26 de junio de 2020

***PJD-15-2020***

Señor

Mauricio Soto Rodríguez

Director Supervisión de Regímenes Colectivos

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, se solicitó a esta División de Asesoría Jurídica analizar el criterio jurídico N° DJUR-01578-2020, recibido el 24 de abril de 2020 y emitido por la Dirección Jurídica del Instituto Nacional Seguros (INS), el cual se concluye que es viable desde el punto de vista jurídico que se “*utilice como comité de Auditoría y Comité de Riesgos del FONDO* [Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Benemérito Cuerpo de Bomberos]*, los Comités de Auditoría y de Riesgos Corporativos del INS”.* Para atender esta solicitud, esta División de Asesoría Jurídica emite el siguiente criterio:

1. **Antecedentes**

Mediante el oficio SP-798-2019, dirigido a la Junta Administradora del Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Benemérito Cuerpo de Bomberos (Junta Administradora) la Superintendencia de Pensiones, indicó:

*De acuerdo con la respuesta emitida por la Dirección Jurídica a dicha consulta, la cual se fundamenta en el marco normativo vigente, el* ***Órgano de Dirección del Fondo de Bomberos debe nombrar su propio Comité de Auditoría según lo establecido en el artículo 25 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo; así como, un Comité de Riesgos según lo señala el artículo 26 del citado reglamento y el 14 del Reglamento de Riesgos****. Lo anterior, en vista de que la normativa vigente no previó ninguna excepción que aplique a las condiciones particulares que rigen para ese Fondo. En consecuencia, los comités del Grupo INS no pueden actuar para el Fondo de Bomberos; tampoco el miembro externo podrá ser el mismo que integra los comités del Grupo INS…* [La negrita no es del original].

En seguimiento de lo anterior, en el oficio SP-311-2020, del 13 de marzo de 2020, se le solicitó a la Junta Administradora:

*Mediante oficio SP-798-2019 del 26 de agosto de 2019, se informó el criterio emitido por la Dirección Jurídica de SUPEN con respecto a que los comités del Grupo INS no pueden actuar para el Fondo ni tampoco el miembro externo puede ser el mismo que integra los comités del Grupo, razón por la cual, se le solicitó al Órgano de Dirección nombrar los comités de Auditoría y de Riesgos del Fondo.*

*Es de conocimiento de este Despacho que lo solicitado por este ente supervisor ha estado en estudio por parte de la División Jurídica del INS; sin embargo, considerando que no se ha obtenido una respuesta oportuna a lo requerido en el SP citado anteriormente, se les solicita en un plazo máximo de* ***diez días hábiles*** *posteriores al recibo de esta comunicación, informe las acciones que llevará a cabo para atender el incumplimiento señalado al marco normativo vigente…*

Por medio del oficio N° SDSERV-00947-2020, el presidente de la Junta Administradora remitió a SUPEN el dictamen N° DJUR-01578-2020, del 25 de marzo de 2020, mediante el cual la Dirección Jurídica del INS, concluye:

*Con fundamento en los argumentos expuestos con suficiencia en el apartado anterior, considera esta Dirección Jurídica, que sí existe viabilidad desde el punto de vista jurídico para que el INS utilice como Comité de Auditoría y Comité de Riesgos del FONDO, los Comités de Auditoría y de Riesgos Corporativos.*

*Lo anterior siempre y cuando tanto el Comité de Riesgos Corporativo, como el Comité de Auditoria Corporativo, mantengan la composición requerida para los Comités de Riesgos y Comités de Auditoría de fondos de pensiones como el que nos ocupa, respectivamente, y únicamente en el supuesto que sus miembros cumplan con los requerimientos dispuestos por la normativa reglamentaria para ello, específicamente en los artículos 14 y 15 del Reglamento de Riesgos (Para el Comité de Riesgos) y artículos 25 (Para el Comité de Auditoría) y 26 (Para el Comité de Riesgos) del Reglamento sobre Gobierno Corporativo…*

1. **Normativa aplicable**
2. **Ley General de la Administración Pública**

***Artículo 13****.*

*1. La Administración estará sujeta en general a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo****, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.***

*2. La regla anterior,* ***se aplicará también en relación con los reglamentos****, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.* [Lo resaltado no es del original]*.*

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

*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.***

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

***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 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 resaltado no es del original]*.*

1. **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, perfil de riesgos, las leyes que le resultan aplicables y las consecuencias de la eventual materialización de los riesgos que enfrentan.***[Lo resaltado 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*.

***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 Comité de Riesgos se deberá reunir por lo menos una vez al mes. Las deliberaciones y los acuerdos de este deben constar en un libro de actas.*

*Los miembros del Comité que hayan asistido a la reunión serán igualmente responsables de velar porque el contenido de las actas corresponda a lo discutido y lo aprobado en cada sesión.*

*En lo pertinente, al libro de actas del Comité de Riesgos, le será aplicable lo establecido en el Artículo 16 de este Reglamento.* [Lo resaltado no es del original].

