

**PJD-019-2009**

3 de agosto de 2009

Señor  
Javier Cascante E., Superintendente  
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Nos referimos a su consulta sobre la existencia o no, de restricciones para que el Banco Internacional de Costa Rica S.A. (BICSA) se asocie con un grupo de inversionistas extranjeros y formen una aseguradora en Costa Rica, de conformidad con el marco regulatorio de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N° 8653.

El presente criterio se emite para el efectivo cumplimiento del requisito establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República N°6815.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Ley Reguladora del Mercado de Seguros N°8653 (LRMS), establece en sus artículos 7 y 47 la posibilidad de que los bancos públicos del Estado, en forma conjunta con el Instituto Nacional de Seguros, constituyan una única sociedad anónima para el ejercicio de la actividad aseguradora.

El presente dictamen abordará los alcances de dicho numeral para con el Banco Internacional de Costa Rica S.A (BICSA). Para ello analizaremos la naturaleza jurídica de dicha entidad, sus cambios de estructura y régimen legal, para finalmente considerar si se encuentra cubierto o no por la limitante señalada en la LRMS.

## **II. NACIMIENTO DEL BANCO INTERNACIONAL DE COSTA RICA**

A finales de los años sesenta, mediante la reforma de la ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, se empezó a vislumbrar la posibilidad de que los bancos comerciales del Estado pudieran realizar actividades fuera del país. De esta forma, en el año de 1972, mediante la Ley 5125 del 23 de noviembre de 1972, se reformó la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional para permitirle a los Bancos Estatales escoger la organización que resultara más

---

*“Valor del mes: Trabajo en Equipo”*

conveniente para hacer transacciones en el exterior, bajo la condición de que actuaran conjuntamente:

*“...Artículo 1º.- Adiciónese el artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, N° 1644 de 26 de setiembre de 1953, el cual se leerá así:*

*"Artículo 48.- Los Bancos del Estado podrán establecer sucursales, agencias u oficinas en cualquier lugar del territorio nacional o fuera de él, y suprimir las que ya hubiesen establecido, todo de acuerdo con el Banco Central. En las cabeceras de provincia en Costa Rica, cualquier filial que los Bancos crearen o hayan establecido, tendrá forzosamente el carácter de sucursal. Los Bancos del Estado podrán operar estas sucursales, agencias u oficinas en forma individual o conjunta, complementadas con servicios de almacenamiento de producto o mercancías y cualesquiera otros previstos en la presente ley. Cuando los Bancos consideren que los servicios deben prestarse conjuntamente, estarán facultados para organizarlos en la forma que crean más conveniente para su debido cumplimiento..."*

A partir de ese momento, los bancos estatales presentaron en 1973 la solicitud de autorización para la apertura de una sucursal en Panamá, ante el Banco Central de Costa Rica. En octubre de 1974, el Banco Central de Costa Rica dicta los lineamientos bajo los que los bancos del Estado costarricense podrían abrir un banco en la República de Panamá, y el 25 de noviembre de 1975 la Contraloría General de la República emite la respectiva autorización.<sup>1</sup> Se constituyó como sociedad anónima en ciudad de Panamá en el año de 1976. Sus acciones fueron propiedad de los cuatro bancos estatales existentes en esa época: Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica, Banco Anglo Costarricense y Banco Crédito Agrícola de Cartago.

El fin que justificó la creación de esta entidad lo resume claramente Escoto Leiva:

*"...el único objetivo de que la banca costarricense traspasara las fronteras, logrando así, que Costa Rica pudiera salir de la contracción económica que se iniciaba y que se profundizó en la década de los años ochenta. Se pensó, en ese momento, en un banco eficaz para atenuar los efectos de la reestructuración de la deuda externa y mantener un flujo normal ininterrumpido de transacciones comerciales..."<sup>2</sup>*

Dado la multiplicidad de los negocios internacionales bancarios en Costa Rica, BICSA abrió en 1978 una oficina de representación en San José que brindara a los clientes una serie de servicios propios de banca corporativa y servicios complementarios con los negocios en el exterior:

*"...Durante esta época fue muy importante para BICSA el hecho de ser el único medio para los bancos socios y el Banco Central de Costa Rica de efectuar negociaciones con el exterior, ya que por la situación económica mundial, la comunidad financiera internacional decretó una serie de medidas que*

---

<sup>1</sup> <http://www.bicsapan.com/conozcanos/historia.htm>

<sup>2</sup> Escoto Leiva (Roxana). Banca Comercial. San José, editorial EUNED, 2001.

*afectaban su relación con los bancos costarricenses, de tal forma que este periodo fue trascendental para BICSA por cuanto le permitió explorar las posibilidades que se le presentaban en el desarrollo del comercio exterior...”<sup>3</sup>*

En 1987 esta oficina de representación se convirtió en banco costarricense y en 1996 creó una operadora de tarjetas. Para el año 2000 su capital acciones estaba distribuido así: Banco Nacional 55%, Banco de Costa Rica 20%, Banco Crédito Agrícola de Cartago 10% y las acciones del extinto Banco Anglo Costarricense 15%.

