6 de noviembre de 2020

**PJD-28-2020**

Señora

Rocío Aguilar Montoya

Superintendente de Pensiones

Estimada señora:

De conformidad con lo establecido en el *Procedimiento para la tramitación ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Costarricense de proyectos de emisión o reformados reglamentos*, esta División de Asesoría Jurídica emite un criterio sobre la viabilidad legal de una propuesta de *Modificación del acápite xxi, inciso 2.4, del artículo 2, el segundo párrafo del artículo 25, y 26, todos, del Reglamento sobre Gobierno Corporativo; los artículos 1, el párrafo segundo y tercero del artículo 14 y el artículo 15, todos del Reglamento de Riesgos; y el inciso b) del artículo 10 del Reglamento de Gestión de Activos*.

1. **Normativa relevante**
2. Reglamento sobre Gobierno Corporativo

*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.***

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

*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 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.*

*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.*

*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.***

***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 1. Alcance*

*Las disposiciones establecidas en el presente reglamento son de aplicación para todas las entidades reguladas por la Superintendencia de Pensiones y los fondos administrados por estas, según se definen en el artículo 2, de la Ley de Protección al Trabajador.*

*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.*

*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].

*Artículo 15. Requisitos para los miembros del Comité de Riesgos*

*Los miembros del Comité de Riesgos deben contar con formación y experiencia demostrable en materia económica, financiera, riesgos, contable, legal, bursátil, pensiones o actuarial, de manera que colectivamente posean un balance de habilidades, competencias y conocimientos para que puedan realizar el análisis de los riesgos financieros y no financieros que afectan a la entidad y a los fondos administrados. Cada uno de los miembros debe cumplir durante el periodo de ejercicio de su cargo, como mínimo con los siguientes requisitos:*

*a. Ser persona de reconocida y probada honorabilidad.*

***b. No haber sido condenado, mediante sentencia firme, por la comisión dolosa o culposa de algún delito durante los últimos cinco años.***

*c. No haber sido condenado, mediante sentencia firme, por la comisión culposa de delitos contra la buena fe de los negocios o la confianza pública durante los últimos cinco años.*

*d. No haber sido sancionado administrativamente durante los últimos dos años.*

*e. No haber sido suspendido, separado o inhabilitado para ocupar cargos administrativos o de dirección en entidades reguladas o supervisadas por los órganos de regulación o supervisión financiera.*

*f. No tener relaciones de parentesco, consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, con otros miembros del Comité o con los integrantes del Órgano de Dirección. En el caso del miembro externo dicha incompatibilidad se extenderá a los funcionarios de la Alta Gerencia de la entidad regulada, del grupo o conglomerado financiero o del grupo de interés económico.*

*Corresponde a los miembros del Comité acreditar ante la entidad regulada el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo, mediante la documentación que esta establezca.*

*El Órgano de Dirección deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos y ratificar el nombramiento mediante acuerdo. Este último deberá ser comunicado a la SUPEN dentro de los siguientes cinco días hábiles contados a partir del nombramiento en firme.*

*Es responsabilidad de la administración de la entidad regulada, mantener la documentación probatoria del cumplimiento de los requerimientos exigidos, resguardada y a disposición de la Superintendencia.* [Lo resaltado no es del original].

1. Reglamento de Gestión de Activos

*Artículo 10. Requisitos para los miembros del Comité de Inversiones*

*Los miembros que conformen el Comité de Inversiones deben cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos:*

*a. Ser personas de reconocida y probada honorabilidad, así como de amplia experiencia y conocimiento en materia económica, financiera y bursátil. Si el fondo invierte en mercados extranjeros, al menos uno de ellos debe contar con experiencia o conocimiento en esos mercados, la cual debe quedar debidamente acreditada y documentada. Todo lo anterior, según lo establezca el Órgano de Dirección.*

***b. No haber sido sancionados por la comisión de algún delito contra la propiedad, contra la buena fe en los negocios, contra los deberes en la función pública, contra la fe pública, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, durante el plazo establecido para tal efecto en la Ley del Registro y Archivos Judiciales.***

