio de proporcionalidad*” previsto en el artículo 4 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo y en el artículo 4 del Reglamento de Riesgos. Para atender esta solicitud, esta División de Asesoría Jurídica emite el siguiente criterio:

I. Normativa aplicable

1. Reglamento sobre Gobierno Corporativo

Artículo 4. Aplicación proporcional y diferenciada de los principios

Cada entidad diseña, implementa y evalúa su marco de Gobierno Corporativo de conformidad con sus atributos particulares, para ello debe considerar las leyes que le resultan aplicables, el tamaño, la estructura de propiedad y la naturaleza jurídica de la entidad, así como el alcance y la complejidad de sus operaciones, la estrategia corporativa, el Perfil de Riesgo y el potencial impacto de sus operaciones sobre terceros. La entidad es la responsable de demostrar la efectividad de su marco de gobierno corporativo.

Artículo 25. Comité de Auditoría

La conformación del Comité de Auditoría debe garantizar el ejercicio de un juicio independiente.

Todos sus miembros deben poseer las habilidades, conocimientos y experiencia demostrable en el manejo y comprensión de la información financiera, así como en temas de contabilidad y auditoría. Debe ser presidido por un Director Independiente.

No obstante, lo dispuesto en el Artículo 4. de este Reglamento, la constitución del Comité de Auditoría es obligatoria para todas las entidades incluidas en el Artículo 2 de este Reglamento.

[...]

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

PJD-8-2020

Página 2

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 del Riesgo de la entidad, y la interacción y supervisión con el director de riesgos, o con quien asuma este rol.

[...]

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.

Se exceptúa también a las entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutos o complementarios del régimen de invalidez, vejez y muerte (IVM), creados por leyes o convenciones colectivas creados por leyes especiales que sean administrados por las operadoras de pensiones, los cuales pueden utilizar el Comité de Riesgos de estas últimas, de acuerdo con las normas específicas que establezca la Superintendencia de Pensiones. [Lo destacado no es del original].

2. Reglamento de Gestión de Activos

Artículo 1. Alcance

El presente Reglamento establece los lineamientos que las entidades reguladas por la Superintendencia de Pensiones deben aplicar en la administración de los activos de los fondos de pensión y de capitalización laboral...

[...]

En el caso de entidades reguladas y fondos en proceso de liquidación, así como fondos de pensiones creados por ley especial cerrados a nuevas afiliaciones, el Superintendente de Pensiones puede, mediante acuerdo debidamente razonado y motivado, eximirlos parcialmente de las disposiciones contenidas en este Reglamento, cuando de esta forma se satisfaga de mejor manera el principio expuesto en el inciso b) del artículo 60 de la Ley de Protección al Trabajador.

Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes que le resulten aplicables, únicamente están sujetos a las disposiciones relacionados con la inversión de recursos de los fondos mediante el otorgamiento de créditos, los regímenes de beneficio definido que estén autorizados por ley para esa actividad. [Lo destacado no es del original].

3. Reglamento de Riesgos

Artículo 4. Proporcionalidad

*Cada entidad regulada diseña, implementa y evalúa su modelo de gestión de riesgos de los fondos administrados y es responsable de demostrar su efectividad. Ese modelo de gestión de riesgos, así como la supervisión ejercida y la evaluación de los riesgos por parte de la SUPEN, deben tener en consideración **las características propias de la entidad y los fondos administrados, su complejidad, naturaleza, tamaño de las operaciones,***

PJD-8-2020

Página 3

perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrentan. [Lo destacado no es del original].

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

II. Análisis de fondo

1. Principio de proporcionalidad

En el voto N°03933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Constitucional se refirió al concepto de proporcionalidad como sigue:

*... **la proporcionalidad** en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella **no debe estar fuera de proporción** con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "inexigible" al individuo... [El resaltado no es del original].*

Por su parte, en voto N°01625-2010 de las nueve horas y treinta minutos del veintisiete de enero de dos mil diez, agregó:

*...**la proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al*

PJD-8-2020

Página 4

beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad... [El destacado no es del original].

Por su parte, puede decirse que en lo que respecta a la normativa que aplica a las entidades reguladas por esta Superintendencia de Pensiones, la proporcionalidad es un elemento que debe tomar en consideración el supervisor al momento de evaluar la gestión de riesgos que realizan esas entidades y, principalmente, al momento de formular sus requerimientos.

