

Doña Xinia: Muchas gracias, don Alejandro, antes de tomar una decisión sobre este aspecto, don Rodolfo quiere que le dé el uso de la palabra, pero sin grabación por favor, este, por favor que quiten la grabación, nos avisa Yarah.

Doña Yarah: Si señora, un momentito. Listo.

No obstante, esta solicitud, la grabación registró los segundos iniciales de la intervención de don Rodolfo, en los cuales se indicó:

Don Rodolfo: Compañeros yo estoy de acuerdo con lo que menciona, este don Alejandro, en principio, pero, este, ese oficio, ese oficio a nosotros nos va... (se interrumpe la grabación).

La situación comentada en este punto se contrapone a lo solicitado en los incisos c), d) y f) del artículo 2 del acuerdo SP-A-133, citados en el apartado 1.a) de este oficio, ya que lo consignado en el acta no corresponde íntegramente a lo discutido en la sesión.

Además de esto, el citado acuerdo SP-A-133 también señala las siguientes responsabilidades:

Artículo 4. Obligaciones del secretario del órgano de dirección o comités

Además de las que legal, reglamentaria o estatutariamente le correspondan, son obligaciones mínimas de quien funja como secretario del correspondiente órgano de dirección o comité:

a. Asegurarse de que las actas cumplan con lo indicado en este acuerdo.

b. Verificar y asegurarse de que la sesión sea grabada en forma íntegra, clara y a través de los medios que permitan la adecuada reproducción y conservación de la grabación. (El destacado no corresponde al original.)

Al respecto, la decisión de interrumpir la grabación de la sesión del Órgano de Dirección contradice lo requerido en estas disposiciones normativas. [Lo resaltado no es del original].

En atención al oficio SP-769-2023 la operadora remitió el oficio JD-07-2023, en el que se presentan las consideraciones específicas de esa entidad para cada una de las observaciones formuladas por este órgano. Anexo al oficio se remitió una opinión legal del despacho Facio y Cañas, del 7 de julio de 2023, referente a la integralidad y literalidad de las actas, en el que se indica, en lo que interesa:

Al respecto, Vida Plena OPC, S. A., es una Sociedad Anónima, que se rige en forma general por el Artículo 184 del Código de Comercio en cuanto a la llevanza de las Actas del Consejo de Administración o Junta Directiva, según el cual:

‘ARTÍCULO 184.- Salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado y, en defecto de éste, presidirá las sesiones el que le siga en el orden de la designación.

Para que el consejo de administración funcione legalmente deberán estar presentes por lo menos la mitad de sus miembros, y sus resoluciones será válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, quien actúe como presidente del consejo decidirá con doble voto.

La escritura social o los estatutos determinarán la forma de convocatoria del consejo, el lugar de reunión, la forma en que se llevarán las actas, y demás detalles sobre el funcionamiento del consejo.

*requisitos, las normas y los controles previstos en la presente ley y sus reglamentos. La Superintendencia deberá autorizar el funcionamiento de las operadoras y **dispondrá los requisitos adicionales que deberán cumplir estas entidades, con el propósito de proteger los ahorros de los trabajadores y la eficiencia del sistema.** [Lo resaltado no es del original].*

ARTÍCULO 42.- Deberes de los entes autorizados. Sin perjuicio de las demás obligaciones estipuladas en esta ley, son obligaciones de las operadoras y las organizaciones sociales autorizadas:

[...]

*e) Acatar los reglamentos, **los acuerdos** y las resoluciones emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión y el Superintendente.*

[...]

g) Suministrar oportunamente a la Superintendencia la información requerida, en el plazo y las condiciones dispuestos por ella.

[...]

r) Los demás deberes que contemplen esta ley y los reglamentos dictados por la Superintendencia. [Lo resaltado no es del original].

