***SGS-DAJ-O-1431-2016***

***SGF-DAJ-58-2016 - SGF-INTERNO***

***PJD-15-2016***

***C03/0/2498***

19 de setiembre de 2016

Señor

Tomás Soley Pérez

Superintendente

***Superintendencia General de Seguros***

Estimado señor:

Se emite el presente criterio jurídico en atención al requerimiento formulado por medio del oficio SGS-DES-O-1232-2016 de 11 de agosto de 2016 y que versa sobre la viabilidad legal de adoptar una serie de modificaciones a la propuesta de Reglamento sobre Gobierno Corporativo que actualmente se encuentra en trámite de aprobación.

1. **ANTECEDENTES**

Mediante los artículos 7 y 11 de las actas de las sesiones 1222-2016 y 1223-2016, celebradas el 11 y 18 de enero de 2016, respectivamente, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero acordó remitir en consulta externa la propuesta de Reglamento sobre Gobierno Corporativo, según lo ordena el artículo 361, numeral 2, de la Ley General de la Administración Pública.

Con motivo de la consulta, las entidades plantearon una serie de observaciones que motivaron ajustes en el texto de la propuesta, las cuales, a la luz de los procedimientos aprobados por las Superintendencias y de los lineamientos dictados por el Consejo, deben ser analizados por las áreas de asesoría jurídica con el propósito de determinar su viabilidad.

1. **SOBRE LAS CONSULTAS PUNTUALES CONTENIDAS EN EL OFICIO SGS-DES-O-1232-2016**

El oficio SGS-DES-O-1232-2016, requiere que dentro del presente criterio legal se aborden particularmente los siguientes puntos:

1. *“En relación con el enfoque general de la propuesta, las entidades perciben la existencia de normas prescriptivas por el hecho de que se utiliza la conjugación verbal “debe” en el texto de algunas disposiciones que se aplican de acuerdo con el principio de proporcionalidad dispuesto en el artículo 4. “*

La propuesta de Reglamento sobre Gobierno Corporativo se encuentra orientada al cumplimiento de principios y, por ende, difiere del tradicional enfoque prescriptivo que caracteriza muchas de las normas que actualmente regulan este tema. El principio de proporcionalidad es uno de los principios que mayor relevancia posee a la hora de entender e interpretar esta normativa, el cual se encuentra contenido en el artículo 4 de la propuesta.

El hecho de que la propuesta de reglamento se oriente en principios y que su lectura deba hacerse a la luz del principio de proporcionalidad, no implica que la totalidad de las disposiciones van a resultar de naturaleza potestativa para las entidades supervisadas. Innegablemente, existen elementos que es necesario que estén presentes en todos los marcos de gobierno corporativo de las entidades, sin embargo, la forma e intensidad con que se implementen difiere en función del principio señalado, así como de los riesgos que cada entidad mantenga.

Las disposiciones de gobierno corporativo son estándares cualitativos, cuya aplicación depende de los atributos particulares de cada entidad, entre otros, el tamaño, complejidad de las operaciones, importancia sistémica, perfil de riesgo y estrategia corporativa, por lo que corresponde a cada una de ellas, según lo dispuesto por el referido principio, determinar cómo se implementarán los estándares reglamentados a nivel interno.

El reglamento utiliza la palabra “debe” toda vez que enumera características o componentes que, de conformidad con las sanas prácticas y estándares internacionales, configuran un buen marco de gobierno corporativo de la entidad. La proporcionalidad se reflejará en la manera o forma en que la entidad aplica esos requerimientos en la práctica.

Lo anterior no significa que pueda obviarse la necesidad de referir a las potestades con que cuentan las Superintendencias, las cuales le permiten solicitar las modificaciones que se requieran cuando el marco de gobierno corporativo de una entidad no se ajusta a sus atributos particulares.

Debido a que las leyes que definen las facultades y la intensidad de supervisión de cada Superintendencia no son homogéneas, corresponderá a cada una de ellas, de conformidad con su marco normativo, desarrollar los ajustes regulatorios necesarios para implementar el cumplimiento de esta disposición.