1. **Análisis de fondo**
2. **Existencia de una norma expresa para la conformación de los comités**

En el dictamen jurídico de la Dirección Jurídica del INS se señala:

*En primera instancia, cabe indicar que el asunto consultado, orbita sobre el tema de pensiones, materia regulada, que por su especial trascendencia social, obliga a ser especialmente cuidadoso en la interpretación y aplicación de las normas que la rigen, para lo que, es necesario recurrir a su consideración desde una óptica que no pierda de vista la trascendente finalidad que ha llevado a la regulación de tal materia: básicamente la salvaguarda de la sostenibilidad financiera de los diversos regímenes de pensiones, y en este caso del FONDO.* ***Por ello, esta Dirección Jurídica considera indispensable la utilización en este asunto del método de*** ***interpretación teleológico o finalista lo cual es además consonante con el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública*** *que reza en su inciso primero:*

*“La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular…* [Lo resaltado no es del original]*.*

En relación con la interpretación de las normas administrativas, el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) es claro al señalar que el operador del derecho solo puede interpretar cuando hay obscuridad y solo puede integrar cuando hay vacío. En este sentido, en el criterio C-97-2020 la Procuraduría General de la República señala:

*En primer lugar, se cuestiona el método interpretativo usado por el aludido dictamen, al que llama de “pura interpretación”, pues a criterio del MINAE debió aplicar el método dialéctico. Empero, al revisar la metodología exegética usada en el pronunciamiento en cuestión para averiguar el sentido del artículo 25 de la Ley n.°8023, luego de la reforma hecha por el artículo 23 de la Ley n.° 9067, vemos que se ajustó a lo dispuesto por el artículo 10 del Código Civil, en cuya virtud:*

*“ARTÍCULO 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.” (El subrayado no es del original).*

*(Así reformado por Ley Nº 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 1º)*

***De conformidad con el precepto anterior, si el texto de la ley es claro no es necesario desentrañar la intención del legislador, pues basta con atender a su tenor literal para comprender el sentido o significado de la situación que se regula****.* [Lo resaltado no es del original]*.*

De esta forma, cuando se trata de preceptos normativos claros no es necesario interpretar, y el operador del derecho debe atender a su tenor literal.

En el presente caso, las normas del Reglamento sobre Gobierno Corporativo y del Reglamento de Riesgos a las que se hizo referencia en el apartado anterior, son claras al señalar que, en cuanto a la integración de los Comités de Auditoría y de Riesgos de las entidades reguladas, no aplica el principio de proporcionalidad, lo cual implica que:

1. La constitución de ambos comités es obligatoria para dichas entidades.
2. En el caso del Comité de Auditoría, su integración 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. Este Comité debe ser presidido por una Director Independiente[[1]](#footnote-2).
3. En el caso del Comité de Riesgos, este debe estar 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[[2]](#footnote-3)** 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.

Tratándose de 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

La desaplicación de estas normas al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Benemérito Cuerpo de Bomberos supondría una violación al *principio de inderogabilidad singular de los reglamentos* previsto en el artículo 13 de la Ley General de Administración Pública, según el cual:

*Artículo 13.-*

*1. La Administración estará sujeta en general a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo****, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.***

*2. La regla anterior,* ***se aplicará también en relación con los reglamentos****, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente…* [El resaltado no es del original].

De esta forma, no es viable desde el punto vista jurídico realizar una interpretación (la cual tampoco es necesaria) que implique desaplicar, en el caso del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos, la normativa relativa a la integración de los Comités de Auditoría y Riesgos, prevista en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo y en el Reglamento de Riesgos.

1. **Sobre el principio de proporcionalidad**

Al respecto, en el criterio jurídico N° DJUR-01578-2020 se indica*:*

*Finalmente, ambos cuerpos normativos reglamentarios contienen también sendas normas de proporcionalidad (artículo 4 de cada uno de ellos) que deja en manos de las entidades supervisadas, la regulación e implementación de su marco de Gobierno Corporativo (en el caso del Reglamento sobre Gobierno Corporativo), y el modelo de gestión de riesgos (específicamente el Reglamento de Riesgos), a partir de sus especiales características…*

*De lo hasta ahora expuesto en este análisis jurídico, puede derivarse que es posible entonces concluir que, si bien tanto los artículos 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, como el artículo 14 del Reglamento de Riesgos, disponen de la necesaria existencia del Comité de Riesgos, como del Comité de Auditoria, ambos como parte de la organización mínima del FONDO…*

Con este planteamiento la Dirección Jurídica del INS olvida que los artículos 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo excepcionan expresamente de la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 4 de ese mismo cuerpo normativa, la integración del Comité de Auditoría y del Comité de Riesgos. En este sentido, en dichas normas se dispone, expresamente, que:

*Artículo 25. Comité de Auditoría*

*[…]*

***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.*

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

***Artículo 26. Comité de Riesgos***

 *[…]*

***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 resaltado no es del original]*.*

La aplicación del principio de proporcionalidad a los fondos cerrados o en proceso de liquidación, fue analizada por esta Asesoría en el dictamen PJD-8-2020, en el cual se concluyó que estos deben contar con un Comité de Auditoría y con un Comité de Riesgos que se ajuste a lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, y al artículo 14 del Reglamento de Riesgos.