En octubre del 2000 el Banco Nacional adquirió el 15% de las acciones que en su momento fueron del Banco Anglo, y en enero del 2001, compró el 10% de las acciones que pertenecían al Banco Crédito Agrícola de Cartago en US\$15 millones y, a partir de ese momento, se quedó con el 80% de Bicsa.<sup>4</sup>

Las operaciones locales de BICSA Corporación Financiera (integrado por el banco Bicsa Costa Rica y la operadora de tarjetas de crédito Bicsa Card), dejaron de operar en el año 2004 y sus activos y pasivos fueron absorbidos por el Banco Nacional, socio mayoritario en aquel momento de la Corporación.

En el año 2005 el Banco de Costa Rica adquirió el 31% de las acciones de BICSA al Banco Nacional, con lo cual asume el control de esta entidad al quedarse con el 51% del capital y el Nacional con el 49%. Porcentajes de participación accionaria que se mantienen a la fecha.

En la actualidad BICSA tiene su casa matriz en Panamá y tiene oficinas de representación en Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y El Salvador, además de una sucursal en Miami, Florida.

### **III. NATURALEZA JURÍDICA DEL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO BICSA**

#### *a. Acotación Preliminar*

La Superintendencia de Bancos de Panamá aprobó en el año 2005 la fusión por absorción de BICSA Corporación Financiera S.A., con su subsidiaria Banco Internacional de Costa Rica S.A. (conocida como BICSA Panamá), ambas con domicilio legal en ese país. BICSA Corporación Financiera no realizaba operaciones de intermediación financiera, sino que era la propietaria de BICSA Panamá.<sup>5</sup>

#### *b. Sobre las sociedades integrantes del grupo*

---

<sup>3</sup> <http://www.bicsapan.com/conozcanos/historia.htm>

<sup>4</sup> Semanario El Financiero, edición del domingo 20 de noviembre de 2005.

<sup>5</sup> Semanario El Financiero, edición del domingo 04 de setiembre de 2005.

BICSA tiene su casa matriz en ciudad de Panamá (Banco Internacional de Costa Rica S.A.), pero además cuenta con sociedades en Costa Rica (oficina de representación), Estados Unidos (sucursal bancaria), Nicaragua, Guatemala y El Salvador.<sup>6</sup>

Los acuerdos adoptados en el 2004 no provocaron un cambio en el capital social de la empresa o en su forma de constitución. El Grupo BICSA continúa siendo una entidad financiera domiciliada en el extranjero (Panamá), organizada y regulada por el derecho privado y cuyo capital social pertenece en su totalidad al Banco de Costa Rica y al Banco Nacional (entidades públicas costarricenses).

*c. Naturaleza Jurídica*

Para poder determinar la naturaleza jurídica de una entidad, deben considerarse diversos elementos: propiedad del capital social, potestad en la toma de decisiones estratégicas, clase de capital de operación, etc.

El Grupo BICSA es una empresa **propiedad absoluta** de los entes públicos Banco de Costa Rica y Banco Nacional. En ese sentido, en tanto la empresa sea propiedad de entes públicos, dichas sociedades son parte de la Hacienda Pública conforme definición establecida en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

**“...ARTÍCULO 8.- HACIENDA PÚBLICA**

*La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.*

*Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.*

*El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior...” (Así reformado por el inciso d) del*

---

<sup>6</sup> Superintendencia de Bancos, República de Panamá. Datos Generales Banco Internacional de Costa Rica S.A. (BICSA), en <http://www.superbancos.gob.pa/>

**artículo 126 de la Ley N° 8131 de 18 de setiembre del 2001, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos)**

Conforme lo anterior, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en tanto dispone:

**“...ARTICULO 4.- AMBITO DE SU COMPETENCIA**

*La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.*

*La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:*

*(...)*

*c) Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.*

*(...)”*

Conforme lo anterior, en razón de la titularidad y control sobre el Grupo, BICSA es una empresa pública. Esta entidad constituida en el extranjero es propiedad de empresas públicas. Su capital social pertenece en un 100% a dos empresas públicas creadas y ubicadas en Costa Rica. Aplicando los criterios para definir el concepto de empresa pública, válidamente podemos indicar que BICSA tiene carácter público, pues los criterios para determinar la pertenencia de una empresa al sector público están referidos a la titularidad del capital social y al dominio sobre la empresa, particularmente el control que sobre las decisiones de ésta pueda ejercer un ente público. La titularidad del capital y el control que sobre BICSA ejercen el Banco Nacional y el de Costa Rica, aún cuando ésta haya sido constituida en el extranjero, nos permite concluir su naturaleza pública.

En esta misma línea de razonamiento la Sala Constitucional indicó:

*“...En lo que atañe a BICSA Corporación Financiera S.A., por tratarse de una empresa pública, cuyo capital pertenece a dos bancos propiedad el Estado costarricense, es claro que se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Como integrante de la Administración Pública, es susceptible de ser accionado en esta vía. (...)*

*No cabe duda que las operaciones financieras efectuadas por los dos bancos mencionados lo son con fondos públicos, pues el capital accionario de BICSA pertenece al Banco Nacional de Costa Rica y al Banco de Costa Rica, entidades pertenecientes al Estado costarricense...”* **Sala Constitucional, voto 2005-09127 de las once horas con veintiséis minutos del ocho de julio del dos mil cinco.-**

