

6 de abril de 2016

PJD-06-2016

Javier Cascante Elizondo
Superintendente
Superintendencia General de Entidades Financieras

En atención a su oficio **SGF-849-2016**, recibido el 16 de marzo del presente año, por medio del cual se solicita emitir un criterio jurídico respecto a la viabilidad del proyecto de reforma parcial a la *Normativa para el cumplimiento de la Ley 8204*, la División Jurídica de esta Superintendencia realizó el siguiente análisis:

Esta Asesoría valora que la *Normativa para el cumplimiento de la Ley 8204* propone un enfoque basado en riesgo, y que la reforma parcial planteada busca reforzar el cumplimiento de la recomendación 1 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que señala:

Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen cada una de las medidas de DDC bajo los párrafos (a) al (d) anteriores, pero deben determinar el alcance de tales medidas utilizando un enfoque basado en riesgo (RBA) de conformidad con las Notas Interpretativas de esta Recomendación y la Recomendación 1. (GAFILAT, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la proliferación. Las recomendaciones del GAFI, pág. 14).

Al respecto, en términos generales consideramos que la propuesta de reforma se ajusta a la legislación vigente, con las salvedades que se dirán, y a los nuevos estándares internacionales del GAFI. Sin embargo, también consideramos que existen dos aspectos que no se ajustan a la legislación nacional, y que tampoco constituyen un requerimiento de los estándares citados, a saber: la exoneración de la firma del formulario “Conozca al cliente” y el requerimiento de la declaración del impuesto sobre la renta para quienes son contribuyentes. Si bien ambos aspectos solo aplican para los sujetos supervisados por la SUGEF, no para los de SUPEN, esta Asesoría considera importante señalar las razones por las cuales su incorporación en la normativa podría implicar un riesgo legal.

PJD-06-2016

Página 2

I. Sobre las Cuentas de Expediente Simplificado (CES)

El numeral 2 de la propuesta define estas cuentas como:

Cuentas de fondos abiertas por las entidades financieras a las personas físicas que califiquen con un perfil de riesgo bajo, a quienes se les aplicará una debida diligencia simplificada, cuya estructura, características y demás condiciones de apertura y funcionamiento, se regirá por lo que disponga el Reglamento del Sistema de Pagos del Banco Central de Costa Rica.

En este orden de ideas, el numeral 7 de la propuesta dice:

Para la apertura de una Cuenta de Expediente Simplificado y en sustitución del formulario “Conozca a su Cliente, los sujetos obligados debe cumplir con los requerimientos de identificación e información de los clientes que se definan en el Reglamento del Sistema de Pagos del Banco Central de Costa Rica. Cada sujeto obligado debe establecer en sus políticas, aprobadas por la Junta Directiva u órgano equivalente, sus niveles de tolerancia al riesgo en cuanto a contar con nuevos clientes de cuentas de expediente simplificado, para los casos que esos clientes ya cuenten con cuentas de ese tipo en otras entidades.

La diligencia simplificada, a la cual se refiere la definición del artículo 2, incluye que se sustituya el formulario conocido como Conozca al cliente y en consecuencia no sea firmado por este. Si bien el *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, emitido por el Poder Ejecutivo, establece en el numeral 16 bis que estas cuentas CES **no requieren de la firma del cliente**, lo cierto es que la Ley N°. 8204, en el artículo 16, inciso c), exige en forma expresa la firma de la política conozca al cliente¹ sin hacer distinción alguna. Por esta razón consideramos que con estas disposiciones se contraviene expresamente la norma superior y, además, el supervisor estaría asumiendo toda la responsabilidad del conocimiento del cliente.

