

6 de junio de 2014

PJD-05-2014

Edgar Robles Cordero
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

En atención a su solicitud, de analizar la propuesta de *Reglamento general de gestión de la tecnología de información* (en adelante el Reglamento), adjunto al oficio **SUGEF 1104-2014**, esta División Jurídica emite el siguiente criterio jurídico:

I. Aspectos generales

De conformidad con los considerandos del Reglamento citado, el objetivo de la propuesta es coordinar los procesos de supervisión de las diferentes superintendencias, cuando una misma unidad de Tecnologías de Información (TI) presta servicios a entidades supervisadas por distintos órganos supervisores.

La labor de coordinación entre las superintendencias del Sector Financiero se enmarca en el contexto de los procesos de supervisión consolidada, que se considera útil y necesaria en el contexto de la globalización actual. Al respecto, en el dictamen CJ-338-06 la Procuraduría General de la República (PGR) indicó:

La supervisión consolidada implica inspección, vigilancia y control sobre el grupo, actividades que permiten el análisis y confirmación de la información sobre la situación del grupo, verificación permanente del cumplimiento del marco regulatorio en orden a la formación y funcionamiento del grupo y, en su caso, la facultad de ordenar los correctivos necesarios ante incumplimiento de disposiciones de orden jurídico, contable o económico (control). Actividades que están dirigidas a preservar la solidez financiera del grupo y sobre todo de las entidades sujetas a supervisión, de manera que su situación no se afecte por la existencia y funcionamiento del grupo.

PJD-05-2014
Página No. 2

Cabe destacar, como antecedente, que en el 2012, en forma conjunta, las Asesorías Jurídicas de las cuatro Superintendencias, emitieron un dictamen¹ sobre una versión anterior del Reglamento citado, en esa oportunidad se consideró lo siguiente:

Tal como se desprende de lo anterior, el legislador no estableció expresamente la facultad específica de concentrar en una sola superintendencia las labores de supervisión, ni de TI ni de ningún otro tipo. Esto implica que no es posible atribuirle esas funciones concentradamente a ninguna de las cuatro superintendencias, mediante una norma reglamentaria, ya que esto implicaría una violación al principio de legalidad, vulnerando las competencias propias de cada uno de los órganos de supervisión.

En términos generales, cabe destacar que si bien la reglamentación emitida por CONASSIF puede ser, como el Reglamento citado, de aplicación para los supervisados de todas las Superintendencias, debe también ajustarse a las normas legales que otorgan las competencias a cada una de ellas².

El Reglamento citado es fundamentalmente técnico, sin embargo, dos aspectos merecen un análisis jurídico particular. Desde el punto de vista de los supervisados: la creación de una figura denominada **Ente**, que reúne a varios supervisados de diferentes Superintendencias; y desde el punto de vista del ejercicio de la supervisión: la creación de las figuras de **supervisor representante** y **supervisores adjuntos**.

II. Normas relevantes del Reglamento

De interés para los puntos indicados se destacan las siguientes normas del Reglamento:

Artículo 3. Definiciones y abreviaturas

Para efectos de este reglamento y sus lineamientos se utilizan las siguientes definiciones y abreviaturas:

¹ En el consecutivo de SUPEN: PJD-17-2012.

² Al respecto la Procuraduría General de la República ha manifestado:

El ejercicio de esa potestad reglamentaria debe respetar el principio de legalidad y, su corolario, el de jerarquía normativa. Por consiguiente, dicho ejercicio debe respetar la estructura y distribución interna de competencia establecida por la Ley de creación del Banco Popular y de Desarrollo Comunal y demás normas legales, así como las disposiciones imperativas o prudenciales que regulan el funcionamiento de cada una de las entidades miembros del grupo. Dictamen CJ-93-06

e) *Ente: conjunto de entidades supervisadas cuyos procesos y servicios de TI son gestionados por una misma unidad de TI; puede constar de una o más entidades supervisadas.*