1. **Afectación financiera para el Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos**

En lo que interesa, la Dirección Jurídica del INS señaló:

*…* *del oficio, SDP-00133-2020 de la Subdirección de Planificación, se denota que atender lo dispuesto por SUPEN, si podría acarrear una afectación a la sostenibilidad financiera del FONDO, por lo que es claro que las normas de que establecen la necesidad de contar con esos Comités, no pueden interpretarse y aplicarse en la forma en que lo hace esa Superintendencia.*

*Más aún en el caso que nos ocupa, se trata de un régimen que ya se encuentra cerrado (no es posible la incorporación de nuevos cotizantes) conforme a la Ley 7302, por lo que incluso con base en los principios de proporcionalidad claramente privilegiados por los cuerpos normativos reglamentarios indicados (ambos en sus artículos 4), resulta más bien razonable que pueda utilizarse cuerpos colegiados corporativos del Grupo INS ya establecidos, evitando incurrir en riesgos como los anotados en el oficio ya antes citado…,*

*CONCLUSIONES: … sí existe viabilidad desde el punto de vista jurídico para que el INS utilice como Comité de Auditoría y Comité de Riesgos del FONDO, los Comités de Auditoría y de Riesgos Corporativos…*

Al respecto, esta Asesoría considera que las razones de oportunidad y conveniencia a que se refiere el criterio N° DJUR-01578-2020, no pueden dar lugar a una interpretación jurídica que resulte contraria a lo dispuesto en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo y en el Reglamento de Riesgos, para la constitución de los comités de auditoría y riesgos; lo anterior, porque en ambos casos existen preceptos normativos claros, que deben ser aplicados en su literalidad.

En vista de lo anterior, la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos debe nombrar un Comité de Auditoría y un Comité de Riesgos que cumpla con lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, y en artículo 14 del Reglamento de Riesgos.

Además, los Comités de Auditoría y de Riesgos Corporativos del INS no podrían ser utilizados como los Comités de Auditoría y de Riesgos del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos, si esto contraviene lo dispuesto en los artículos citados, en particular, las normas relacionadas con la independencia del miembro que preside cada uno de estos comités.

1. **Conclusiones**

En vista de lo anterior, esta Asesoría concluye que:

1. Los artículos 24, 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo y el artículo 14 del Reglamento de Riesgos contienen preceptos normativos claros aplicables a la conformación de los comités de auditoría y riesgos de las entidades reguladas, los cuales no admiten interpretación.
2. La desaplicación de estas normas al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Benemérito Cuerpo de Bomberos implicaría una violación al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos previsto en el artículo 13 de la Ley General de Administración Pública.
3. Los artículos 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo excepcionan expresamente de la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 4 de ese mismo cuerpo normativo, la integración del Comité de Auditoría y del Comité de Riesgos.
4. La Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos debe nombrar un Comité de Auditoría y un Comité de Riesgos que cumpla con lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, y en artículo 14 del Reglamento de Riesgos.
5. Los Comités de Auditoría y de Riesgos Corporativos del INS no podrían ser utilizados como los Comités de Auditoría y de Riesgos del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos, si esto contraviene lo dispuesto en los artículos citados, en particular, las normas relacionadas con la independencia del miembro que preside cada uno de estos comités.

Atentamente,

Realizado por: Giselle Vargas Berrocal 

Revisado por: Jenory Díaz Molina

Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

***División Asesoría Jurídica***

1. El cual es definido en el artículo 3, inciso j), del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, como un miembro del Órgano de Dirección que no tiene ninguna responsabilidad de gestión o asesoría en la entidad o su grupo o conglomerado financiero y además no está bajo ninguna otra influencia, interna o externa, que pueda impedir el ejercicio de su juicio objetivo. [↑](#footnote-ref-2)
2. De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento de Riesgos, el miembro externo del Comité de Riesgos es un miembro independiente no vinculado por relación laboral o contractual, propiedad o gestión a la entidad, al grupo o conglomerado financiero, al grupo de interés económico, o las empresas que prestan servicios a la entidad regulada, o de parentesco, consanguinidad o afinidad con miembros del Órgano de Dirección, la Alta Gerencia, el Director de la unidad o función de riesgos y los integrantes del Comité de Inversiones de la entidad regulada. [↑](#footnote-ref-3)