

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

**Supervisión del Sistema Financiero Nacional, análisis de su constitución,
desarrollo, responsabilidad del Ente Supervisor en la implementación de
los Principios de Basilea y situación actual.**

*TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADOS EN DERECHO*

Roberto Ramos Chacón

Melissa Rugama Carmona

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
San José - 2009

"hay una discordancia fatal entre lo que se exige al Estado, lo que este se compromete a hacer y lo que realmente hace. Esta discordancia genera una responsabilidad social que el Derecho convierte en responsabilidad jurídica..."

(Alejandro Nieto)

Ficha Bibliográfica:

Ramos Chacón (Roberto) y Rugama Carmona (Melissa) “Supervisión del Sistema Financiero Nacional, análisis de su constitución, desarrollo, responsabilidad del ente supervisor en la implementación de los Principios de Basilea y situación actual” San José, Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, abril del 2009.

Director:

Lic. Pedro Chávez Corrales

Lista de selectores:

Sistema Financiero- Supervisión de entidades financieras- Implementación de Principios de Basilea- Responsabilidad objetiva- responsabilidad del ente regulador- análisis temporal del desarrollo del Sistema Financiero- situación actual del Sistema Financiero y su asignación de responsabilidades- debilidades en la implementación de Basilea- Recomendaciones para mejoramiento de implementación de los Principio de Basilea- Recomendaciones para el mejoramiento de la Supervisión Financiera Nacional.

Breve Resumen:

La investigación presenta un análisis de la supervisión del Sistema Financiero Nacional haciendo un breve análisis y reseña de su desarrollo y su constitución. Asimismo, vincula la ejecución de los Principios de Basilea I y II, los cuales son usos comerciales de gran importancia en el mundo bancario a nivel mundial y en nuestro mundo contemporáneo. Realiza además un análisis de la implementación de las sugerencias de Basilea, la responsabilidad en la que podría incurrir el ente regulador o supervisor en esta implementación y aplicación de los Principios de Basilea. Finaliza la investigación realizando un breve recuento de la situación actual en el Sistema Financiero Nacional, efectuando posibles recomendaciones para mejorar la adopción de los Principios de Basilea así como la función de Supervisión del Estado a través de sus entidades técnicas especializadas.

Resumen Ejecutivo de la Investigación:

Con el fin de lograr el objetivo principal de esta investigación que es el análisis de la implementación de los Principios Generales de Basilea en la Supervisión del Sistema Financiero Nacional, se realiza un recuento histórico y socio-económico del desarrollo que presentó el Sistema Financiero Nacional inicialmente desde sus manifestaciones más incipientes, examinadas en el primer capítulo con la referencia histórica, y continuando hacia el análisis más puntal del desarrollo mismo de la Supervisión Financiera y sus diferentes etapas de evolución estudiadas en el capítulo tercero de la investigación.

Fue necesario realizar un brete análisis del derecho bancario y retomar conceptos básicos sobre las fuentes normativas y la implementación de las mismas en el derecho costarricense para vincular la forma en la que los principios de Basilea son integrados al Ordenamiento Jurídico Costarricense, y de la misma manera poder determinar la responsabilidad del Estado en el proceso de implementación respondiendo al interés público que le atañe.

Fue entonces también de importancia analizar los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva a la luz de la tendencia doctrinaria y jurisprudencial costarricense para lograr esclarecer de forma inequívoca los regímenes de responsabilidad de acuerdo al ordenamiento costarricense, así como sus posibles deficiencias o rezagos en relación con las tendencias más actuales del derecho tanto constitucional, civil y comercial, el cual se ha demostrado, está íntimamente relacionado con estos aspectos.

Para ello el capítulo segundo y cuarto de esta investigación fueron complementarios para generar un marco conceptual básico que permitió el análisis de los puntos antes mencionados, para finalmente en el capítulo quinto buscar la relación entre el marco histórico y el marco teórico doctrinario generado y lograr el análisis de la situación actual frente a la implementación de los principios de Basilea y la responsabilidad de la función pública asignada.

Finalmente las conclusiones resultan ser una serie de recomendaciones vinculadas a los resultados obtenidos en la investigación que se considera podrán ser eventualmente

reflexionadas para mejorar la implementación de los principios de Basilea, así como también mejorar la función estatal de vigilancia y regulación del Sistema Financiero Nacional costarricense.-

**SUPERVISIÓN DEL SISTEMA IMPLEMENTACIÓN FINANCIERO
NACIONAL, ANÁLISIS DE SU CONSTITUCIÓN, DESARROLLO,
RESPONSABILIDAD DEL ENTE SUPERVISOR EN LA DE LOS PRINCIPIOS
DE BASILEA Y SITUACIÓN ACTUAL**

Tabla de Contenido:

Introducción.-.....	1
I. Justificación del tema:.....	4
II. Objetivo General:.....	5
III. Objetivos Específicos:	5
IV. Hipótesis:	6
V. Metodología empleada:.....	7
VI. Estructura de la Investigación	8
Capítulo I.-Aspectos relevantes de la banca en Costa Rica.	10
I. Consideraciones Introdutorias:.....	10
II. Historia del Derecho Público Bancario:.....	11
1. Antecedentes Remotos:	11
2. Historia de la banca en costarricense:.....	14
III. Conceptuación de la banca.....	43
IV. Desarrollo normativo de la banca en Costa Rica.	48
V. Naturaleza Jurídica de la Actividad Bancaria:	52

Capítulo II.- Fuentes del Derecho; el uso y la costumbre bancaria, los principios de Basilea y su interrelación con la normativa bancaria.	69
I. Consideraciones introductorias.	69
II. Conceptuación de las fuentes del derecho.	69
III. Breve Reseña del Sistema Político Costarricense:.....	72
IV. Criterios Generales de la Fuentes del Derecho:	76
V. Desarrollo de las Fuentes del Derecho Bancario:	77
1. Fuentes de producción:	78
2. Fuentes de cognición:	78
3. Fuentes de Elaboración:	79
4. Fuentes formales:	81
5. Fuentes reales o materiales:.....	82
6. Fuentes históricas:	83
VI. Teoría de la Fuentes de la Escuela Histórica de Savigny:	84
VII. Reconocimiento de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico costarricense:	89
VIII. Clasificación de las fuentes del Derecho Bancario Costarricense:	93
1. La Constitución:	93
2. Los tratados internacionales y normas de carácter internacional:	96
3. La Ley:	104
4. La Costumbre:.....	109
a. Características y requisitos de la Costumbre:.....	112
b. Requisitos internos o psicológicos de la Costumbre:	113
c. Relación de la Costumbre con la Ley:	114

d. El Uso jurídico y el Uso bancario:.....	117
e. Breve reseña del Comité de Basilea:	118
5. La Jurisprudencia:	126
6. El Reglamento:.....	128
7. El decreto de Ley:.....	128
8. Legislación delegada:.....	129
Capítulo III.- Sistemas de Regulación y Supervisión Financiera en Costa Rica.	132
I. Consideraciones Introdutorias:.....	132
II. Historia de la fiscalización.....	133
III. Papel del Órgano Fiscalizados: Superintendencias Bancarias.	138
1. Sistema de Regulación:.....	138
2. Facultades mínimas de los organismos de supervisión:.....	140
IV. Desarrollo del Sistema Financiero Nacional.....	143
V. Breve reseña de la evolución del modelo de fiscalización al modelo de supervisión prudencial.....	152
VI. Alcance de las competencias del CONASSIF.	168
1. Potestad normativa:	169
2. Potestades Jerárquicas y de Dirección:	170
3. Relación de autonomía del CONASSIF frente al Banco Central:.....	172
VII. Los Principios de Basilea y su aplicación por parte del Ente Regulador.....	175
VIII. Análisis sobre cumplimiento de criterio y posibles responsabilidades.....	177
Capítulo IV. Responsabilidad del Ente Supervisor	195

I.	Consideraciones Introdutorias:.....	195
II.	Conceptualización Jurisprudencial de la responsabilidad civil en Costa Rica.....	197
III.	Análisis de la Responsabilidad Objetiva del Ente Supervisor y Regulador.....	205
	Capítulo V.- Enfoque Global y Apreciaciones Finales.	234
I.	Aspectos relevantes en la problemática planteada:.....	234
II.	Fines de la Regulación Bancaria y Organización de su Supervisión.	239
III.	Modelos de organización en la actividad supervisora.....	242
IV.	Refuerzo del papel de la Supervisión Bancaria.	248
V.	Dispersión normativa y conflictos de responsabilidad.....	251
VI.	Supervisión Financiera y la implementación de Basilea. Un reto para el Supervisor.	255
	Conclusiones:	263
	Bibliografía.....	279

Índice de Abreviaturas:

- **AGEF** Auditoría General de Entidades Financieras.
- **BICSA** Banco Internacional de Costa Rica, S.A.
- **BAC** Banco de América Central.
- **CONAVA** Comisión Nacional de Valores.
- **CODESA** Corporación Costarricense de Desarrollo, S.A.
- **CONASSIF** Consejo Nacional de Supervisión Financiera.
- **HSBC** Hong Kong Shanghai Bank Corporation.
- **IVM** Invalidez Vejez y Muerte.
- **ONU** Organización de Naciones Unidas.
- **SUGEF** Superintendencia General de Entidades Financieras.
- **SUGEVAL** Superintendencia General de Valores.
- **SUPEN** Superintendencia General de Pensiones.
- **SIMPE** Sistema Interbancario de Negociación y pagos electrónicos.
- **TLC** Tratado de Libre Comercio.
- **TIC'S** Tecnologías de Información costarricense.

Introducción.-

Esta investigación tiene como finalidad analizar las coordenadas fundamentales sobre las que se asienta nuestro derecho bancario, y como el país maneja desde el punto de vista jurídico los procesos de globalización financiera e integración económica, teniendo en cuenta la creciente importancia que las relaciones internacionales económicas poseen en el mundo actual, marcando las matrices económicas y jurídicas, las cuales no pueden ser ignoradas en nuestro ejercicio profesional.

La investigación se ubica dentro de la rama del derecho comercial, que se encarga de estudiar la fundamental tarea, de regulación y supervisión de la actividad del sistema bancario Nacional. Para ello indudablemente se partió de la evolución histórica del derecho bancario con especial énfasis en los aspectos formales y sustanciales de la política legislativa bancaria, pues la historia permitió comprender las líneas que fueron trazando su desarrollo, tomando los datos disponibles que sentaron las bases del marco legal en que se desenvuelve dicha actividad.

Para establecer este sentido direccional del Derecho bancario vigente, se analizó las grandes directrices que ha seguido la política legislativa bancaria en nuestro país, mediante una reseña puntual de los conceptos, naturaleza jurídica y generalidades de la banca, para dilucidar de esta manera la conformación actual del Sistema Financiero Costarricense.

Además, se realiza una breve reseña, mediante la cual se analizó la normativa más relevante que se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, en respuesta al proceso de adopción de los principios de supervisión bancaria de Basilea II y algunas de las últimas reformas promulgadas y ejecutadas a las leyes financieras costarricenses. Lo anterior permitió comparar el proceso de implementación de los principios de regulación y supervisión financiera como norma positiva y diferenciarlo de la creación institucional de leyes de la República, y la introducción de tratados internacionales por parte del Poder Legislativo, todo esto, enfocado en los procesos de adaptación orientados por las instituciones de supervisión financiera Nacionales.

Dentro del vastísimo y complejo conjunto de normas que regulan el Sistema Financiero en el derecho costarricense destacan en el análisis el estudio de las fuentes de Derecho, inicialmente con una breve precisión terminológica, para dirigirse posteriormente al estudio de las fuentes creadoras del derecho que regula y fiscaliza la actividad financiera en nuestro país, para lo cual, se investigaron las facultades y limitaciones dadas en la materia como mandato legal.

Además, se observó la regulación que ampara a estas entidades especializadas para cumplir con el papel otorgado, y definir de esta manera los límites de la interacción de las entidades nacionales con otros agentes comerciales internacionales que, llevan a cabo su labor a través de intercambio de información y cooperación sobre temas de vigilancia, técnicas y sugerencias, con miras a proponer una actividad común, y concluir con el nivel de cumplimiento de las normas que se consideran más relevantes para esta investigación

establecidas por el Comité de Basilea II, el cual no siendo un organismo internacional con personalidad jurídica propia ni con capacidad legal para normar, su fuerza está basada en el prestigio mundial, por lo que sus lineamientos son entendidos como estándares internacionales y buenas prácticas que cada Estado trata de adaptar a sus especificidades, como tendencia financiera global con el fin de lograr una convergencia y homogeneidad, delimitando los esquemas de aceptación internacional y establecer los criterios de aplicación general en la actividad regulatoria financiera, y así promover la solvencia del Sistema Financiero a nivel interno y a nivel internacional, fomentar la igualdad competitiva, establecer un enfoque global del riesgo operacional, acercar los requerimientos de capital para mitigar el nivel de riesgo, reforzar el papel de las entidades supervisoras y reducir los costos potenciales para la sociedad causados por la fragilidad financiera.

A partir de esta idea se decide analizar concretamente los procesos que llevan a cabo las instituciones que generan la normativa -Banco Central y el CONASSIF- y la supervisión efectiva de la actividad financiera y sus fundamentos jurídicos (particularmente el caso de la SUGEF), con el fin de definir, esclarecer y delimitar el papel de las distintas instituciones, como entes reguladores, fiscalizadores y supervisores, y el papel de los bancos públicos y privados, empresas financieras no bancarias, cooperativas de ahorro y préstamo, mutuales de ahorro, crédito y asociaciones solidaristas del Sistema Bancario Nacional, como sujetos de dicha fiscalización.

I. Justificación del tema:

Es importante señalar que este estudio, a través del análisis del proceso mediante el cual, la normativa y el ordenamiento jurídico Nacional en general, adecuan sus alcances regulatorios para lograr ser parte del proceso de globalización financiera y responder de forma precisa a los pautas internacionales requeridas, así como las consecuencias que dicha adaptación tiene en el ámbito de responsabilidades a nivel jurídico, para los entes regulados y para las entidades supervisoras y el riesgo que ello genera, pues se traduce casi de manera inmediata en responsabilidad.

Como se mencionó anteriormente es en virtud de que los sistemas actuales, son complejas redes de información que se abastecen continuamente y generan situaciones novedosas que exigen la respuesta inmediata de los órganos supervisores y reguladores del Sistema Financiero Nacional; la complejidad del sistema, la disposición de información y el manejo efectivo de ésta permite en la actualidad, tanto a la entidad financiera como al supervisor ofrecer un servicio eficiente de control e intercambio de información y le exige a su vez, un delicado manejo de la misma.

Finalmente concluir señalando las razones de las deficiencias o carencias en la implementación de las normas de regulación y supervisión financiera analizadas, las posibles lagunas del derecho en cuanto a la creación normativa.

II. Objetivo General:

Analizar el origen, las fuentes y el proceso de implementación de la normativa que regula, fiscaliza y supervisa la actividad financiera en Costa Rica, el grado de implementación de los Principios Generales de Supervisión Financiera del Comité de Basilea y los alcances de la responsabilidad del ente encargado de velar por el cumplimiento de este proceso para finalmente realizar conclusiones generales y recomendaciones que tiendan a esclarecer el nivel actual de regulación y supervisión bancaria.

III. Objetivos Específicos:

- Contribuir al esclarecimiento del concepto de derecho bancario dentro de la doctrina nacional e internacional, su objeto de regulación y los elementos que componen esta rama del derecho.
- Enumerar las fuentes del derecho bancario y analizar la implementación de esta normativa que regula, fiscaliza y supervisa a la actividad financiera costarricense, así como los alcances y limitaciones de los entes que intervienen en esta función.
- Comprender los antecedentes de la regulación financiera en nuestro país, para determinar el proceso que ha encaminado hasta el estado actual de las instituciones generadoras de normativa y encargadas de la supervisión.

- Contribuir a esclarecer mediante un análisis jurídico de la función de los entes de regulación y supervisión financiera, en el proceso de implementación de los Principios Generales de Supervisión Financiera de Basilea II.
- Establecer, con base en los resultados obtenidos en el proceso de investigación, las conclusiones y recomendaciones que tiendan a esclarecer las acciones a tomar por parte del Estado en cumplimiento de su responsabilidad frente a los entes de supervisión y regulación del Sistema Financiero.
- Concluir señalando las razones de las deficiencias en la implementación de sus funciones, las posibles lagunas del derecho en cuanto a la creación normativa y la de los alcances de las entidades supervisoras del Sistema Financiero Nacional.

IV. Hipótesis:

La hipótesis que se pretende demostrar en este trabajo final de graduación es, evidenciar el proceso por el cual nuestro país se adapta a los estándares internacionales de supervisión financiera, por medio de la positivización de los principios generales como el de Basilea II, y su configuración en normas de supervisión financiera de aplicación Nacional dictada por las entidades de supervisión financiera Nacional.

V. Metodología empleada:

La metodología para la comprobación de la hipótesis planteada y los objetivos propuestos empleada en esta investigación es variada, pues corresponde a varios métodos. En la etapa inicial de este trabajo, se utilizó una metodología mediante la cual se recopiló una vasta cantidad de doctrina y legislación existente tanto a nivel nacional como internacional para su lectura y análisis.

Así mismo se utilizó la “*metodología histórica*” desde un punto de vista teórico y conceptual, para el estudio en cada uno de los capítulos del desarrollo histórico de los temas tratados y establece las bases importantes para el desarrollo de la investigación, esto mediante, un vasto estudio bibliográfico de literatura actualizada disponible en el país.

Al mismo tiempo se utilizó, la “*metodología comparativa y deductiva*”, en relación con las regulaciones normativas a nivel nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia, pronunciamientos, principios generales y directrices, con el fin de sustentar cada uno de los objetivos propuestos, con claridad y criticidad en esta tesis.

VI. Estructura de la Investigación

Con el fin de alcanzar los objetivos anteriormente señalados, se definió un esquema de investigación que consta de cinco capítulos, el primero de ellos, desarrolla los aspectos relevantes de la banca en Costa Rica, para lo cual se realizó un análisis histórico y actual de la banca, así como el desarrollo del Derecho bancario en el país, su conceptualización, su naturaleza jurídica y las características generales para su configuración dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

En segundo lugar, se llevó a cabo un estudio histórico y doctrinario en materia de las fuentes del derecho, para lo cual fue necesario realizar una breve reseña del sistema político contemporáneo, una esquematización de los criterios de categorización de las fuentes de derecho a nivel general, y finalmente realizar la clasificación de las fuentes del derecho, junto a un breve análisis de cada una de dichas fuentes.

El capítulo tercero de esta investigación versa sobre el análisis amplio del sistema de regulación y supervisión financiera en nuestro país, el cual inicia con una breve reseña de la evolución del modelo de fiscalización al modelo de supervisión prudencial que rige actualmente en nuestro país, seguida de una investigación sobre los alcances de la competencias otorgadas al CONASSIF y al Banco Central, como entes encargados en esta materia, hasta llegar a comprender la importancia de la implementación e introducción de “*Los Principios Generales de Basilea*” en el sistema y realizar un cotejo sobre el cumplimiento de dichos principios dentro del Sistema Financiero Nacional.

Un cuarto capítulo se encarga de realizar un análisis comparativo sobre la responsabilidad de dichos entes, a partir de las conceptualizaciones dadas jurisprudencial y doctrinariamente de los alcances y tratamiento en general de la responsabilidad civil en esta materia, así mismo se realiza un estudio en particular de la responsabilidad objetiva del ente supervisor y regulador en la actualidad.

Por último, un quinto capítulo es el encargado de aportar los enfoque globales y las apreciaciones finales llevadas a cabo de forma deductiva en virtud de la investigación realizada, retomándose los aspectos relevantes de la problemática planteada, las disposiciones normativas, y los conflictos que surgen en el mundo del derecho contemporáneo a raíz del tema de la responsabilidad y proponer finalmente las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

Capítulo I.-Aspectos relevantes de la banca en Costa Rica.

I. Consideraciones Introductorias:

La finalidad en este apartado, es la investigación de las coordenadas fundamentales sobre las que se asienta nuestro Derecho Público bancario vigente. El análisis de los aspectos formales y sustanciales de la política legislativa bancaria, que partiendo de una evolución histórica, permitió señalar las líneas previsibles de su desarrollo futuro, con base en los datos disponibles.

Para establecer un “*sentido direccional*” del Derecho Público de índole bancario, se analiza cronológicamente su evolución histórica, así como una breve reseña de sus funciones, naturaleza jurídica, fuentes formales, y regulación vigente, para dilucidar al concluir este apartado con la conformación actual del Sistema Bancario Costarricense.

Los bancos son empresas muy particulares, en la mayoría de los países son sometidos a leyes específicas y por ende, cuentan con un marco especial de acción y regulación; son celosamente supervisados y su salud es motivo de preocupación permanente para ciudadanos, autoridades, y la comunidad internacional.

Si se intentara describir su negocio fundamental se diría que los bancos están llamados a acompañar a sus clientes, compartiendo los riesgos que están dispuestos a asumir a lo largo de sus vidas; por llevar a cabo esta labor desde las personas que son económica superavitarias, hasta las personas que requieren fondos, se dice que el Sistema Financiero es un sistema cíclico.

Por ello es importante para el estudio de esta tesis analizar de manera breve el desarrollo de la actividad bancaria empezando desde su historia hasta sus detalles técnicos y de política económica internacional, para lo cual nos hemos dado a la tarea de resumir sus datos históricos como sigue.

II. Historia del Derecho Público Bancario:

1. Antecedentes Remotos:

Prescindiendo de los detalles de los antecedentes remotos del Derecho Público bancario, se puede señalar como los autores ubican en el Medio Oriente -Babilonia- un desarrollado Sistema Financiero y aunque se afirma que no existían aún los bancos, se conoce de la existencia de familias poderosas que pasaban de generación en generación el arte y el negocio de prestar dinero, realizando también negocios con bienes raíces y financiando empresas industriales. Dicha actividad bancaria se infieren por ejemplo en el “*Código de*

Hammurabi” y posteriormente se expande; cabe mencionar que el siglo IV A.C. se permitió el negocio de los particulares, adquiriendo renombre la “*casa de Igibi*”¹.

Igualmente se cita como antecedentes, las actividades de tipo bancario que se desarrollaban en “*Grecia y en Roma*”², que posteriormente a consecuencia de las invasiones bárbaras se ven pausadas en el movimiento comercial de los pueblos, según señala el autor Rodríguez Azuelo.

Rodríguez Azuelo comenta además que, el desarrollo de la actividad bancaria se agrava “*ante las prohibiciones de la Iglesia Católica al reprobar como inmoral el préstamo a interés*”³, lo que provocó que “*la actividad quedara básicamente en manos de los judíos de Lombardía*”⁴.

