

4 de setiembre de 2018

SGF-DAJ-0057-2018

PJD-6-2018

SGS- 0999-2018

SGV-C02/0-1816

Señores

Comité de Superintendentes

Estimados señores:

En atención a lo dispuesto por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), en los artículos 4 y 6 de las actas de las sesiones 1415-2018 y 1416-2018, del 15 de mayo del 2018, en que acordó: *“Solicitar al Comité de Superintendentes que elabore una propuesta de modificación a las normas relativas a los auditores externos, y la someta al conocimiento de los señores miembros del CONASSIF en una próxima oportunidad para los efectos consiguientes, en la cual se incorporen normas asociadas a la rotación de auditores externos, todo ello en concordancia con lo establecido en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 13868-2017, de las 11:50 horas, del 30 de agosto de 2017, expediente 15-010347-0007-CO”*, y a la solicitud que, a partir de lo anterior, realizó el Comité de Superintendentes a las Asesorías Jurídicas de las cuatro Superintendencias, de emitir un criterio de viabilidad jurídica sobre la posibilidad de volver a incorporar el criterio de rotación en el Reglamento General de Auditores Externos, nos permitimos realizar el siguiente análisis:

I. ANTECEDENTES

A) Voto N°2006-017599, del 06 de diciembre de 2006 (Sala Constitucional)

Mediante esta resolución, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declaró inconstitucional el artículo 8 del “Reglamento de General de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicables a los sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN”, el cual disponía:

“Artículo 8.-

Rotación.- Los sujetos fiscalizados deberán cambiar al profesional o firma auditora que realiza la auditoría de sus estados financieros al menos cada cinco años. El profesional o firma auditora podrá ser contratado nuevamente para brindar servicios de auditoría externa transcurridos tres años continuos contados a partir de la fecha del último informe de auditoría realizado por dicho profesional o firma." (El resaltado es nuestro).

En su momento la Sala Constitucional argumentó, entre otras cosas que: “el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero se extralimitó en el ejercicio de la potestad normativa otorgada, dado que la norma impugnada excede el ámbito de la materia administrativa, en tanto afecta severa e irrazonablemente la libertad contractual, en este caso residenciado en la libertad para elegir al co-contratante, con la rotación impuesta de las firmas auditoras y el plazo para poder volver a contratar con una entidad fiscalizada, sin que se haya demostrado que esta limitación sea necesaria, razonable y mucho menos proporcionada al fin que dice perseguir. La limitación impuesta en este caso a las entidades fiscalizadas, a criterio de la Sala, resulta irrazonable y desproporcionada al excederse la norma imponiendo obligaciones al acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de este acuerdo, los cuales pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites (orden público, buenas costumbres y derecho de terceros); haciéndose la advertencia, de que en modo alguno puede estimarse contrario al orden público, la libertad de las firmas auditoras de contratar con las entidades fiscalizadas por las Superintendencias, por el plazo que deseen”.

Por lo tanto, la Sala consideró que con la norma se había vulnerado la libertad de contratación mediante una norma que señaló era innecesaria.

B) Voto N°2017-013868, del 30 de agosto del 2017 (Sala Constitucional)

Posteriormente, la Sala Constitucional conoció la acción presentada contra el artículo 17 del “Reglamento Actuarial para los Regímenes de Pensiones creados por Leyes especiales y Regímenes Públicos sustituidos al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte”, el cual dispone:

“Artículo 17. Rotación de profesionales. Los regímenes que contraten la valuación anual externamente deberán cambiar al actuario o firma al menos cada cinco años. El profesional o firma podrán ser contratados nuevamente una vez transcurridos tres años continuos contados a partir de la fecha del último informe realizado por dicho profesional o firma.

Idéntico plazo se tomará para el caso de la auditoría actuarial externa requerida en el Artículo 19 de este Reglamento”. (El subrayado no corresponde al documento original).

Como se puede observar este es un artículo muy similar, y que parte de los mismos principios que el anterior artículo 8 del Reglamento General de Auditores Externos.