En ese sentido se recomienda para mayor claridad, modificar lo que dispone el artículo 4 después del periodo de consulta para que indique:

*“Artículo 4. Aplicación proporcional y diferenciada de los principios. Cada entidad diseña, implementa y evalúa propio marco de Gobierno Corporativo de conformidad con sus atributos particulares, para ello deberá considerar las leyes que le resultan aplicables, el tamaño, la estructura de propiedad y la naturaleza jurídica del supervisado, así como el alcance y la complejidad de sus operaciones, la estrategia corporativa, el Perfil de Riesgo y el potencial impacto de sus operaciones sobre terceros.*

*El supervisor de cada entidad podrá solicitar, en ejercicio de sus potestades, modificaciones fundamentadas cuando corresponda en atención a los atributos particulares indicados.”*

1. *“En relación con la coherencia del marco normativo, algunos órganos de integración y entidades individuales plantean observaciones concretas referidas a normas específicas que hacen inaplicable determinados principios. Al respecto, se plantea la adecuación de cada principio a las características particulares del sujeto supervisado, y que, en ese sentido, su aplicación debe tener en consideración la naturaleza jurídica de la entidad, según se establece en el artículo 4 de esta propuesta de reglamento. Asimismo, se indica que la propuesta de reglamento no trasgrede la legislación vigente, y en el tanto no la contravenga, se observan los principios propuestos en este reglamento.”*

El dictamen legal emitido de manera conjunta por las cuatro Superintendencias del sistema financiero, mediante oficio SGS-DAJ-O-1102-2015 del 03 de julio de 2015 concluyó lo siguiente:

*“Las diferentes áreas de asesoría jurídica de las cuatro superintendencias efectuamos una revisión de este proyecto de reglamento a la luz de lo dispuesto en el “Procedimiento para la tramitación ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Costarricense de proyectos de emisión o reforma de reglamentos del Sistema Financiero y consideramos que resulta consistente con el ordenamiento jurídico vigente. Adicionalmente, estimamos que en él no se limitan ni desarrollan derechos fundamentales y que la normativa propuesta no establece penas, multas, tasas o cargas similares a las entidades o a los grupos o conglomerados financieros que puedan ir más allá de lo que se encuentra permitido por el marco legal vigente.”* (el subrayado es suplido)

Esta conclusión parte de una lectura adecuada del principio de proporcionalidad contenido en el artículo 4 de la propuesta, pues es claro que las disposiciones de gobierno corporativo comprendidas en este reglamento son estándares cualitativos, cuya aplicación depende de los atributos particulares de cada entidad y deben ser aplicados respetando en todo momento el ordenamiento jurídico que rige para el Sistema Financiero Nacional. Esta propuesta forma parte, además, de la regulación prudencial necesaria para el desarrollo de los fines encomendados a los órganos de supervisión.

1. *“El sector cooperativo formula comentarios en relación con una aparente imposibilidad legal de cumplir lo preceptuado por la norma dados los principios que rigen ese sector y que se entiende, en esas entidades, como una imposibilidad de cumplir con lo establecido en la propuesta de Reglamento.”*

Este Reglamento no está por encima de las leyes que resultan propias a las cooperativas de acuerdo con su naturaleza y actividad, más aún el artículo 4 se modifica con el propósito de reafirmar que la proporcionalidad considera las leyes que les son aplicables a cada entidad. No obstante lo anterior, la Ley 7558 y la Ley 7732, le dan al CONASSIF la potestad de dictar las normas necesarias para el establecimiento de sanas prácticas en relación con la operación propia de los supervisados, todo en salvaguarda del interés de la colectividad. Además, se sustenta en una serie de recomendaciones hechas por organismos internacionales, entre ellos la OCDE, ICURN y Basilea.