Continuando con los momentos históricos que se consideran más relevantes para el desarrollo de la actividad bancaria, fue a finales del Siglo XIV y comienzos del Siglo XV que aparecieron diversos organismos financieros, desde los “*montes*” para financiar a las municipalidades, hasta los bancos como la “*Casa di San Giorgio*” en Génova, Italia.

¹ BENEVIDEZ, (Glays). Historia de los bancos, Revista Nuestro Banco No12, 1 ed. Costa Rica, 1967, p.9.

² RODRÍGUEZ AZUERO, (Sergio). Contratos Bancarios, su significado en América Latina. Editorial Legis, 5ta ed. Colombia, 2002, p.118.

³ RODRÍGUEZ AZUERO, (Sergio). Contratos Bancarios, su significado en América Latina. Editorial Legis. Colombia 5ta ed. 2002, p.122.

⁴ COTTELY, (Esteban). Derecho Bancario, conceptos generales he historia. Ed. Aruya, Argentina, 1956, p.38.

Posteriormente, se debe a Inglaterra y a los Estados Unidos, el enorme desarrollo que adquirió la banca comercial. El Banco de Inglaterra como uno de los pioneros en la materia, creado en 1694, por Guillermo Patterson, tuvo la finalidad de financiar la guerra entre Guillermo de Orange y el rey Francés, Luis XIV, a cambio del monopolio bancario en Londres y cercanías, siendo en la época centro mundial de importante desarrollo económico, cultural y empresarial.

Señala Carlos Hernández⁵, que fue con el Banco Inglés fundado por el señor Patterson, que se inicia una exclusividad de la potestad para emitir billetes, (siendo esta potestad una de las más delicadas dentro de la actividad bancaria inclusive en nuestros días), esta actividad se hace exclusiva en 1844 con el denominado “*Peel act*” y finalmente se Nacionaliza en 1946 pasando de forma única a manos del Estado y la Corona, este Banco sirve de prototipo para los bancos centrales que posteriormente se fueron desarrollando en los diferentes estados y pasaron a ser parte de la historia bancaria a nivel mundial.

Con el descubrimiento del “*Nuevo Mundo*”, y la apertura de amplios mercados y el debilitamiento de las restricciones eclesiásticas, la banca adquiere nuevas características, por integrarse en un sistema contemporáneo, lo cual amplía y fortalece su actividad; se va a ver en el centro de la actividad un banco central, regido por normas estrictas, según señalan numerosos historiadores y un desarrollo de otras entidades de préstamos o bancos menores que se dedican más a la actividad comercial, diferente a la posición de los Bancos Centrales.

⁵ HERNÁNDEZ, (Carlos). Banca Central. Ed Euned, 1era ed. San José, 1980, p.12.

Sintéticamente, se puede mencionar que las distintas sociedades fueron desarrollando diversas formas de moneda, moneda que cobró fuerza y protagonismo cada vez mayor con el surgimiento de la moneda metálica y en virtud de la formación de un sistema monetario.

Producto de lo anterior se crean disposiciones legales tendientes a regular no solo la fabricación y circulación de la moneda, sino también, aspectos que fueron surgiendo aparejadamente como la convertibilidad de la moneda, cambio, custodia, ámbito de aplicación y en general poco a poco se crea un sistema monetario consolidado, el cual necesitó para subsistir con eficiencia de la banca, como ente administrador de los recursos monetarios, inicialmente de forma primaria y a lo largo del tiempo ampliando sus funciones a una actividad universal.

Lo anterior corresponde a grandes rasgos, el desarrollo inicial de la banca comercial en las sociedades europeas y colonias iniciales, fuera de la esfera europea, pero no se puede dejar de lado el análisis del surgimiento histórico de la banca comercial en Costa Rica.

2. Historia de la banca en costarricense:

El esquema a seguir para conceptualizar los antecedentes históricos de la banca en Costa Rica, lo brinda el autor Humberto Jiménez Sandoval quien señala que en *“la época de la colonia hasta 1850 tuvimos una ausencia de entidades bancarias, destacándose este periodo*

por confusión en la materia”⁶, es decir, no solo no se contaba con instituciones creadas o formuladas como banca comercial sino que ni siquiera se dilucidaba una regulación bancaria.

Cuando la provincia de San José, obtiene el monopolio del tabaco, se crea la fábrica de tabacos, quien además de las funciones propias, desarrolló las primeras actividades bancarias incipientes, como por ejemplo “*el envío de dinero, recibir libranzas y hacerlas efectivas*”⁷, y con la expansión del cultivo de café de 1843 a 1870, como factor importante que impulsa cambios en los patrones tanto de financiamiento como socioeconómicos y políticos del país se puede empezar a ver un desarrollo muy temprano e incipiente de la actividad bancaria Nacional.

Se da una consolidación de la clase hegemónica; los cafetaleros toman el control del Estado. Conforme la expansión cafetalera se fue incrementando, los precios de la tierra y mano de obra, los costos de las técnicas para el cultivo y beneficiado fueron creciendo; lo que hizo necesario el financiamiento externo proveniente de casas comerciales inglesas, que concedían crédito sobre las cosechas, empleando representantes y compañías comerciales costarricenses, las cuales, a su vez, prestaban a pequeños y medianos propietarios, muchos de los cuales perdieron sus propiedades por no poder pagar sus deudas.

⁶ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. Ed Euned, 1era ed. San José, 1986, p.56.

⁷ GÓMEZ, (Carmen Lila). Apuntes sobre la historia bancaria y monetaria de Costa Rica en “Las Instituciones Costarricenses del Siglo XIX. 1 Ed. Costa Rica, 1985, p.223.

Fue a mediados del siglo XIX, entre 1847 y 1849, que bajo la administración del Dr. José María Castro Madriz, *“se realizaron los primeros intentos para la creación de un banco. En 1851 se presentó al Poder Legislativo una proposición para fundar el llamado Banco Nacional de Costa Rica”*⁸. En esa época el Dr. Castro realizó dos intentos formales ante el Congreso, fallidos por argumentos políticos y personalistas en contra del mandatario.

El señor Crisanto Medina, efectuó un contrato con el Poder Ejecutivo para la fundación del Banco Nacional de Costa Rica, el cual se firmó el 2 de junio de 1857, pero los capitales financieros no deseaban ninguna injerencia del gobierno en la actividad bancaria que pudiera alterar el monopolio del crédito que ejercían y por ello no pudiera funcionar.

Se firma el contrato Medina-Escalante (entre el Sr. Crisanto Medina, empresario y el Sr. Rafael G. Escalante, Ministro de Hacienda y Guerra), que establecía la creación de un banco emisor exclusivo, con un capital de doscientos cincuenta mil colones, cuyo nombre sería Banco Nacional Costarricense, para ese año el país había aumentado su actividad comercial, población y agricultura; este banco cierra sus puertas a finales de 1857.

Cabe mencionar que, el 1 de junio de 1858 se realiza la firma de un nuevo contrato, llamado Medina-Cañas, fundando el Banco Nacional de Costa Rica, también conocido como Banco de Medina, el cual operó desde el 15 de junio de ese mismo año hasta el 31 de marzo de 1859, *“debido a la imposibilidad de colocar el capital y a errores administrativos, seguido por el golpe de estado del 14 de agosto de 1859, que termina con la posibilidad de abrir de nuevo sus puertas”*⁹.

⁸ GIL PACHECO, (Rufino). 105 años de vida bancaria en Costa Rica. 4ta ed. Costa Rica, 1982, p.31.

⁹ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. Ed Euned, 1era ed. San José, 1986, p. 61.

En la segunda administración del doctor José María Castro, se aprobó en febrero de 1867 el contrato del segundo Banco Nacional de Costa Rica, con gran participación estatal. Fue fundado el 10 de julio de 1867 y el 15 de agosto entró en funciones, pero solo por diez años al servicio del país y del Gobierno, cumpliendo su función social y de beneficio al sector público y privado de Costa Rica. Los empréstitos internacionales y la no prórroga del contrato de funcionamiento al banco, producto de que éste no quería seguir financiando al Gobierno para la construcción del ferrocarril al Atlántico, hicieron que cerraran sus puertas.

El tercer Banco Nacional de Costa Rica que tomó luego el nombre de Banco de Costa Rica, nació por decreto del General Guardia al disolver el Congreso Constitucional, después se elevó a ley y entró en operaciones el 20 de febrero de 1878.

El 25 de junio de 1863 se funda el Banco Anglo Costarricense. “*Constituido en forma de sociedad en comandita con capital de cien mil dólares, suscrito por los señores Allan Wallis, Eduardo W. Allpress y Mariano Montealegre Fernández, primeros directores de la institución, iniciando sus operaciones el primero de julio de 1863*”¹⁰. En 1864, asumió la función de emisor de sus propios billetes hasta por una cuarta parte del valor de su capital de utilidades efectivas, se le retira esta facultad en 1884 por el contrato Soto- Oreamuno y vuelve a adquirir esa potestad con la “*Ley General de Bancos*”¹¹ de 1900 -una de las primeras manifestaciones formales del control legislativo sobre la actividad bancaria Nacional-. La

¹⁰ VILLALOBOS, supra, p.102.

¹¹ Ley N°16 del 25-4-1900.

función de creación de sus propios billetes la pierde en 1921 nuevamente¹². En 1877, cambió su forma de sociedad en comandita por sociedad anónima¹³.

Para 1948 se expropiaron por medio del “*Decreto-ley de Nacionalización bancaria*”¹⁴ por motivos de utilidad pública y se pagaron legalmente las acciones de la institución, el Ministerio de Economía, toma posesión de la institución. Se mantiene así, como banco del Estado hasta el 14 de setiembre de 1994, año en que concluye sus operaciones.

Por otra parte el 15 de abril de 1877, se fundó el Banco de la Unión, el mismo que operó hasta el 17 de noviembre de 1890 con este nombre y después como Banco de Costa Rica. Se constituyó como un banco de carácter privado, cuya administración estaría a cargo de una junta directiva, nombrada por los accionistas, y de un administrador.

El contrato Soto-Ortuño fue firmado el 21 de octubre de 1884 -entre don Gerardo Soto, entonces Ministro de Hacienda y don Gaspar Ortuño, administrador del Banco- “*otorgándole el privilegio de la emisión en el país hasta por un duplo de su Capital, en compensación el banco se comprometió a otorgar al Gobierno un crédito por doscientos cincuenta mil dólares y recoger todos los billetes emitidos por el Estado. Mantuvieron el privilegio exclusivo de emisión hasta 1900*”¹⁵; por entrar a regir el “*patrón oro*” y con él, la múltiple emisión. Además,

¹² Ley N°40 del 15-7-1921.

¹³ Informe de la Comisión de Evacuación del Sistema Bancario Nacional. Anexos de la Subcomisión política. Tomo I. 1era ed. 1930, p.30.

¹⁴ Decreto-ley de Nacionalización Bancaria N° 71 del 21 de junio de 1948.

¹⁵ GÓMEZ, (Carmen Lila). Apuntes sobre la historia bancaria y monetaria de Costa Rica en “Las Instituciones Costarricenses del Siglo XIX”. 1Ed. Costa Rica, 1985, p. 225.

emitió sus billetes en concordancia con la “Ley General de Bancos de 1900, la Ley de la Moneda de 1896 y el Decreto Ejecutivo del 17 de abril de 1900”¹⁶.

Con la emisión de la “*ley de omnímodas*”¹⁷, se autoriza al Poder Ejecutivo para que dicte todas las “*regulaciones económicas, financieras o políticas necesarias para evitar o contrarrestar que a las instituciones de crédito, comercio, agrícolas o de gobierno necesarias como consecuencia del conflicto europeo de la época sufrieran perjuicio*”¹⁸.

El 9 de octubre de 1914, mediante el decreto No. 16, se creó el Banco Internacional bajo la administración de don Alfredo González Flores. De propiedad estatal, y su fundación fue motivada por la negativa de los bancos existentes que conformaban el sistema bancario, de “*otorgar un préstamo por dos millones de colones al Gobierno para satisfacer sus necesidades fiscales, originadas por el conflicto de la Primera Guerra Mundial*”¹⁹ y abarcar las funciones crediticias de financiamiento de la actividad agropecuaria, que se encontraban desatendidas.

En esa época como ya se mencionó el sistema Monetario era el “*patrón oro*” y en vista de que el Estado tenía problemas de liquidez, era casi imposible obtener oro para respaldar la emisión de billetes del Banco Internacional, por lo cual se decretó la inconvertibilidad

¹⁶ GÓMEZ, (Carmen Lila). Apuntes sobre la historia bancaria y monetaria de Costa Rica en “Las Instituciones Costarricenses del Siglo XIX”. San José, 1985. Ed. Costa Rica. 1985, p.230.

¹⁷ Ley N°60 del 08-08-1914.

¹⁸ OCONITRILLO GARCÍA, (Eduardo). Historia de Costa Rica, 1 Ed. Costa Rica, 1991, p. 59.

¹⁹ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. Ed Euned. 1 ed. San José, ,1986, p.66.

transitoria de billetes, disposición extensiva a todas las instituciones bancarias existentes. Así se estableció la prohibición de crear nuevas instituciones bancarias hasta tanto no se restableciera la convertibilidad de los billetes a oro.

El Banco Internacional se constituyó con un capital de cuatro millones de colones de los cuales se le otorgaron dos millones de colones al Estado y el remanente se distribuyó en préstamos para producción Nacional en agricultura, industria y comercio.

El Poder Ejecutivo nombró a la Junta Directiva del Banco Internacional, la cual, elegiría un presidente y un vicepresidente quienes a su vez serían el director y el subdirector, respectivamente.

El 30 de diciembre de 1914, mediante el Decreto No. 33, el Poder Ejecutivo encargó al Banco Internacional, la creación y organización de las Juntas de Crédito Agrícola manifestando que se debía dar preferencia, para la instauración de las Juntas a los distritos que contribuyeran en mayor proporción al abastecimiento de la economía, esto con el fin de promover un desarrollo agrario.

Para 1921, se concedió al Banco Internacional de Costa Rica el privilegio de ser el único emisor de billetes y monedas y, posteriormente, por decreto del 10 de octubre de ese año, se estableció la Caja de Conversión como una sección del Banco, la cual se encargaría de restablecer el orden monetario, cambiario y fiscal de la época. *“La Caja de Conversión fue dirigida por la misma junta directiva del Banco, la cual funcionaba de acuerdo con un reglamento aprobado por la Secretaría de Hacienda, logrando mantener el tipo de cambio*

*durante un largo período -desde abril de 1924 hasta 1929-”*²⁰, porque se obtuvo la independencia de emisión.

A finales de 1931, se liquidó la Caja de Conversión, el país entró en un régimen de control de cambios y el tipo de cambio se fijó haciendo caso omiso del libre juego de la oferta y la demanda, lo cual provocó una fuerte demanda de divisas que, a su vez, condujo a que la balanza de pagos se tornara desfavorable en 1934.

Para el 5 de noviembre de 1936, se cambió el nombre de Banco Internacional de Costa Rica para llamarse Banco Nacional de Costa Rica y en 1948 se expropiaron por motivos de utilidad pública las acciones del Banco Nacional de Costa Rica, y el Estado por medio del Ministerio de Economía toma posesión inmediata de esta institución.

El Banco Crédito Agrícola de Cartago, se crea el primero de junio de 1918, el cual se constituyó como una sociedad anónima y cuya particularidad fue la de ser de carácter provincial. Fue creado por ciudadanos netamente cartagineses, con *“el objetivo de lograr un mayor desarrollo en su provincia y el de negociar con todas las ramas agrícolas, como comprar o vender fincas, granos, y adelantar, mediante un interés, dinero a los agricultores sobre sus cosechas, hacerles préstamos y darles facilidades con el manejo de sus propios fondos”*.²¹

²⁰ ECHEVERRÍA JIMÉNEZ, (Luis). Historia del Banco Nacional de Costa Rica 1914-1964. Imp. Torno. 1era ed. San José, 1963. p.90.

²¹ FACIO BRENES, (Rodrigo). La moneda y la Banca Central en Costa Rica, 1 Ed. Costa Rica, 1975, p. 30.

William Le Lacheur, promotor de Costa Rica en el extranjero atrae inversionistas, entre ellos, un inglés de apellido Allpress, fue quien junto con un costarricense, crearon el Banco Anglo costarricense como se mencionó en líneas anteriores.

Lo relevante de recalcar es que el 30 de noviembre de 1875 su hijo John Allez Le Lacheur y su yerno Benjamín Abbott Lyon conjuntamente con los costarricenses Guillermo Dent, Mariano Montealegre, Ernesto Rohrmorser y Carlos E. Baly, formaron la primera compañía, a derecho, para la exportación del café bajo la razón social de Le Lacheur, Dent & Compañía.

El nieto mayor del capitán Le Lacheur, William Lyon Le Lacheur, quien había terminado sus estudios en Suiza en 1892, formó en 1893 la compañía Lyon & Cox y su principal objetivo fue la exportación del café. La empresa en 1902 cambia de nombre por Lyon Hermanos & Compañía.

En 1932 con la crisis mundial y con el propósito de descontar las letras de las exportaciones de café, la empresa solicitó una licencia bancaria y cambia de nombre por Lyon Hermanos & Compañía Sucesores, Sociedad Anónima Bancaria.

En 1944 sufre otra transformación y se consolida como un banco con el nombre de Banco Lyon, S.A. Este permanece como banco privado a pesar de la Nacionalización bancaria en 1948. En el mes de julio de 1996 es adquirido por un consorcio panameño cambiando también de nombre por Banco del Istmo, S.A. (Hoy absorbido por HSBC).

Por otra parte, en la época se conocía por banco central el ente que tenía el monopolio de la emisión de billetes y el manejo de las operaciones bancarias del Estado. Al paso del

tiempo sus funciones se ampliaron a la de mantener la convertibilidad de la moneda a oro, plata o monedas extranjeras.

Luego fue adquiriendo otras funciones como la de banco de reserva regulador del crédito y la moneda, hasta la actualidad donde promueve el desarrollo ordenado de la economía costarricense, vigila el buen uso de las reservas monetarias internacionales, promueve la eficiencia de pagos y vela por un Sistema Financiero estable, eficiente y competitivo.

El Banco Central nace en la época de la Primera Guerra Mundial -1914- con el nombre de Banco Internacional de Costa Rica. *“Su principal objetivo era darle un préstamo al Gobierno para que llenara sus necesidades fiscales y así cumplir con las erogaciones del presupuesto Nacional.”*²² En 1921 se le asignan las funciones de banco emisor. También adquiere el control sobre la moneda y el tipo de cambio.

En 1936 se contrató la asesoría del Dr. Hermann Max, para convertir el banco en un Banco Central, entre algunas de las sugerencias de esta asesoría, se presentaron a consideración de la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica algunos proyectos bancarios y monetarios que abarcaban los siguientes puntos:

- *“Transformar el Banco Nacional de Costa Rica, antiguo Banco Internacional de Costa Rica.*
- *Ordenar e integrar los bancos privados.*
- *Ordenar el sistema monetario.*

²² JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. Ed Euned. 1 ed. San José, , 1986, p.75.

- *Establecer un régimen de fijación de intereses bancarios por parte del Banco Nacional de Costa Rica.*
- *Coordinar el trabajo del departamento emisor del banco estatal y los bancos privados.*
- *Crear la Auditoría General de Bancos.*
- *Introducir la Ley Monetaria.”²³*

El banco cumplía las funciones de banco emisor, banco central, de crédito hipotecario, agrícola, ganadero e industrial; tenía a su cargo la liquidación de la caja de conversión, la junta de control de exportaciones y de producción, y además se había convertido en beneficiador y exportador de café por haber adquirido varios beneficios de café de sus deudores morosos.

Otras de las reformas propuestas fueron la división del Banco Nacional de Costa Rica en tres departamentos totalmente independientes en funcionamiento y atribuciones, los de emisión, comercial e hipotecario, tomando así una nueva estructuración, más acorde con sus funciones y con las necesidades de la economía Nacional de la época.

Como consecuencia de las reformas, se creó la Superintendencia General de Bancos, lo que actualmente constituye la Superintendencia General de Entidades Financieras, cuyas funciones eran supervisar las operaciones efectuadas por los bancos y controlar su situación financiera.

Lo que no podía hacer el banco del Estado era eliminar de la banca privada la posibilidad de otorgar créditos pues disminuiría con ello el poder adquisitivo, lo que se

²³ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. Ed Euned. 1 ed. San José, , 1986, p.80.

reflejaría en el consumo, ahorro e inversión, factores determinantes en la producción y distribución de la riqueza, así como el bienestar social de la comunidad.

Finalmente en 1950 se separa el departamento emisor del Banco Nacional de Costa Rica y se crea el Banco Central de Costa Rica. Su ley orgánica fue promulgada en 1953 dando un paso muy importante a la modernización del Sistema Financiero costarricense, y su política monetaria, crediticia y cambiaria.

La Junta Fundadora de la Segunda República, emitió el Decreto de Ley de Nacionalización Bancaria. Con él se pretendía establecer un monopolio a favor de las instituciones bancarias del Estado para captar recursos del público, bajo el principio de que las funciones de manejo de los depósitos del público y concesión de crédito son de carácter público y así evitar principalmente, el crecimiento de grupos económicos fuertes y políticamente influyentes en la sociedad costarricense

Finalmente, es importante señalar que el decreto ley de Nacionalización bancaria no expropió al Banco Lyon, S.A., por cuanto era una entidad de capital privado, sin funciones propias de banca de desarrollo como sí las tenían los bancos, de Costa Rica, Anglo costarricense y Crédito Agrícola de Cartago.

DECRETO 71

La Junta Fundadora de la Segunda República decreta:

Artículo 1: Nacionalizar la banca particular. Sólo el Estado podrá movilizar a través de sus instituciones bancarias propias, los depósitos del público.

Artículo 2: Expropiarse por motivos de utilidad pública las acciones del Banco de Costa Rica, del Banco Anglo costarricense y del Crédito Agrícola de Cartago. El Estado por medio del Ministerio de Economía tomará posesión inmediatamente de esas instituciones bancarias. La forma y condiciones de expropiación serán reglamentadas por un decreto posterior.

Artículo 3: El Ministerio de Economía mantendrá, provisionalmente, la organización actual de los bancos expropiados, y designará las directivas y los gerentes y subgerentes que habrá de administrarlos.

Artículo 4: El Ministerio de Economía propondrá a la Junta Fundadora de la Segunda República un proyecto de decreto-ley que introduzca en la legislación bancaria todas las reformas indispensables para hacer efectiva la Nacionalización crediticia requerida por las circunstancias económicas actuales de la nación.

Artículo 5: Este decreto rige desde la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones constitucionales o legales que se le opongan.²⁴

²⁴ Decreto ley número 71 del 21 de junio de 1948, conocido como Decreto Ley de Nacionalización Bancaria

El 24 de setiembre de 1953 se promulgó la Ley No. 1644, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Esta ley sufre algunas reformas y es hasta el 22 de noviembre de 1988 que se promulga la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República. Asimismo, la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995 permite el acceso de los bancos privados a los depósitos en cuenta corriente.