Por su parte, la Procuraduría General de la República en su dictamen C-167-2002 del 26 de junio del 2002, refiere a un criterio externado por la Superintendencia General de Entidades Financieras donde indica que las utilidades derivadas de las sociedades integrantes del Grupo BICSA que son propiedad de los bancos estatales, forman parte de las utilidades netas totales de BICSA Costa Rica en razón de la participación, -en aquél momento-, de dicha entidad en estas subsidiarias:

*"...Toma en cuenta la Procuraduría lo señalado por la Superintendencia General de Entidades Financieras, oficios. SUGEF 1785-2001- de 8 de mayo de 2001, en el sentido de que las utilidades de las sociedades propiedad de los bancos estatales **"sí forman parte de las utilidades netas totales del Banco en razón de la participación de la entidad en estas subsidiarias"**. Por lo que estima que los bancos estatales tienen cierto grado de responsabilidad por el rendimiento de la inversión, justificándose la inclusión en los resultados de su participación en la utilidad o pérdida de la subsidiaria..." Destacado en el original.*

En conclusión, el Grupo BICSA constituye una empresa pública, por cuanto se está ante personas jurídicas que gestionan una actividad de índole financiera y cuyo capital social está exclusivamente en manos de entes públicos, que dominan, por ende, el total de los votos en la Junta Directiva y demás órganos de la sociedad.

Ahora, el punto a determinar es si BICSA puede incursionar en el mercado asegurador costarricense, y si puede hacerlo mediante la constitución de una sociedad con un socio privado. Aspecto que de seguido pasamos a analizar.

#### IV. SOCIEDADES ASEGURADORAS Y PARTICIPACIÓN DE LOS BANCOS PÚBLICOS

El artículo 7 de la LRMS establece en su inciso a) la posibilidad de que los bancos públicos constituyan sociedades aseguradoras con participación del Instituto Nacional de Seguros, conforme lo establecido en el artículo 47 de ese cuerpo normativo:

***"...ARTÍCULO 7.- Autorización administrativa***

*De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley, podrán solicitar autorización administrativa para ejercer actividad aseguradora, en las categorías de seguros generales, seguros personales, o ambas, las siguientes entidades:*

**a)** *Entidades de Derecho privado constituidas en Costa Rica como sociedades anónimas, cuyo objeto social será, en forma exclusiva, el ejercicio de la actividad aseguradora. Las entidades pertenecientes a grupos financieros estarán sujetas al artículo 141 y siguientes de la Ley orgánica del Banco Central, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995. Los bancos públicos solo podrán constituir esta clase de sociedades conforme lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley.*

**(...)" DESTACADO ES NUESTRO**

**“...ARTÍCULO 47.- Autorización para constituir sociedades anónimas para desarrollar la actividad aseguradora**

Para efectos de desarrollar la actividad aseguradora se autoriza a las siguientes instituciones:

**a) (...)**

**b) Al INS para que constituya, en forma conjunta con los bancos públicos del Estado, una única sociedad anónima, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 7 de esta Ley.**

**c) Al Banco Popular y de Desarrollo Comunal y al INS para que constituyan, en forma conjunta, una única sociedad anónima, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 7 de esta Ley. En dicha sociedad podrán participar como socios otros agentes de la economía social.**

Para todos los casos de los incisos b) y c), al menos el **cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones deberán ser propiedad del INS**. A estas sociedades se les aplicará, en todos sus extremos, lo dispuesto en esta Ley para entidades aseguradoras. Ninguna de las sociedades creadas al amparo de este artículo contarán con la garantía del Estado...” **DESTACADO ES NUESTRO**

La justificante que llevó a nuestros legisladores a redactar estas limitantes a los bancos públicos las pasamos a analizar seguidamente.

*a. El debate legislativo*

El dictamen afirmativo de mayoría del proyecto de la LRMS del 24 de noviembre del 2007 (expediente 16.305), indicaba sobre la participación de los bancos estatales en la actividad aseguradora:

**“...ARTÍCULO 8.-Autorización administrativa**

De conformidad con lo establecido en el artículo segundo podrán solicitar autorización administrativa para ejercer actividad aseguradora, en las categorías de seguros generales, seguros personales o ambas, las siguientes entidades:

a) Entidades de derecho privado constituidas en Costa Rica como sociedades anónimas cuyo objeto social será en forma exclusiva el ejercicio de la actividad aseguradora. Las entidades pertenecientes a grupos financieros estarán sujetos al artículo 141 y siguientes de la Ley Orgánica del Banco Central, N.º 7558 del 3 de noviembre de 1995. **Los bancos públicos no podrán constituir esta clase de sociedades...** **DESTACADO ES NUESTRO**

De esta forma, en una primera etapa de discusión legislativa, el espíritu del legislador estuvo dirigido a no permitir que los bancos estatales participaran como entidades aseguradoras en ese mercado, únicamente se les permitió constituir sociedades anónimas para participar en la actividad de seguros como intermediarios, como lo indicaba el numeral 23 del dictamen:

**“...ARTÍCULO 23.-De la autorización a entidades financieras**

SP-xxxx

Página No.8

*Los grupos o conglomerados financieros regulados por el Consejo Nacional podrán constituir o mantener sociedades que se dediquen a la intermediación de seguros siempre que cumplan con lo dispuesto en este capítulo.*

*Los bancos públicos podrán participar en la actividad de seguros **como intermediarios** mediante la constitución de una sociedad anónima que deberá tener como fin exclusivo realizar las actividades indicadas en el presente capítulo y que podrán constituir como único accionista..."*