En este último caso, la Sala Constitucional declaró que el artículo no es inconstitucional, argumentando, entre otras cosas, que la rotación de sujetos de derecho privado, tiene como fin evitar las prácticas administrativas perjudiciales para los fondos de pensiones así como establecer medidas correctivas para una mejor protección del mercado. Que quienes participan en su carácter privado en la actividad de supervisión necesitan sujetarse a la normativa creada por el Estado, cuando desean entrar en este régimen sectorial.

Indica que se deriva del artículo 28 de la Constitución y de normas legales ese tipo de controles sobre intermediarios financieros, cuando captan los recursos de los trabajadores.

Concluye que la actividad actuarial es consustancial a la SUPEN, pues el mismo legislador le autorizó decidir, la forma en que obtendría la información que debe procurarse la Entidad al establecer el equilibrio actuarial, como también decidir sobre los requisitos y condiciones que deben cumplir los actuarios, y que por lo tanto el artículo sometido a revisión no es inconstitucional.

Adicionalmente, la Sala indica que el Reglamento Actuarial se fundamenta en el artículo 36 de Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, que dice:

Artículo 36.- Supervisión de los otros regímenes de carácter público. En materia de supervisión y resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones creados por ley o convenciones colectivas, la Superintendencia tendrá las siguientes facultades:

a) Velar por el equilibrio actuarial de los regímenes administrados y dictar las resoluciones correspondientes.

b) Supervisar la inversión de los recursos administrados y dictar políticas respecto de la composición y valoración de cartera de inversiones.

c) Comprobar la correcta y oportuna imputación de los aportes en las cuentas de los afiliados

d) Definir el contenido, la forma y la periodicidad de la información por suministrar a la Superintendencia sobre la situación financiera de los sistemas, las características y los costos de los servicios en materia de pensiones, todo con el fin de que exista información oportuna y confiable en cuanto a la situación de dichos sistemas. (...)"

(El resaltado no es del documento original).

Finalmente, la norma transcrita no otorga poder discrecional, sino que más bien contiene un mandato para que SUPEN constatare la fortaleza financiera de aquellos regímenes de pensiones que existan, así como que el inciso d) hace una delegación expresa de la reglamentación de los instrumentos que ayudaran a SUPEN a velar por el equilibrio actuarial y dictar resoluciones en torno a medidas correctivas en la administración de esos fondos, sin que esto violente el artículo 28 de la Constitución Política.

II. ANALISIS

Se considera que existe un cambio sustancial en el criterio emitido por la Sala Constitucional en el año 2006 en comparación con el del 2017, esto en razón de que en la primera resolución se refería a que una medida como la descrita (rotación), implicaba una vulneración irrazonable a la libertad contractual prevista en el artículo 28 Constitucional, sin encontrar que dicha limitación fuera *“necesaria, razonable y mucho menos proporcionada al fin que dice perseguir”*. En ese momento la Sala Constitucional indicó también que no resultaba posible acreditar un orden jurídico parcial fundado en una potestad de supremacía especial, tácita y de principio, derivado del poder de policía en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, haciendo alusión a las relaciones de sujeción especial.

Por el contrario, la Sala considera en la resolución de 2017, sobre la rotación de los actuarios, que es una medida importante para efectos de la protección del mercado, y reconoce que es una sana práctica avalada internacionalmente, especialmente por lineamientos del Comité de Basilea, sin encontrar que se estén vulnerando injustificadamente los límites constitucionales.

En este sentido, se evidencia un cambio de criterio significativo que puede favorecer la reincorporación del requisito de rotación que en su momento se declaró inconstitucional en relación con los auditores externos, toda vez que incluso ante el cuestionamiento de *“si el legislador necesitaba concretar más las competencias en la legislación, por los efectos que el régimen tiene sobre la libertad de contratación”* en el voto N°2017-013868 de 2017, se señala:

“En opinión de la Sala, sería un serio contrasentido que a raíz de los eventos históricos que preceden a la crisis económica de 2008, no se pueda dictar aquellas reglas derivadas de los conceptos generales contenidos en leyes especiales en esta materia, mediante la interpretación e integración, especialmente, cuando su fin es establecer los mecanismos de vigilancia sobre la administración, funcionamiento y aplicación de las leyes regulatorias. La actividad que cae en su órbita debe regularse de una forma integral, a través de una regulación sectorial que permita la constatación de los factores que ponen en riesgo la buena administración de los recursos por parte de los agentes o intermediarios económicos”.