En este sentido, la proporcionalidad obliga al supervisor a comparar la finalidad del requerimiento que se pretende formular con el beneficio que con este se pretende obtener, de manera que en ningún caso lo que se le exija a la entidad sea más gravoso que dicho beneficio. Además, implica determinar si lo ordenado a la entidad puede o no ser cumplido por esta, para lo cual se deben considerar sus características propias y las de los fondos que administra, su complejidad, naturaleza, tamaño de las operaciones, perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrenta, entre otros.

La División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual, mediante un documento anexo a la tarea asignada a esta Asesoría Jurídica, analizó el artículo 4 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, el artículo 4 del Reglamento de Riesgos y el artículo 9 del Reglamento de Gestión de Activos y estableció, desde un punto de vista técnico, el contenido de cada uno de los criterios que se deben valorar al momento de determinar si procede o no la aplicación del principio proporcionalidad en relación con una entidad regulada.

De seguido se plantea un resumen de este análisis, el cual puede servir de guía para que los supervisores determinen, en un caso concreto, si se encuentran ante una entidad regulada que presenta condiciones jurídicas, estratégicas, operativas o de otra naturaleza, que requieran la aplicación del principio de proporcionalidad.

2. Criterios técnicos generales que debe considerar el supervisor para la valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad

a) Características de la entidad y de los fondos que administra

En esta valoración el supervisor debería considerar:

- *La estructura de propiedad y la naturaleza jurídica de la entidad, en particular:*
 - La forma en que esta fue constituida. En el caso de las operadoras de pensiones, es importante determinar si se trata de una entidad cuya existencia es necesaria, de conformidad con la Ley de Protección al Trabajador.

PJD-8-2020

Página 5

- Las leyes que le son aplicables y las limitaciones particulares que estas le imponen a la entidad, por ejemplo, en materia de inversiones.
- La pertenencia de la entidad a un grupo o conglomerado financiero.
- La existencia de normas que ordenen la afiliación automática a la entidad.
- La existencia de disposiciones legales específicas relacionadas con el nombramiento de miembros de la junta directiva, directores independientes, comités técnicos, alta gerencia, entre otros.

- *El alcance y la complejidad de sus operaciones, particular:*

- El tipo de productos que la entidad está autorizada a administrar: fondos obligatorios y voluntarios o solo obligatorios, productos individuales y colectivos o solo individuales, fondos erróneos u otros fondos de pensiones complementarios creados por leyes especiales.
- Los productos que representan el giro principal o mayoritario de la entidad.
- El tipo de monedas en que se encuentran los fondos (moneda extranjera o solo colones)
- El estado de madurez de los fondos voluntarios que administre (si se permiten o no retiros por parte de los afiliados).
- El perfil de los afiliados a cada uno de los fondos.
- Las relaciones contractuales que mantenga la entidad con otras de su mismo grupo o conglomerado financiero.
- La forma en que gestiona las tecnologías de información (si es o no una gestión propia).
- La conformación del gobierno corporativo de la entidad y su marco de gestión de riesgos (si cuenta con comités técnicos o funciones de control y supervisión que sean de naturaleza corporativa).
- La tercerización de procesos críticos.
- La gestión del proceso de inversión de los recursos de los fondos administrados (complejidad de instrumentos y nivel de inversión).

b) Tamaño y el potencial impacto de sus operaciones/riesgos sobre terceros

En esta valoración el supervisor debería considerar:

- *El volumen de los fondos administrados por la entidad, en particular:*

- El saldo administrado y la cantidad de afiliados.
- La posición de la entidad en la industria (porcentaje del PIB que representa el saldo administrado y su importancia relativa no solo en el sector de pensiones complementaria sino en el Sistema Nacional de Pensiones).

PJD-8-2020

Página 6

- La experiencia de la entidad, en términos relativos y analizada en relación con el sector de pensiones de países que sean de naturaleza similar a Costa Rica.
- *El perfil de Riesgos, en particular:*
 - El nivel de apetito de riesgo definido para cada tipo de riesgo.
 - El nivel de riesgo residual determinado (entendido como la mayor o menor efectividad observada en la mitigación de los riesgos por parte de la gestión operativa y en las funciones de control y supervisión).
 - El grado de cumplimiento y eficacia observada en la implementación de los planes de acción declarados por la entidad, sobre todo, los relacionados con la gestión de los riesgos.

3. El principio de proporcionalidad en la normativa emitida por el CONASSIF

En este apartado se analiza la forma en que el principio de proporcionalidad se encuentra recogido en la normativa emitida por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF).