En el año 1969 al sentirse la necesidad en Costa Rica de contar con una institución que solucionara los problemas de índole financiera a la clase trabajadora se emitió la Ley No.4351 del 11 de julio de este mismo año, que transformó el Monte Nacional de Piedad en un fondo de ahorro capitalizado y un banco obrero. Ulteriormente esta ley fue reformada por la No.5435, de 1973 que posteriormente se transformó en el Banco Popular.

El Banco Popular y de Desarrollo Comunal es una institución de derecho público no estatal, con personería y patrimonio propios y con autonomía administrativa y funcional, cuyo objetivo fundamental es la protección económica y el bienestar de los trabajadores mediante el fomento del ahorro Nacional y la satisfacción de sus necesidades de crédito.

Además financia programas generales para el desarrollo de organizaciones sociales y proyectos específicos de desarrollo comunal o Nacional, autorizado por su misma ley. Y sus recursos provienen 1% mensual sobre las remuneraciones, salarios o sueldos, que deben pagar los trabajadores, el 0.5% mensual sobre la misma base que deben pagar los patronos, los poderes del estado y todas las instituciones públicas.

El Banco Internacional de Costa Rica (BICSA) nace en 1976 dentro del derecho privado como una sociedad anónima. Sus acciones fueron adquiridas por los cuatro bancos

estatales existentes en esa época (Nacional, Bancrédito, Costa Rica y Anglo), con 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 ochentas. Esto le permite a Costa Rica incorporarse en la esfera de los negocios internacionales, especialmente la operación en monedas extranjeras.

En 1976 se crea una “sucursal” de los bancos estatales en Panamá y en 1978 inició operaciones en San José con una oficina de Representación del banco en Panamá, en respuesta al incremento y diversificación de los negocios bancarios en Costa Rica orientados hacia el comercio exterior. En 1983 las autoridades de la oficina del Contralor del Estado de la Florida en los Estados Unidos de América le otorgan la licencia de Agencia Bancaria Internacional. A partir de ese año se instala una oficina en la ciudad de Miami consolidando así la orientación internacional de BICSA.

En el año 1987 debido a la necesidad de ofrecer servicios complementarios con los negocios en el exterior, la oficina de representación en Costa Rica de BICSA se convirtió en un banco privado costarricense; sin embargo, al estar el 100% de las acciones en poder del sector público, la Procuraduría General de la República y el Poder Judicial se han pronunciado afirmando que es una entidad de derecho público.

Su casa matriz fue trasladada de su sede en Panamá a Bahamas bajo licencia otorgada por la autoridad de la Common Wealth. Esta oficina de ultramar inicia operaciones el 16 de octubre de 1989 a raíz de la intervención de Estados Unidos en Panamá (caso Noriega, ya que para

salvar los fondos que estaban en la Oficina de Panamá, estos fueron trasladados a la oficina central en Bahamas)²⁵.

Los bancos cooperativos se crean por Ley 6894 del 22 de setiembre de 1983. Forman parte del sistema bancario Nacional, por lo que deben regirse por las estipulaciones de las leyes orgánicas del mismo.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y la Ley de Asociaciones Cooperativas. Para su creación deben concurrir, por lo menos, diez organizaciones cooperativas costarricenses que, a juicio de la SUGEF, se determine que son económica, financiera y administrativamente solventes y competentes, de acuerdo con los requisitos que se establecen en los estatutos y un capital inicial, no inferior a cincuenta millones de colones. Dicho patrimonio será variable e ilimitado y estará constituido por las aportaciones de las asociaciones cooperativas que se afilien a tales bancos.

En el caso de que los bancos cooperativos decidan formalizar operaciones activas de crédito, propias de la sección de capitalización de los bancos del Estado, deberán enviar a la Superintendencia de Entidades Financieras un estudio sobre la organización y funcionamiento de la respectiva sección, pueden realizar las mismas operaciones que los bancos estatales tienen con el Banco Central, según las facultades que les confiere el ente emisor. Para el año 2000 los dos bancos cooperativos existentes (Banco Cooperativo costarricense, RL y Banco Federado, RL.) entraron en el proceso de quiebra.

²⁵ Molina Jiménez,(Iván). Costa Rica del siglo XX al XXI: historia de una sociedad. 1a. ed. San José EUNED, 2005.p.45.

Mediante la promulgación de la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República²⁶ se autoriza la creación de bancos solidaristas de desarrollo e interés social, sin fines de lucro, con personería jurídica propia.

Los bancos solidaristas por su parte se constituyen, en la historia de nuestro país, para brindar los servicios de intermediación financiera, en primera instancia a las asociaciones solidaristas y la creación de nuevas asociaciones mediante la capacitación y asesoramiento, en el área de administración de recursos financieros, para la constitución debe contar con un capital social mínimo de cincuenta millones de colones e instituirse con la unión de, por lo menos, 25 asociados solidaristas que, a juicio de la Superintendencia General de Entidades Financieras, sean económica, financiera y administrativamente solventes y que paguen la cuota de capital con que se hayan comprometido.

Se rigen por la Ley Orgánica del sistema bancario Nacional, por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica,²⁷ por la Ley de Asociaciones Solidaristas, y por las disposiciones reglamentarias de orden general y específicas que al efecto emita el Banco Central de Costa Rica, a éstos se les concede el derecho de formar parte del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y la facultad de realizar las mismas operaciones que llevan a cabo los bancos cooperativos.

²⁶ Ley No.7107 del 4 de noviembre de 1988.

²⁷ Ley No.1644, del 26 de setiembre de 1953, ver documento completo en:
http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=9925&nVersion=10622&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO

En 1990 se crea el primer banco solidarista denominado Banco Solidarista, posteriormente se llamó Banco Solidario el cual quebró. Para 1996 el Banco Solidarista S.A., realizaba tareas comerciales, internacionales y solidaristas propiamente.

En la banca privada, fue el Sistema Financiero Nacional, a través de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, así como la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica²⁸, y sus reformas posteriores fijan la constitución, naturaleza, operación y disposiciones que rigen la actividad bancaria privada en nuestro país. Estas leyes fueron creadas para darle el debido ordenamiento operativo a las actividades bancarias y a través de ella se funda la actividad bancaria de carácter privado de manera regulada.

En esta época, solamente existía el Banco Lyon. Sus funciones estaban limitadas por el Decreto de Nacionalización Bancaria -1948- ya que no podía captar del público ahorros "*a la vista*" y la principal fuente de recursos lo constituían los depósitos a plazo, denominados certificado de inversión.

Durante la administración Carazo -1978-1982- se dieron algunas medidas que, si bien no implicaban un rompimiento del monopolio de los depósitos a la vista, sí constituían un paso hacia la decisión de dejarlas al libre juego de las fuerzas económicas del mercado. Estas tesis fueron sustentadas por el Ministro de Hacienda y de la Junta Directiva del Banco Central.

²⁸ Ley 1552 del 23 de abril de 1953, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica ver documento completo en:

http://www.pgr.go.cr/SCIJ/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=10290&nVersion=11008&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO

La reforma a la Ley de la Moneda aprobada el 19 de agosto de 1984 permitió un mayor ámbito de acción a la banca privada, le condescendió el acceso a programas crediticios del Banco Central en los mismos términos que participan los bancos estatales. Bajo estas condiciones en el lapso de treinta años, se constituyeron cinco bancos privados, los cuales se indican a continuación:

- Banco Lyon, SA: 14 de abril de 1947.
- Bank of América, SA: 19 de septiembre de 1968.
- Banco de la Construcción, S.A.: 8 de septiembre de 1974.
- Banco de Santander, SA (posteriormente Banco Fincomer, S.A.): 6 de diciembre de 1977.
- Banco del Comercio, S.A.: 5 de febrero de 1979.

En la década de los años ochentas se dio un gran auge en la creación de bancos privados. En el año de 1981, el Banco Central autorizó a dichas entidades a captar recursos por medio de certificados de depósito.

En ese mismo año inician operaciones el Banco Banex -hoy HSBC- y el Banco Internacional de Exportaciones, S.A. (BIESA). Este último se declaró en quiebra a finales de la década de los ochenta. En 1982 se crearon tres nuevas entidades bancarias principales que fueron el Banco Cooperativo costarricense, R.L., el Banco Interfin, S.A. (hoy absorbido por Scotia Bank) y el Banco Weeden InterNacional, S.A., declarado el este último en quiebra en 1989.

Abren sus puertas en 1984 el Banco BCT, S.A. y el Banco de Fomento Agrícola, S.A., al año siguiente entran en operaciones tres bancos más: el Banco de la Industria, S.A., el Banco Metropolitano, S.A. y el Banco Cooperativo de Alajuela, R.L. En 1986 se establecieron el Banco Continental de Panamá, S.A. y el Banco Cofisa, S.A. En 1987, se crearon el Banco Mercantil de Costa Rica, el Banco InterNacional de Costa Rica y el Banco Germano-centroamericano este último en el año 2000 se declara en quiebra.

El 26 de octubre de 1992, mediante moción aprobada por el plenario legislativo, se crea la "*Comisión Especial Mixta*", con el propósito de analizar antecedentes, armonizar criterios y formular proyectos para una nueva legislación sobre el Sistema Financiero, incluidos los bancos privados y demás órganos financieros.

El 27 de abril de 1994 dicha comisión rinde ante la Asamblea Legislativa el denominado "*Informe Afirmativo de Mayoría*"²⁹; cuyo contenido puede dividirse en dos partes: una primera parte, en la cual se señalan los principales problemas que afectan al Sistema Financiero Costarricense, a saber:

- *Altos márgenes de intermediación financiera, tanto en la banca estatal como privada, que repercuten sobre el nivel de inversión, de empleo y el crecimiento económico.*
- *Existencia de una inadecuada regulación y especialmente supervisión.*
- *Un sistema de pagos y de compensación ineficiente y lenta.*

²⁹ Véase expediente No.11639 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, del 27 de abril del 1994.

- *En el caso de los bancos estatales, se refleja una situación de cartera morosa, activos de baja rentabilidad, y un sistema de subsidios poco transparente donde los objetivos no son totalmente claros.*
- *El en trabamiento legal y administrativo en que se desempeñan estas instituciones.*

La segunda parte, propone la realización de una serie de reformas a la Ley Orgánica del Banco Central, así como reformas parciales a otras leyes tales como la Ley de la Moneda, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y otras leyes financieras conexas; cuyo objeto no sólo consistía en dar una pronta solución a los problemas descritos en la primera parte del análisis, sino además, convertir el Sistema Financiero Nacional en uno más eficiente y competitivo a la par de los sistemas financieros internacionales operantes.

Dentro de este contexto, el trabajo desarrollado por la "Comisión Especial Mixta" no se limitó solamente al análisis de los problemas y propuesta de las reformas legales fundamentales que permitan resolverlos. Además, procuró generar un entorno regulatorio en el cual el Sistema Financiero lograra la eficiencia necesaria para reducir el costo del crédito sin eliminar los logros y beneficios alcanzados por dicho sistema, especialmente el estatal, en materia de cobertura de servicios y acceso al crédito, sin embargo, se ve que estos esfuerzos no serán suficientes en el tiempo.

Lo anterior significa, que la reforma financiera buscó propiciar que el Sistema Financiero operase dentro de un ambiente macroeconómico estable, con criterios de eficiencia y donde existiera una adecuada supervisión.

De conformidad con estos propósitos, las reformas financieras buscaban alcanzar los siguientes objetivos:

- *Estimular la intermediación financiera y el ahorro.*
- *Propiciar y agilizar los sistemas de pagos de la economía.*
- *Estandarizar la operación de las distintas entidades financieras en relación a la supervisión.*
- *Modernizar y aperturar un Sistema Financiero que se encontraba rezagado frente a los estándares internacionales.*

La modificación propuesta al régimen cambiario incorporaba la práctica y reciente jurisprudencia del momento en materia de operaciones internacionales. Procuraba una modificación en el entorno regulatorio de los organismos financieros estatales, de tal forma que pudieran actuar en un ambiente competitivo, pero con mecanismos y disposiciones legales y reglamentarias apropiadas para enfrentar el cambio y lograr la eficiencia.

El 3 de noviembre de 1995, se aprobó una nueva Ley Orgánica del Banco Central³⁰, mediante la cual se creó la Superintendencia General de Entidades Financieras –SUGEF- en lugar de la antigua Auditoría General de Entidades Financieras, con el objetivo de darle mayor presencia reguladora e institucional al órgano de control del sistema bancario Nacional.

³⁰ Ley No. 7558 del 21 de noviembre de 1995, ver documento completo en: http://www.pgr.go.cr/SCIJ/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=40928&nVersion=43136&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO

Mediante el artículo 162 de esta ley se reformaron los artículos de la *Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional*³¹. De acuerdo con los principales puntos ahí regulados:

- *Se permite el acceso de los bancos privados al redescuento³² con el Banco Central, modificándose el artículo 58 de dicha ley.*
- *Se permite el acceso de los bancos privados a los depósitos en cuenta corriente, por modificación del artículo 59.*
- *Se permite a los bancos privados recibir depósitos y otras captaciones en moneda Nacional o extranjera, por modificación del artículo 60.*
- *Según las disposiciones transitorias, los bancos privados entrarían a operar con divisas a partir de la publicación de las reformas a la ley en La Gaceta y podrían trabajar con cuentas corrientes a partir del mes de setiembre de 1996.*

Estas características, entre otras que propiciarían que la banca privada comercial incursionara con mayor fuerza dentro del Sistema Financiero costarricense, colocándose en posiciones competitivas frente a la banca del Estado.

Para 1997 se conciben los inicios de lo que más adelante se entendió como banca de desarrollo, y se empieza a hablar de una necesaria modificación de la banca y el crédito, para poder garantizarle a los pequeños empresarios el acceso al mismo, posteriormente se ve que la banca de desarrollo logra proponerse como un tema de importancia finalizando la década de los

³¹ Ver Ley No. 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas.

³² El redescuento bancario es una operación por la cual una institución de crédito hace descontar por otro banco los documentos que previamente había descontado a sus clientes, (usualmente títulos valores) para más información véase, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (J), derecho bancario, Editorial Porrúa, México, Segunda Edición 1968, p. 335.

90 y retoma su fuerza en los años del 2007 y 2008, durante la administración actual -Arias Sánchez- y frente a temas como el TLC, y la crisis internacional del crédito.

Posterior a la reforma de 1995, y con la mencionada incursión de la banca privada se va a percibir un ambiente de competitividad dentro de la actividad financiera que impulsa a las entidades participantes del mercado a crecer no solo en capital sino en servicios e infraestructura para alcanzar el público.

Entre los años 1997 y 2000, las entidades enfrentan un periodo de expansión de servicios y sucursales que buscan brindar una mayor amplitud de sus alcances y servicios a los usuarios a nivel Nacional, y a nivel regional. Una regionalización de los servicios bancarios da inicio, en un principio en economías vecinas como la nicaragüense y la salvadoreña y posteriormente alcanzó la costarricense integrándola a la regionalización como se verá más adelante.

En este periodo también se dio una evolución de las tecnologías de información en el negocio de la banca, propiciando un crecimiento acelerado de los servicios virtuales que ofrecían, iniciando con servicios por medio de la red telefónica y posteriormente incursionando en la creación de sitios de Internet que, ya para el *“2004 transaban casi un 65% de las transacciones que se podían realizar en una sucursal bancaria, por un menor costo para la entidad y en un menor tiempo para el usuario y para el banco, lo que se traducía inmediatamente en un ahorro de recursos”*³³.

³³ CORDERO PÉREZ, (Carlos). Banca digital crece pero fraude reta, Periódico El Financiero, No.631, 2007, p.4.

El mercado en este periodo se dinamiza enormemente y las transacciones sencillas y los esquemas muy primarios de las estructuras bancarias del sistema bancario Nacional se ven variadas. Estructuras más complejas y mayor ámbito de servicios y requerimientos aparecen en el negocio de la banca, junto al aumento de sucursales y servicios; es necesario para los bancos, mejorar sus recursos y su manejo de información, las tecnologías de información –TICs- aparecen como una herramienta requerida para esta optimización, y para que las entidades bancarias logren dinamizar y responder a ese crecimiento acelerado de la actividad.

Los sistemas de integración de datos y transacciones juegan un papel estratégico en el desarrollo de la actividad y al igual que hoy se convierten en pieza fundamental de la actividad de la banca.

En los años 70 los primeros cajeros automáticos habían hecho su aparición, sin embargo, en esta época el crecimiento de servicios automatizados como éstos enfrentan un crecimiento sin precedente en nuestro país, situación que lleva a las autoridades reguladoras a verse en el esfuerzo de responder al dinamismo de la actividad, es cuando se encuentra entonces la aparición de regulaciones prudenciales por parte de las autoridades y la creación de sistemas de interrelación bancaria como el SIMPE, muchos servicios se ven poco a poco desplazados por nuevos servicios otorgados gracias a los avances electrónicos.

El décimo tercer informe sobre el Estado de la Nación señala que a partir del año 2000, se empieza a escuchar en nuestro país con mayor frecuencia los términos fusión y adquisición, debido a la intensificación del proceso de globalización económica y su incidencia directa en el mundo de los negocios, lo cual se tornó especialmente evidente en el sector financiero, proceso que a la fecha no parece haber concluido.

Como nota aclaratoria, al desarrollo histórico de la banca que adelante se citará, se puede entender la fusión como lo señala Suárez, como el mecanismo por el cual dos o más sociedades se disuelven para pasar a integrarse, en sus patrimonios y socios, en un nuevo ente jurídico que se constituye como resultado de dicho proceso *“ya sea fusión con creación de nueva sociedad o cuando una de las sociedades preexistentes no se disuelve, sino que continúa con su personalidad jurídica y absorbe a las restantes empresas, una vez disueltas, para pasar a fundirse los patrimonios y socios de las sociedades intervinientes”*³⁴.

Por otra parte, en la adquisición, una empresa compra los activos o acciones de la otra y los accionistas de la compañía adquirida dejan de ser los propietarios, cambiando la empresa de dueño y los cambios en que incurra la organización dependerán del modelo de negocio que los nuevos propietarios quieran desarrollar.

La industria financiera ha sido escenario de muchas y variadas fusiones y adquisiciones, las mismas que han tenido como protagonistas a conglomerados financieros mundiales, bancos regionales y locales, que es importante señalar como parte de la historia financiera costarricense.

El estado de nación señaló el alto nivel de bancarización que tiene la región, - acceso a los servicios financieros por parte de la población- y la intensificación de la competencia en las plazas donde los operadores globales compiten, fueron factores determinantes en el atractivo para que cuatro grandes bancos se interesaran en la región.

³⁴ SUÁREZ, (Andrés). Diccionario de economía y administración. McGraw-Hill. España, 1992, p.114.

El informe además señaló como otro de los factores que contribuyó a la llegada de bancos globales, el mayor flujo de inversión extranjera y la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos (TLC-CA), a través de operadores ya consolidados en nuestro país.

Es así como, tras una serie de fusiones y adquisiciones emprendidas entre el 2005 y 2006, cuatro grupos financieros con presencia mundial (Citibank, HSBC, GE Capital y Scotiabank) logran conformar una participación considerable del total de activos del sistema bancario centroamericano según las fuentes consultadas³⁵.

Para el caso concreto, el decimotercer informe sobre el Estado de la Nación señala que Costa Rica inició con inversión nicaragüense –Banco BAC y Banca Promérica-, luego salvadoreña –Banco Cuscatlán- hoy–Banco Citibank de Costa Rica-, guatemalteca–Grupo financiero UNO-, y panameña a través de Banco Banistmo –Banex-.

Es relevante señalar, que Citigroup operó en el país desde que se autorizó incursionar a la banca privada, sin embargo, con una operación relativamente pequeña y muy focalizada. El TLC con México atrajo al quinto banco mexicano en aquel momento, Bancomex, quién estableció una figura local para operar Bancrecen, que luego abandona la plaza.

El carácter “criollo” de los bancos privados que operan en Costa Rica se pone de manifiesto con la negociación del TLC con Estados Unidos, donde se logra mantener la

³⁵ Revista Summa. Ed. Marzo 2007, Costa Rica, p.12.

restricción para el establecimiento de sucursales de la banca internacional en suelo costarricense. Para operar un banco en la plaza local es necesario crear una sociedad costarricense para dicho fin, solicitar autorización al ente regulador e invertir capital, de acuerdo con la normativa local tal y como lo señala la bibliografía³⁶.

Los operadores internacionales de la banca local no tuvieron que recorrer el largo camino de constituir un banco local y luego luchar por cuota de mercado, simplemente adquirieron las posiciones consolidadas que los banqueros costarricenses y regionales estuvieron forjando durante años. Sin embargo, la restricción de entrada continúa prevaleciendo para aquellos bancos internacionales que todavía no han comprado³⁷.

Es así como la llegada de la banca global a Centroamérica comienza en el año 2005, cuando el Grupo BAC Credomatic, grupo financiero de capital nicaragüense, que además de los bancos BAC (Banco de América Central) en toda Centroamérica, es dueño de Credomatic, la empresa emisora de tarjetas de crédito más grande de la región, comunicó en mayo, su alianza con GE Consumer Finance, subsidiaria de GE Capital. Posteriormente adquiere Corporación Financiera Miravalles, una empresa del grupo chileno Altas Cumbres.³⁸

El siguiente banco global que ingresó a Costa Rica fue el canadiense Scotiabank, que compró al Grupo financiero Interfin, en junio del 2006³⁹.

³⁶ Revista Actualidad Económica. Ed. Agosto, Costa Rica, 2006, p.42.

³⁷ MACHINEA, (José Luis). La inversión extranjera en América Latina y el Caribe, 2006. CEPAL. Chile. Mayo 2007. Documento en http://www.cepal.org/noticias/paginas/8/13958/IEDfinal_paraweb.pdf

³⁸ Décimo Tercer Informe sobre el Estados de la Nación. Informe Final, Fusión y Adquisición en el Sector financiero. ¿Se dará la reforma financiera por esta vía?, 2007, p. 7.

³⁹ Fitch Ratings. Regulaciones Prudenciales en Centroamérica y Panamá. Costa Rica. Enero, 2007, p.13.

En julio de ese mismo año, HSBC (Hong Kong and Shanghai Banking Corporation con sede en Londres), quien es el tercer banco más grande del mundo y el número uno de Europa, anunció que adquiriría el grupo panameño Primer Banco del Istmo (Banistmo).

Citigroup apareció en escena en el último trimestre del 2006 cuando comunicó la adquisición de Grupo financiero Uno (GFU), y para diciembre 2006 anunció una nueva adquisición: el conglomerado financiero Cuscatlán, también conocido como Corporación UBC (Unión Bancos Cuscatlán)⁴⁰.