2. Reglamento sobre Gobierno Corporativo

Artículo 19. Conformación y asesoramiento del Órgano de Dirección

*El Órgano de Dirección debe conformarse en términos de liderazgo, tamaño y uso de comités, para afrontar de forma efectiva su rol de supervisión, dirección y demás responsabilidades. Debe contar con suficiente tiempo **e información para analizar y discutir ampliamente y a profundidad los aspectos bajo su responsabilidad.** [Lo resaltado no es del original].*

Artículo 20. Normas de funcionamiento del Órgano de Dirección y documentación

*El Órgano de Dirección debe emitir y actualizar de forma periódica las normas sobre su funcionamiento operativo, apoyándose en leyes, reglamentos, estatutos u otra normativa relacionada con su organización, derechos, responsabilidades y actividades sustantivas. Esta regulación debe establecer, entre otros aspectos, la frecuencia de las reuniones con su justificación, si serán remuneradas o no y la interacción con los comités y con otros órganos de Gobierno Corporativo. **El Órgano de Dirección debe mantener actas y demás registros verificables y seguros sobre los temas tratados, sus deliberaciones y decisiones.** Estos deben ser puestos a disposición del supervisor cuando éste lo requiera. [Lo resaltado no es del original].*

Artículo 22. Del Presidente

El presidente debe desempeñar un rol fundamental en el funcionamiento del Órgano de Dirección, aporta su liderazgo y su responsabilidad sobre el correcto y efectivo funcionamiento de esa instancia. Entre otros aspectos debe:

22.1 Poseer la experiencia, competencias y cualidades personales necesarias a efecto de cumplir con las responsabilidades del puesto.

Al respecto, esta asesoría considera que, en su análisis, el citado criterio parte de un error conceptual, dado que olvida que, sin perjuicio de su condición de sociedad anónima de naturaleza privada, Vida Plena OPC es una operadora de pensiones complementarias, sujeta, **ante todo**, a la Ley de Protección al Trabajador (7983), a la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias (7523) y a la normativa que emita el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN). En otras palabras, en su análisis el criterio de referencia obvia un elemento fundamental, y es que Vida Plena OPC no es una simple sociedad anónima, ante todo, se trata de una entidad autorizada por esta Superintendencia para administrar los ahorros para la vejez con que cuentan los trabajadores de este país.

En ese sentido, en el dictamen CJ-202-2000 la Procuraduría General de la República claramente expresó que:

*La Operadora es una sociedad anónima sujeta ante todo a la Ley 7983, empero el acto constitutivo de la Operadora no es la creación como sociedad anónima sino el acto de autorización emitido por la Superintendencia General de Pensiones. Por demás, tal como en otros casos de entes financieros, **para el funcionamiento de la Operadora no basta el acto constitutivo y de autorización para operar. En el desempeño cotidiano de su actividad debe sujetarse a los requisitos que se establezcan por parte de la Superintendencia, lo cual se justifica no sólo por la estabilidad y solvencia de las operadoras y del sistema financiero sino ante todo en resguardo de los intereses de los trabajadores, puesto que es de sus ahorros para la vejez de lo que se trata. Protección que resulta indispensable en virtud de los montos que las operadoras van a administrar y de la exclusividad de las facultades que se le atribuyen.** [Lo resaltado no es del original].*

En cuanto a la amplitud de las facultades de regulación de esta Superintendencia, en el criterio C-315-2008, el mismo órgano asesor reconoce que:

*Conforme se deriva de las leyes relativas a la materia, la Superintendencia de Pensiones tiene una amplia competencia en materia de regulación y supervisión de los sistemas de pensiones en el país. Su competencia deriva tanto de la Ley de creación, N° 7523 de 7 de julio de 1995 y sus reformas, como de leyes especiales, entre ellas la Ley de Protección al Trabajador. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el artículo 33 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias le atribuye competencia sobre todo plan, fondo o régimen de pensiones, tanto los contemplados en esa ley como en otras leyes; así como sobre la actividad de las operadoras de pensiones, de los entes autorizados para administrar los fondos de capitalización laboral y, en general, de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en los actos o contratos relacionados con las pensiones. **Esta amplia competencia le permite dirigir, reglamentar, supervisar y controlar la actuación de las operadoras de pensiones, sujetos regulados por las leyes 7523 y 7983, que se caracterizan por administrar fondos de los trabajadores, según lo indicado. Es en ejercicio de esa amplia competencia...** [Lo resaltado no es del original].*