No fue sino hasta en el Acta de la Sesión Plenaria N°121 del martes 15 de enero de 2008 donde mediante mociones de fondo presentadas por diversos diputados, se procuró levantar la prohibición a los Bancos Estatales para que pudieran participar como entidades aseguradoras en el mercado. En ese sentido las mociones 11 y 13 indicaban:

***"...Moción N.º 11 del diputado Echandi Meza:***

*Para que se adicione un segundo párrafo al artículo 39 del proyecto en discusión, de forma que se lea de la siguiente manera:*

*Artículo 39.- Autorización para constituir sociedades anónimas para desarrollar la actividad aseguradora.*

*(...)*

*Los Bancos Públicos que así lo deseen podrán constituir conjuntamente con el Instituto Nacional de Seguros, sociedades anónimas con el único fin de operar como entidad aseguradora en los términos del artículo 5, inciso a) de esta Ley. Al menos el sesenta por ciento (60%) de las acciones deberán ser propiedad del INS..."*

***"...Moción N.º 13 del diputado Sánchez Sibaja:***

*Para que se adicione un segundo párrafo al artículo 43 del proyecto en discusión, de forma que se lea de la siguiente manera:*

*"ARTÍCULO 43.- Autorización para constituir sociedades anónimas para desarrollar la actividad aseguradora*

*(...)*

*Los Bancos Públicos que así lo deseen podrán constituir conjuntamente con el Instituto Nacional de seguros sociedades anónimas con el único fin de operar como entidad aseguradora en los términos del artículo 8, inciso a) de esta Ley. Al menos el sesenta por ciento (60%) de las acciones deberán ser propiedad del INS..."*

No obstante lo anterior, otros diputados pretendieron que los bancos públicos, como únicos accionistas (sin la participación del INS), incursionaran en la actividad aseguradora:

***"...Moción N.º 194 de la diputada Quirós Quirós:***

*Para que se incorpore un nuevo inciso final al artículo 8 del proyecto de ley en discusión que se leerá de la siguiente manera:*

***"Artículo 8. Autorización administrativa.***

*...) Los bancos públicos mediante la constitución de una sociedad anónima que tendrá como fin exclusivo realizar las actividades indicadas en el presente capítulo y que podrán constituir como único*



*accionista. Para cumplir con estos fines, podrán suscribir acuerdos, convenios de cooperación, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos".*

*(...)"*

Es hasta el acta de la sesión plenaria N°135 del jueves 07 de febrero de 2008 que se conocieron las mociones aprobadas en Comisión remitidas por el plenario legislativo, de conformidad con el artículo 41 bis del Reglamento Legislativo, donde se estableció la redacción final y actual del numeral 47 de la LRMS:

*"...Moción 98-24 (439) de varios diputados:*

*1. Para que se sustituya del inciso a) del artículo 8 del proyecto en discusión la frase "Los bancos públicos no podrán constituir esta clase de sociedades" por la frase "Los bancos públicos solo podrán constituir esta clase de sociedades conforme lo dispuesto en el artículo 43 de esta ley.*

*2. Para que el artículo 43 del proyecto en discusión se lea de la siguiente manera:*

*ARTÍCULO 43.- Autorización para constituir sociedades anónimas para desarrollar la actividad aseguradora*

*A efectos de desarrollar la actividad aseguradora se autoriza a:*

*a. Las cooperativas, asociaciones solidaristas, Caja de Ahorro y Préstamo de la Asociación Nacional de Educadores, Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio y la Sociedad de Seguros de Vida del Magisterio Nacional, para que constituyan, en forma conjunta o como accionista cada una de ellas, una o varias sociedades anónimas con el objeto social exclusivo de operar como entidad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 8 de esta Ley. Estas sociedades podrán ser constituidas con el Instituto Nacional de Seguros. A todas las sociedades constituidas se les aplicará en todos sus extremos lo dispuesto en esta Ley para entidades aseguradoras.*

*b. Al Instituto Nacional de Seguros para que constituya en forma conjunta con los bancos públicos del Estado una única sociedad anónima, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 8 de esta ley.*

*c. Al Banco Popular y de Desarrollo Comunal y al Instituto Nacional de Seguros para que constituyan en forma conjunta una única sociedad anónima, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 8 de esta ley. En dicha sociedad podrán participar como socios otros agentes de la economía social.*

*Para todos los casos de los incisos b) y c), al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones deberán ser propiedad del Instituto Nacional de Seguros. A estas sociedades se les aplicará en todos sus extremos lo dispuesto en esta Ley para entidades aseguradoras. Ninguna de las sociedades creadas al amparo de este artículo contarán con la garantía del Estado..."*

Ese porcentaje del 51% intentó ser variado por el diputado Echandi Meza bajo la presente línea de razonamiento que transcribimos:

*"...La moción 137 es la que autoriza a los bancos públicos, que así lo deseen, constituir conjuntamente con el Instituto Nacional de Seguros sociedades anónimas, con el único fin de operar como entidades aseguradoras en los términos del artículo 5, inciso a) de esta Ley.*