*c. No haber sido sancionados administrativamente con inhabilitación para el ejercicio de cargos en entes u órganos públicos, durante los últimos cinco años.*

*d. No estar ligados entre sí por parentesco o consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, así como por relaciones comerciales y de servicios.*

*Corresponde a los miembros designados del Comité acreditar, ante la entidad regulada, el cumplimiento de los requisitos establecidos mediante la documentación que la entidad regulada defina.*

*El Órgano de Dirección debe comprobar el cumplimiento de los requisitos y ratificar el nombramiento mediante acuerdo. Este último debe ser comunicado a la Superintendencia de Pensiones dentro de los siguientes tres días hábiles contados a partir de su firmeza.* [Lo resaltado no es del original].

1. **Objetivo de la reforma y análisis de fondo**

En lo que respecta a la Superintendencia de Pensiones, los acápites xix, xx y xxi del inciso 2.4 del Artículo 2. Alcance, del *Reglamento sobre Gobierno Corporativo*, señalan que sus disposiciones resultan de aplicación a las operadoras de pensiones, las organizaciones sociales autorizadas para administrar los fondos de capitalización laboral; y las entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutas o complementarias del régimen de invalidez, vejez y muerte (IVM), creados por leyes o convenciones colectivas.

Si bien en el artículo 4 de este Reglamento se recoge el principio de proporcionalidad, según el cual cada entidad diseña, implementa y evalúa su marco de Gobierno Corporativo de conformidad con sus atributos particulares, los artículos 25 y 26 de ese Reglamento expresamente disponen que la constitución del Comité de Auditoría y del Comité de Riesgos es obligatoria para todas las entidades incluidas en el artículo 2 (con excepción del caso de los emisores no financieros, donde la constitución del Comité de Riesgos se hace de acuerdo con las políticas que defina la entidad).

En lo que toca al *Reglamento de Riesgos*, el artículo 1. Alcance de esta normativa establece que sus disposiciones son de aplicación para todas las entidades reguladas por la Superintendencia de Pensiones y los fondos administrados por estas, según se definen en el artículo 2 de la Ley de Protección al Trabajador.

Este Reglamento también recoge en su artículo 4 el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual cada entidad regulada diseña, implementa y evalúa su modelo de gestión de riesgos de los fondos administrados y es responsable de demostrar su efectividad; sin embargo, en su artículo 14 establece la obligación que tiene el órgano de dirección de cada entidad regulada, de nombrar un Comité de Riesgos conformado por un mínimo de tres miembros.

Como se puede observar, las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo y el Reglamento de Riesgos fueron concebidas para “negocios en marcha”, es decir, para entidades que no solamente están en funcionamiento, sino que continuarán su actividad dentro del futuro previsible. No obstante, la Superintendencia de Pensiones regula y supervisa regímenes de pensiones inmersos en procesos de liquidación, abolición o bien cerrados a nuevas afiliaciones que, por sus particulares características y condiciones de funcionamiento, administran, en términos relativos, pocos recursos, y que, además, para el caso de los cerrados a nuevas adscripciones (como es el caso del Fondo de pensiones y jubilaciones del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y el de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), cuentan con pocos afiliados o pensionados.

A pesar de lo anterior, la Superintendencia de Pensiones se encuentra obligada a exigirles el cumplimiento de la totalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo y el Reglamento de Riesgos, aun cuando ello no resulte razonable y desproporcionado, tomando en cuenta la finalidad de las normas y la especial condición de los sujetos obligados.

En vista de lo anterior, por medio de la reforma propuesta se faculta al Superintendente de Pensiones para que mediante acuerdo debidamente motivado, exima de la aplicación total o parcial de las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo y en el Reglamento de Riesgos a las entidades reguladas y fondos en proceso de liquidación, abolición y cerrados a nuevas afiliaciones. Por encontrarse en situaciones similares, la propuesta permite que se exima también de esta normativa, de forma temporal, a los fondos nuevos fondos creados por ley, mientras entran en funcionamiento.