Es por esta razón que en el artículo 38, inciso r), de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias (N.º 7523) se otorga a la Superintendencia de Pensiones una amplia facultad para:

r) Exigir, a los entes supervisados, el suministro de la información necesaria para los afiliados y dictar normas específicas sobre el contenido, la forma y la periodicidad con que las entidades supervisadas deben proporcionar a la Superintendencia, al afiliado y al público, información sobre su situación jurídica, económica y financiera, sobre las características y los costos de sus servicios, las operaciones activas y pasivas y cualquier otra información que considere de importancia; todo con el fin de que exista información suficiente y confiable sobre la situación de las entidades supervisadas. [Lo resaltado no es del original].

Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el artículo 42, inciso e) y g), de la Ley de Protección al Trabajador (N.º 7983), según los cuales las operadoras de pensiones deben:

e) Acatar los reglamentos, los acuerdos y las resoluciones emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión y el Superintendente.

[...]

g) Suministrar oportunamente a la Superintendencia la información requerida, en el plazo y las condiciones dispuestos por ella. [Lo resaltado no es del original].

Es con fundamento en estas normas legales que se dicta el acuerdo del superintendente SP-A-133, *Disposiciones aplicables a las actas que deben llevar los Órganos de dirección y los comités de riesgo y de inversiones de las Entidades reguladas.*

Este acuerdo, como su nombre lo indica, regula lo relativo a las actas que deberán llevar los órganos de dirección, comités de riesgo e inversiones de las entidades reguladas y, entre otros, establece los requisitos que dichas actas deben cumplir.

Así, de interés para este caso, los artículos 2 y 3 de ese acuerdo establecen en lo pertinente:

Artículo 2. Requisitos que deben cumplir las actas.

Las actas deberán asentarse y llevarse en formato digital y cumplir con los siguientes requisitos:

[...]

c. Incluir, en forma clara y explícita, todos los asuntos tratados, así como la totalidad de los acuerdos tomados, identificando aquellos tomados en firme.

d. Lo consignado en las actas deberá guardar congruencia, identidad esencial e integridad con todo lo discutido y acordado en la correspondiente sesión.

e. Indicación de cuáles miembros de los comités respectivos votaron, la forma en que votaron, así como los motivos o razones, cuando alguno vote en forma negativa o salve su voto.

f. Las observaciones que realicen a los asuntos tratados o los acuerdos tomados, cuando así lo solicite cualquiera de los participantes.

En vista de lo expuesto, es posible afirmar que **toda información y deliberación** que se produzca en las sesiones del órgano de dirección y en los comités **es relevante** para que la Superintendencia de Pensiones pueda realizar un adecuada supervisión de la evaluación y gestión de riesgos que realizan las entidades reguladas, y, por ello, el acta no solo debe estar a disposición de los supervisores, también debe **ser congruente e integral** y debe reflejar de la manera más fiel posible **todo lo discutido o deliberado** en las sesiones que se lleven a cabo en cada uno de estos ámbitos, no importa si estas han conducido o no a un acuerdo.

3. Análisis de las actas del órgano de dirección de Vida Plena OPC y lo indicado en el criterio jurídico aportado por la operadora

Por medio del oficio SP-769-2023, la Superintendencia de Pensiones formuló una serie de observaciones y cuestionamientos sobre las actas de las sesiones 1099 y 1100 del órgano de dirección de Vida Plena.