Ante este panorama, existen aspectos de regulación y supervisión que se van a ver alterados a nivel local, así como el balance entre banca estatal y privada, entre otros. En efecto, en la negociación del TLC con Estados Unidos se restringió la competencia de los grandes operadores financieros, estableciendo que cualquier grupo económico está en el derecho de incursionar en el negocio financiero local, siempre y cuando cumpla con los requisitos de idoneidad y capital solicitados por el regulador y obtenga una licencia para operar localmente.

De esta manera se impide que bancos globales, con mayor “*músculo financiero*” abran sucursales en Costa Rica y esta situación no ha cambiado con los procesos de fusiones y adquisiciones acontecidos a partir del 2005, esto orientado a las regulaciones prudenciales que rigen el Sistema Financiero Nacional de Supervisión.

⁴⁰ Fitch Ratings. Bancos Costarricenses: Resultados y Perspectivas Anuales. Cosa Rica. Marzo, 2007, p.25.

Lo cierto es que el ingreso de los operadores internacionales al mercado financiero local propició una seria revisión de la conveniencia de continuar operando en Costa Rica con reglas diferenciadas para los operadores financieros.

Tal como sucedió con la llegada de los bancos privados y la ruptura del monopolio estatal en las cuentas corrientes, la incursión de estos grandes conglomerados financieros mundiales es otra oportunidad para que la banca estatal mejore en la prestación de sus servicios y su eficiencia y constituye una amenaza importante de tomar en cuenta no solo para la competencia de la banca Nacional sino para la autoridad reguladora imponiéndole un reto mayor a su labor de supervisión y coordinación con otros entes supervisores en la región.

III. Conceptuación de la banca.

La doctrina reconoce en general la problemática de la naturaleza jurídica de la actividad bancaria, la cual no pertenece estrictamente a la ciencia jurídica, sino también a un problema sociológico y político.

Sostiene Carlos Villegas⁴¹, escogido al azar de varios autores que opinan sobre el tema, que la finalidad principal de la actividad bancaria, es el bien común y que es el motor del desarrollo económico, pues pone en movimiento el ciclo económico para el establecimiento de las necesidades e intereses generales, otorgándole el carácter de servicio público,

⁴¹ VILLEGAS, (Carlos G). Régimen Legal de los Bancos. Actualizaciones, Delpalma, 2 Ed. Buenos Aires, 1980. p. 41.

independientemente de la naturaleza pública o privada de la empresa bancaria, por lo que requiere, dice el autor, un control estatal.

También apunta el autor Fernando Rojas⁴², que fue la sentencia italiana de las Salas Penales reunidas en Casación, en el año 1981, quien levantó una ola de estudios a partir del criterio que la actividad bancaria se refiere a prestaciones no imputables al Estado directamente, ni al ente público, sino dirigidas al público en general, y es un servicio público porque conforme a sus características, está impregnada de interés público que se deducen del ordenamiento legal que se aplica, la presencia en el sistema de entidades de crédito de derecho público y su ingreso está condicionado por la decisión discrecional de la autoridad, las dimensiones de la empresa bancaria están reguladas y la actividad está sometida a controles técnicos sobre la administración y obliga a rendir cuentas a los órganos de vigilancia.

Además, se critica que esta sentencia no se funda en la naturaleza objetiva de la actividad de crédito (considerada como función de interés público), sino en indicadores principalmente subjetivos como la publicidad, de manera tan cambiante que no distingue entre servicio y necesidad pública.

⁴² MORA ROJAS, (Fernando). Actividad bancaria: ¿servicio público o empresa? VII Encuentro Latinoamericano de Bancos, Montevideo, Uruguay. Institia. Año 20 N° 236-23, p. 6.

Dentro de las posiciones contrarias se señala, por ejemplo a Giacomo Molle⁴³, quien alega que la actividad bancaria se caracteriza por una actividad de intermediación en el crédito, es decir, en la recolección de ahorro público en el ejercicio pasivo y del crédito en el ejercicio activo, el primero produce los recursos para ejercer el segundo. Si para fundar un banco se necesita una autorización de las entidades correspondientes, esta autorización no es una concesión porque la actividad no es una función del Estado, por lo que no estamos frente a un servicio público.

En este mismo concepto enmarca el autor Fernando Mora⁴⁴ que el decreto 350 promulgado en Italia, en 1985, sobre la ejecución de la directriz comunitaria, propone el carácter de “*empresa de la actividad crediticia*”, reconociendo a todos los entes que realizan tal actividad, independientemente que sean públicos o privados, y caracterizando un ordenamiento uniforme para todos los operadores bancarios.

Principalmente buscó el acceso a esa condición de “*empresa*”, considerando la actividad como comercial de acceso libre, en tanto cumplan (las entidades) los requisitos prescritos por la ley, y de esta forma diferenciándola de una concesión de servicio público, sometida a razones de oportunidad, lo cual reafirmó la Corte Europea en la sentencia dictada, el

⁴³MORA ROJAS, (Fernando). El Sistema del Derecho Comercial Costarricense, Revista Judicial, San José, N° 21, Año VI, setiembre de 1981, p. 31.

⁴⁴ MORA ROJAS, (Fernando). Actividad bancaria: ¿servicio público o empresa?. VII Encuentro Latinoamericano de Bancos, Montevideo, Uruguay. Año 20 N° 236-237, p.8.

7 de abril de 1987, afirmando además que los entes de crédito público realizan actividades que están siempre sometidas al derecho público.

Cuando se trata de actividades que salen de la gestión económica del ente, su constitución, eventual extinción y todas las actividades que llevan a cabo en el campo monetario, cambiario, fiscal, financiero, intermediación en el crédito y en general todos los créditos con fin legal se hace referencia a la esfera de lo público.

En nuestro país inicialmente, la legislación crea un monopolio de captación de depósito a favor de los bancos comerciales del Estado, sin embargo, tal monopolio fue quebrantado con el decreto de Nacionalización bancaria, cuyo fin fue liberar y modernizar el sistema bancario Nacional.

El mismo autor habla que en general en América Latina no se alega el carácter de servicio público a la actividad bancaria y solo en Costa Rica, existe una referencia directa a la naturaleza del servicio público de la actividad de los entes intermediarios financieros, señalada como función pública. Pero todas estas legislaciones bancarias, reconocen el interés público que envuelve a la actividad bancaria y la necesidad de someterla a controles y regulaciones, y tales controles se ven sometidos a otros sectores de la actividad privada por razones idénticas.

Sobre este mismo tema, comentando incluso las normas recién citadas, ha indicado la

Sala Constitucional en el Voto 660-92⁴⁵:

*“Sin ninguna duda, el derecho bancario está integrado por un conjunto de normas mixtas: unas de derecho público y otras de derecho privado: las primeras intervienen para regular la creación de los entes bancarios, su desenvolvimiento dentro del Sistema Financiero Nacional y para controlar el funcionamiento y prevenir acciones que puedan perturbar la economía del país y las necesarias para reprimir los actos delictivos que ocurran como derivación de la actividad bancaria. Son en cambio, normas privadas, las reguladoras de las relaciones patrimoniales de las empresas bancarias entre ellas mismas y con sus clientes. La actividad bancaria es en consecuencia, uno de los instrumentos esenciales para el desarrollo económico del país, precisamente porque sus funciones comprenden las de administrar y distribuir los ahorros de la comunidad, a la vez que crea la riqueza y satisface necesidades generales. **Por lo mismo, le corresponde al Estado, universalmente reconocido como principio en esta materia, autorizar (sea por ley o por acto constitutivo), fiscalizar o controlar y ejercer en su caso la actividad bancaria. Como la satisfacción de esas necesidades e intereses generales, tiene las características y notas fundamentales de un servicio público, requiere del control de la autoridad estatal.**” (El resaltado es nuestro)*

⁴⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 660 de 1992 de las 15:00 horas del 10 de marzo de 1992.

IV. Desarrollo normativo de la banca en Costa Rica.

El peso de la deuda externa para los países subdesarrollados, trasferido a través de organismos financieros internacionales, quienes implementaron en el “*tercer mundo*” programas de ajuste de estructura y distintas políticas tendientes a la privatización de la banca estatal y al fortalecimiento de los grupos económicos que las controlan, generaron en repetidas ocasiones un perjuicio de la salud, empleo, transporte, educación, y servicios públicos de sus habitantes.

El Dr. Jorge Enrique Romero Pérez⁴⁶ señala el decreto de ley n° 71⁴⁷ de la Junta de Gobierno, perteneciente al grupo triunfante de la guerra civil del 1948, para Nacionalizar la banca costarricense, le brinda el marco de derecho público a los bancos del Estado, junto al decreto – ley n° 314 del mismo año, para “*la consolidación jurídica y financiera de la Nacionalización de la banca*”⁴⁸.

Dicha Nacionalización es dictada como medida práctica para tener control económico del país, lo que implicó poder económico que fortaleció el nacimiento y el desarrollo de los

⁴⁶ ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique). La reforma del Estado. 1 Ed. Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1993, p.8.

⁴⁷ Ver ley n° 71, del 21 de junio de 1948 Decreto Ley de la Junta de Gobierno de la Segunda República.

⁴⁸ Sobre la propuesta de Nacionalización bancaria, consultar a Rodrigo Facio Brenes. Obras completas, San José. Ed. Costa Rica, 4 tomos, 1973, 1977, 1978, 1982.

grupos sociales emergentes en los años 40, con una rápida y fácil entrada al goce de los préstamos que esa banca otorgaba.

Posteriormente, se dieron varios intentos por elevar a rango constitucional la Nacionalización bancaria, los cuales no fructificaron, principalmente motivados por la falta de voluntad política. Entre ellos, en 1966 el diputado Fernando Volio Jiménez, en la Administración Trejos Fernández (1966- 1970), en la redacción del artículo 189, inciso 1). En 1972, varios diputados del partido Liberación Nacional, en la Administración Figueres Ferrer (1970- 1974), agregando el artículo 189, in fine.

En 1975, en la Administración de Daniel Oduber (1974-1978), en la redacción del artículo 189, inciso 1). En 1978, el economista Carlos Manuel Castillo presenta la reforma al artículo 189, a fin que el principio cardinal de la Nacionalización bancaria sea elevado a rango constitucional y en 1983 el diputado Carlos Rivera también del partido Liberación Nacional, en la administración de Luis Alberto Monge (1982-1986), propone reformar el artículo 46 de la Constitución Política.

A partir de 1983, señala el autor Jorge Enrique Romero Pérez⁴⁹ que el problema de la deuda externa y el peso de los organismos financieros internacionales, fueron impulsando la privatización de la banca, fortaleciendo a los bancos privados, siempre con los avales del

⁴⁹ ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique). La reforma del Estado. 1 Ed. Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1993, p. 10.

Estado como garantía del pago de los costos y perjuicios por una eventual quiebra de la banca privada, privatizando así los beneficios y estatizando las pérdidas.

De acuerdo con Walter Coto⁵⁰, el apoyo financiero de la Agencia Internacional para el Desarrollo, fue clave en el fortalecimiento de la banca privada y su financiamiento, situación que configuró a los banqueros privados como una fracción muy fuerte dentro de la cúpula de poder en nuestro país, creándose un mismo mercado con variados aspectos políticos, financieros, industriales, entre otros. Todas estas reformas bancarias y financieras para fortalecer la privatización de la banca y desnacionalizar la banca estatal, fueron en busca de una llamada “*modernización*” bancaria y del sector financiero privado del país.

Sin embargo, en busca de un resguardo de la actividad bancaria como de interés público sobre la misma línea el abogado Humberto Jimenez⁵¹, en uno de sus artículos comenta al respecto del acuerdo de la Junta Directiva del Banco Central número 4550⁵² que afirma por un lado, que el sistema vigente se encuentra sostenido en el artículo 121 de la Constitución Política:

⁵⁰ COTO, (Walter). Fortalecimiento de la Banca privada: avances financiero para el retroceso político?. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59. San José, 1987, p. 20.

⁵¹ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Captación a menos de 180 días por bancos privados. Revista Iustitia, N° 68, San José, 1992, p.21.

⁵² FACIO BRENES, (Rodrigo). La moneda y la Banca Central en Costa Rica. 1 Ed. Costa Rica, 1975, p.5.

Artículo 121: Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

...17) Determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre la moneda, el crédito, las pesas y medidas. Para determinar la ley de la unidad monetaria, la Asamblea deberá recabar previamente la opinión del organismo técnico encargado de la regulación monetaria.

Lo cual constituye una garantía legal al gran peso que desarrollaba las figura de la banca privada y sus grupos de poder en la economía Nacional y por ello se le otorga la potestad a la Asamblea Legislativa para determinar el tipo cambiario, sin olvidar la consulta obligatoria al Banco Central como los entes principales de control de la actividad frente a los usuarios directos del Sistema Bancario Nacional, entendidos en este caso como los bancos comerciales.

La casación de 1981, afirma que la fijación del valor de la moneda es de interés público, pues la modificación de su valor repercute sensiblemente en la economía Nacional e individual, lo que explica la asignación a la Asamblea Legislativa la facultad exclusiva de fijar ese valor.

A pesar de ello en la actualidad existe una disparidad entre lo legal y la real fijación del tipo cambiario según Humberto Jiménez procede una voluntad política para resolver esta antinomia debido a que en la actualidad es el Banco Central quien define la fijación del tipo cambiario.

Se puede concluir hasta aquí, que la naturaleza de la banca en nuestro país, está basada en las políticas neoliberales y las expresiones de privatización consagran mejor la socialización de las pérdidas o costos de todo el sistema social, político, económico costarricense y la apropiación de los beneficios, acercando así el sistema completo a una visión más global del negocio bancario.

V. Naturaleza Jurídica de la Actividad Bancaria:

En la actualidad, se ha abandonado la concepción bancaria puramente privatista, para entenderla como una dimensión que supera los intereses únicamente lucrativos y se interna en los intereses generales, dada su incalculable transcendencia en la comunidad, a raíz de lo cual los intermediarios financieros ya no pueden realizar su actividad de forma individual y con objetivos distintos a los del sistema al que pertenece, pues su actuación debe responder al interés general que el orden económico le fija, en resguardo como lo señala el autor Eduardo Boneo Villegas, de la “*confianza y solidaridad del sistema como tal*”⁵³.

Para entender mejor estas concepciones se iniciará con la definición de lo público, término que hace relación a lo que es de todos; es decir, del pueblo, de una comunidad. Sin embargo, plantearlo de esta manera conduce a una visión muy simplista del concepto, lo público se basa en un principio jurisdiccional de inclusión, mientras tanto lo privado se funda en lo excluyente.

⁵³ BONEO VILLEGAS, (Eduardo) y BARREIRA DELFINO, (Eduardo). Contratos Bancarios Modernos. Abeledo-Perrot, 2 ed. Buenos Aires, 1994, p.113.

Los dos conceptos permanecen en constante conflicto producto de sus lógicas tensiones que dinamizan el surgimiento del interés público.

Para dilucidar de manera más claro, los términos de dependencia y conflicto permanente entre el interés público y privado, los antecede entes del mismo.

Locke y el interés público:

Afirmaba que la soberanía no reside en el Estado sino en la población, y que el Estado es supremo, pero sólo si respeta la ley civil y la ley natural. Mantuvo más tarde que la revolución no sólo era un derecho, sino, a menudo, una obligación, y abogó por un sistema de control y equilibrio en el gobierno, que tenía que tener tres ramas, siendo el poder legislativo más importante que el ejecutivo o el judicial. También creía en la libertad religiosa y en la separación de la Iglesia y el Estado.

Este pensador inglés⁵⁴ plantó la defensa de los individuos. El Estado se encuentra instituido para garantizar seguridad, justicia y protección de la propiedad privada. Este filósofo fue quien estableció que la fuerza de trabajo es una mercancía y se debe poner en función de la propiedad privada, de la misma manera que la propiedad sobre los instrumentos es objeto de intercambio mercantil.

⁵⁴ John (Locke), Ensayo Sobre el Gobierno Civil, Aguilar, Madrid, 1979, p. 152

Hobbes y el interés público:

Para Hobbes el ciudadano debe entregar su libertad al Estado a cambio de seguridad. Esta premisa Hobbesiana⁵⁵ inspira el totalitarismo, impulsa a la actuación de la religión como mecanismo para dominar ideológicamente a la sociedad (masas), con el fin de impedir el derribamiento del Estado. Para Hobbes el poder residía en el monarca y los súbditos sólo debían obedecer.

Para este filósofo el Estado tenía como fundamento la individualidad que se cohesiona para formar la sociedad a la que debe proteger a cambio de su libertad y ello otorga derechos al Estado para coaccionar a la comunidad en general, lo cual se constituye en el contrato social en el que todos entregan el poder al soberano. Introduce el concepto de persona; distinguiéndolas entre las naturales y las artificiales de donde surgen los derechos entregados a una persona artificial mediante un contrato.

⁵⁵ Hobbes, (Thomas) Leviathan, Penguin, Londres, 1968.

Rousseau y el interés público:

Para este filósofo⁵⁶ de la ilustración la voluntad general no es delegable y en el pacto social la soberanía se mantiene indivisible. Se transforma la libertad natural en libertad política y ésta en soberanía popular.

Plantea la necesidad de un acuerdo, de una transacción que incluya a los miembros de una comunidad en unas reglas comunes bajo un mismo ordenamiento legal. A diferencia de Hobbes, los individuos no ceden sus derechos a un príncipe o soberano sino que por el contrario éstos permanecen en ellos y los ejercen por intermedio de una voluntad general, que representa el acuerdo de los diversos intereses que confluyen en la búsqueda de un bienestar colectivo. Como contraprestación del ejercicio de las libertades naturales se garantiza el ejercicio de libertades y derechos civiles.

El filósofo señala que con fundamento en este nuevo contrato el poder ejecutivo se subordina al legislativo que impone leyes que representan el poder popular, para que sean acatados por la sociedad. La ley por encima del hombre en particular, más allá del egoísmo del interés privado y para el cumplimiento de estas leyes surge un funcionariado que son los

⁵⁶ Rousseau, (Juan Jacobo). El Contrato Social. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.

encargados; primero de cumplirla y segundo de hacerla cumplir bajo el presupuesto que está plenamente legitimada.

Kant y el interés público:

Pensador alemán⁵⁷ que inserta postulados interesantes en relación con lo público, al señalar que el ciudadano debe usar públicamente su razón y así inmiscuirse en el manejo de lo público y no esperar que otros lo hagan por él. Para Kant, el interés público se da cuando un particular en uso público de su razón opina sobre aspectos que tienen influencia en la colectividad.

Hegel y el interés público:

Hegel, otro ilustrado, plantea que la sociedad civil es el ámbito de los intereses privados que se vinculan por la interacción de sus necesidades, considera que el mundo donde se mueve esta sociedad es el comercio. Sin embargo y a diferencia de los ingleses piensa que este comercio debe desarrollarse con un fuerte control estatal, pues visualiza que el enriquecimiento de los industriales lleva a la pauperización de las masas que venden su fuerza de trabajo;

⁵⁷ Kant, (Immanuel). De la conducta moral y política. San José, Costa Rica. Asociación Libre, 1988.

concluyendo con otros ilustrados que el trabajo es a la vez fuente de riqueza y al mismo tiempo de pobreza de la población.

Considera a los funcionarios públicos como la clase universal que junto al monarca es el agente activo del Estado. Este funcionariado es el portador del interés general y el Estado se encuentra en una posición superior a la de la sociedad civil. Piensa que ese Estado no surge como producto de una suscripción de un contrato entre los individuos que ceden sus libertades a un tercero (Estado); sino que el Estado es un derecho de estos individuos, que se constituyen en clases y se convierte en órgano mediador de tales intereses individuales.

Marx y el interés público:

Marx⁵⁸ piensa que el Estado es la sociedad civil es la que le da su estructura. Distingue entre la sociedad civil y la comunidad. La primera reside en la economía política y la segunda involucra conceptos como la religiosidad, lo étnico, cultural y consanguíneo y expresa que a esta comunidad la disuelve el mercado y rompe los vínculos de la comunidad.

El Estado es un aparato ideológico de dominación y de coerción de dominación; desentrañando de esta manera lo que los anteriores no habían endilgado al Estado; pues es

⁵⁸Marx, (Carlos). "Introducción a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel", Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

propio de sus posturas de dominación de clase por parte del Estado que no surge ni del individuo ni de sí mismo sino del desarrollo de los estadios de la economía, la división social del trabajo, el surgimiento del excedente social y su distribución en la sociedad. El Estado se forma a partir de la “delegación popular revocable” (no de la representación sin responsabilidad), para que éste se subordine a la sociedad.

En este orden de ideas se puede tener claridad en que existe una sociedad que tiene derecho a exigir cumplimiento de una función social que la Constitución Política le ha asignado a la libertad de empresa.

Por tal razón esta sociedad tiene derecho a vigilar el cumplimiento de mandatos constitucionales y una de las formas para hacer práctica esa vigilancia es la supervisión fiscal, que además la ley (y la historia) le han otorgado una capacidad de crítica, puesto que fiscalizar, al tenor del diccionario de la lengua española, significa criticar las acciones de otro y vigilancia es el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno.

Por un lado la actividad de la banca central, es considerada como derecho público (administrativo), mientras que las actividades de la mayoría de las bancas comerciales se regulan por el derecho privado (comercial) por lo que no es posible encasillarla en una vertiente específica del derecho, siendo privada o pública.

En la actualidad, las regulaciones del derecho bancario, según el abogado Luis Alonso Ortiz Zamora⁵⁹ se basan, en cuanto a aquellas que se verifiquen entre el Estado y los intermediarios financieros, y las de estos últimos con sus clientes. Las primeras se ubican dentro del ámbito del derecho público, mientras que las segundas en el derecho privado. Como explica Cottely⁶⁰, dentro del Derecho bancario existe un sector colectivo (público), en el cual están todas las normas que se refieren a la actividad bancaria desde el punto de vista economía Nacional, denominándolo “*derecho de la intervención en los bancos*” o “*derecho de supervisión bancaria*”.

Junto al Derecho Público bancario, se encuentra el Derecho Privado bancario, configurado por normas que se ubican en el Derecho Comercial y en el Derecho Civil, las cuales están referidas exclusivamente a las operaciones entre el banco y el cliente siendo en la realidad el derecho de estas negociaciones.

De esta forma, al confundirse actualmente las normas de Derecho Privado y Derecho Público, en una única unidad de acción denominada “*ordenamiento sectorial bancario*”, haciendo del derecho positivo un todo o unidad homogénea e inseparable, cuyas partes funcionan armónicamente a favor del denominado Sistema Financiero Nacional, dentro del cual toma lugar la actividad bancaria, como lo señala Ortiz Zamora.

⁵⁹ ORTIZ ZAMORA, (Luis Alonso). Ordenamiento sectorial bancario. La perspectiva del Derecho Público. Revista INSTITIA No 240, p. 42.

⁶⁰ COTTELY, (Esteban). Derecho Bancario. 1 ed. España , p.245.