Es importante aclarar que, a pesar de que este principio está consagrado en el artículo 4 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo y en el artículo 4 del Reglamento de Riesgos, y en ambos casos se presenta con una redacción amplia, esto no significa que su aplicación sea irrestricta.

El objetivo de este apartado es dejar constancia de las limitaciones normativas que existen y que afectan la aplicación de este principio, las cuales deben ser tomadas en consideración durante el proceso de supervisión.

a) Reglamento sobre Gobierno Corporativo

En el artículo 4 de este Reglamento se establece la posibilidad de que las entidades puedan aplicar, en forma proporcional y diferenciada, los principios contenidos en esta norma.

Según este artículo, es la propia entidad la que debe considerar, para la aplicación de este principio, los siguientes aspectos generales: atributos particulares, leyes especiales que la rigen, tamaño, estructura de propiedad, naturaleza jurídica, así como el alcance y complejidad de sus operaciones, su estrategia corporativa, el perfil de riesgo y el potencial impacto de sus operaciones sobre terceros.

Nótese, que es deber de la entidad, de previo a hacer la aplicación proporcional de los principios sobre gobierno corporativo, autoanalizarse y demostrar que es apta para una aplicación diferenciada.

PJD-8-2020

Página 7

No obstante, la normativa también exige que las entidades deben conformar algunos comités que se consideran fundamentales para su gestión, cumpliendo ciertos requisitos, lo cual implica, en algunos casos, que no pueda aplicarse el principio de proporcionalidad.

- *Conformación del Comité de Auditoría*

La constitución de este comité es un ejemplo de una excepción normativa a la aplicación del principio de proporcionalidad, lo anterior, porque de acuerdo con el artículo 25 de este Reglamento, **todas las entidades** incluidas en el artículo 2 acápite 2.4 de ese instrumento¹, deben constituirlo.

Dado que la norma indica expresamente que la obligación de constituir este Comité aplica sin perjuicio del principio de proporcionalidad indicado en el artículo 4, esto implica que no es posible excepcionar de esta obligación a las entidades que, por ejemplo, se encuentren en proceso de liquidación o que administren fondos cerrados a nuevas afiliaciones. Claramente, en algunos de estos casos es muy posible que esta disposición normativa resulte más gravosa que el fin que se persigue con ella, no obstante, por el principio de inderogabilidad singular del reglamento no es posible dejar de exigir su aplicación.

- *Conformación del Comité de Riesgos*

El artículo 26 se refiere a la constitución del comité de riesgos, la cual, al igual que en el caso anterior, es obligatoria para todas las entidades incluidas en el artículo 2, acápite 2.4 del referido Reglamento, razón por la cual los fondos en proceso de liquidación o cerrados para nuevas afiliaciones deben constituirlo.

No obstante, en este caso, a diferencia del Comité de Auditoría, se hace una excepción para las entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutos o complementarios del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (RIVM) que sean administrados por las operadoras de pensiones, las cuales pueden utilizar el comité de riesgos de estas últimas.

¹ Artículo 2. Alcance

Las disposiciones establecidas en este Reglamento son de aplicación para:

[...]

2.4

Regulados por SUPEN:

xix. Operadoras de Pensiones.

xx. Organizaciones sociales autorizadas para administrar los fondos de capitalización laboral.

xxi. Entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutas o complementarias del régimen de invalidez, vejez y muerte (IVM), creados por leyes o convenciones colectivas.

PJD-8-2020

Página 8

b) Reglamento de Gestión de Activos

- Conformación del Comité de Inversiones

Según lo dispuesto en el artículo 9, los órganos de dirección de las entidades reguladas deben constituir este comité, el cual debe estar conformado por un mínimo de cinco miembros, sin embargo, se permite que el órgano de dirección pueda justificar una conformación mínima de tres integrantes basado en el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, en dicho artículo expresamente se indica que los fondos de pensiones complementarios creados por leyes especiales, que sean administrados por las operadoras de pensiones, pueden utilizar el comité de inversiones de la operadora. Lo anterior con la condición de que, cuando se tomen acuerdos que les afecten, debe participar, con derecho a voz y voto, al menos un representante del órgano de dirección correspondiente.