SP-xxxx

Página No.10

*Al menos el sesenta por ciento de las acciones deberán de ser propiedad del Instituto Nacional de Seguros, y ¿por qué razón?, bueno, porque no se pretende que existan cuatro instituciones del Estado que vendan seguros, sino más bien lo que se pretende es que exista una alianza estratégica entre los bancos públicos del Estado con el Instituto Nacional de Seguros, para la venta de seguros y para la competencia.*

*De esta forma lograríamos fortalecer al Instituto Nacional de Seguros con la participación del Banco de Costa Rica, el Banco Nacional de Costa Rica, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Banco Crédito Agrícola de Cartago en el mercado de seguros, pero con un porcentaje del cuarenta por ciento, cuando el sesenta por ciento de las acciones continuaría perteneciendo al Instituto Nacional de Seguros...”<sup>7</sup>*

A pesar de que el porcentaje propuesto del 60% no fue aprobado, de la anterior transcripción podemos extraer diversas ideas que justificaron la redacción de dicha limitación a los bancos estatales. Pareciera que el hecho de que la Administración Pública vendiera seguros por medio de diversas entidades públicas compitiendo entre sí no parecía lo pretendido por la LRMS, sino mas bien que ante la competencia de entidades privadas, la Administración compitiera bajo un mismo grupo económico cuyo máximo accionista fuera el Instituto Nacional de Seguros.

Tesis que sustentó también la diputada Zamora Chaves:

*“...Mi tesis de partida siempre fue de que debíamos de establecer una separación tajante entre la actividad aseguradora y la actividad bancaria por muchas razones, entre ellas, el riesgo moral que existe al mezclar estas dos actividades, pero dado a que el proyecto apostaba y en eso nunca hubo marcha atrás, en darle participación a los bancos privados en la actividad aseguradora y dado que los bancos públicos, justamente, intentan competir con la banca privada, redundaba una situación de desigualdad el dejar a los bancos públicos por fuera.*

*Repito, coincido en que no tiene sentido que los bancos públicos del Estado participen en la actividad aseguradora y que tengamos al Estado compitiendo consigo mismo en esta materia, pero que si se le dejaba la cancha abierta a la banca privada para participar redundaba en una situación de inequidad, y dejar en condiciones de desventaja a la banca pública frente a la privada si no le daba esta potestad...”<sup>8</sup>*

En ese mismo sentido el diputado Sánchez Sibaja, en torno a la razonabilidad de esta limitante, acotó que:

*“...Se autorizó a los bancos públicos a que ejerzan la actividad aseguradora en el tanto lo hicieran en conjunto con el Instituto Nacional de Seguros, fue mi posición desde el inicio el que no debía ponerse al Estado a competir contra sí mismo, y que debíamos aprovechar la infraestructura financiera de los*

---

<sup>7</sup> ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA EXTRAORDINARIA N.º 038, del día martes 01 de abril de 2008

<sup>8</sup> ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA EXTRAORDINARIA N.º 039, del día miércoles 2 de abril de 2008

SP-xxxx

Página No.11

*bancos en conjunto con la especialidad y experiencia del Instituto Nacional de Seguros, en lugar de ponerlos a fraccionarse el mercado entre distintos agentes públicos.*

*Mi posición siempre fue la de que el Estado debía ser como una gran "holding" o grupo económico con diversas empresas especializadas, pero con un único dueño el Estado, por ende, los costarricenses.*

*Logramos, al final, a partir de mi propuesta la que luego enriquecida por otros compañeros, la autorización para que los bancos públicos participen de la actividad a través de una única sociedad conjunta con el INS en la que este será el socio dominante..."<sup>9</sup>*

Otras posiciones se manifestaron totalmente en contrario con la tesis de la coparticipación INS-Bancos. Inclusive se intentó modificar el proyecto con el fin de que los bancos públicos pudieran participar **directamente** en la actividad aseguradora. Como ejemplo de lo anterior, tenemos la moción presentada en el acta de la sesión plenaria N°162 del 03 de abril de 2008:

*"Moción N.º 120-2 del diputado Pérez González:*

*Para que se modifique el segundo párrafo del artículo 23 del proyecto de ley en discusión y se lea de la siguiente manera:*

**"Artículo 23. De la autorización a entidades financieras.**

*(...)*

*Sin perjuicio de su participación directa como aseguradoras, los bancos públicos también podrán participar en la actividad de seguros como intermediarios mediante la constitución de una sociedad anónima que deberá tener como fin exclusivo realizar las actividades indicadas en el presente capítulo y que podrán constituir como único accionista.*

*(...)"*

Su proponente manifestó en el plenario que la exclusión de los bancos públicos en la actividad aseguradora, es inconstitucional porque viola el principio de igualdad. Señaló que los bancos privados sí pueden participar directamente, mientras que a los bancos públicos se les obliga formar sociedades con el Instituto Nacional de Seguros. Además indicó:

*"...Es una discriminación irrazonable e injustificada entre bancos. Los bancos públicos, pidieron participar directamente como aseguradores, pero dicha gestión fue rechazada y quedan en desigualdad con los bancos privados.*

*Si pueden participar en la actividad de intermediación, ¿por qué no pueden participar también como aseguradoras? El requisito para ello es la constitución de una sociedad anónima, cuyo único fin sea la actividad aseguradora. Entonces, ¿por qué quitarle la posibilidad de que los bancos públicos del Estado participen en la actividad aseguradora? ¿Por qué se va a discriminar entre bancos públicos y bancos privados?*