Por otro lado, los principios y directrices para la supervisión prudencial efectiva de las cooperativas de ahorro y crédito dispuestas por la Alianza Cooperativa Internacional (“ACI”) y que abarcan los 21 principios recomendados por la Red Internacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito (“ICURN”, por sus siglas en inglés) para un sistema efectivo de supervisión de instituciones financieras cooperativas, se refieren a temas como “Objetivos, Independencia, poderes, transparencia y cooperación”, “Conflictos de interés y exposición a riesgo de partes relacionadas”, “Administración de riesgos”, “Controles internos” y “Auditoría interna”, entre otros, que son congruentes con el desarrollo de esta propuesta.

En el análisis efectuado durante el proceso de aprobación de normativa, y como se transcribió en el apartado b) anterior, se determinó que el reglamento propuesto no se excede en su potencia jurídica toda vez que desarrolla elementos de gobierno corporativo basados en buenas prácticas, de manera armoniosa con lo que disponen los artículos 119 de la LOBCCR, 171 inciso b) de la LRMV, sin contravenir ningún precepto legal o constitucional. Adicionalmente, los artículos 4 y 20 de esta propuesta normativa, disponen que la aplicación de este reglamento está sujeta al cumplimiento de las otras leyes que rigen para cada sector supervisado; con la emisión de esta propuesta no se pretende crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, así como tampoco derogar, violar o contradecir o modificar la ley.

No debe perderse de vista, además, que el hecho de que existan disposiciones en leyes especiales, no impide que las entidades apliquen, según el criterio de proporcionalidad, los principios de gobierno corporativo, que son estándares dirigidos hacia las mejores prácticas a nivel internacional, dentro del marco regulatorio que les rige.

En ese sentido, la redacción propuesta en el apartado I.a) de este dictamen para el artículo 4 del reglamento tendría suficientes mecanismos para permitir su aplicación de manera congruente con la naturaleza y principios propios de las asociaciones cooperativas de ahorro y crédito.

Sin perjuicio de las peculiaridades que ostentan las asociaciones cooperativas de ahorro y crédito, por ejecutar actividades de intermediación financiera (cooperativa) se deben sujetar al régimen intensivo de regulación que afecta la industria, tal como lo ha reiterado la Sala Constitucional en su jurisprudencia[[1]](#footnote-1), de manera tal que las cooperativas de ahorro y crédito no pueden escudarse en su naturaleza particular para tratar de evadir la regulación que aplica para la delicada activad que realizan, la cual trasciende el conjunto de sus propios asociados pues es relevante, inclusive, para el sistema financiero de manera integral. Por lo anterior, justamente la Ley Reguladora de la actividad de intermediación financiera de las cooperativas Ley No. 7391 en su artículo 7, 9 y 31 entre otros sujeta a dichas entidades a la supervisión y vigilancia de la SUGEF.

Así las cosas, se considera que los principios de derecho cooperativo no son vulnerados por la normativa propuesta, la cual permite cumplir con los requerimientos y principios de gobierno corporativo sin comprometer la naturaleza cooperativa de estas entidades ni separarse de los principios que les dan su razón de ser.

El reglamento propuesto únicamente procura lograr idoneidad en las personas que, democráticamente y de acuerdo con las normas cooperativas, resulten electas en el órgano de dirección La normativa que se consultó permite cumplir con los requerimientos y principios de gobierno corporativo sin comprometer la naturaleza cooperativa de estas entidades ni separarse de los principios que les dan su razón de ser. La elección de directores idóneos por parte del órgano asambleario, lejos de contravenir tales principios más bien permitiría asegurar los objetivos de la organización. Es necesario recordar que la regulación propuesta no parte de premisas que circunscriban su efecto a las entidades de capital, sino que se extienden a cualquier entidad jurídica que realice actividades sujetas a regulación y supervisión.