Por otro lado autores como Humberto Jiménez⁶¹, al referirse a la naturaleza de la actividad bancaria señala que en nuestro país no existe una rama autónoma del derecho bancario, pues no existe una legislación estructurada que permita solucionar los problemas jurídicos relativos a los bancos sin tener acudir en la mayoría de los casos a otras ramas del derecho, tampoco una doctrina o jurisprudencia que le permitan afirmar que la rama ha adquirido autonomía y aunque no es un punto determinante no existen asimismo juzgados especializados, ni norma procesales específicas en la materia. Pero considera que la actividad bancaria en Costa Rica, sigue siendo un servicio público, sin desconocer, el interés público de la actividad y la necesidad de someterla a ciertos controles como anteriormente se menciona.

Por otro lado Carlos Villegas señala que la relación de la existencia a través de la historia de características de la actividad bancaria y la legislación destinada a regirla, *“evidencia de la existencia, desde antiguo, de una legislación específica en materia bancaria y monetaria, con principios y normas particulares, que exhiben la realidad de las normas específica de derecho, que si bien toma determinados elementos del derecho comercial común, está influida por un carácter publicístico, al que aquel es ajeno”*⁶². Asimismo señala el intervencionismo que tiene en la materia el Estado, conduciendo la actividad financiera, actuando directamente con los bancos estatales o fijando normas para proteger intereses generales.

⁶¹ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Teoría general de la actividad bancaria. Revista IVSTITIA No 230 – 231, febrero – marzo 2006, p.12.

⁶² VILLEGAS, (Carlos G). Régimen Legal de Bancos. Ed. Depalma, 2da ed. Buenos Aires, 1978, p. 328.

Así mismo, Fonrouge habla acerca de la autonomía de la rama de forma relativa, pues el derecho es una unidad, que se nutre a sí mismo y que, “*ni siquiera el derecho civil que es el más completo y evolucionado, es completamente anárquico*”⁶³. No se puede estudiar el Derecho Mercantil y sobre todo el bancario, viendo únicamente la ley, es necesario revisar la vida comercial, los usos y prácticas mercantiles y bancarias.

El profesor Eduardo Ortiz Ortiz, señala que “*el reconocimiento de un derecho no significa nunca su ejercicio incondicionado, una vez que el Estado ha identificado una actividad del individuo que reputa de interés público*”⁶⁴, con fundamento en los artículos 28, 45, 46 y 50 de la Constitución Política, éste puede intervenir de la misma manera, sin embargo, puede hacerlo básicamente de dos formas, ya sea respetando su calidad privada, regulándola, o bien, convirtiéndola en servicio público.

Ante esto Ortiz Zamora⁶⁵, advierte las consecuencias que una calificación u otra puede tener en el ejercicio de la actividad bancaria, pues como se mencionó en el apartado anterior, si se trata de un servicio público que se delega mediante la concesión, las potestades de la Administración Pública ya no derivan solamente de la norma, sino de la propia declaración concesional que confiere a la autoridad concedente un poder general y continuado de modelización de la actividad.

⁶³ FONROUGE, (Giuliani). Derecho Financiero. Ed. Depalma, 2era ed. Vol I. Buenos Aires, 1983, p. 22.

⁶⁴ ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas N° 35. Costa Rica. Mayo – Agosto 1978.

⁶⁵ ORTIZ ZAMORA, (Luis Alonso). Ordenamiento sectorial bancario. La perspectiva del Derecho Público. Revista INSTITIA N°240, p. 43.

Por el contrario, tratándose de la tutela de las actividades privadas, por más interés público que pueda estar afectado de las mismas, a la Administración únicamente se le confiere las competencias previstas en la norma, por lo en ningún caso puede intervenir individualmente en el ejercicio de la actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, en el tanto que todas las modificaciones debe hacerlas siempre “desde afuera”, es decir, por vía general y por medio de normativa y supervisión.

Cabe señalar, a pesar que se retomará de forma más detallada en capítulos posteriores, que ante una consulta, sobre las potestades legales del supervisor financiero (Superintendencia General de Entidades Financieras y Consejo Nacional de Supervisión Financiera), para exigirles a las entidades financieras domiciliadas en el exterior (“*offshore*”) aporta otros documentos distintos de los previstos legalmente a fin de supervisarlas adecuadamente (supervisión consolidada), la Procuraduría General de la República, concluyó recientemente que no puede considerarse que exista autorización legal para que el CONASSIF o los órganos supervisores determinen que dichas entidades financieras por ejemplo, deban aportar documentos distintos de los previsto legalmente, pues si bien razones técnicas pueden determinar la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico, ello no autoriza su vulneración o sustitución por otras vías distintas de las dispuestas legalmente, es decir, se encuentran limitados por la ley misma generándoles un barrera espacial o territorial en su supervisión, con esto se reconfirma lo que se dijo anteriormente en relación con su intervención sobre las entidades financieras no puede ser de forma directa sino por medio de la ley o la reglamentación por tratarse de una actividad privada de interés público y no de un servicio público.

Sobre el pronunciamiento de la procuraduría se puede mencionar un extracto del mismo que parece importante rescatar para corroborar lo que se ha dicho hasta el momento:

“ La referencia a las "entidades financieras del país" permite concluir que la SUGEF tiene un amplio ámbito de actuación determinado por la naturaleza financiera de la entidad; de modo que cualquier ente domiciliado en el país que pueda ser calificado de financiero, estaría sujeto al control de la Superintendencia. Máxime si se considera que el artículo 117 de la Ley dispone que están sujetos a la fiscalización "los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo...". Debe entenderse, claro está, que estas entidades son sujetos del control en el tanto en que realicen intermediación financiera en el país. En efecto, la Superintendencia es competente para fiscalizar esos entes por el hecho de que realizan intermediación financiera y en el tanto en que esa intermediación se realiza en Costa Rica (artículo 116 de la Ley), el ordenamiento Nacional deviene competente para regular y fiscalizar su funcionamiento y vigilar las consecuencias que el accionar de esas entidades pueda tener respecto de la estabilidad monetaria, financiera y cambiaria de Costa Rica. Y el primer acto de intervención pública en esa intermediación se da, precisamente, con la autorización que extiende la Superintendencia para que un determinado ente realice actividad de intermediación financiera en el país. Con lo anterior, queremos remarcar que los organismos fiscalizados por la Superintendencia son aquéllos que actúan como intermediarios financieros en Costa Rica y que, por ende, la competencia de la Superintendencia tiene un límite espacial. Este aspecto es confirmado por la regulación que la Ley establece respecto de los grupos financieros. Al regular estos grupos, la Ley autoriza que estén integrados por entidades financieras domiciliadas en el exterior (artículo 141), en cuyo

supuesto se dispone que dichas entidades deben: "estar fiscalizadas y supervisadas por las autoridades correspondientes, y cumplir con la regulación del país donde estén registradas". (Artículo 147, inciso c). Las entidades domiciliadas en el exterior se constituyen conforme las disposiciones del país de constitución y sus operaciones en el exterior son controladas por las autoridades competentes en el lugar donde se desempeñan. La disposición legal reconoce que la Superintendencia no ejerce sus competencias respecto de las entidades domiciliadas en el exterior, las cuales, repetimos, están sujetas a la regulación del país donde se establecen y a las autoridades fiscalizadoras correspondientes. Así como tampoco actúa sus competencias respecto de las operaciones que esas entidades realicen en el exterior, según se deriva del citado artículo 147, in fine, de la Ley Orgánica del Banco Central: "Las operaciones que estas entidades realicen en el exterior no estarán sujetas al control monetario del Banco Central ni a la supervisión de los órganos supervisores Nacionales, excepto en lo previsto en este capítulo".⁶⁶

Dicho ejemplo, sirve para establecer el punto de partida de la Procuraduría General de la República, con la tesis que la actividad bancaria no es un servicio público – en sentido tradicional – por lo que tratándose de derechos fundamentales como la inviolabilidad de los documentos e información privada consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, el acceso de la autoridad administrativa a dicha información está sujeto al principio de reserva de ley.

⁶⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamento No. C 320 del 6 de setiembre del 2005

Mora Rojas⁶⁷, señala que en los años treinta la doctrina italiana acudió a la titularidad estatal del poder para crear dinero y a la dogmática del servicio público para explicar y justificar la intervención administrativa en la actividad bancaria, consideró la actividad bancaria erróneamente como un servicio público, pero una vez que se tomó conciencia que para llevar a cabo el ordenamiento de un determinado sector no es preciso ostentar su titularidad, se rectificó la doctrina concluyendo que ninguna normativa atribuía al Estado como propia la actividad bancaria, por lo que no se podía hablar de una transferencia a los particulares de la posibilidad de su ejercicio, así como tampoco como una concesión, aun cuando la resolución n° 3012-2003 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del veintidós de abril del dos mil tres de la Sala Constitucional ha insistido en calificar a las cuentas corrientes como un servicio público prestado por una institución bancaria.

Con la reforma provocada a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica⁶⁸, se entiende por intermediación financiera, la captación de recursos financieros del público en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice.

Esquematizadas las condiciones alegadas anteriormente se puede consensuar que el derecho bancario está delimitado subjetivamente por el empresario bancario, que agrupa un conjunto de normas heterogéneas, que regulan su actividad. En ese conjunto de normas se

⁶⁷MORA ROJAS, (Fernando). Actividad Bancaria: ¿servicio público o empresa? , Revista IVSTITIA N° 236 – 237, agosto – setiembre 2006.

⁶⁸ Ley n° 75558, del 3 de noviembre de 1995

aprecian distintas naturalezas y funciones, existe una dualidad de normas, dos dimensiones fundamentales, una institucional y otra funcional.

La dimensión institucional regula la función estructural del empresario bancario y su regulación y vigilancia, son normas de Derecho Público, de Derecho Administrativo Económico, de observancia obligatoria; abarcan la creación, funcionamiento, cesación y crisis de las entidades de crédito con el fin de garantizar su estabilidad, preservando el correcto funcionamiento del sistema bancario.

La dimensión función al regula la actividad bancaria a través de las operaciones y los contratos bancarios, son normas predominantemente de Derecho Privado, en las que además de las normas de carácter dispositivo se van introduciendo normas de carácter imperativo, cuyo objeto es la protección del cliente bancario, más aún si éste es consumidor.

El derecho bancario es de naturaleza informativa, cuenta siempre con una carácter primordialmente técnico, y por lo tanto también tiende a tener una característica de internacionalidad, que busca masificar las conductas o usos dentro de la actividad comercial bancaria, e inclusive hasta dentro de las normativas en las diferentes jurisdicciones para regular esta actividad.

Como otra característica de la actividad bancaria se encuentra la utilización de condiciones generales de contratación, debido a que sus operaciones se llevan a cabo en masa y

frecuentemente se contrata con consumidores, por lo que habrá que tener presente las normas sobre las condiciones generales de la contratación y sobre la defensa del consumidor. Las normas del derecho bancario gozan usualmente de un componente técnico, producto de un extenso desarrollo normativo, el cual como es de esperarse por ser una actividad tan dinámica, está sometido a constantes cambios, de aquí la especial relevancia del desarrollo reglamentario a través de los órganos de fiscalización, supervisión y regulación financiera.

El desarrollo de los mercados globales, la tendencia a la competencia global o regional y aspectos relacionados con esta competitividad ha dado lugar a un proceso de internacionalización del derecho bancario, que han resultado en producción de normativa comunitaria en relación con esta materia. Ejemplos de esta internacionalización, aunque no puedan considerarse normas jurídicas en sentido estricto (como se analizará más adelante), son las prácticas uniformes reflejadas en reglas comunes, como son las Reglas y Usos Uniformes relativos con los Créditos Documentarios, aprobados por la Cámara de Comercio Internacional, que inicialmente han de ser consideradas condiciones generales de contratación preparadas por una asociación internacional de empresarios; y los "*Principios esenciales para una supervisión bancaria efectiva*" del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que son orientaciones técnicas emitidas por un organismo formado por representantes de Bancos Centrales de diversos Estados como se desarrollará más ampliamente en capítulos posteriores.

Formado un criterio general de la actividad bancaria en nuestro país se podrá entonces proceder en los capítulos siguientes a analizar las normas y las entidades encargadas de regular

y supervisar la actividad bancaria y entender su injerencia y los rasgos de sus responsabilidades en su actividad, en virtud del objeto regulado.

Capítulo II.- Fuentes del Derecho; el uso y la costumbre bancaria, los principios de Basilea y su interrelación con la normativa bancaria.

I. Consideraciones introductorias.

Históricamente el estudio del derecho se ha preocupado por entender la procedencia de su esencia misma, cuando se busca esa esencia en la historia del estudio del derecho, la búsqueda suele ser hallada por diversas teorías o doctrinas acerca de sus fuentes. A pesar de ello, estas teorías distan mucho de ser inequívocas y requieren un marco histórico al cual responder para tener un sustento entre lo posible sostenido, para ello se realiza una previa delimitación teórica y conceptual con el fin de tener claros y definidos conceptos básicos de lo que se entiende como fuente del derecho, pues después de todo el Derecho se puede reconstruir por medio de la historia de sus fuentes.

II. Conceptuación de las fuentes del derecho.

El Derecho como se verá en detalle más adelante, proviene de distintos acervos de creación normativa, que se institucionalizaron dentro del ordenamiento jurídico; el derecho también proviene de un conglomerado de factores no uniformes, que conspiraron para su conformación, es por ello que al iniciar con la interrogante de la fuente de donde emana el Derecho, se debe remitir a la pregunta más sencilla de la cuestión, la cual nos proveerá un

punto de partida para poder entender el fundamento de su creación, remitiendo para ello a las situaciones o circunstancias de hecho que sustentan su nacimiento.

Se podría afirmar que las fuentes del derecho son los factores que designan el origen de partida del Derecho, pues indican de donde provienen y permiten analizar su función asignada y la razón de ser de la norma. Sin embargo, para lograr un concepto más acertado se analiza el hecho que cuando se hace referencia a las fuentes del derecho éstas responden al momento histórico y sociocultural concedido no solo dependiendo del momento en que se analiza sino también de la concepción que se desea darle. Es entonces con aras de focalizar este estudio que existen tres perspectivas distintas de “*Fuentes del Derecho*”, generalmente aceptadas, las cuales interesan, porque poseen influencia en el desarrollo de la vida del mismo.

Una concepción filosófica que se pregunta por los factores constitutivos de la norma jurídica atendiendo a su justificación o fundamentación, esta concepción no busca una explicación dentro del Derecho sino más bien fuera de él.⁶⁹ La concepción socio-política: en la cual el origen del Derecho es entendido como el conjunto de factores de orden histórico, económico, social y político que influyen en la producción de normas jurídicas. Este análisis se lleva a cabo desde el campo de la sociología del Derecho, la Política jurídica y la historia del Derecho. Finalmente, se analiza la concepción jurídico-formal o técnico-jurídica, que considera a las fuentes del Derecho como los modos de producción del mismo, basados en la idea de que las propias normas jurídicas son las que establecen cómo se producen otras normas

⁶⁹ HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Las Fuentes Normativas, San José, Costa Rica, Editorial UACA Coligium Academicum, 1981.p 70

jurídicas, muy cercana a esta concepción está la concepción Kelsiana⁷⁰ de las fuentes del derecho. En este sentido se puede hablar de fuentes formales del Derecho.

En este apartado y para efectos de nuestra investigación la perspectiva relevante fue enfocarse principalmente en el tercero de los análisis anteriormente señalados, el objetivo es la identificación de los modos de producción del Derecho, para lo cual se examinaron las fuentes como un instrumento conceptual que permite comprender la estructura del ordenamiento jurídico, la clasificación y jerarquización de las normas que lo componen.

Se intenta introducir los procesos de inducción y creación de normas por parte de las autoridades Nacionales principalmente buscando llevar el enfoque a las normas producidas para la regulación y supervisión de las entidades financieras, pues es el objeto de la presente investigación. Sin embargo, esta investigación también realiza un esfuerzo por no dejar de lado la concepción privada de la actividad bancaria que finalmente se verá como posee una poderosa influencia sobre las diferentes normas que poco a poco, con la implementación práctica, empiezan a configurarse como usos habituales, constituirse primero en costumbre comercial y finalmente institucionalizarse en normativa.

⁷⁰ KELSEN, (Hans). Teoría Pura del Derecho: Introducción a la ciencia del derecho, (24 edición) Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 198

Anterior a continuar de lleno con el tema de las fuentes del derecho siempre es prudente repasar de forma brevísima la historia y concepción del sistema político democrático costarricense, y por esa razón se presenta la siguiente reseña.

III. Breve Reseña del Sistema Político Costarricense:

La creación normativa en Costa Rica, está estrechamente relacionada con la estructuración de los poderes del Estado, lo cual no se aleja en mayor grado de las concepciones tradicionales de la doctrina del Estado democrático moderno, como se sabe está regido por tres poderes fundamentales, cada uno de ellos independiente el uno del otro, y actuando como freno y contrapeso de sus homólogos políticos y por lo tanto, garantiza la “*estabilidad democrática de la nación*”

El artículo noveno de nuestra Constitución Política, reza:

“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y los tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de

los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuye esta Constitución y las leyes.” (El subrayado es nuestro)⁷¹

Tradicionalmente es el poder legislativo, el encargado de la creación normativa y como bien lo acota el tratadista de derecho administrativo Eduardo García de Enterría en su Curso de Derecho Administrativo: *“El parlamento más que un órgano del Estado es un órgano del pueblo, auténtico titular de la propiedad del poder, titularidad que ejerce a través de sus tres funciones esenciales: el control del gobierno, la aprobación de leyes y la adopción de las decisiones políticas fundamentales”⁷².*

Para Rubén Hernández el concepto de división de poderes es utilizado de manera errada, puntualiza el autor que:

“...Lo que usual aunque erróneo se suele designar como “separación de poderes” estatales es en realidad la distribución de determinadas funciones públicas entre diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes” pese a lo profundamente enraizado que se encuentra, debe ser entendido de una manera meramente figurativa”⁷³

⁷¹ Ver referencia a documento completo en <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/normativa/contituci%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20de%20costa%20rica.doc>

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA,(Eduardo) y FERNÁNDEZ,(Tomás Ramón) Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, S.A. Madrid 1981, p. 26

⁷³ HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). El Control de la Constitucionalidad de las Leyes, Editorial Juriscentro S.A., San José, Costa Rica, 1978, p. 135.

En general para Hernández, la función estatal es una sola, y cada una de las funciones delegadas a los poderes deben ser entendidas como parte del todo de la función del Estado, es por ello que considera más acertado hablar de una división de funciones en lugar de una división de poderes, pues el poder del Estado es uno, manifestado en sus múltiples funciones.

De esta forma y como se verá de forma más precisa en capítulos posteriores el Estado se vincula como un todo en una sola función, por lo que a su vez también es responsable por el resultado de sus acciones y procesos, más allá de ser una organización de distintas entidades que funcionan por separado para lograr acciones focalizadas, el Estado debe ser entendido como una unidad organizacional, estrechamente vinculada entre cada una de sus partes.

Adicionando a esto se puede traer a la mención el artículo 50 de la Constitución Política que vincula la actividad estatal a un fin y que genera relaciones de responsabilidad y poder soberano en la actividad estatal, dice textualmente el artículo 50:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción en el más adecuado reparto de la riqueza. (...) El estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”⁷⁴

⁷⁴ Ver referencia a documento completo en <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/normativa/contituci%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20de%20costa%20rica.doc>

El poder concedido al Estado para velar y vigilar por estos asuntos viene también vinculado a lo que algunos tratadistas que hablan sobre la creación de normativa y fundamentaciones de los ordenamientos jurídicos, han referido como “*La decisión política fundamental*”. Para familiarizarse con este término que a lo largo de esta investigación se verá por tener un significado de peso, se puede definir que “*La decisión política fundamental*” consiste en una elección del camino político como respuesta a una situación de facto, ya que existen varias posibles respuestas, por tanto decide cuál es el camino que seguirá el Estado frente de la decisión a tomar.

Algunas de las doctrinas más difundidas entienden que esta decisión política fundamental está principalmente otorgada al Poder Legislativo, en el caso de Costa Rica, la Asamblea Legislativa; la cual es el órgano representante del pueblo, sin embargo, no se puede dejar de lado que existen otros órganos de creación de la decisión política fundamental, entre los cuales también pueden mencionarse el Poder Ejecutivo, y por supuesto la ciudadanía misma. Puede en ciertos presupuestos ser el principal detentador del poder.

Concentrándose en el tema principal, se analizará más a fondo el tema de la creación de normas de manera general en la doctrina y posteriormente los detalles particulares de nuestro sistema jurídico costarricense.

IV. Criterios Generales de la Fuentes del Derecho:

Los sistemas normativos que prevalecen en una sociedad en un momento determinado permiten distinguir el modo de vida de sus miembros y resulta ser un determinativo para distinguirse de otras sociedades que se rigen por diferentes sistemas normativos. El derecho sin embargo, no puede ser entendido como la consumación del mundo de las normas, junto a él o más específicamente junto a las normas de carácter jurídico, coexisten normas religiosas, morales, éticas, así como factores que lo afectan como el momento histórico, variantes de índole política, financiera, entre muchas otras.

Para el autor italiano Romano Santi⁷⁵, la sociedad es la base sobre la cual el derecho y la organización funcionan o se crean como medio de realizar el orden, es decir, existen derechos sólo si existe un orden social organizado. Por ello también otro autor reconocido de los textos normativos acota que el derecho es una creación posterior al orden social y responde, se modifica y alimenta de los cambios sociales a manera de respuesta.

Según las teorías institucionalistas, por ejemplo, las teorías propuestas por Bobbio,⁷⁶ la institución nace, allí donde surja y tome forma una disciplina de las conductas individuales,

⁷⁵ ROMANO SANTI, El ordenamiento jurídico, traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo Madrid Instituto de Estudios Políticos 1963, pág. 288

⁷⁶ BOBBIO, (Norberto), "Teoría della norma giuridica" Torino 1958, páginas 20-23. Citado por Rubén Hernández Valle en "Las Fuentes Normativas". San José Costa Rica Editorial UACA (24 edic), 1981 p. 63.

disciplina destinada a conducir las a un fin común. De donde se deduce que para que un grupo inorgánico se pueda institucionalizar es necesaria la concurrencia de tres puntos fundamentales:

- que sean fijados fines que la institución persigue;
- que sean establecidos los medios principales que se consideren idóneos para alcanzar aquellos fines y
- que sean atribuidas las funciones específicas de cada componente del grupo a fin de que cada uno de ellos colabore a través de los medios previsto, a la consecución del fin.

Dicho lo anterior entonces se ve que los procesos de producción de norma y los procesos de institucionalización de normas no vienen separados o bien no puede existir el uno sin el otro, porque siempre que existe un grupo organizado intrínsecamente entonces existirán reglas de conducta que regulan o procuran el mantenimiento de esa organización.