*La competencia no es precisamente tener la mayor cantidad de entidades en el mercado. Eso es lo que siempre nos han dicho en todas las comisiones.*

---

<sup>9</sup> ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA N.º 171 del día martes 22 de abril de 2008

SP-xxxx

Página No.12

*Si los privados obtienen grandes beneficios, si eventualmente participaran en la actividad aseguradora o de intermediación, ¿por qué se va a privar de esa posibilidad también, a los bancos públicos?*

*Dejar por fuera a los bancos públicos del Estado de la actividad aseguradora o de intermediación, va en contra del principio de igual establecido constitucionalmente. Dicho principio se maneja y adapta según los criterios políticos que se tengan. Dicha actividad no sería peligrosa, porque los bancos tienen suficientes recursos y garantías, para realizar la actividad de intermediación.*

*No se trata de una competencia peligrosa o innecesaria entre mismo estado, como una vez se dijo, sino que es una competencia leal más que se da, a favor de los consumidores. Por ello estamos pidiendo su voto favorable para esta moción...”<sup>10</sup>*

Al final dicha moción no fue aprobada y el artículo mantuvo la limitante a los bancos bajo la línea argumentativa expuesta.

*b. Las limitaciones para los Bancos Estatales para constituir entidades aseguradoras y el caso del Banco Internacional de Costa Rica S.A. (BICSA)*

Como lo analizamos páginas atrás, el Grupo BICSA es una entidad constituida en el extranjero cuya propiedad es de dos empresas públicas. Se pretendería que BICSA incursioné en el mercado asegurador costarricense mediante la constitución de una sociedad con un socio privado. Así, dicha sociedad sería el instrumento de carácter formal, para que opere en el país una entidad aseguradora pero con la salvedad de que uno de sus socios sería un banco constituido conforme las leyes extranjeras, pero cuyo capital social es, no sólo costarricense, sino que además es público.

Dado que estamos en presencia de una persona jurídica cuyo capital social corresponde en su totalidad a dos empresas públicas y en vista del control que sobre las decisiones de esta empresa pueden ejercer el Banco de Costa Rica y el Banco Nacional, es claro que el Banco Internacional de Costa Rica S.A. constituye también una empresa cuyo capital social es público. La circunstancia de que BICSA haya sido constituido como una sociedad anónima en el extranjero, no modifica su naturaleza pública dada la naturaleza de la propiedad del capital social. En este sentido la Sala Constitucional ha indicado:

*“...VII.- Lista de créditos dudosos otorgados por BICSA Panamá y BICSA Miami. En relación con los créditos otorgados por las filiales BICSA Miami y BICSA Panamá, solicitó la Defensoría de los Habitantes de la República la misma información consignada en el punto anterior, es decir, datos sobre los créditos aprovisionados en un 100% y cuyos deudores hayan sido calificados en categorías de alto riesgo (C, D o E). No cabe duda que las operaciones financieras efectuadas por los dos bancos mencionados lo son con fondos públicos, pues el capital accionario de BICSA pertenece al Banco Nacional de Costa Rica y al Banco de Costa Rica, entidades pertenecientes al Estado costarricense...”*

---

<sup>10</sup> Acta de la sesión plenaria N°162 del 03 de abril de 2008

**Sala Constitucional, voto 2005-09127 de las once horas con veintiséis minutos del ocho de julio del dos mil cinco.- SUBRAYADO NO ES DEL ORIGINAL**

Aunque la actividad propiamente bancaria se considera sujeta al derecho privado, lo cierto es que el derecho público puede influir directamente en la forma y desarrollo de esa actividad derivado de la emisión de distintas disposiciones que someten tanto a entidades financieras públicas como privadas a disposiciones de derecho público, y en este caso, de derecho público económico, como es el caso de la Ley N°8653.

Como lo analizamos anteriormente, las empresas públicas son parte de la Hacienda Pública según el último párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Así el control sobre la empresa se representa por la titularidad del capital social, según se deriva de lo dispuesto en los artículos 4 y 8, segundo párrafo, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por consiguiente, la participación accionaria que tuviera BICSA en una entidad aseguradora, formaría parte de la Hacienda Pública, dado el origen de su capital social. Dicha pertenencia implica que esa sociedad debe respetar determinadas regulaciones dirigidas a la administración y manejo de los bienes que forman parte de su patrimonio.

De conformidad con el artículo 2 la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos del Estado son entidades de derecho público:

*“...Los bancos del Estado enumerados en el artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Estarán sujetos a la Ley en materia de gobierno y deberán actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades. Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus respectivas juntas directivas.*

*De acuerdo con lo anterior, cada banco tendrá responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, lo cual impone a los miembros de la junta directiva la obligación de actuar conforme a su criterio en la dirección y administración del banco, dentro de las disposiciones de la Constitución, de las Leyes y reglamentos pertinentes y de los principios de la técnica, así como la obligación de responder por su gestión, en forma total e ineludible de acuerdo con los Artículos 27 y 28 de esta Ley...”*

De esta forma, tanto la organización como parte del funcionamiento de los bancos comerciales del Estado se encuentran regidos por el derecho público, lo que necesariamente se traduce en una obligación del cumplimiento del principio de legalidad.