f) *Entidad representante del ente: entidad integrante del ente con el mayor volumen de activos totales que sea supervisada, para los efectos de su determinación se utilizará la misma regla dispuesta en el artículo 12 de este Reglamento.*

u) *Supervisor adjunto: órgano supervisor del sistema financiero costarricense que supervisa al menos a una entidad supervisada integrante del ente y que no es el supervisor representante.*

v) *Supervisor representante: órgano supervisor del sistema financiero costarricense encargado de coordinar los procesos dispuestos en este Reglamento y que se define, según lo dispuesto en el Artículo 12.*

Artículo 12. Supervisor representante

Cuando el ente está integrado por una única entidad supervisada, el supervisor es el supervisor directo.

Cuando el ente está integrado por dos o más entidades supervisadas, si al menos una de las entidades individuales es un intermediario financiero, el supervisor representante es la SUGEF. Si ninguna de las entidades del ente es un intermediario financiero, el supervisor representante es el supervisor de la entidad con el mayor volumen de activos totales. Para esta determinación, el cálculo debe considerar los activos propios más los activos administrados por cuenta de terceros.

El CONASSIF, atendiendo motivos de oportunidad y conveniencia, puede designar a otra superintendencia como supervisor representante.

Artículo 18. Plan de Acción

La entidad representante del ente debe presentar el plan de acción con el formato establecido en los Lineamientos Generales en el plazo indicado en la nota de remisión del reporte de supervisión.

El plan de acción debe ser aprobado por el órgano directivo de la entidad representante del ente y debe estar firmado por su representante legal o gerente general

Las actividades incluidas en el plan de acción deben solventar los hallazgos indicados en el reporte de supervisión.

El plan de acción debe incluir la frecuencia de presentación de los informes de avance.

Los supervisores pueden hacer observaciones al plan de acción, sugerir mejoras o advertir sobre riesgos de incumplimiento significativos. Si a criterio de los supervisores las actividades incluidas en el plan de acción no atienden adecuadamente los hallazgos, el plazo solicitado es mayor al razonablemente necesario o la frecuencia de presentación de los informes de avances no permite un adecuado seguimiento al plan de acción, el supervisor debe solicitar la modificación pertinente a la entidad representante del ente.

PJD-05-2014
Página No. 4

La entidad representante del ente debe ejecutar la modificación solicitada por el supervisor y comunicar a éste la modificación en el plazo solicitado. El plan de acción así modificado debe ser comunicado al órgano directivo de la entidad representante del ente y debe estar firmado por su representante legal o gerente general.

III. Respetto al concepto de ente en el ordenamiento jurídico costarricense

La definición de **Ente** estipulada en el numeral 3, inciso e), del Reglamento no corresponde con la que existe en el Derecho Administrativo costarricense, concretamente con la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que dice:

Artículo 1.-

*La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, **cada uno con personalidad jurídica** y capacidad de derecho público y privado. La negrita no es del original.*

Al respecto, la Procuraduría General de la República (PGR) ha manifestado:

*La categoría de entes institucionales hace referencia a la personificación de un conjunto de bienes. Se trata de una personificación al servicio de fines determinados; en el caso de las instituciones ese fin es ajeno, le viene impuesto en el acto creador. La gestión del interés es dirigida por un órgano nombrado por el Estado y supeditado a sus directrices y contralor. Se ha puesto como caso típico del ente institucional, las instituciones autónomas, que también se clasifican como entes instrumentales. Este calificativo hace alusión al hecho de que **el ente persigue fines que no ha definido, sino que el Estado le impone, razón por la cual tiene las potestades que el Estado a través de la ley le asigne**. Desde esa perspectiva, podría decirse que la nota característica del ente institucional es el hecho de que la gestión es especializada y destinada al cumplimiento de un fin. Dictamen CJ-132-2010. La negrita no es del original.*