Estas fueron analizadas en la opinión jurídica anexa al oficio JD-07-2023, como sigue:

a) *El SP-A-133, Artículo 2 inciso c), se establece una funcionalidad de los asuntos tratados en relación con los acuerdos adoptados.*

b) *El SP-A-133 Artículo 2 inciso d), igual se dispone de una funcionalidad de la **congruencia, identidad esencial e integridad con todo lo discutido y acordado.** Subrayamos en este inciso, que se usa la preposición “y” la cual es conjuntiva y hace una unidad entre lo discutido y lo acordado.*

*Es decir, resulta relevante para el Regulador, aquella discusión de lo cual se genere un acuerdo de la Junta Directiva, no así para otros aspectos. Esto es especialmente confirmado por la redacción del inciso f), antes transcrito y resaltado arriba, que indica expresamente que se consignarán las observaciones que realicen a los asuntos tratados o los acuerdos tomados, **cuando así lo solicite cualquiera de los participantes.** A contrario sensu, evidentemente, si no lo solicita así un participante, no se requiere consignarlo. No existe en la grabación evidencia de que se hay solicitado por parte de ningún participante tal consideración, y por el contrario, solo se escucha una solicitud en el sentido contrario.*

*Es más, tratándose del Punto de Agenda, **que usualmente se denomina Asuntos Varios, tal y como lo identifica el oficio de Supen SP-769-2023,** no se genera acuerdo alguno de la Junta Directiva, pues se trata de temas abiertos, o bien de trámite, dentro del ámbito de la Libertad de Expresión, y sin las formalidades ni rigurosidades propias de los Puntos Agendados, pues se trata de simples opiniones no dirigidas a formar un acuerdo, y eso sí, de los cuales, podría derivarse un punto de agenda para una próxima sesión, pero solamente eso.*

Lo anterior se sustenta en el deber de transparencia y derecho de cada Director de la Junta Directiva de conocer de forma previa cuáles son los Puntos de Agenda, so pena de Nulidad del Acta que viole dichos principio y derecho, pues implicaría que en Asuntos Varios se estarían camuflando puntos de discusión y acuerdo, para los cuales no fue convocada la respectiva Sesión de Junta Directiva. [Lo resaltado no es del original].

Esta asesoría no comparte dicho análisis, por las siguientes razones:

Como se dijo, **toda información y deliberación** que se produzca en las sesiones del órgano de dirección y en los comités **es relevante** para que la Superintendencia de Pensiones pueda realizar un adecuada supervisión de la evaluación y gestión de riesgos que realizan las entidades reguladas, y, por ello, el acta no solo debe estar a disposición de los supervisores, también debe **ser congruente e integral** y debe reflejar de la manera más fiel posible **todo lo discutido o deliberado** en las sesiones que se lleven a cabo en cada uno de estos ámbitos, no importa si estas han conducido o no a un acuerdo.

Todo ello con tres objetivos: primero, demostrar que tanto el órgano de dirección como los comités han contado con el suficiente tiempo e información para analizar y discutir ampliamente y a profundidad los aspectos bajo su responsabilidad; segundo, permitir a la superintendencia ejercer adecuadamente las labores de supervisión legalmente encomendadas y, tercero, generar confianza en los afiliados y el público respecto a la administración que se realiza de sus recursos.

Cuando esta Superintendencia analizó en el oficio SP-769-2023 lo consignado en el acta de la sesión 1099 del 17/4/2023, se constató que en la sección de asuntos varios “*se dieron una serie de intervenciones, tanto de los señores directores como del gerente general, los cuales no se documentan en el texto citado del acta de la sesión 1099*”.

Esto contraviene lo dispuesto c) del SP-A-133, el cual claramente no distingue el punto de agenda donde se produzcan las discusiones o tomen los acuerdos. Además, la norma es clara al indicar que se deben consignar en el acta, en forma clara y explícita, **todos los asuntos tratados**, así como la totalidad de los acuerdos tomados. Contraviene también el inciso d), cuyo texto requiere que el acta guarde congruencia, identidad esencial e integridad **con todo lo discutido y acordado** en la correspondiente sesión.

Interpretar, como se hace en la opinión jurídica que se analiza, que el inciso d) sugiere una “*unidad entre lo discutido y lo acordado*” y, por lo tanto, solo “*resulta relevante para el Regulador, aquella discusión de lo cual se genere un acuerdo de la Junta Directiva*”, implica desconocer que las actas son un testimonio **de todos los temas tratados durante la sesión**, independientemente del punto de agenda donde se produzcan las discusiones e independientemente de si la deliberación generó o no un acuerdo¹.