Con base en esta línea de razonamiento, el ordenamiento jurídico establece una serie de regulaciones a las cuales los bancos estatales deben disciplinar su actuar. Precisamente, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece una serie de actos que le están prohibidos a los bancos estatales. Dispone, en lo que interesa, el artículo 73 de la citada Ley:

*"Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales:*

*(...)*

*3) Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento.*

*Se exceptúa de esta disposición, la participación que los bancos pudieran llegar a tener en capital de instituciones financieras de orden público o semipúblico, que llegaren a crearse, y la de los bancos que establecieren almacenes generales de depósito de acuerdo con la respectiva ley, o que, a la fecha de la promulgación de la presente ley, tuvieran ya participación en ellos, únicamente con respecto a los negocios y operaciones que resulten del funcionamiento de tales almacenes.*

*Exceptúanse también de estas disposiciones aquellos casos en que los bancos comerciales del Estado, conjunta o separadamente, constituyan o empleen personas jurídicas de su exclusiva propiedad para la prestación exclusiva de servicios para ellos mismos, previa autorización de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, o para la administración de bienes adjudicados en juicio..."*

De acuerdo a este artículo, existe prohibición para los bancos estatales de constituir o de participar en empresas de cualquier índole, salvo que sea una participación de capital en *"instituciones financieras de orden público o semipúblico que llegaren a crearse"*.

La creación de una sociedad para que desarrolle actividad aseguradora en Costa Rica con una transferencia de capital de BICSA y otra parte con capital privado, puede conducir a la constitución de una entidad en que parte de capital esté en manos privadas y parte en manos públicas, lo que podría hacer desaparecer el carácter de empresa pública de esa sociedad, pero también podría suceder que se mantenga la naturaleza pública de la misma.

Veamos, si el porcentaje de participación de BICSA en el capital accionario de la entidad aseguradora que se constituya fuera amplio, de forma que la mayoría quedara en manos de BICSA, la sociedad podría seguir siendo entidad pública, pero por el contrario, si BICSA no contara con la mayoría del capital social, ello traería como consecuencia una participación financiera de BICSA y por ende de sus dos propietarios que son bancos públicos estatales, en una entidad que no puede seguir siendo considerada como pública. En ese sentido señala Ortiz:

*"...Cuando el Estado o un ente público es dueño de la totalidad (como en el caso de CODESA respecto de FERTICA) o de la mayoría de las acciones de una sociedad mercantil común, puede maniobrar ésta a la medida de sus intereses y esa sociedad se convierte en empresa pública; si, a la inversa, el Estado o ente público son minoritarios, la empresa será privada. Lo decisivo en este aspecto es la titularidad del control sobre las decisiones y políticas de gestión de la sociedad: si ese control está en manos del Estado, la sociedad en cuestión será pública, y a la inversa. Y para este efecto da lo mismo la presencia del Estado que la de cualquier otro ente público..."<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> ORTIZ (Eduardo): "La empresa pública como ente público", en IVSTITIA N° 52.

De esta forma, en concordancia con el inciso 3) del artículo 73 transcrito, se deriva la ausencia de una autorización legal para que los bancos estatales participen -en forma conjunta a través de BICSA- minoritariamente en el capital social de una sociedad (entidad aseguradora) que no tenga el carácter público que goza BICSA. Sobre ese particular, en sentido análogo, la Procuraduría dictaminó que:

*“...una contratación que conduzca a mantener o provocar una participación de esos bancos en un porcentaje igual o inferior al 50% del capital social de BICSA, implicaría una coparticipación en una entidad financiera que no podría catalogarse de pública o semipública. Por consiguiente, se estaría ante una participación prohibida por la ley, lo que podría tener consecuencias en la contratación que se proyecta...”<sup>12</sup>*

Pareciera que si los bancos a través de BICSA, mantuvieran un poder predominante que les permita influenciar la adopción de las decisiones que la futura entidad aseguradora llegue a adoptar, no contravendría el artículo 73 en estudio. No obstante lo dicho, debemos dimensionar esta posibilidad bajo el contexto que plantea la Ley Reguladora del Mercado de Seguros.

Como lo explicamos anteriormente, dicha ley brida la posibilidad de que los bancos públicos puedan constituir en forma conjunta con el INS una única sociedad anónima para participar de la actividad aseguradora, pudiendo también actuar en forma independiente a través de la figura de la intermediación de seguros.

El inciso b) del artículo 47 claramente establece que se autoriza al INS para que constituya, **en forma conjunta con los bancos públicos del Estado, una única sociedad anónima**, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 7 de la LRMS.

El INS deberá tener la propiedad **de al menos** el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones de esa sociedad que se vaya a crear.

Este numeral debe ser complementado con el artículo 7 inciso a) que en lo que interesa dice:

*“...Los bancos públicos **solo podrán** constituir esta clase de sociedades conforme lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley...”*

Del examen de estas normas, podemos concluir que a pesar de que los bancos públicos a través de BICSA constituyeran en conjunto con un socio privado, una sociedad en Costa Rica

---

<sup>12</sup> Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996

para participar como entidad aseguradora, y BICSA mantuviera un poder predominante en el capital social, que le permitiera influenciar la adopción de las decisiones estratégicas, la LRMS prohíbe expresamente esta operación, pues el Banco de Costa Rica y el Banco Nacional a través de BICSA - cuyo capital social ya vimos que es público-, formarían un vehículo societario para registrarlo como entidad aseguradora ante la Superintendencia de Seguros, cuyo capital estaría dividido, por un lado en el aporte que haga BICSA, que vimos que es capital público, y por el otro, un aporte de una entidad privada.