V. Desarrollo de las Fuentes del Derecho Bancario:

Una distinción muy básica en relación con las fuentes del derecho que se pueden trazar es entre lo que son fuentes de conocimiento, fuentes de producción y fuentes de elaboración. En la investigación jurídica del señor Rubén Hernández Valle⁷⁷, se señala como la palabra “*fuerite*” es en realidad una metáfora, por lo que puede confundirse o prestarse a confusión en cuanto a

⁷⁷ HERNÁNDEZ VALLE,(Rubén) Derecho Constitucional, Editorial Juriscentro S.A., San José, Costa Rica, 1978, pág. 175.

su significado, por lo que según el autor se debe entender que las fuentes son el acto o hecho creador de las normas jurídicas en un ordenamiento jurídico, véase tal distinción.

1. Fuentes de producción:

Son el órgano o sujeto competente para producir norma, en este sentido, fuente de producción es el órgano estatal (asamblea legislativa) o bien todos los miembros de la comunidad que den un uso continuado a una norma (en el caso de la costumbre). Cuando se hace referencia a las fuentes de producción, la referencia directa es a los hechos o actos jurídicos que tienen como efecto final la creación, modificación o derogación de las normas de un ordenamiento jurídico. Ejemplo de lo anterior es cuando se hace referencia a la Ley o al Reglamento como fuente de norma con cierto carácter coercitivo.

2. Fuentes de cognición:

Son el acto o documento en el cual se contienen las normas jurídicas, puede ser constituido por un acto legislativo formal, en este caso la ley o bien un acto administrativo formal en el caso de los reglamentos o un simple comportamiento en el caso de la costumbre, se hace referencia al significado a un conjunto de instrumentos que permiten conocer las disposiciones y las normas.

3. Fuentes de Elaboración:

Que vienen a ser el procedimiento de creación de las normas al cual el ordenamiento le reconoce tal idoneidad. Por consiguiente la Constitución y a veces los tratados y la ley son los que habilitan a determinadas personas y órganos estatales para elaborar las normas jurídicas, conforme a un procedimiento determinado.

En síntesis y de acuerdo con nuestra percepción las fuentes de derecho son los actos, ya sean legislativos o administrativos de los cuales deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. En el sentido amplio se puede entender como los órganos de los cuales emanan o se producen las normas (aquellos que tienen facultades normativas o de creación de norma).

La doctrina ha pretendido realizar una clasificación de lo que son las fuentes del derecho dividiéndolas en Fuentes Formales y Fuentes Materiales.

Desde luego las normas en el derecho Nacional están intrínsecamente relacionadas con distintos factores de los cuales provienen y resulta de importancia analizar la teoría de las fuentes porque es a través de ella, que se va a ir formulando un esqueleto posible de normativa general, en este caso a nivel Nacional y de sus fuentes específicas, que se verá en que la especialidad de la materia tratada, estas fuentes no solo varían su diversidad en relación con el estudio de las fuentes de producción sino que también tienen importancia en relación con las

fuentes de cognición, lo anterior porque muchas veces se verá que las normas están referidas a usos comerciales que poco a poco se van afianzando como norma y terminan institucionalizándose como tal, en este sentido más adelante se comentará a fondo sobre la costumbre y la creación de normas de carácter consuetudinario.

Para Kelsen⁷⁸ la fuente de validez de una norma se encuentra en otra norma, porque la validez de una norma dentro de un ordenamiento dado se encuentra en el hecho de haber sido producida o autorizada de conformidad con otras normas superiores, las cuales pueden considerarse, por lo tanto fuente de validez en el mismo sentido en que cualquier otra norma jurídica puede considerarse fuente de calificación jurídica.

En este análisis a primera vista se encuentre un conflicto de cognición al momento de enfrentarse a la realidad y reconocer que existen normas que son creadas a través de los usos o las costumbres comerciales, es decir que no necesariamente basan su fundamentación en una norma jurídica existente, sino que más bien surgen como respuesta a una práctica continuada de una sociedad determinada en tiempo y actividad.

Tratando de explicar que sucede entonces con las normas que no nacen a la luz de las normas de un ordenamiento jurídico institucionalizado como el caso específico de la costumbre, los tratadistas coinciden en que esta fuente se vuelve posteriormente norma al

⁷⁸ KELSEN, (Hans). Teoría Pura del Derecho: Introducción a la ciencia del derecho, (24 edición) Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 203

encontrar otra norma legitimadora que le provee de esa validez o esa acepción dentro del ordenamiento jurídico institucionalizado pasando a ser del mismo.

La doctrina ha hecho clasificaciones abundantes sobre las normas y en esta investigación se encuentra vasta información sobre esto, pero en aras de no convertirla en una investigación histórica sobre las diferentes acepciones y clasificaciones se ha decidido hacer mención a la clasificación más generalmente aceptada por la doctrina jurídica costarricense que las clasifica principalmente en: fuentes formales, fuentes reales o materiales y fuentes históricas según el autor Rubén Hernández Valle⁷⁹ se pueden mencionar que las siguientes

4. Fuentes formales:

Se entiende como las fuentes jurídicas o fuentes formales del derecho las que denominan la manera como los preceptos contenidos en las normas, adquieren carácter de obligatoriedad, es decir, se convierten en normas coercitivas, colocando todo el aparato del Estado detrás de la posibilidad de materializar una sanción en el caso de su incumplimiento, lo anterior es lo que hace que las normas adquieran el carácter de jurídica, es decir, obligatoria por ser coercible.

Así, cuando se habla de la Constitución como una fuente formal de derecho se puede hacer referencia tanto al "*acto*" producto del ejercicio de la potestad constituyente (esto es, la

79 HERNÁNDEZ VALLE,(Rubén). Antología de Derecho Constitucional, UCR Cátedra de Derecho Constitucional, San José, Costa Rica, 1983, p. 75

facultad de dictar normas constitucionales) como el "*texto mismo*" en donde se encuentran las normas.

En segundo lugar se puede caer en confusión del concepto de fuente formal del derecho porque es común que ciertos juristas incluyan en sus clasificaciones otros tipos de fuentes que no son consideradas como fuentes formales estrictas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico costarricense pues para la doctrina general las fuentes formales en sentido estricto únicamente incluyen la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho.

5. Fuentes reales o materiales:

Se denominan fuentes reales o materiales a todos los fenómenos que concurren, en mayor o menor medida, a la producción de la norma jurídica, y que determinan el contenido de la misma; entre tales fenómenos se puede citar: el medio geográfico, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas del pueblo, especialmente de los legisladores, líderes políticos, dirigentes obreros, empresarios, juristas o jueces; el afán de novedades, o, a la inversa, el excesivo tradicionalismo y la rutina, la organización económica, entre otros fenómenos son la razón por la cual el legislador responde regulando la conducta del hombre a través de un imperativo legal.

El legislador estudia el fenómeno social que va a regular con las necesidades del grupo, formas de conducta que debe reglamentar junto con los factores antes mencionados, finalmente es que se determina el contenido de la norma jurídica, la cual viene a solucionar el conflicto de intereses que justifican la oposición de la norma. Recapitulando las fuentes materiales del derecho son las fuentes extra jurídicas, los factores, las circunstancias, los elementos condicionantes que finalmente vienen a determinar el contenido de la norma jurídica.

6. Fuentes históricas:

Las fuentes históricas son aquellos documentos que hablan o se refieren al derecho, en la antigüedad, estos documentos eran muy diversos, papiros, tablillas, etc. El término refiere más bien a las fuentes jurídicas según su aplicación en el tiempo. Serán vigentes las fuentes positivas actuales que no han sido derogadas por otra ley o por el reglamento que no ha sido sustituido por otro. Serán históricas las fuentes que han venido perdiendo su vigencia y se sitúan en la historia del derecho positivo y que de alguna u otra forma de éstas se desprenden normas importantes, instituciones jurídicas que han respondido a los cambios del tiempo y la sociedad que las instituye.

Norberto Bobbio distingue también entre fuentes directas e indirectas del Derecho (*estas últimas las divide, a su vez, en fuentes reconocidas y fuentes delegadas*)⁸⁰. La ley es una fuente directa del derecho en los ordenamientos estatales modernos. La costumbre es un caso

⁸⁰ BOBBIO, (Norberto. Teoría general del Derecho (1958 y 1960)). Traducción castellana de Eduardo Rozo Acuña, 2 ed. España. 1991, p. 25.

típico de fuente indirecta reconocida, cuando la legislación reconoce o acoge las normas elaboradas consuetudinariamente.

Finalmente, casos típicos de fuentes secundarias delegadas son los reglamentos y los actos contractuales celebrados por los particulares, debido a que la producción de los reglamentos y de los contratos se confía al poder ejecutivo y a los particulares, respectivamente. Sin embargo, sobre esta línea también se verá que puede generarse cierta problemática en relación con las normas secundarias delegadas, en especial cuando éstas son concedidas por el poder soberano en materias de mucha especificidad o criterios técnicos en los cuales es preciso que la intervención del poder soberano del Estado esté presente.

En definitiva, el sentido de la expresión “*fuentes del Derecho*” que resulta relevante para la Teoría del Derecho es el que se concibe como fuentes de producción. Se puede entonces concretizar que por “*fuentes del Derecho*” han de entenderse el hecho o el acto que es causa de tales normas, con independencia de que también éstas sean fuentes de derechos, deberes, obligaciones, etc. Al referirse al concepto se habla de los hechos o actos de producción normativa, es decir, al acto normativo de contenido prescriptivo.

VI. Teoría de la Fuentes de la Escuela Histórica de Savigny:

Una de las teorías más importantes en este estudio del derecho, sino la medular, cuando se hace referencia al tema de las fuentes del derecho es la teoría desarrollada por la escuela

Histórica de F. C. Savigny, la cual por su impresionante precisión se convirtió en la conceptualización moderna de la expresión “*fuentes del derecho*”.

Para Savigny⁸¹ las fuentes del derecho son las bases del derecho en general y las instituciones mismas, una serie de reglas o principios propios de la convivencia social que se puede si se quiere abstraer de la norma. Otros autores posteriores a Savigny como uno de sus más sobresalientes discípulos J F Puchta hace referencia a las primeras tres fuentes de derecho, que en su momento el autor define como el Derecho consuetudinario, la legislación y el Derecho científico.

Inicialmente nació como una especie de crítica a las ciencias jurídicas de su época (siglo XIX) y es por ello que en sentido estricto dista de lo que se entiende como la teoría histórica de las fuentes del derecho, como todo estudio fue un proceso de recopilación y desarrollo para poder considerarse hoy una de las teorías sobre las fuentes del derecho más influyentes en el mundo moderno.

La teoría de Savigny (también conocida como teoría tradicional) logró dentro de sus principales alcances el predominio de la ley en el sistema jurídico, logrando además un vínculo entre el mismo término fuentes y la referencia al origen de las normas. Vincula como ya se ha venido diciendo la función del parlamento con la representación del pueblo y esto generó a su vez entonces que la Ley la cual es producto del parlamento sea revestida de cierta legitimidad

⁸¹ SAVIGNY, (Friedrich Karl von), Metodología jurídica. Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 60

inicial, pues quien mejor que el parlamento para representar los deseos de la mayoría, la expresión de la voluntad popular institucionalizada.

Posteriormente, fue en Alemania principalmente que se inició un fenómeno de codificación que después se extenderá por todo el continente, pero esta vez con una concepción distinta a las versiones de codificación anteriores a esta época, esta vez la relación entre la costumbre y la ley estaban estrechamente relacionadas.

No se puede dejar de lado la importancia que tuvo la teoría tradicional en el impulso del positivismo del sistema jurídico liberal que al momento fue emergente, y evidentemente como ya se ha recalado en el aseguramiento de la “ley” como cuerpo predominante sobre otras categorías normativas.

La doctrina tradicional se generalizó de forma muy acelerada, siendo acogida por los pandectistas de forma relativamente pronta, extendiéndose a la doctrina francesa, y pronto convirtiéndose en una teoría de gran acogida y estabilidad que tiene vigencia aún en complejos ordenamientos jurídicos de hoy.

En este punto la teoría desarrollada por Kelsen constituye una aportación a la teoría de las fuentes en relación con su principal aporte sobre la pirámide jurídica, que institucionaliza teóricamente la omnipotencia del legislador.

La expresión fuentes del derecho, es sustituida por Kelsen por el concepto de “*modos de producción jurídica*”, su aporte no solo se extiende a estas variaciones conceptuales sino también a toda una formidable teoría jurídica sobre la jerarquización de las fuentes jurídicas.

La concepción dinámica del sistema jurídico es también parte de su aporte fundamental en el cual además de concebirse estructurado jerárquicamente logra configurarse un conjunto unitario y sistemático. Según Kelsen, todo el conjunto de normas jurídicas se derivaría en cascada de una norma hipotética fundamental, una norma implícita, no formulada pero que los juristas aceptan como válida de forma tácita⁸². El ordenamiento jurídico se concibe como una construcción escalonada en la que las normas más abstractas y generales se irían concretando gradualmente.

Según Rubén Hernández, “*Las fuentes constituyen justamente el medio a través del cual se realizan los cambios de las normas, tomando en cuenta las cambiantes necesidades sociales, dentro de la dinámica del ordenamiento normativo en su dimensión temporal*”⁸³.

Es por ello que en este análisis es tan importante tomarse el tiempo de repasar toda esta concepción de las fuentes del derecho, y darse en detalle una idea de cuáles son las concepciones teóricas de las mismas en aras de clarificar en forma correcta las fuentes como

⁸² KELSEN, (Hans). Teoría Pura del Derecho: Introducción a la ciencia del derecho, (24 edición) Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970 , p. 28.

⁸³ HERNÁNDEZ VALLE,(Rubén). Las Fuentes Normativas, Colegium Academicum UACA, San José, Costa Rica, 1981, p 43

motores principales del derecho como ciencia jurídica y dentro de la actividad humana, regulando la actividad social, en este caso particular la actividad económica, específicamente la bancaria.

Acota el autor también que: *“la inagotabilidad de las fuentes implica por lo tanto, que las normas producidas por ellas de manera incesante pueden divergir y entrar en conflictos recíprocos, por el simple hecho de haberse creado en momentos diversos o en circunstancias diversas. En los Ordenamientos más complejos, donde la pluralidad de las normas contrastantes es aún mayor, especialmente en aquellos casos en que existen normas jurídicas concurrentes, es decir, idóneas para regular las materias”*.

Sobre esta misma idea y brindando un enfoque más relacionado con esta investigación se puede tomar lo anterior y teorizar sobre las divergencias que las normas bancarias en muchos aspectos presentan, y que forman parte de una continua implementación en la actividad económica de las instituciones financieras.

De esta manera se tiene que entender que la actividad regulatoria del derecho bancario deber ser una de las más dinámicas y cambiantes, con situaciones críticas y delicadas para lo cual la norma no solo debe ser flexible y eficiente para no detener o funcionar como freno en el desarrollo de la actividad, pero también debe ser lo suficientemente estricta o rígida para mantener el control soberano del Estado en una actividad que como se ha venido diciendo, es

parte de un interés público, otorgado como una obligación constitucional al Estado como figura jurídica detentadora del poder y control social.

VII. Reconocimiento de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico costarricense:

El ordenamiento jurídico costarricense proviene de la familia de los ordenamientos latinos o del derecho continental, con algunos tintes de sistemas como el francés y el alemán que por razones históricas fueron insertados en la realidad Nacional gracias a que sirvieron de modelos de organización preexistentes y funcionales (y en algún caso inspiracionales), consecuentemente se cuenta con una estructura predominantemente legal, así referencia a las fuentes del derecho, verbigracia de lo anterior, el Código Civil de 1988 refiere a la fuentes del derecho, refiriéndose el primero de sus artículos como sigue:

*“ARTÍCULO 1.- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados interNacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico”.*⁸⁴

⁸⁴ Código Civil 17 Ed. San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, Ley No 30 del 19 de abril de 1885, título preliminar Capitulo I

Aún cuando el citado artículo puede leerse relativamente sencillo, tiene estructuralmente en el ordenamiento jurídico una importancia medular, pues a partir de este artículo se constituyen las fuentes del derecho a partir de una idea “*legalizada*”.

Anterior a la norma del Código Civil, era únicamente la doctrina la que hablaba de “*fuentes del derecho*” y por lo tanto se quedaba en la parte del estudio de las mismas, pero no institucionalizaba el concepto. Este artículo si bien ha sido modificado de su texto original en 1988, no ha perdido su esencia en cuanto a la institucionalización de las normas.

Al hacerse un análisis más minucioso y de la realidad comercial en la actividad bancaria costarricense se encontrará que si bien la ley es el pilar fundamental de la regulación bancaria, dicha regulación está también tintada de muchos elementos claros de costumbre, usos comerciales, y legislación delegada en razón de los tecnicismo necesarios en la actividad de las entidades financieras y del negocio de la actividad bancaria, que en aras de una especificidad técnica que no necesariamente se va a encontrar en el legislador común, al delegar éste último la regulación en otros entes más especializados, trata de resolver el vacío técnico que enfrenta al positivizar materias en las cuales su conocimiento de la actividad debe ser más completo para poder regular de manera clara, eficaz y continua.

Sobre la misma línea se puede mencionar que claramente se encuentra un concepto de jerarquización establecido de forma clara en el articulado segundo del título preliminar del Código Civil que habla de un esquema claramente definido donde la importancia de las normas tiene categorías establecidas, y funcionan como herramienta básica para poder distinguir en

caso de tener antinomias que se pueden presentar cuando se está ante una disyuntiva de regulación.

En segundo lugar dentro del mismo título preliminar se regula en las fuentes formales del derecho el uso y la costumbre como fuentes supletorias y de los principios generales del derecho cuando no existe norma escrita o uso y costumbre que permita delimitar la conducta a seguir. Hace referencia a los tratados y normas internacionales y la salvedad de la necesidad que deben pasar a formar parte del ordenamiento jurídico costarricense para poder contemplarse como norma aplicable.

Lo cual lleva a reflexionar sobre la importancia de la costumbre y el uso como fuentes supletorias, pues en el presente análisis del derecho bancario y de la actividad financiera como un todo, la costumbre comercial es uno de los principales mecanismos de modernización del derecho como ciencia jurídica y como elemento de regulación de la actividad de los particulares.

Así también, la referencia a los tratados internacionales es de suma importancia cuando se analiza el tema de la actividad financiera, y en especial cuando se debe ligar a los principios de Basilea, pues los principios recomendados por el Comité de Basilea, no pueden ser entendidos en ningún sentido como norma internacional, y dentro de la concepción doctrinaria no tiene coercitividad jurídica asignada, porque son principios sugeridos para la mejor supervisión de la actividad financiera, éstos se llegan a implementar como costumbre u uso

comercial para el mejoramiento de la actividad comercial, y junto a ello se consideran de carácter internacional, puesto que su producción intelectual viene de un órgano que si bien no tiene un reconocimiento fundado en un “*organismo internacional*”, dentro de la actividad económica mundial sus recomendaciones tiene una fuerza casi institucional que lo vincula dentro de un marco de competencia y eficiencia de la actividad misma.

Una tercera referencia que hace Código Civil, en cuando a la obligación de los tribunales de atender al sistema establecido de fuentes y de los procedimientos para derogar una norma, entre otros datos de importancia.

Las disposiciones antes citadas son vinculantes y se interrelacionan con normas de rango inferior, y pueden ser aplicadas para otras ramas del derecho en las que sea necesario suplir esta materia. Cualquier ley puede determinar su eficacia temporal, personal y territorial con el único límite de no vulnerar lo dispuesto en la Constitución o en normas de rango similar.

Ahora es necesario repasar someramente cada una de las fuentes del derecho, cuál es la función que el ordenamiento jurídico costarricense le ha asignado como fuente del derecho, además su posición jerárquica.

VIII. Clasificación de las fuentes del Derecho Bancario Costarricense:

1. La Constitución:

La Constitución puede vislumbrarse como norma suprema que regula las fuentes del derecho, es decir *la norma entre las normas*. En Costa Rica, el actual cuerpo constitucional data de 1948, posterior a la conformación de la Segunda República, proceso en el cual después del conflicto civil Nacional se logró crear la actual Constitución Política.

Como norma suprema del ordenamiento, la Constitución condiciona a las demás normas por debajo de su jerarquía, y determina la invalidez de normas de rango inferior que la contradigan, esta afirmación es posible realizarla a partir de dos condiciones:

- La Constitución es elaborada por un poder distinto al que elabora las leyes, y está instituido por la propia Constitución, el poder constituyente, el cual es anterior inclusive a las instituciones políticas que ésta determinará para el desarrollo político del Estado que constituye.
- Institucionaliza una jurisdicción constitucional, es decir, una serie de normas generales de carácter primordial que funcionan como el consenso del sentir popular, el espíritu democrático y la representación de la mayoría para constituir lo que se define como Estado de derecho.

La Constitución es entonces el producto de un pacto social que fundamenta la sociedad civil misma y el parámetro que rige la producción normativa y su efectividad y legitimidad en el Estado que ésta fundamenta. Por sí misma logra vincular a los ciudadanos ya que el poder constituyente nace de la ciudadanía, y es por eso que se instituye con capacidad de vincular a los poderes públicos en su actuación.

De forma muy general la Constitución costarricense fundamentalmente regula aspectos sobre la conformación de la República como Estado democrático, la ciudadanía, sus alcances, derechos y limitaciones, los derechos y garantías individuales, derechos y garantías sociales, derechos y deberes políticos, la institucionalidad del sufragio, la institucionalidad del Estado en sus tres poderes, la Hacienda Pública, y las reformas constitucionales.

La supremacía constitucional está sustentada en aspectos varios que están conectados ampliamente con la política del Estado en cuanto al manejo de su organización jurídica, en el caso del Estado costarricense como en muchos de los casos de los Estados Latinoamericanos o Europeos de derecho continental, la supremacía de la Constitución viene sustentada desde la percepción Kelseniana de la jerarquía de las normas y la norma fundante que daba origen a la Constitución de un Estado.

Sin embargo, se puede encontrar en otras latitudes y concepciones de ordenamientos jurídicos, por ejemplo, la anglosajona que la Supremacía de la Norma Constitucional emana

fundamentalmente de un tratamiento jurisprudencial; a manera de ejemplo, en el caso de los Estados Unidos de América, la Supremacía nace de la sentencia del Juez Marshall en el caso de Marbury vs. Madison en el cual se pone en discusión si el parlamento podría modificar el mandato constitucional por medio de una Ley común, a lo que la respuesta inicial es que esto no sería posible, institucionalizando la Supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico⁸⁵.

Adicionalmente enfatizando en el control constitucional de la Ley, tendencia que poco a poco y gracias a la globalización, más y más países del derecho continental han venido copiando e implementando dentro de sus sistemas jurídicos, de lo cual Costa Rica no es la excepción, lo anterior mediante al control constitucional del Tribunal Constitucional costarricense creado a través del artículo 10 de la Constitución Política.