¹ Como referencia para el sector público la Ley General de la Administración Pública (LGAP) dispone:
Artículo 50 - Los órganos colegiados nombrarán un secretario, quien tendrá las siguientes facultades y atribuciones

a) Grabar las sesiones del órgano y levantar las actas correspondientes, **las cuales constituirán una transcripción literal de todas las intervenciones efectuadas**. [Lo resaltado no es del original].

Artículo 56.

1) Las sesiones de los órganos colegiados deberán grabarse en audio y video y ser respaldadas en un medio digital que garantice su integridad y archivo de conformidad con la legislación vigente. Será obligación de todos los miembros del cuerpo colegiado verificar que se realice la grabación de la sesión y constituirá falta grave el no hacerlo.

Por otra parte, es importante destacar que en el oficio SP-769-2023, respecto a la sesión 1100 del 24/4/2023, este órgano pudo constatar que en el minuto 25 con 16 segundos de la grabación de esta sesión, se realizaron varios comentarios de los miembros, los cuales no fueron consignados en el acta correspondiente; además, se evidenció la solicitud de uno de los miembros de hacer el uso de la palabra, **pero sin grabación**.

Al respecto como bien se indicó en el oficio SP-769-2023, lo anterior “*se contraponen a lo solicitado en los incisos c), d) y f) del artículo 2 del acuerdo SP-A-133, citados en el apartado 1.a) de este oficio*”, ya que lo consignado en el acta no corresponde íntegramente a lo discutido en la sesión. Además, es contrario a lo dispuesto en las normas supra indicadas del Reglamento sobre Gobierno Corporativo.

Esta actuación contraviene lo dispuesto en el artículo 4 del citado acuerdo SP-A-133, que establece:

Artículo 4. Obligaciones del secretario del órgano de dirección o comités

Además de las que legal, reglamentaria o estatutariamente le correspondan, son obligaciones mínimas de quien funja como secretario del correspondiente órgano de dirección o comité:

a. Asegurarse de que las actas cumplan con lo indicado en este acuerdo.

b. Verificar y asegurarse de que la sesión sea grabada en forma íntegra, clara y a través de los medios que permitan la adecuada reproducción y conservación de la grabación [El destacado no corresponde al original].

Nótese, que es obligación del secretario del órgano asegurarse que se realice la grabación de la sesión, **en forma íntegra** y clara. Esta norma no le da **potestad discrecional** de decidir qué se debe grabar o no, ya que la finalidad de la grabación es lograr la mayor fidelidad posible de lo acontecido durante la sesión.

IV. Conclusiones

En virtud de lo expuesto, esta asesoría concluye que:

1. Toda información y deliberación que se produzca en las sesiones del órgano de dirección y en los comités de las entidades reguladas es relevante para que la

2) *De cada sesión se levantará un acta, que contendrá la indicación de las personas asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, la transcripción literal de todas las intervenciones efectuadas, la forma y el resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. [...] [Lo resaltado no es del original].*

Por su parte, en el dictamen C-132-2023 del 6 de julio de 2023 la Procuraduría General de la República se refirió a este tema como sigue:

El acta, tal como hemos indicado reiteradamente, constituye un elemento de validez del acto administrativo y además demuestra la discusión, deliberación y votación de los acuerdos que se adopten en el seno del órgano colegiado... Es por ello, que el acta busca asegurar la transparencia en el ejercicio de las competencias del órgano al poner en evidencia los criterios y opiniones de los miembros que lo conforman....

Superintendencia de Pensiones pueda realizar una adecuada supervisión de la evaluación y gestión de riesgos que realizan las entidades reguladas.

2. Las actas no solo deben estar a disposición de los supervisores, también debe ser congruentes y debe reflejar de manera integral y lo más fiel posible todo lo discutido o deliberado en las sesiones del órgano de dirección o de los comités, independientemente del punto de agenda donde se produzcan las discusiones e independientemente de si la deliberación generó o no un acuerdo

Atentamente,

Realizado por Giselle Vargas Berrocal

Revisado por Jenory Díaz Molina

Aprobado por Nelly Vargas Hernández

División Asesoría Jurídica