Asimismo, la Sala Constitucional reconoce en dicho voto la importancia de establecer procesos transparentes, buen gobierno corporativo y recursos adecuados, lo que incluye, *“como criterios esenciales, la credibilidad en la profesionalidad e integridad, todo lo cual aconseja mantenerse libre de las posibilidades de sesgo o de conflictos de intereses que alteren la información actuarial entre el órgano supervisor y el supervisado”*, elementos que hoy en día resultan relevantes en el análisis que hace la Sala Constitucional al ponderar la libertad de contratación versus la rotación de actuarios, los cuales en definitiva, forman parte de esa gama de profesionales que mantienen una relación estrecha con las entidades supervisadas, como lo son también los auditores, señalando además la necesidad de evitar que ciertos profesionales *“actúen en un área de confort con los entes supervisados”* y la necesidad de evitar *“prácticas administrativas perjudiciales”*.

Ahora bien, es importante advertir que no existe una garantía de que en caso de que se proceda a incluir nuevamente una norma en ese sentido, en el Reglamento General de Auditores Externos, la Sala Constitucional mantenga el criterio que emitió para los actuarios.

En ese sentido, debe considerarse que, en el caso de la resolución N°2006-017599, la Sala Constitucional indicó, que las potestades del artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, no eran suficientes para que el CONASSIF emitiera una limitación de esa naturaleza, y que por ende, existía una vulneración al principio de jerarquía de las normas. En el caso de la rotación de los actuarios, la Sala es clara en cuanto a que la facultad de emitir la norma proviene de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, que establece a la SUPEN la obligación de velar por el equilibrio actuarial, así como por las características y los costos de los servicios, con el fin de que exista información oportuna y confiable en cuanto a la situación de dichos sistemas. Si bien es cierto, este es más un tema de legalidad, es importante considerar que se discutió como una vulneración al principio de jerarquía.

Sin perjuicio de lo anterior, es criterio de estas Asesorías Jurídicas que el CONASSIF sí tiene facultades suficientes para adoptar medidas como la de la rotación de auditores. El artículo 171 de la LRMV establece, como parte de las funciones del CONASSIF: *“(…) o) aprobar las normas referentes a la periodicidad, el alcance, los procedimientos y la publicación de los informes rendidos por las auditoras externas de las entidades fiscalizadas”*. Esta es una norma que busca que se regulen los elementos que permitan la mayor confiabilidad de estas auditorías. Otro aspecto relevante es que en el voto del 2006, la Sala Constitucional también señaló que: *“(…) en la medida en que las Superintendencias ejercen sus funciones en relación con diversos agentes financieros, a los cuales supervisan, fiscalizan y vigilan, la regulación del funcionamiento de esas Superintendencias implica formación secundaria del ámbito sobre el cual actúa la supervisión. Regulación que está en función del mercado respectivo, según se trate de valores, pensiones o intermediación financiera, y la participación de cada uno de los agentes previstos por ley para cada una de estas*