¹ Dispone ese inciso: *Registrar y verificar, por medios fehacientes, la identidad, la representación, el domicilio, la capacidad legal, la ocupación o el objeto social de la persona, así como otros datos de su identidad, ya sean clientes ocasionales o habituales. Esta información debe constar en un formulario, el cual debe estar firmado por el cliente. En el caso de personas jurídicas catalogadas de riesgo, según los parámetros establecidos por el Consejo Nacional de Supervisión, las entidades financieras deben requerir certificación notarial relativa a la representación judicial y extrajudicial de la sociedad. Esta verificación se efectuará, especialmente, cuando establezcan relaciones comerciales, en particular la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la existencia de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones, incluidas las transferencias desde el exterior o hacia él, en moneda nacional o extranjera, iguales o superiores a los diez mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US \$10.000,00) o su equivalente en otras monedas.*

PJD-06-2016

Página 3

II. Sobre el requerimiento de la declaración del impuesto sobre la renta como parte de la política conozca al cliente

En relación con este punto, es importante señalar que con la redacción propuesta para los numerales 8 y 9 se eliminan algunos de los documentos mínimos que actualmente se piden para conocer al cliente, de manera que serán los sujetos obligados los que, de acuerdo con un enfoque basado en riesgo, determinen cuáles serán los que se le solicitarán al cliente. Esto implica que, desde el punto de vista operativo, cada uno de los supervisados pueda requerir diferentes documentos al cliente, según sus propios criterios de riesgo, lo cual puede traer como consecuencia que para el público en general algunas entidades requieran más información que otras. No obstante lo anterior, esta es una decisión de conveniencia y oportunidad que el regulador puede tomar en el ámbito de la discrecionalidad administrativa establecida en el numeral 15 de la Ley General de la Administración Pública.

Ahora bien, el enfoque basado en riesgo propuesto por el GAFI en las 40 Recomendaciones señala:

Al implementar un RBA, las instituciones financieras y las APNFD deben tener establecidos procesos para identificar, evaluar, monitorear, administrar y mitigar los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El principio general de un RBA es que, cuando existan riesgos mayores, los países deben exigir a las instituciones financieras y a las APNFD que ejecuten medidas intensificadas para administrar y mitigar esos riesgos; y que, por su parte, cuando los riesgos sean menores, puede permitirse la aplicación de medidas simplificadas. (GAFILAT, estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la proliferación. Las recomendaciones del GAFI Nota interpretativa a la recomendación 1, pág. 30).

Sobre este punto, el cuidado que debe tener el regulador es armonizar este enfoque con los requisitos mínimos contemplados en el artículo 16 de la Ley N°.8204, que son de acatamiento obligatorio, tal es el caso de la firma del formulario “Conozca al cliente” y “*la identidad, la representación, el domicilio, la capacidad legal, la ocupación o el objeto social de la persona, así como otros datos de su identidad, ya sean clientes ocasionales o habituales*”. Confrontados los requisitos de la propuesta con el artículo 16 de la Ley N°.

PJD-06-2016

Página 4

8204, se concluye que en el caso de los supervisados de SUPEN se cumple con ese mínimo.

Sin embargo, a pesar de que en el oficio **SGF-849-2016** se indica que será la entidad “a partir de su propia categorización del perfil de riesgo de sus clientes, con base en la aplicación de la metodología para la clasificación del riesgo de éstos, establezca los requisitos y documentos que les solicitará para comprobar su domicilio exacto y el origen de los recursos”, para los sujetos supervisados por la SUGEF se incluye como documento de **presentación obligatoria** la declaración del impuesto sobre la renta (artículo 8 inciso c y 9 inciso c).

En razón de la protección que tiene la información tributaria de los clientes, esta Asesoría considera que tal requerimiento no tiene fundamento legal; además, tampoco se incluye en las 40 Recomendaciones del GAFI ni es parte de las recomendaciones particulares que GAFILAT realizó al país en el último ejercicio de Evaluación Mutua al que fue sometido en 2015.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el numeral 117 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios que establece:

Artículo 117.- Carácter confidencial de las informaciones.