Con respecto, a los fondos en proceso de liquidación y aquellos que se encuentren cerrados a nuevas afiliaciones, en el artículo 1 del referido Reglamento se indica que queda a criterio del Superintendente de Pensiones, mediante acuerdo debidamente razonado y motivado, eximirlos parcialmente de las disposiciones contenidas en este Reglamento.

c) Reglamento de Riesgos

- Generalidades sobre la aplicación del principio de proporcionalidad

En el artículo 4 se indica que cada entidad es la responsable de diseñar, implementar y evaluar su modelo de gestión de riesgos. Para ello debe tomar en consideración las características propias de la entidad y los fondos administrados, su complejidad, naturaleza, tamaño de las operaciones, perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrentan.

- Conformación del Comité de Riesgos

Al igual que en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo, en el artículo 14 del Reglamento de Riesgos se dispone que el órgano de dirección debe nombrar un comité de riesgos, conformado por un mínimo de tres miembros. En esta norma se establece que las entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutos o complementarios del RIVM, que sean administrados por las operadoras de pensiones, podrán utilizar el comité de dichas operadoras.

No obstante, en esta norma, al igual que en el Reglamento de Gobierno Corporativo, no se indica ninguna excepción para el caso de los fondos en proceso de liquidación o que se encuentren cerrados a nuevas afiliaciones.

PJD-8-2020

Página 9

4. Sobre la aplicación del principio

En términos generales, la aplicación del principio de proporcionalidad exige un análisis entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se pretende imponer, de manera que la limitación no sea marcadamente superior al beneficio que se pretende obtener a favor de la colectividad. Obliga también a determinar si lo ordenado a la entidad puede o no ser cumplido por esta, para lo cual se deben considerar sus características propias y las de los fondos que administra, su complejidad, naturaleza, tamaño de las operaciones, perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrenta, entre otros.

Este principio puede ser aplicado tomando en consideración los criterios desarrollados en el apartado II.2 de este dictamen, en forma dinámica y equitativa.

Sin embargo, la revisión de la normativa emitida por el CONASSIF evidencia que su aplicación no es general. En este sentido, y en particular cuando se trata de la conformación de los comités de las entidades reguladas, es claro que la normativa analizada no solo no es homogénea, dado no se da el mismo tratamiento a este tema en los diferentes reglamentos analizados, sino que, además, en algunos casos podría resultar más gravosa que el fin que se buscaba con su aprobación.

Esto es particularmente claro en el caso de los fondos en liquidación o que estén cerrados a nuevas afiliaciones, los cuales se vean obligados a conformar el **comité de riesgos y el comité de auditoría**, situación que podría ser desproporcionada, por los costos que esto les puede generar.

Así las cosas, conviene recomendar una revisión de las normas señaladas con anterioridad, con el fin de eliminar, en aquellos casos donde se presenten, las limitaciones expresas al principio de proporcionalidad, y permitir que este se aplique de acuerdo con los parámetros desarrollados en este criterio.

No obstante, y considerando que en algunos casos estamos frente a normativa transversal, aplicable por las cuatro superintendencias financieras (como es el caso del Reglamento sobre Gobierno Corporativo), podría valorarse también la posibilidad de introducir en dicha normativa, una autorización expresa para que el Superintendente de Pensiones sea el que defina, por medio de un acuerdo debidamente razonado y motivado, las excepciones que procedan en el caso de las entidades reguladas por este órgano de supervisión. Una norma similar a esta se encuentra prevista en el artículo 1 del Reglamento de Gestión de Activos.

PJD-8-2020

Página 10

III. Conclusiones

1. La proporcionalidad obliga al supervisor a comparar la finalidad del requerimiento que se pretende formular con el beneficio que con este se pretende obtener, de manera que, en ningún caso, lo que se le exija a la entidad sea más gravoso que dicho beneficio.
2. La aplicación de ese principio también obliga a determinar si lo ordenado a la entidad puede o no ser cumplido por esta, para lo cual se deben considerar sus características propias y las de los fondos que administra, su complejidad, naturaleza, tamaño de las operaciones, perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrenta, entre otros.
3. Los criterios técnicos generales a que se hace referencia en este dictamen pueden servir de guía para que el supervisor determine, en un caso concreto, si se encuentra ante una entidad regulada que presenta condiciones jurídicas, estratégicas, operativas o de otra naturaleza, que requieran la aplicación del principio de proporcionalidad.
4. No obstante, estos criterios no pueden ser aplicados en todos los casos, por las limitaciones que la misma normativa ha impuesto, en especial, en lo que toca a la conformación de los comités técnicos con que deben contar las entidades reguladas.

Atentamente,



Realizado por: Giselle Vargas Berrocal



Revisado por: Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

División Asesoría Jurídica