Superintendencias. De modo que, no está referido únicamente a la entidad fiscalizada, sino también respecto a quienes participen en dichos mercados y entren en una relación de relevancia con ésta, por los efectos que producen en su actividad supervisada por las Superintendencias. Así las cosas, en tanto una norma legal establece una relación entre una Superintendencia y una entidad encargada de rendir informes sobre la situación financiera de una entidad fiscalizada, el inciso b) del artículo 171 también permite regular a esa entidad en su relación con la Superintendencia. Este supuesto queda claramente evidenciado en los artículos 11, 28, 54 y 69 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, los cuales disponen como requisitos de autorización para la entidad fiscalizada, la existencia y registro de una auditoría externa de dicha empresa emisora, en los términos que por reglamento fije la Superintendencia, así como también, los artículos 116 y siguientes de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, los artículos 1, 30 y 53 de la Ley de Protección al Trabajador y el 33 y siguientes de la Ley sobre Régimen Privado de Pensiones Complementarias se refieren a la necesidad de estas auditorías externas. Así, el inciso b del artículo 171 en cuestión, otorga la potestad de regular, supervisar y fiscalizar, no sólo estos mercados y los agentes de dicho mercado, sino también a quienes intervengan indirecta pero relevantemente en dichos mercados por estar vinculados con la actividad tutelada por ley, ya sean valores, pensiones o banca. No se trata de regular cualquier situación jurídica como afirman los accionantes, sino aquella que pueda incidir significativamente en el comportamiento de dicho mercado, como lo es la función de los auditores externos. Lo anterior encuentra pleno sentido, si partimos de que el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, fue creado según el artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores para que la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionen bajo la sola dirección de este órgano de supervisión del sistema financiero. Se trata de un órgano de dirección del sector financiero nacional (actividad de intermediación financiera realizada por los bancos, los puestos de bolsa y las operadoras de pensiones), a cuya orientación se sujeta la actividad de las Superintendencias Generales (de Entidades Financieras, de Valores y de Pensiones), al que no obstante no dotársele de ningún tipo de autonomía en particular (artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores); sí se le reconoce una potestad normativa por disposición legal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 inciso c) y 171 incisos b), j), n), ñ), y o) de la ley de referencia, según se había anotado. Se entiende que la potestad normativa de que se dota a este órgano –Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero– en virtud de mandato legal, debe ser ejercida en forma concordante con los principios y normas constitucionales enunciados anteriormente (...)", lo cual está en línea con la posición señalada en el voto N°2017-013868, ya mencionado.

Finalmente, resultan de gran interés las notas que los magistrados Cruz y Hernández incorporan en el reciente Voto N°2017-013868, pues si bien es cierto son opiniones muy favorables para efectos de la intención que existe de reincorporar el requisito de rotación a los auditores externos, cabe señalar que las mismas no se incluyen en la parte

considerativa de la resolución, sino como notas específicas, lo que puede generar la interpretación de que no necesariamente el resto de los magistrados comparten esa opinión.

El magistrado Cruz manifiesta que la rotación es una medida preventiva razonable que pretende asegurar la mayor objetividad e independencia de los sujetos encargados de evaluar y fiscalizar la estabilidad financiera de los regímenes de pensiones.

Por su parte el magistrado Hernández indicó, entre otras cosas, que el principio de razonabilidad es aquel debido proceso subjetivo que se obtiene de la aplicación acorde e integral del ordenamiento, sin disminuir o rebasar sus límites. Bajo este parámetro debe verse la norma impugnada y en consonancia con los principios de Basilea, de setiembre de 2012, los cuales orientan los sistemas de supervisión.

Señala el magistrado que la resolución 2006-17599 (caso de los auditores) se adoptó en un contexto histórico determinado, de previo a la adopción, en el año 2012, de las Reglas de Basilea, las cuales produjeron el efecto de redimensionar la apreciación y valoración de supuestos normativos como el que ahora se conoce. Que dicha sentencia dista de la posibilidad de erigirse como precedente jurisprudencial de plena observancia en la actualidad, en cuanto a sus efectos declarativos, no solamente porque la jurisprudencia de la Sala dista de ser necesariamente vinculante para sí misma, sino, porque existen razones jurídicas de fondo que determinan la necesidad de un cambio jurisprudencial.

Considerando lo expuesto, se concluye que se puede proceder a incorporar nuevamente el requisito de la rotación de los auditores externos, no sin antes advertir que a pesar de que se evidencia un cambio de criterio por parte de la Sala Constitucional en cuanto a la medida temporal discutida, esto no garantiza que en el futuro, de ser cuestionado el artículo que se busca crear, este sea avalado por la Sala Constitucional, o que supere un eventual análisis de legalidad ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, por ser un tema cuestionado anteriormente ante los tribunales de justicia, se considera de gran relevancia que los considerandos de la norma que se va a proponer incluyan todos los antecedentes jurisprudenciales señalados en este criterio.

Cordialmente,

 Documento suscrito mediante firma digital.

German Rodríguez Aguilar
Director Jurídico SUGESE

Elisa Solís Chacón
Directora Jurídica SUGEF

Luis González Aguilar
Director Jurídico SUGEVAL

Nelly Vargas Hernández
Directora Jurídica SUPEN