Las informaciones que la Administración Tributaria obtenga de los contribuyentes, responsables y terceros, por cualquier medio, tienen carácter confidencial; y sus funcionarios y empleados no pueden divulgar en forma alguna la cuantía u origen de las rentas, ni ningún otro dato que figure en las declaraciones, ni deben permitir que estas o sus copias, libros o documentos, que contengan extractos o referencia de ellas sean vistos por otras personas que las encargadas en la Administración de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales reguladoras de los tributos a su cargo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el contribuyente, su representante legal, o cualquier otra persona debidamente autorizada por aquel, pueden examinar los datos y anexos consignados en sus respectivas declaraciones juradas, lo mismo que cualquier expediente que contemple ajustes o reclamaciones formuladas sobre dichas declaraciones.

PJD-06-2016

Página 5

La prohibición que señala este artículo no impide la inspección de las declaraciones por los Tribunales Comunes. Tampoco impide el secreto de las declaraciones, la publicación de datos estadísticos o del registro de valores de los bienes inmuebles, así como de la jurisprudencia tributaria conforme a lo previsto en el artículo 101 () de este Código, o el suministro de informes a los personeros de los Poderes Públicos, siempre que se hagan en tal forma que no pueda identificarse a las personas.*

Las prohibiciones y las limitaciones establecidas en este artículo alcanzan también a los miembros y empleados del Tribunal Fiscal Administrativo, así como a los servidores de los bancos del Sistema Bancario Nacional, las sociedades financieras de inversión y crédito especial de carácter no bancario y las demás entidades reguladas por la Auditoría General de Entidades Financieras.

Por su parte, la Procuraduría General de la República ha señalado lo siguiente:

El deber de confidencialidad comprende toda la información de trascendencia tributaria, pero la norma particulariza en relación con la cuantía y origen de las rentas y los datos que consten en las declaraciones, copias, libros o documentos que se refieran a esas declaraciones. Se desprende de lo anterior que la confidencialidad busca proteger los datos que sean expresión del estado económico y financiero del contribuyente y que, por ende, permitan precisar cuál es el alcance de su obligación tributaria (dictamen C-314-2002 de 22 de noviembre de 2002).

El efecto propio del deber de confidencialidad es la prohibición de que la información sea suministrada a terceros sin el consentimiento del derecho habiente o bien, fuera de los supuestos en que el ordenamiento lo establece para satisfacción de un interés público. El fundamento de esta prohibición radica, precisamente, en el carácter privado de la información, carácter que no se pierde por el hecho de que la información sea accedida por la Administración en los supuestos en que constitucionalmente es posible. El dato o información confidencial una vez recabado no puede ser utilizado para fines y condiciones distintas a aquéllas por las que se recabó, salvo norma en contrario. El carácter privado de la información se protege a través de esa calificación. En ese sentido, la confidencialidad es una garantía ante el suministro, voluntario o impuesto por el ordenamiento como es el caso de la materia tributaria, de información a un tercero. La confidencialidad puede, entonces, ser analizada como un deber de reserva para la autoridad administrativa.

PJD-06-2016

Página 6

De conformidad con lo anterior, en la medida en que la información de trascendencia tributaria es calificada por la ley de confidencial, la consecuencia inmediata es que la Administración Tributaria que obtiene o recibe esa información no podría trasladarla o remitirla a otras oficinas públicas. La declaratoria de confidencialidad podría hacer considerar que ese deber es absoluto. No obstante, la ley puede establecer excepciones al deber de reserva. No se trata solo del Código Tributario. Por el contrario, bajo lo dispuesto en el artículo 24 constitucional, otras disposiciones de rango constitucional o legal pueden establecer excepciones al deber de confidencialidad. (C-127-2016)

El hecho de que no exista una ley que ampare un requerimiento de información tributaria por parte de los supervisados de SUGEF hacia sus clientes, puede implicar un riesgo legal que conviene sea valorado por el regulador al aprobar esta normativa.

III. Conclusión

Con las salvedades indicadas, la propuesta de reforma no contraviene la legislación vigente en lo que se refiere a los sujetos supervisados por la SUPEN.

Atentamente,



Realizado por: Jenory Díaz Molina



Aprobado por: Nelly Vargas Hernández