Tampoco tiene coincidencia con la figura del grupo o conglomerado financiero establecida en la legislación nacional; en el caso particular de los grupos financieros, la Ley Orgánica del Banco Central (LOBC) establece expresamente:

Artículo 141.- Constitución de grupos financieros

*Los grupos financieros deberán **estar constituidos por una sociedad controladora** y por empresas dedicadas a prestar servicios financieros organizadas como sociedades anónimas, tales como bancos, empresas financieras no bancarias, almacenes generales de depósito, puestos de bolsa, sociedades de inversión, empresas de arrendamiento financiero, así como bancos o financieras domiciliados en el exterior, acreditados como tales por la autoridad foránea correspondiente.*

PJD-05-2014
Página No. 5

Además, la Junta Directiva del Banco Central podrá autorizar a otras empresas nacionales o extranjeras como parte del grupo, siempre y cuando se dediquen a la actividad financiera exclusivamente. Como excepción, el grupo financiero podrá tener una o varias sociedades propietarias o administradoras de los bienes muebles o inmuebles del grupo.

En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito, la empresa controladora podrá ser un organismo de naturaleza cooperativa.

Artículo 142.- Integración y fines de la sociedad controladora

*La sociedad controladora será una sociedad anónima, que **tendrá como único objeto adquirir y administrar las acciones emitidas por las sociedades integrantes del grupo. En ningún caso, podrá realizar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo. Su domicilio social estará en el territorio nacional.***

*La sociedad controladora será propietaria, en todo momento, de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del capital suscrito de cada una de las entidades del grupo y responderá, subsidiaria e ilimitadamente, por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las entidades integrantes del grupo, aun por las obligaciones contraídas con anterioridad a la integración del grupo. **Ninguna de las entidades del grupo responderá por las pérdidas de la controladora o de otras entidades del grupo.***

Las acciones representativas del capital social que la sociedad controladora posee en cada una de las sociedades integrantes del grupo, se mantendrán, en todo momento, en depósito en alguna de las instituciones para el depósito de valores, reguladas en la Ley reguladora del mercado de valores, conforme a las normas definidas en el reglamento. La negrita no es del original.

El numeral 145 de la LOBC establece cuáles son las funciones de la sociedad controladora, referidas fundamentalmente al suministro de información financiera del grupo y sus activos, con la limitación del numeral 142 de la LOBC, pues la **sociedad controladora en ningún caso podrá realizar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo.** Esto significa que ni siquiera esta sociedad podría asumir las obligaciones del supervisado de la Supén que forme parte del grupo.

Por su parte, el conglomerado, según lo establecido en el artículo 3), inciso b), del *Reglamento sobre autorizaciones de entidades supervisadas por la SUGEF, y sobre autorizaciones y funcionamiento de grupos y conglomerados financieros* está **constituido por un intermediario financiero de derecho público domiciliado en Costa Rica o por una entidad fiscalizada creada por ley especial, y sus empresas.**

PJD-05-2014
Página No. 6

De la lectura de estas normas se concluye, sin mayor dificultad, que la definición de **Ente** no se ajusta al concepto general del Derecho Administrativo ni la Ley General de la Administración Pública (LGAP); asimismo es disonante con las definiciones de grupo o conglomerado financiero vigentes.

Si bien es una realidad que muchos de los supervisados forman parte de grupos o conglomerados financieros, cada una de las entidades supervisadas son, desde el punto de vista jurídico, centros de acción independientes. No existe desde el punto de vista jurídico una *entidad representante del Ente* con capacidad de asumir compromisos y obligaciones como los requeridos (por ejemplo, el plan de acción estipulado en el artículo 18 de la propuesta ante una *Superintendencia representante*.

Al respecto, la PGR ha manifestado:

Los puestos de bolsa de los bancos del Estado y del INS que autoriza el artículo 55 de la Ley de Mercado de Valores, N. 7732 de 17 de diciembre de 1997, constituyen empresas públicas. Si bien estas empresas son propiedad de los bancos y del INS, constituyen personas jurídicas independientes, titulares de patrimonios propios.