Como se puede notar a primera mano, la Constitución puede ser una fuente que se manifiesta como alejada del individuo y relegada a situaciones en las que debe regular únicamente las esferas específicas del derecho, fue a partir de 1989 por medio del poder judicial, con la creación de la Sala Constitucional que se acerca y dinamiza el concepto de las normas constitucionales y a la Constitución misma, poniéndola de cierta forma más al alcance del ciudadano, garantizando la supremacía de la norma constitucional mediante mecanismos de protección a su modificación y preceptos generales que sean más expeditos y más claros.

⁸⁵ ÁLVAREZ CONDE,(Enrique)(1999). Curso de Derecho Constitucional, 3era edición, Madrid, 1999, p. 154.

A partir de 1998 la jurisdicción constitucional cambia su corte formalista y reservado, casi inamovible y circunspecto únicamente para regular en las situaciones específicas donde era necesario cotejar la norma con la Constitución y se convierte en un órgano más cercano al ciudadano por medio de la Sala Constitucional. Sin embargo, la Constitución no pierde su vigencia y condición sobre las demás normas.

En este tipo de Constitución rígida se establecen ciertos mecanismos para su reforma que generan procedimientos especiales del procedimiento ordinario legislativo, la Constitución Política presenta el carácter de ser la primera fuente del derecho, lo que exige para su alteración una manifestación reforzada del principio democrático, exigiendo mayorías calificadas, presenta un límite material que se configura como exigencia misma del sistema: el poder de reforma puede ir tan lejos como pueda ser necesario, pero no puede abrogar el propio sistema democrático-liberal.

2. Los tratados internacionales y normas de carácter internacional:

En nuestro sistema político existe inicialmente un principio básico de soberanía del Estado frente a los demás estados de la comunidad internacional, sin embargo, en un mundo moderno cada vez más globalizado, pretender que un estado no conserve relaciones internacionales al menos con sus vecinos territoriales resulta casi imposible.

Históricamente el país ha tendido a tener buenas relaciones internacionales y el sistema político contempla en su desarrollo la inclusión y manejo de las normas internacionales como tratados y concordatos internacionales dentro del ordenamiento del Estado.

Sin querer abordar el tema de manera muy profunda, pues si bien es un tema sumamente interesante es también bastante extenso, la inclusión de los tratados y normas de carácter internacional que se incluyen en el ordenamiento jurídico costarricense y que pasan a formar parte del mismo y de su jerarquía normativa a la luz de ser entendidas como fuentes del derecho costarricense.

Existen órganos internacionales con facultad de promulgar directamente normas obligatorias de carácter general. Estos acuerdos no requieren ratificación alguna para su validez y sus normas pueden obligar tanto a los Estados como a los particulares, son normas que generan lo que en el derecho internacional se ha venido analizando como “*legislación internacional*”.

La doctrina del derecho internacional tiene varios intentos por definir y dar al derecho internacional características fundamentales para poder diferenciarlo de otro tipo de ramas del derecho, y en un análisis detallado se puede observar que el derecho internacional podría encontrarse o estar vinculado a la mayoría de las ramas del derecho.

Sin embargo, la doctrina misma, reconoce que el derecho internacional carece de cohesión y de coercitividad en relación a su capacidad normativa, lo que genera un conflicto

inicial en relación con la capacidad real del derecho internacional para generar norma, es decir, para obligar a los sujetos del derecho internacional que finalmente son los estados de la comunidad internacional y su capacidad de tener medidas de coerción efectivas frente al incumplimiento de su normatividad.

La normatividad no solo se ve relacionada con los acuerdos internacionales formalmente reconocidos, es decir acuerdos internacionales entre países, o entre países y sujetos del derecho internacional, entre otros, sino que también se refiere a otro tipo de normas que siendo internacionales tienen una injerencia en la esfera internacional y en la realidad jurídica de los distintos países que las adoptan o rechazan.

Concretamente en nuestro estudio se ejemplifica lo anterior con la normativa de carácter internacional de uso comercial o bancario, como los son, los Principios de Basilea, estos principios no pueden ser definidos como normativa internacional, debido a que los elementos que requieren para ser reconocidos como tal no se cumplen. Sin embargo, después de analizar a fondo la normativa comercial y bancaria, se logró entender que de cierta manera estas recomendaciones internacionales finalmente se convierten en una especie de normativa vinculante para los países que desean participar en un mercado mundial.

La globalización del negocio bancario es una realidad que permite que este tipo de situaciones sean posibles, a pesar de que el Comité de Basilea no tiene un reconocimiento internacional formal como para ser considerado un ente productor de derecho internacional, es

un hecho casi irrefutable que sus consideraciones y recomendaciones sobre mejoras en la normativa de vigilancia y supervisión de entidades financieras y el negocio bancario son consideradas con carácter casi vinculante en relación con la especialidad de la actividad sobre la que realiza sus sugerencias.

El derecho internacional muestra que puede tener deficiencias en relación al carácter coercitivo entre distintos estados, sin embargo, en otras ramas de la aplicación del Derecho el panorama puede ser distinto, además de ello cuando es influenciado por concepto de economía, manejo de mercado, tecnología, acceso a la competitividad y especialización técnica, todos los anteriormente son elementos fundamentales de la actividad financiera internacional y sin lugar a dudas metas seguras de la actividad financiera de los países en vías de desarrollo.

El Estado se reserva la potestad de decidir lo que debe permitir y a lo que debe comprometerse, puesto que con cada instrumento internacional que es aceptado otorga derechos pero también obligaciones específicas que nacen a la vida jurídica para el Estado, por ello la jerarquía de las normas internacionales, tienen un tratamiento especial mediante el sistema legislativo, pasando a un grado menor que la norma constitucional, a pesar de ello dentro de la normativa, como fuentes de derecho son entendidas como superiores en muchos casos a la ley, sobre este tema el Código Civil⁸⁶ es claro en su título preliminar en el capítulo uno al referirse a las fuentes del derecho tal y como lo sé menciono anteriormente.

⁸⁶ Código Civil 17 Ed. San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, Ley No 30 del 19 de abril de 1885, título preliminar Capítulo I

En Costa Rica el procedimiento de homologación de la norma internacional para que inicie su vigencia en el ordenamiento costarricense como norma es claramente definido en el artículo séptimo de la Constitución Política, que insta un proceso previo de aprobación de los Tratados Internacionales; así mismo, el artículo ciento cinco reafirma las potestades legislativas de la Asamblea para la aprobación de los tratados internacionales y en el artículo décimo concede a la Sala Constitucional facultad de revisión constitucional garantizándose la supremacía de la Constitución sobre la norma internacional.

Sin embargo, como se ha acotado en ciertos casos esta barrera estructural que el Estado prevé no siempre es efectiva, y a través de la especialidad de la actividad también existe la influencia de normativa o costumbre internacional que finalmente termina convirtiéndose en norma de carácter vinculante para los sujetos de derecho dentro de la estructura del Estado costarricense.

No solo las normas internacionales y los usos y la costumbre internacional entra y se posiciona en la realidad Nacional por medio de tratados internacionales y acuerdos bilaterales o multilaterales entre sujetos del derecho internacional formalmente reconocidos, sino que también existen elementos normativos internacionales que van a influenciar el derecho costarricense, en razón de su especialidad por materia, por actividad o bien por conveniencia comercial.

a. La importancia del Derecho Internacional:

No se puede dejar de lado la mención a la importancia del Derecho internacional en las relaciones del Estado y como parte importante del estudio para poder lograr dilucidar la importancia de este tipo de fuentes del derecho en el ordenamiento, en virtud de que la actividad humana en su generalidad ha enfrentado el proceso de globalización, el mundo ha decidido conectarse entre sí a niveles que en tiempos anteriores eran tal vez poco probables o quizá inconcebibles, las distancias se han acortado, las fronteras geográficas, de la economía y de la política son cada vez más entrelazadas e interdependientes.

Incluso se puede decir que en muchos aspectos de la cotidianidad moderna el Estado ha perdido su significado como soberano, y respecto al papel desempeñado como promotor y desarrollador de la economía, figura ahora como un actor más que lucha por mantenerse dentro de las fuerzas del mercado y el cual se encuentra dentro de ese mismo torbellino de influencias internas y externas que tocan a todos los agentes económicos que compiten en un mercado cada día más globalizado. Así la mundialización afecta más la autonomía soberana de los Estados y perfila lo que se podría llamar una soberanía compartida con el nuevo fundamento de las relaciones interestatales.

Sin duda alguna el derecho internacional ha interpretado un papel fundamental en el fenómeno de la globalidad, pues ha sido el que ha facilitado los instrumentos idóneos para que el fenómeno sea posible y encuentre sus fundamentos teóricos. De lo anterior se encuentran

antecedentes inmediatos con solo mirar las ultimas noticias del día, pero también es todo un proceso que está cargado de referencias mediatas en los que el Derecho Internacional ha tenido influencia, entre los cuales se puede mencionar, la Creación de la Sociedad de las Naciones, la Corte Internacional, después el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas, y con ello una serie de modificaciones a la estructura y concepción de las relaciones internacionales que han devenido en una nueva visión del mundo moderno internacional. Los Estados han cedido parte de su soberanía al renunciar al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, y a permitir un órgano supra estatal para dirimir sus conflictos con otros semejantes.

Pero no sólo hubo cambios a niveles de política y constitución soberana de los Estados, también cambios en otras ramas de la actividad humana, en las cuales inclusive han sido más notorios, efectivos y expeditos, como la creación de instituciones como las llamadas instituciones de Bretton Woods, las cuales han jugado un papel fundamental en la economía mundial, en su curso, visión y metas a niveles regionales, mundiales y por supuesto de países, que son el Banco Mundial, el GATT hoy la OMC, entre otros organismos de importancia que son evidentes actores y modificadores de las relaciones internacionales modernas.

No se puede olvidar los más recientes actores dentro de la actividad mundial que si bien no son los más clásicos detentores del poder, han ocupado funciones de suma importancia pues son los más efectivos transformadores de la realidad mundial y de los marcos regulatorios a nivel global, como son las transnacionales, en este análisis no es posible obviar el papel fundamental que cumple la actividad económica de estos gigantes del comercio en relación con

las actividades y regulaciones entre los países y a nivel global, pues son actores funcionales de un dinamismo mundial continuo.

Juntos todos estos elementos presentan un panorama en el cual el ordenamiento mundial evoluciona y los Estados pasan a ser sujetos del derecho internacional, pero además los pueblos y los individuos; con la concepción actual del derecho internacional ya no solo es reservado para las relaciones entre Estados, con acuerdo meramente políticos sin efectos inmediatos en la vida cotidiana del ciudadano común, hoy los actores internacionales resultan ser todos, el Estado ha incrementado paulatinamente sus relaciones con el mundo, en el cual estamos inmersos dentro de una globalidad bastante heterogénea.

El derrumbamiento de la Unión Soviética y el fin de la Guerra Fría, el triunfo de la democracia, las economías globales de mercado, la creación de grupos regionales, o de alianzas estratégicas para el desarrollo mediante el derecho internacional, como el caso de la Unión Europea, la aparición de nuevos gigantes económicos como China y algunos de los países miembros de la OPEP, la fragilidad demostrada de grandes economías, la crisis económica crónica de grandes potencias mundiales, el debilitamiento de la centralidad del Estado, el crecimiento desmedido del poder de las transnacionales, entre otros muchos factores son razones suficientes para pensar que hoy, el derecho internacional no solo tiene una importancia realmente tangible, sino que además dilucida que es una de las ramas con más futuro y avance en los próximos años en relación con lo que parece avecinarse en los cambios de la realidad mundial y de la manera como la organización humana, los ordenamientos jurídicos de los

países, y comunitarios y el ordenamiento internacional deberá responder a las grandes interrogantes del mundo moderno globalizado.

Es por ello que se tomó el tiempo para realizar la anterior perspectiva de la importancia del derecho internacional y de sus instrumentos para poder también conectar esta importancia con las normas de Basilea entendidas como normas con algún rango normativo, como se verá adelante con el análisis comparado en relación con los tratados internacionales.

3. La Ley:

En el ordenamiento jurídico costarricense la Ley representa una de las principales fuentes del derecho, como se comentó el sistema está formado bajo un corte de derecho continental.

El Código Civil sanciona la supremacía de la Ley como fuente del derecho, se entiende como uno de los más importantes pilares del ordenamiento jurídico, es de donde se determina el punto de partida de razonamiento jurídico, los principio básicos de la teoría y la metodología jurídica, pues existe un evidente nexo entre la teoría de las fuentes del derecho y los postulados del Estado, es decir, las fuentes del derecho responden a la orientación del Estado mismo, dándole no solo forma sino fundamento.

Conviene precisar el significado del término “Ley” en el Código Civil, previamente, debe indicarse que dicho cuerpo legal, al igual que ocurría en el Código Napoleónico, no contiene una definición de tal fuente del Derecho. El término “Ley” parece emplearse en sentidos diferentes: a veces hace referencia a toda la norma jurídica y otras veces se utiliza como equivalente de norma escrita, sin distinción alguna de su rango.

En la dogmática y en la teoría jurídica, se ha venido distinguiendo el concepto de ley en sentido abstracto como tipo especial de norma, a una noción más amplia del término “ley”. La “ley” en sentido más concreto, es la norma escrita que prevalece sobre las normas por debajo de su jerarquía y que muchas veces es considerada como la norma superior, mientras no contradiga los límites constitucionales, es la “*expresión de la voluntad popular*”, en virtud de la auto-disposición de los ciudadanos sobre sí mismos en la función del control social del Estado, tiene la cualidad de norma superior e irresistible, tanto por el sujeto del que emana como por la fuerza que de ello se deriva.

La ley ha ocupado un lugar privilegiado en el mundo moderno en relación con las fuentes del derecho. Desde el punto de vista histórico-político es el resultado del proceso de concentración del poder político que supone la formación del Estado moderno y culmina en una creación de ordenamientos jurídicos que regulan y norman sobre los ciudadanos. Desde el punto de vista jurídico es el acto normativo supremo al que en ciertos casos no pueden oponerse derechos más altos. Esta suprema “*fuerza de ley*” se vincula al poder legislativo capaz de emitir la decisión soberana con independencia de los modos en los que la soberanía se hubiera determinado históricamente.

Las características principales de la Ley en el Estado moderno son: la producción estatal, la promulgación y la racionalidad, este último aspecto en el derecho continental supone un consenso de la ciudadanía, después de haber ponderado fines y medios que permitirán finalmente llegar a la creación de la norma, no siendo un simple capricho del gobernante sino que es más allá de ello un acuerdo del pueblo para auto regularse.

La ley, además deba de estar dirigida a un destinatario, sin embargo, el Estado moderno tiene la característica particular que como sujeto, se manifiesta por medio de una generalidad o una abstracción de la ciudadanía, dirigido a formar un trato igualitario para todos los ciudadanos, para envolver a la totalidad de los ciudadanos y además evitar el abuso de poder, siendo también una garantía de la justicia. La abstracción de la ley se traduce en la existencia de previsibilidad del Derecho e impide la formulación de leyes con un objeto concreto pues están destinadas a agotarse rápidamente. La generalidad y la abstracción son elementos que se entienden como inherentes a la propia ley.

La ley, finalmente es el mecanismo por el cual se institucionalizan la mayor parte de las conductas de los particulares sobre las cuales el Estado espera tener injerencia o regulación, sea para permitirlo en un desarrollo normado, prohibirlo o sencillamente darle un reconocimiento normado e institucionalizado.

La doctrina habla sobre este tema también en relación con principios relacionados con la ley, los cuales fundamentan la importancia de la Ley como fuente de Derecho, entre ellos: El Principio de Legalidad; en Costa Rica el monopolio de la creación de Ley ha sido entregado al Estado para que éste pueda a través de la misma, administrar el poder.

El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica y es la regla de oro del Derecho público, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. Sin embargo, este poder de la creación de Ley no debe ser entregado de manera ilimitado, por ello, implica una relación entre las fuerzas del estado, o los poderes, similar a la relación de la que hablaba García Enterría al referirse a las funciones del Estado anteriormente.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo, también supone una limitación frente al legislador que debe estar sujeto a los límites marcados por el soberano, que es el poder excluyente. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes.

Cabe destacar que en los ordenamientos jurídicos tradicionales, como el costarricense este principio y sus características se traducen en todas las actividades estatales, una de las más evidentes es el principio de legalidad destruyendo cualquier tentación de derecho libre o búsqueda del Derecho por el juez prescindiendo de lo regulado por la ley. De tal modo no es

admisible en nuestro ordenamiento la libre creación judicial del Derecho. El principio está claramente en el artículo sexto del Título Preliminar del Código Civil que reza:

*ARTÍCULO 6.- Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.*⁸⁷

Finalmente se ve configurado lo que la doctrina llama el “*Principio de supremacía*”, la ley es el marco definitorio de las potestades del Estado y de sus acciones, así como de sus regulaciones, decretos, reglamentación y normas inferiores, esto tiene como fin no solo generar una jerarquización sino también de mantener una lógica jurídica en cuando a que las normas inferiores no deben contradecir a lo enmarcado por la Ley. Así mismo y bajo ese presupuesto, la norma inferior no solo no puede contradecir una superior, sino que tampoco podrían derogar una norma superior, sin embargo, viceversa el esquema si podría suceder, que una norma superior pueda derogar y hacer desaparecer una norma inferior.

De esta forma la ley se configura como una de las principales fuentes del derecho, sin embargo, no es la única fuente porque por debajo y por encima como se ha venido esbozando en este capítulo, existen distintas fuentes, a manera de recuento por encima de la Ley, la Constitución y los Tratados Internacionales y la Legislación Comunitaria, por debajo de la Ley en la jerarquía están, los Reglamentos, los Decretos ley, la Costumbre, los Usos y finalmente

⁸⁷ Código Civil 17 Ed. San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, Ley No 30 del 19 de abril de 1885, título preliminar Capítulo I

los Principios del derecho los cuales son usados como fuentes supletorias pues no existen como tales sino que se manifiestan a través de la Jurisprudencia.

4. La Costumbre:

La costumbre nace como un hecho jurídico de forma espontánea, inconsciente, natural, una producción de las fuerzas sociales entre las relaciones humanas que poco a poco van generando un “*código*” o comportamiento medianamente aceptado, y con el tiempo se convierte en Costumbre debido a su constante práctica o utilización.

Dentro de nuestra rama de estudio es uno de los modos más antiguos, sino el más antiguo de producción de Derecho, y se mantiene aún en nuestros días pues viene a ser parte fundamental de la creación jurídica, de la aceptación jurídica y de la experiencia jurídica de las diferentes sociedades humanas.

Difieren la Costumbre y la Ley en un aspecto básico, la Ley sugiere siempre normatividad, mientras que la Costumbre sugiere normalidad, es la conexión con la idea de un derecho que no pretende cambiar ni crear la realidad sino más bien reflejarla. Sin embargo, esta versión tan práctica de la Costumbre no siempre es la asequible en las sociedades humanas, pues lo que ha venido siendo comportamiento usual entre los individuos es correcto o debe ser entendido como norma.

Tradicionalmente, la costumbre se encuentra antes que la ley en la determinación histórica, sin embargo, el soberano busca siempre mantener un ámbito de autoridad sobre la producción de la costumbre, en el Derecho Romano la costumbre y su importancia ponían en aprieto a la Ley, pues siendo esta segunda la más rígida y la menos general siempre tendió a desactualizarse de forma más rápida.

Este dinamismo que presenta la costumbre frente a la Ley formal, representa una de las mayores desventajas para la Ley inclusive en el mundo moderno, y puede ser la base de la crisis de la Ley como fuente del derecho, lo cual se analizara más adelante en este capítulo en relación con las normas de Basilea y otros ejemplos, de cómo la adaptabilidad de la costumbre permite al mismo derecho avanzar, modificarse y no perder su vigencia.

En la Edad Media, la costumbre pasa por su edad de oro, el carácter difuso del poder y la creación tan incipiente del derecho propiciaban un pluralismo consuetudinario, inspirado en la experiencia propia de cada región o pueblo, pero finalmente genera una especie de Código entre sus practicantes, en especial en prácticas diarias relacionadas con el comercio o la convivencia social.

La ausencia de Estado como forma política fue otro factor importante que dio espacio a la costumbre para institucionalizarse como parte de las fuentes del derecho. Es el Estado moderno el que lleva consigo el declive de la costumbre como forma de producción de derecho,

porque busca su institucionalidad en el fundamento de las leyes. En su momento las ideas de la ilustración se encargaría de ver a la costumbre como el triunfo de lo viejo sobre lo nuevo y de sacar de ella una problemática en relación con la inseguridad y desigualdad en las relaciones jurídica, por su difícil capacidad de ser uniforme en relación con que sus formas de transmisión del conocimiento, las cuales no fueron siempre acertadas y la practica consuetudinaria siempre estuvo vinculada al uso local.

Para la escuela histórica de la cual se venido hablando, el tema de la costumbre fue siempre importante, según los historiadores la costumbre era la producción espontánea del derecho por parte de las personas, pero cuando las sociedades se iban convirtiendo en organismos más complejos, se hacía entonces necesaria la tarea de sistematizar las costumbres mediante la técnica jurídica, y esa tarea era la que le correspondía al jurista que finalmente lo que producía era Ley, por lo tanto, esa Ley producida estaba sustentada por los usos y costumbres sociales, consecuentemente esa relación entre la Ley y la costumbre, y a su vez entre la costumbre y la creación social era lo que legitimaba a la ley formal frente a la costumbre y frente al ciudadano.

En nuestro ordenamiento moderno, la fundamentación de la costumbre, se entiende como una parte de la voluntad general, sin embargo, la costumbre ocupa en la actualidad lugares secundarios, sometida a la supremacía de la ley formal y solo es reconocida como fuente del derecho cuando así lo admite la norma y en el tanto no contradiga a la ley misma. Existe entonces una concesión de la Ley, sin embargo, esto es válido a nivel de los estados

modernos y su ordenamiento interno, más adelante se verá que esto puede tener sus variantes cuando se analice con la doctrina del derecho internacional moderno.

a. Características y requisitos de la Costumbre:

Señala nuestro Código Civil en su título preliminar artículo octavo lo siguiente:

***ARTÍCULO 3.-** El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.*

Analiza el artículo el reconocimiento que la ley le otorga a la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico costarricense, tradicionalmente resulta común ver que la costumbre tiene entre sus características para ser entendida como tal, elementos externos o materiales que pueden ser verificables empíricamente; entre ellos: la reiteración o repetición del comportamiento, la antigüedad o el transcurso de cierto tiempo durante el que se ha hecho uso de la costumbre, la generalidad, la uniformidad relativa, la continuidad del uso o la costumbre y el carácter notorio o la publicidad de esa costumbre y como se ha mencionado, la aceptación por parte del poder soberano del Estado para ser reconocida como costumbre.

b. Requisitos internos o psicológicos de la Costumbre:

Uno de los requisitos principales es lo que la doctrina entiende como la “*Opinio Iuris*”, que es la creencia o convencimiento de que dicha práctica generalizada es imperativa y como tal produce derechos y obligaciones jurídicas, y viene a representar uno de los requisitos de naturaleza psicológica.