1. *“Algunas entidades manifiestan que por la cantidad de observaciones e inquietudes que ha generado el presente Reglamento entre los regulados y supervisados de las diferentes Superintendencias, se considera imprescindible la realización de una nueva ronda de consultas con el nuevo texto borrador, esto de previo a la aprobación definitiva.”*

El procedimiento para la tramitación ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Costarricense de proyectos de emisión o reforma de reglamentos, aprobado en el artículo 5 de la sesión ordinaria n°. 1047-2013, celebrada por el CONASSIF el 18 de junio de 2013, establece dentro de sus disposiciones la potestad que tiene la Dirección Legal de la respectiva Superintendencia para determinar si una vez implementados los cambios dentro de una propuesta de nueva normativa, se requiere o no remitirla nuevamente en consulta al sector. En el presente caso puede observase que las modificaciones incluidas pretenden mejorar la redacción de la propuesta, sin embargo, de ninguna manera incorporan cambios de fondo que impongan nuevas obligaciones a las entidades en relación con el texto enviado en consulta.

Por esta razón se considera innecesario remitir nuevamente en consulta la propuesta reglamentaria.

Asimismo, el artículo 47.6 indica: “*47.6 Establece mecanismos para evitar el uso de información privilegiada y las operaciones abusivas de autocartera por parte de los accionistas*”. Se sugiere adicionar la definición de la OECD al final del párrafo en relación con lo que se debe entender por operaciones abusivas de autocartera. De manera que el artículo se lea de la siguiente manera:

*“Establece mecanismos para evitar el uso de información privilegiada y las operaciones abusivas de autocartera por parte de los accionistas”, entendiendo estas últimas como las que se producen cuando se explotan las relaciones en detrimento de la compañía y los inversores”.*

1. **SOBRE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS AL PROYECTO DE REGLAMENTO SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO.**

Un análisis de las modificaciones propuestas al proyecto de Reglamento sobre gobierno corporativo permite concluir que, tal y como se indica en la sección anterior, las modificaciones incluidas pretenden mejorar la redacción de la propuesta y de ninguna manera incorporan cambios de fondo que impongan nuevas obligaciones a las entidades en relación con el texto enviado en consulta.

Así mismo, no se vislumbra impedimento legal de ningún tipo en las modificaciones que se pretenden efectuar sobre la propuesta de Reglamento sobre gobierno corporativo

1. **CONCLUSIONES**
2. El uso del verbo *“debe”* dentro de la propuesta de reglamento corporativo hace referencias a características o componentes que, de conformidad con las sanas prácticas y estándares internacionales, configuran un buen marco de gobierno corporativo. El uso de este verbo no desnaturaliza el enfoque de principios que orienta la normativa. La proporcionalidad se reflejará en la manera o forma en que la entidad aplica esos requerimientos en la práctica. En el apartado I.a) se propone una reforma en la redacción para aclarar las potestades de las Superintendencias.
3. El análisis jurídico realizado de manera conjunta por las cuatro Superintendencias, concluyó que la propuesta normativa cumple cabalmente con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico que regula el Sistema Financiero Nacional y forma parte, además, de la regulación prudencial necesaria para el desarrollo de los fines encomendados a los órganos de supervisión.
4. Las modificaciones incluidas pretenden mejorar la redacción de la propuesta y de ninguna manera incorporan cambios de fondo que impongan nuevas obligaciones a las entidades en relación con el texto enviado en consulta. No se vislumbra impedimento legal de ningún tipo en las modificaciones que se pretenden efectuar y su adopción no implica la necesidad de remitir nuevamente en consulta la propuesta reglamentaria. Adicionalmente, se recomienda modificar la redacción del artículo 47.6 para evitar incorrectas interpretaciones.

Atentamente

German Rodríguez Aguilar Elisa Solís Chacón

Director Jurídico SUGESE Directora Jurídico SUGEF

Luis Gonzalez Aguilar Nelly Vargas Hernández

Director Jurídico SUGEVAL Directora Jurídica SUPEN

1. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 660 de 1992 de las 15:00

   horas del 10 de marzo de1992; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No.5924 de las 15 horas con 36 minutos del 03 de julio del 2001, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)