[...] Los puestos de bolsa de los bancos estatales y del INS son personas jurídicas independientes de los entes autónomos que los constituyen. En razón de esa personalidad y de la titularidad de un patrimonio propio responden por su accionar. Como los bancos y el INS son propietarios de su capital social, los puestos pueden ser considerados como propiedad de los entes, pero no se confunden jurídicamente con ellos. Dictamen CJ-12-2000.

Estas mismas consideraciones aplican para las OPC que formen parte de grupos o conglomerados financieros.

IV. Supervisor representante y supervisor adjunto

Las competencias otorgadas por el Estado a la Superintendencia de Pensiones respecto a sus supervisados en todos los ámbitos de su gestión, incluida TI, se encuentran establecidas expresamente en los numerales 33 y 58 de la Ley 7523, que disponen:

Artículo 33. Regulación del régimen

El Régimen de Pensiones será regulado y fiscalizado por una Superintendencia de Pensiones, como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica.

La Superintendencia de Pensiones autorizará, regulará, supervisará y fiscalizará los planes, fondos

PJD-05-2014
Página No. 7

y regímenes contemplados en esta Ley, así como aquellos que le sean encomendados en virtud de otras leyes, y la actividad de las operadoras de pensiones, de los entes autorizados para administrar los fondos de capitalización laboral y de las personas físicas o jurídicas que intervengan, directa o indirectamente, en los actos o contratos relacionados con las disposiciones de esta Ley.

La Superintendencia de Pensiones contará con un Superintendente y un Intendente, nombrados por el Consejo, quienes se regirán por los Artículos 172 y 173 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7732, de 17 de diciembre de 1997. Ambos deberán estar presentes en las sesiones donde el Consejo se reúne para tratar los asuntos de la Superintendencia de Pensiones.

Artículo 58. Labores de supervisión

*En las labores de supervisión y vigilancia de la Superintendencia sobre los entes sujetos a su fiscalización, el Superintendente, por sí o por medio de los funcionarios de la Superintendencia, **podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia en las entidades reguladas cuando lo considere oportuno, a fin de ejercer las facultades que le otorgan esta Ley, leyes conexas y las demás normas; asimismo, deberá velar por el cumplimiento de los reglamentos y las normas de carácter general emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión. Las entidades reguladas están obligadas a prestar total colaboración a la Superintendencia, para facilitar las labores que le faculta esta Ley.** La negrita no es del original.*

En relación con el alcance de la competencia otorgada a un órgano por el ordenamiento jurídico, la PGR ha señalado:

El término "competencia" hace alusión al conjunto de poderes y deberes que el ordenamiento jurídico dispone en relación con determinado ente u órgano público. Conjunto de poderes y deberes que determinan las posibilidades de actuación de dicho organismo. En ese sentido, es la aptitud de actuar del organismo público, lo que implica, además, un límite a sus posibilidades de actuación. Es su aptitud legal para el cumplimiento del fin.

Principio fundamental en orden a la competencia es que ésta es expresa: el organismo público no puede actuar sin un texto legal que fundamente esa actuación, atribuyéndole la competencia.

*De lo anterior se deriva, además, que los entes y órganos públicos no pueden considerarse autorizados para realizar cualquier tipo de acto o actuación, por el simple hecho de que no les esté prohibido. **Por el contrario, les está prohibido autoatribuirse competencias: la aptitud para actuar sólo existe si las normas la atribuyen.** Conforme el principio de legalidad y de su corolario de que las competencias son expresas, tampoco es admisible en nuestro sistema el considerar que el fin*

PJD-05-2014
Página No. 8

*público autoriza la competencia. **Es decir, pretender que el organismo puede realizar cualquier acto para alcanzar el fin público.** Circunstancia que también podría conducir a una autoatribución de competencias. Por el contrario, existe una diferencia entre fin u objeto que justifica la creación del ente y la competencia o capacidad para actuar dentro del campo de acción para el cual fue creado.*