Con el fin de evitar posibles contradicciones normativas, con esta propuesta se modifican también los artículos 25 y 26 de Reglamento sobre Gobierno Corporativo y el artículo 14 del Reglamento de Riesgos.

Esta importante aclarar que la facultad que se otorga al Superintendente de Pensiones con esas reformas no implica una delegación de la facultad reglamentaria otorgada por el artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif), dado que el primero únicamente podrá eximir de la aplicación parcial o total del Reglamento sobre Gobierno corporativo y del Reglamento de Riesgos a las entidades reguladas que cumplan con las condiciones expresamente definidas por el Consejo, y por medio de un acto debidamente motivado.

En vista de lo anterior, estima esta Asesoría que estas reformas se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico y contribuirán para que la normativa que dicte el Conassif no solo resulte adecuada al fin público que se persigue, sino, además, permitirán que esta resulte razonable y proporcionada en función de las particularidades de las entidades a las cuales se dirige.

La propuesta de modificación que se analiza también plantea una reforma al artículo 14 del Reglamento de Riesgos como sigue:

1. Se aclara que cuando la normativa indica que ningún funcionario de la entidad regulada podrá ser miembro de este Comité, en el caso de entidades administradoras de regímenes de pensiones sustitutos o complementarios del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), creados por leyes o convenciones colectivas, esta disposición se encuentra referida, únicamente, para los funcionarios o empleados a cargo de la administración del régimen de pensiones. De esta forma podrán forma parte de esta Comité funcionarios de la entidad patrocinadora del fondo, que no estén directamente vinculados con su administración.
2. En el caso de las operadoras de pensiones que administren fondo de pensiones complementarias creados por leyes especiales, se establece que cuando en el Comité de Riesgos de la operadora se tomen decisiones relacionadas con dichos fondos, en este debe participar, con derecho a voz y voto, un miembro de la junta directiva o junta administradora del correspondiente fondo complementario. Esto debido a que la redacción actual de esta norma ha generado consultas sobre si lo que la norma exige es la participación de un miembro del órgano de dirección, un miembro del órgano de dirección que tenga la condición de representante legal del fondo o, simplemente, un tercero, no integrante del órgano de dirección nombrado por este para que lo represente en el Comité de Riesgos de la operadora.

Finalmente, se plantea una reforma al inciso c) del artículo 15 Reglamento de Riesgos y al inciso b) del artículo 10 del Reglamento de Gestión de Activos, con el fin de aclarar que cada uno de los miembros del Comité de Riesgos y del Comité de Inversiones de las entidades reguladas debe cumplir con el requisito de no haber sido condenados mediante sentencia firme por la comisión de:

* 1. Algún delito contra la propiedad, contra la buena fe en los negocios, los deberes en la función y la fe públicas previstos en el Código Penal.
  2. Alguno de los delitos previstos en la Ley N°.8204, Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.
  3. Alguno de los delitos previstos en la ley N°.8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Lo anterior, salvo que se haya efectuado la cancelación de los correspondientes asientos en el Registro Judicial, una vez cumplidos los plazos y condiciones establecidos en la Ley del Registro y Archivos Judiciales, No. 6723.

Esta Asesoría considera que tanto la reforma al artículo 14 del Reglamento de Riesgos, como las reformas al inciso c) del artículo 15 Reglamento de Riesgos y al inciso b) del artículo 10 del Reglamento de Gestión de Activos, se encuentran ajustas al ordenamiento jurídico y contribuyen a aclarar aspectos que se requieren para una mejor aplicación de ambos instrumentos normativos.

1. **Conclusión**

En consecuencia, es criterio de esta División de Asesoría Jurídica que la propuesta de *Modificación del acápite xxi, inciso 2.4, del artículo 2, el segundo párrafo del artículo 25, y 26, todos, del Reglamento sobre Gobierno Corporativo; los artículos 1, el párrafo segundo y tercero del artículo 14 y el artículo 15, todos del Reglamento de Riesgos; y el inciso b) del artículo 10 del Reglamento de Gestión de Activos*, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico y tiene fundamento en las atribuciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

Atentamente,



Nelly Vargas Hernández, directora

**División Asesoría Jurídica**