Una operación de esta índole quebrantaría los numerales 7 y 47 de la LRMS que obligan a los bancos a participar en el mercado asegurador en conjunto y en exclusiva con el Instituto Nacional de Seguros a través de una única sociedad anónima. Además de que quebrantaría de igual forma el espíritu del legislador al promulgar la norma, pues como lo analizamos páginas atrás, el legislador pretendió que la Administración Pública, bajo un mismo grupo económico, compitiera en el mercado asegurador.

El artículo 7 es claro al indicar “**solo podrán**”, lo que excluye cualquier otra posibilidad que no sea aquella establecida en el artículo 47. Considerar lo contrario sería permitir que tanto el Banco de Costa Rica como el Banco Nacional, como dueños de BICSA (entidad pública), formen un vehículo societario y apoyados bajo el criterio de que es una sociedad extranjera, permitan la participación de capital privado con el fin de obviar participar en el mercado asegurador conjuntamente con el Instituto Nacional de Seguros, cuando en realidad sería una sociedad cuyo capital social en forma mayoritaria la aporta BICSA, cuyos dueños son entidades bancarias públicas.

En aplicación del artículo 57 de la Ley N° 7523, conforme remisión expresa del numeral 29 de la LRMS, las formas jurídicas adoptadas por los entes regulados no obligan a la Superintendencia, para efectos de sus potestades de fiscalización y sanción, además de que “...podrá atribuirles a las situaciones y los actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo la realidad y no la forma jurídica...”

En este sentido debe considerarse lo reseñado en el artículo 20 del Código Civil que indica:

*“...Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir...”*

Consecuentemente, podemos afirmar que BICSA es una empresa pública, por cuanto se está ante una persona jurídica gestionando una actividad de índole financiera y cuyo capital social está exclusivamente en manos de entes públicos (Banco Nacional – Banco de Costa Rica), que dominan, por ende, el total de los votos en la Junta Directiva y demás órganos de



la sociedad. Naturaleza que alcanza a las subsidiarias del holding y a cualquier otra sociedad futura que se constituya.

En tanto el capital social de la sociedad anónima que se pretenda constituir como entidad aseguradora, pertenezca a una empresa pública bancaria, deberá considerarse como entidad pública aún cuando esté organizada como sociedad anónima y será de aplicación en lo conducente los numerales 7 y 47 de la LRMS.

## V. CONCLUSIONES

1. De conformidad con el artículo 73, inciso tercero, primer párrafo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos estatales están autorizados para constituir entidades financieras de naturaleza pública o semi pública.
2. No existe autorización legal, expresa o implícita, para que los bancos públicos constituyan empresas de naturaleza privada, incluyendo entidades aseguradoras, donde su participación accionaria sea minoritaria, de manera que impida al capital público ejercer un poder preponderante de decisión o de gestión de la entidad.
3. En razón de la propiedad pública del capital social, el Banco Internacional de Costa Rica S.A. constituye una empresa pública, a pesar de ser constituido bajo formas del derecho privado mercantil.
4. El inciso b) del artículo 47 claramente establece que se autoriza al INS para que constituya, **en forma conjunta con los bancos públicos del Estado, una única sociedad anónima**, la cual tendrá como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora en los términos del inciso a) del artículo 7 de la LRMS. El INS deberá tener la propiedad **de al menos** el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones de esa sociedad que se vaya a crear.
5. El artículo 7 es claro al indicar "**solo podrán**", lo que excluye cualquier otra posibilidad que no sea aquella establecida en el artículo 47.
6. Consecuentemente, podemos afirmar que BICSA es una empresa pública, por cuanto se está ante una persona jurídica gestionando una actividad de índole financiera y cuyo capital social está exclusivamente en manos de entes públicos (Banco Nacional – Banco de Costa Rica), que dominan, por ende, el total de los votos en la Junta Directiva y demás órganos de la sociedad. Naturaleza que alcanza a las subsidiarias del holding y a cualquier otra sociedad futura que se constituya.

7. Tanto el Banco de Costa Rica como el Banco Nacional, como dueños de BICSA (entidad pública), no pueden utilizar dicha entidad para formar un vehículo societario para simultáneamente con un socio privado, incursionar en el mercado asegurador costarricense con el fin de obviar la obligación contenida en el artículo 47 de la LRMS de participar conjuntamente con el Instituto Nacional de Seguros. Lo anterior además podría quebrantar el artículo 20 del Código Civil.
8. Además transgrediría de igual forma el espíritu del legislador al promulgar la norma, pues como lo analizamos, el legislador pretendió que la Administración Pública, bajo un mismo grupo económico, compitiera en el mercado asegurador.
9. En tanto el capital social de la sociedad anónima que se pretenda constituir como entidad aseguradora, pertenezca a una empresa pública bancaria nacional, deberá considerarse como entidad pública aún cuando esté organizada como sociedad anónima y será de aplicación en lo conducente los numerales 7 y 47 de la LRMS.

Cordialmente,

#### **DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA**



Guillermo Rojas G.  
**Abogado Encargado**



Silvia Canales C.  
**Directora**