*[...]Por otra parte, la competencia es un poder-deber. **Ello en el sentido de que como la competencia ha sido otorgada para satisfacer un fin público y no el interés particular del órgano o ente público correspondiente, el organismo no puede decidir si la ejerce o no, por lo que carece de un poder para delegar, renunciar o transferirla, salvo que el ordenamiento lo autorice a hacerlo.** Su ejercicio resulta obligatorio en el tanto la satisfacción del interés público lo ordene. Dictamen CJ-199-99. La negrita no es del original.*

En el caso particular de las superintendencias, la PGR ha sido aún más precisa al señalar:

*Ahora bien, no se trata de cualquier tipo de competencia, sino de una competencia para resolver, para decidir en forma definitiva sobre una materia determinada por el ordenamiento. Esta atribución **se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas,** de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos. Desde esa perspectiva, desconcentrar es especializar funcionalmente determinados órganos, sin que se desliguen orgánicamente tales competencias de la estructura originaria, tal como indicó esta Procuraduría en el dictamen C-159-96 de 25 de setiembre de 1996.*

*[...] El Consejo y las Superintendencias son órganos del Banco Central **pero gozan de competencias propias, que ejercen a nombre propio y no como parte del Ente Rector.** El legislador ha tenido especial cuidado en pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las Superintendencias. Todas han sido creadas como órganos de desconcentración máxima. Sin embargo, la Superintendencia de Pensiones cuenta además, con personalidad jurídica instrumental. Dictamen CJ-214-04 La negrita no es del original.*

En los términos del Reglamento propuesto, la Supén eventualmente estaría impedida de ejercer estas competencias estipuladas por la ley respecto a la gran mayoría de sus supervisados, lo cual no es acorde con lo señalado en las normas citadas, y puede generar responsabilidad para la Administración. Esta *pérdida* de competencia solo es posible mediante una modificación legal, el Reglamento citado no tiene la jerarquía normativa necesaria para sustraer las competencias otorgadas a la Superintendencia.

Para esta División es claro que las competencias establecidas en los numerales 33 y 58 de la Ley 7523 para la Supén no pueden dejar de ejercerse ni encomendarse a otra superintendencia, tal como

lo establecen los numerales 3, 12 y 18 del Reglamento, sin incurrir en una transgresión del ordenamiento jurídico y con las consecuencias que esto conlleva desde el punto de vista de la validez de las actividades y de los actos que emita el *Supervisor representante*.

V. Conclusiones

1. La reglamentación emitida por CONASSIF puede ser de aplicación para todos los sujetos supervisados del sector financiero, sin embargo, debe sujetarse a las normas legales que respecto a estos se otorgan a cada una de las Superintendencias.
2. La definición de *Ente* en el Reglamento propuesto no se ajusta al concepto general del Derecho Administrativo ni la Ley General de la Administración Pública (LGAP); asimismo, es disonante con las definiciones de grupo o conglomerado financiero vigentes.
3. Cada una de las entidades supervisadas que forman parte de grupos o conglomerados financieros son, desde el punto de vista jurídico, centros de acción independientes. No existe desde el punto de vista jurídico una *entidad representante del Ente* con capacidad de asumir compromisos y obligaciones como los requeridos (por ejemplo, el plan de acción estipulado en el artículo 18) ante una *Superintendencia representante*.
4. Las competencias establecidas en los numerales 33 y 58 de la Ley 7523 para la Supén, no pueden dejar de ejercerse ni encomendarse a otra superintendencia (tal como lo establecen los numerales 3, 12 y 18 del Reglamento) sin incurrir en una transgresión del ordenamiento jurídico, con las consecuencias que esto conlleva desde el punto de vista de la validez de las actividades y de los actos que emita un *Supervisor representante*.

Elaborado por: Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