La costumbre dentro de su creación misma tiene un proceso informativo, es decir, debe poseer una bilateralidad de reconocimiento para que sea posible ser entendida y aceptada como tal dentro del ordenamiento y parte de las fuentes del derecho. Parte de su fundamento también se vincula a su obligatoriedad, pues como es considerada norma jurídica (en sentido amplio) se le reconocen ciertos vínculos de obligatoriedad para ser aceptada como costumbre.

A este efecto descrito la doctrina lo ha definido como la “*inveterata consuetudo*”, que es la práctica de la costumbre en sí y que debe ser reiterada y unívoca. La costumbre debe ser producto de la voluntad colectiva y generada de manera espontánea y conservar características de uniformidad, generalidad, constancia y duración en el tiempo.

Desde un punto de vista más práctico evidentemente la costumbre debe contar con algún contenido básico de lógica y racionalidad, al grado que para convertirse en costumbre debió haber funcionado para resolver algún conflicto en el pasado, y continúa haciéndolo de forma duradera, pues así no pierde su vigencia. Se habla de la racionalidad de la costumbre en

muchos casos para tratar de definir este concepto, y generar también una serie de parámetros de validez para la misma.

c. Relación de la Costumbre con la Ley:

Dentro de estas relaciones, la costumbre por ejemplo, puede venir a interpretar la ley, a seguirla, contrariarla, o bien sobre no existe precepto legal regulándolas. En principio, la costumbre “*Contra Legem*” es rechazada de plano, por lo cual no tiene ninguna aplicación formal en el ordenamiento jurídico. Esta prohibición alcanza también los rangos legislativos cuando la costumbre se opone a los preceptos constitucionales, pues tendría aplicación alguna en el ordenamiento por ser inconstitucional.

La costumbre según la ley, se produce muchas veces de la interpretación de la ley, o bien surge como costumbre al amparo de la ley, es decir, no la contradice, y por ende es la costumbre un tanto más imperativa dado que cuenta con el amparo de la ley, a este tipo de costumbre la doctrina la llama “*secundum legem*”, pues nuestra legislación no hace referencia explícita en relación con este tipo de costumbre se puede inferir que el ordenamiento la utiliza como fuente del derecho cuando es necesario suplir la norma común del ordenamiento.

Sin embargo, en ningún sentido debe entenderse que la costumbre tiene fuerza vinculante idéntica a la ley, sino más bien son los tribunales los que podrán determinar si la aplican o interpretan con arreglo a esos criterios externos y generales, a no ser que estos

crucios se hayan convertido o protejan derechos fundamentales sobre los cuales entonces la costumbre se ve amparada por una especial protección constitucional, en aras de no afectar esos derechos fundamentales adquiridos por el ciudadano.

Por último la costumbre conocida por la doctrina como “extra legem”, es aquella que regula situaciones sobre las cuales no se ha normado aún, es decir, será la más admitida para convertirse en fuente de derecho, siendo que es un fuente complementaria y única para poder dar resolución a una situación jurídica para la cual no hay ninguna disposición legal que indique el precepto a seguir. Es decir, la costumbre viene a ser la solución para subsanar los vacíos que posee la ley.

Cabe resaltar que a pesar de lo anteriormente dicho, la costumbre todavía continúa teniendo un escaso valor como fuente del derecho frente a otras normas, y no en todas las ramas del derecho es tan comúnmente aceptada como en el derecho civil o en el derecho comercial, por ejemplo, en lo referente a los derechos sancionatorios, la costumbre no puede ser usada para crear norma, y menos aún para crear norma que pueda sancionar al administrado o al ajusticiado.

En otros ámbitos del derecho como en el derecho comercial y civil o en el derecho internacional se ha manifestado un patrón de importancia en relación con la costumbre, por ser la fuente comúnmente aceptada para la creación y cohesión del ordenamiento jurídico.

También resulta importante en el análisis de la costumbre, la relación con el derecho internacional, pues ha tenido fuerte influencia en la conformación de una nueva dinámica económica y de Estado frente a la actividad económica. Para los Estados en vías de desarrollo la costumbre comercial y económica se presenta como una de las principales fuentes de información de la actividad de desarrollo, pues es a través de ella que el Estado, sus componentes y regulación logran adaptarse, entender y generar posteriormente su propia regulación en relación con las distintas actividades comerciales en las que deciden participar.

La costumbre comercial continúa siendo una de las fuentes relegadas del derecho debido a su volatilidad, sin embargo, su mérito es el de ser pionera en las relaciones comerciales entre particulares y entre Estados, no es posible llegar a una negociación sino se coincide en que cierta costumbre comercial resulta satisfactoria para ambos.

Dentro de la concepción filosófica de las fuentes, la costumbre podría verse como una de las principales fuentes dado que es ésta la que inicialmente logra realizar el primer contacto entre las partes de una relación comercial, posteriormente sobre este relación las partes empezarán cada una a regular y normar sus actividades de acuerdo con sus ordenamientos específicos, pero de forma inicial siempre en las relaciones comerciales existe un elemento en el cual la costumbre comercial tendrá participación o injerencia.

d. El Uso jurídico y el Uso bancario:

Otro componente de la costumbre son los usos jurídicos, los cuales se vuelven habituales en las relaciones negociables a nivel del derecho comercial. A los usos, dentro del tema de la costumbre se le pueden asignar dos funciones básicas, una función reguladora o integrativa, es decir, busca el cumplimiento de lo expresamente establecido, no solo de lo que se establece en la voluntad contractual sino también en lo que se refiere a una serie de reglas que son independientes anexas a la voluntad contractual inicial y que se estila.

La otra función que se le puede asignar a los usos es la interpretativa, que constituye una forma de identificar las declaraciones de voluntad eliminando los posibles puntos de confusión en relación con dos ordenamientos que se ven enfrentados o relacionados frente a un contrato o acuerdo comercial entre partes. De esta forma el uso jurídico constituye un punto de referencia desde el cual interpretar la norma para determinar su funcionalidad.

Dicho lo anterior, para el estudio específico de esta investigación, los principios de Basilea, sin ser formalmente norma internacional se manifiestan como usos internacionales comerciales, específicamente de las entidades bancarias. Los principios intentan introducir un sistema de manejo de riesgo y de análisis de información sobre la actividad bancaria que provea una estandarización de los controles y de las operaciones a nivel macro y a nivel micro de las

diferentes economías que, a su vez procuran una estabilidad mayor de los mercados financieros internacionales y de las entidades que los conforman.

Adicionalmente a lo regulado en las diferentes legislaciones bancarias a nivel global, los principios vienen a ser parte un complemento en relación con la regulación de la actividad bancaria, sin embargo, estos principios no son imperativos y bajo ningún presupuesto tiene fuerza de ley, si forman parte de la costumbre en el tanto tienen una aceptación, se manifiestan como una uniformidad, son de uso general por las entidades que en mayor o menor medida tienen injerencia en el mercado bancario internacional y son constantes.

e. Breve reseña del Comité de Basilea:

El comité fue establecido a fines de 1974, con el nombre de Comité de ordenamiento bancario y Practicas de Supervisión, por los Gobernadores de los Bancos Centrales de los países del Grupo de los Diez, tras una secuela de graves trastornos en los mercados bancarios y de divisas (sobre todo la quiebra del Bankhans Hersatt de Alemania Federal).

La primera reunión del Comité tuvo lugar en febrero de 1975 y a partir de entonces, se han venido celebrando reuniones de forma regular dos o tres veces por año. Los miembros del Comité proceden de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos y Luxemburgo.

El Comité constituye un foro para la cooperación permanente entre los países miembros en lo relacionado a cuestiones de supervisión bancaria. La tarea principal del Comité como respuesta a un encargo formulado desde su creación fue proponer métodos para mejorar los sistemas de “*detección temprana*”.

Posteriormente el Comité ha estudiado modalidades para adoptar la cooperación internacional a fin de colmar adecuadamente los espacios de la red supervisora, así como de mejorar la comprensión de lo que significa la supervisión y la calidad de la supervisión bancaria en el mundo entero.

El comité no posee facultades formales de supervisión supranacional, por lo tanto, sus conclusiones no tienen y nunca se pretendió que tuvieran fuerza legal. Formula más bien normas y lineamientos generales de supervisión y hace recomendaciones sobre formas de mejorar las prácticas de supervisión en la espera de que las autoridades Nacionales tomen las medidas pertinentes para implantarlas a través de las estatutarias o de otra índole dependiendo de cada país. De esta forma el comité promueve la adopción de enfoques convergentes y normas comunes sin intentar la armonización generalizada de las técnicas de supervisión de los países miembros.

Basilea es un acuerdo que consiste en recomendaciones sobre la legislación y regulación bancaria para la creación de estándares internacionales que sirve de referencia a los

reguladores bancarios con el objeto de establecer los requerimientos de capital necesario para asegurar la protección de las entidades frente a los riesgos financieros y operativos.

Se propone lograr lo anterior principalmente de tres maneras: a través de intercambio de información con respecto a las disposiciones Nacionales sobre supervisión; mediante el perfeccionamiento de la eficiencia de las técnicas de supervisión de la banca internacional; y por medio del establecimiento de normas mínimas para la adecuación del capital y el estudio de la conveniencia de establecer normas en otras áreas.

En 1983, el Comité aprobó el documento denominado “*Principios para la Supervisión de Instituciones Bancarias Internacionales*” que establece los principios que deben seguir las autoridades supervisoras del país anfitrión y del país matriz con la finalidad de compartir responsabilidades en la supervisión de los bancos extranjeros, subsidiarias, y sociedades de coinversión.

Posteriormente en 1998 se publicó un documento conocido como Acuerdo de Capital de Basilea (Basilea I) este fue un primer acuerdo para lograr la convergencia y homogeneidad en la forma de medir la adecuación de capital de los bancos internacionalmente activos, este mismo acuerdo fue modificado en el 2001 cuando se publicó una propuesta consultiva para realizar un Acuerdo de Basilea II, el cual prevé mejoras al acuerdo anterior que los países miembros deberán adoptar paulatinamente para optar por una mejor supervisión de sus entidades financieras internacionales, los tres aspectos más relevantes de este nuevo acuerdo

son: I) Requisitos mínimos de capital; II) Proceso de revisión del Supervisor; y III) Disciplina de Mercado.

Dicho lo anterior los principios de Basilea, forman parte de los usos comerciales, con una especialidad dentro de su naturaleza que les da una capacidad de vinculación mayor, siendo que vienen a ser el consenso de los principales organismos del mercado. Basilea sin embargo, continúa siendo a nivel de las fuentes del derecho solo una fuentes secundaria que depende directamente de la aceptación del ordenamiento.

Entre los principios más sobresalientes de los Acuerdos de Basilea se mencionan⁸⁸:

1. Proporcionar un sistema de supervisión bancaria efectivo en el cual las responsabilidades y proyectos estén bien definidos. Cada institución debe poseer independencia operativa y contar con recursos adecuados.
2. Las actividades que les son permitidas a las instituciones bancarias que son reguladas, deben estar claramente definidas.
3. La autoridad reguladora debe tener el derecho para plantear criterios y rechazar las solicitudes que no cumplen con los requerimientos. El proceso de autorización debe realizar como mínimo una evaluación de la estructura de la organización bancaria, abarcando a

⁸⁸ Ver documento en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/publicacion_2226.pdf

propietarios, directores y la administración superior, el plan operativo, control interno y la situación financiera proyectada, incluyendo su capital base.

4. Los supervisores bancarios deben de tener la facultad para analizar y la autoridad de rechazar cuando menos las empresas que realizan operaciones bancarias básicas.

5. Los supervisores bancarios deben tener la autoridad para establecer criterios para analizar adquisiciones de gran importancia o inversiones por un banco, asegurándose de que las afiliaciones o estructuras corporativas, no expongan al banco a riesgos excesivos ni entorpezcan la supervisión bancaria.

6. Los supervisores bancarios deben establecer en forma prudente y apropiada los requerimientos mínimos de capital para todos los bancos. Estos requerimientos deben reflejar el riesgo al que los bancos se exponen y deben definir los componentes de este capital, tomando en cuenta su capacidad de absorber pérdidas.

7. La evaluación de las políticas, prácticas y procedimientos de un banco, usados para la aprobación de préstamos e inversiones y para la administración de las carteras de préstamos e inversiones comprendido en un sistema.

8. Los supervisores bancarios deben estar cómodos y satisfechos con las políticas, prácticas y procedimientos que establezcan y rijan a los bancos para evaluar la calidad de activos, las provisiones y reservas por pérdidas relacionadas con préstamos.

9. Los supervisores bancarios, deben estar satisfechos con los sistemas de información gerencial de los bancos que les permitan identificar concentraciones dentro de la cartera.

10. Para prevenir abusos con los préstamos relacionados, los supervisores bancarios deben tener establecidos y asegurados los requerimientos básicos que los bancos deben cumplir, para lograr monitoreo de extensiones de créditos, control y disminución de riesgos.

11. Los supervisores bancarios deben estar satisfechos con las políticas y procedimientos de los bancos para identificar, monitorear y controlar los riesgos del país, los riesgos en sus actividades de préstamos e inversiones internacionales.

12. Los supervisores bancarios deben estar satisfechos con el sistema de los bancos para medir con gran precisión, monitorear y controlar adecuadamente los riesgos del mercado.

13. Los supervisores de bancos deben estar conformes con el proceso de manejo de riesgo a nivel administrativo, identificar objetos de riesgo, y retener capital en contra de ese riesgo cuando sea necesario.

14. Los supervisores bancarios deberán determinar que el control interno de los bancos se encuentran en orden, acorde con la naturaleza y escala de sus negocios.

15. Los supervisores bancarios deben determinar que los bancos tengan políticas, prácticas y procedimientos adecuados, que incluyan la estricta regla de *“CONOCE A TU CLIENTE”*, lo cual promueve altos estándares de ética y profesionalismo en el sector financiero. Estas medidas previenen que los bancos sean utilizados por elementos criminales, en una forma voluntaria o involuntaria.

16. Un sistema de supervisión bancaria efectivo debe de consistir de dos formas de supervisión “in situ” y externa.

17. Los supervisores bancarios deben mantener un regular contacto con la gerencia de los bancos y un fluido entendimiento en las operaciones de la institución.

18. Los supervisores bancarios deben tener métodos para recolectar, examinar y analizar reportes y datos estadísticos de los bancos.

19. Los supervisores bancarios deben mantener medios para determinar que la información obtenida en la supervisión sean válidas.

20. Los supervisores bancarios deben poseer la capacidad para supervisar el grupo bancario en una base consolidada. Siendo esto un elemento esencial en la supervisión de bancos.

21. Los supervisores bancarios deben asegurarse que cada banco mantenga registros adecuados, diseñados de manera que concuerden con políticas contables consistentes, con prácticas que permitan al supervisor obtener una visión verdadera y precisa de la condición financiera del banco y de la rentabilidad de sus negocios y que el banco haga publicaciones regulares del estado financiero, que reflejen realmente su condición.

22. Los supervisores bancarios deben tener la facultad de realizar acciones correctivas a tiempo.

23. Los supervisores de bancos deben practicar la supervisión global consolidada en organizaciones bancarias internacionalmente activas, aplicando y monitoreando apropiadamente en todos los aspectos las normas prudenciales, a los negocios manejados por estas organizaciones bancarias alrededor del mundo, primordialmente a sus sucursales extranjeras, co-inversiones y subsidiarias.

24. Un componente clave en la supervisión consolidada es establecer el contacto entre los supervisores involucrados y establecer intercambios de información entre todos los demás supervisores involucrados, primordialmente con las autoridades supervisoras del país anfitrión

25. Una supervisión consolidada de los supervisores bancarios debe incluir las operaciones locales de bancos extranjeros, siendo conducidas bajo los mismos estándares que son requeridos a las instituciones locales y poseer poderes para compartir la información del supervisor local encargado de estos bancos.

Todos los mencionados forman parte de los veinticinco principios de Basilea, los cuales son adaptados por las diferentes estructuras financieras y consecuentemente por los ordenamientos jurídicos a nivel global, en el próximo capítulo se verá más a fondo su implementación y abordaremos el tema de la responsabilidad de los entes supervisores en relación con la incorporación de estos principios al ordenamiento.

5. La Jurisprudencia:

En nuestro sistema la Jurisprudencia tiene una posición no tan privilegiada como fuente del derecho, pues se le otorga un papel secundario en relación con la aplicación del derecho, en la práctica el juzgador lo que buscó es subsumir el hecho concreto en la aplicación de la norma para poder entonces obtener consecuencias jurídicas preestablecidas en la generalidad de la norma, y la jurisprudencia vienen a ser la reiteración de estos análisis jurídicos a través de las resoluciones de los tribunales.

La jurisprudencia puede ser entendida en tres tipos de funciones; una de simple interpretación, esclareciendo las ambigüedades y oscuridades de la Ley; una función integradora de la normas mediante la cual los vacíos de la norma jurídica aislada conecta con otros aspectos de la realidad y del derecho mismo para completar su significado; y finalmente una de sus funciones más importantes es la función suplidora o determinante de los principios generales del derecho, cuando estos son necesarios para resolver vacíos o lagunas jurídicas.

En los sistemas de derecho continental como se comentó la función de legislar esta atribuida al poder legislativo, sin embargo, en cierto momento y por un tema práctico y una necesidad de descargo de este poder además de una relación de medios técnicos más eficaces para enfrentar los temas a regular, esta función se ve delegada en el poder legislativo o bien en otros organismos capaces de generar reglamentación, decretos de ley o normativa prudencial.

La legislación delegada es una técnica de amplio conocimiento en casi todos los sistemas de derecho continental, como por ejemplo el español y el italiano, surge como una necesidad técnica de dar eficacia y puntualidad a las normas generales y por lo tanto, también suele ser cambiante. Entre las normas de Legislación delegada más usuales en nuestro país están:

6. El Reglamento:

Es la norma jurídica de carácter general dictada por el Poder Ejecutivo, su rango en el orden jerárquico es inmediatamente inferior a la Ley y generalmente desarrolla la misma. La potestad reglamentaria es la prerrogativa por la cual la administración pública puede crear normas con rango reglamentario, es decir, normas subordinadas a la Ley, ya sean estas reglamentos, decretos o instrumentos, la cual no es privativa del poder ejecutivo, esta facultad es otorgada desde la norma constitucional en su artículo ciento cuarenta, inciso dieciocho, que reza lo siguiente:

ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: Inciso 18) Darse el Reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos, y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes;

7. El decreto de Ley:

Es un tipo de acto administrativo, emanado eventualmente del poder ejecutivo y habitualmente posee un contenido normativo reglamentario, esta regla general tiene sus excepciones en casi todas las legislaciones, normalmente para situaciones de necesidad.

8. Legislación delegada:

Son normas jurídicas con rango legal aprobadas por el Gobierno. No son propiamente leyes, aunque tienen todos los efectos de éstas, ya que tienen valor, rango y alcance similar a la ley, aunque son dirigidas a sujetos específicos. Entre ellas se encuentra el decreto de ley y otras normas del ordenamiento como las normativas prudenciales, circulares, directrices, etc.

A manera de ejemplo de este tipo de legislación delegada está la delegación de la facultad de normar sobre la materia financiera que se le concede al CONASSIF y sus Superintendencias, regulada en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y el artículo 71 de la Ley de Protección al Trabajador que le atribuyen potestades como⁸⁹:

- *Dictar la normativa atinente a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que conforme a la ley deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones. No podrán fijarse requisitos que restrinjan indebidamente el acceso de los agentes económicos al mercado financiero y limiten la libre competencia o incluyan condiciones discriminatorias.*

⁸⁹ Ver normativa completa en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leypenal/LeydeProtecci%C3%B3nalTrabajador.htm>

- *Dictar los actos de autorización del funcionamiento de los sujetos fiscalizados y de realización de oferta pública; así como decretar la intervención y solicitar la liquidación de dichos sujetos fiscalizados.*
- *Dictar la normativa aplicable a los procedimientos, requisitos y plazos para la fusión o transformación de entidades financieras y dictar los actos de autorización correspondientes.*
- *Dictar la normativa atinente a la constitución, el traspaso, el registro y el funcionamiento de los grupos financieros de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.*
- *Regular y autorizar la creación y el funcionamiento de nuevas categorías de participantes en los mercados financieros distintas de las previstas expresamente en las leyes reguladoras del Sistema Financiero Nacional.*
- *Reglamentar el intercambio de información que podrán realizar entre sí las diferentes Superintendencias para el estricto cumplimiento de sus funciones de supervisión prudencial. La Superintendencia que reciba información en virtud de este inciso deberá mantener las obligaciones de confidencialidad a que está sujeta el receptor inicial de dicha información.*
- *Dictar las normas generales de organización de las Superintendencias y de las Auditorías Internas.*
- *Entre otros*

Queda establecido que el Derecho de origen estatal, en particular la ley, deberá convivir con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales, normas constitucionales, costumbre y usos jurídicos, y otro tipo de

instrumentos de la legislación delegada para poder integrar el ordenamiento jurídico, tal y como se conoce y que este a su vez no pierda su vigencia y eficacia.

En el próximo capítulo se examina los elementos del esquema vigente de regulación y supervisión del Sistema Financiero en Costa Rica, su proceso de incorporación al ordenamiento, posibles vacíos o conflictos legales que pueda tener esta normativa, tanto en su enfrentamiento a la Ley como al proceso mismo de implementación, para finalmente analizar posible consecuencias y régimen de responsabilidad de las mismas, todo orientado en el Sistema Financiero Nacional principalmente dirigido a la banca comercial.

Capítulo III.- Sistemas de Regulación y Supervisión Financiera en Costa Rica.

I. Consideraciones Introductorias:

En la actualidad el Sistema Financiero se encuentra integrado, en términos generales, por las instituciones de crédito (banca comercial) y los intermediarios financieros no bancarios.

Dentro del enfoque del Derecho Público bancario, el objeto de este capítulo apunta a determinar la estructura general de sistema de regulación -entendido como las leyes y decretos que rigen a cada sector de la economía, estándares interNacionales y Nacionales, normativa prudencial, estatutos etc.- y -entendido como el proceso de fiscalización, vigilancia, control y evaluación interna y externa, que ejercen los órganos especializados: superintendencias de entidades financieras, y CONASSIF, etc.-, supervisión vigentes en nuestro país y es aquí donde se realiza la limitación a la extensión objetiva de este estudio, en lo que se refiere a los sujetos regulados, pues si bien en teoría se podría extender a cuantos sujetos y entidades intervienen en el mercado financiero costarricense, este estudio se delimita únicamente a las dos grandes áreas de banca central y la banca comercial, específicamente a los órganos encargados de la supervisión y la creación de las normas de supervisión para estos dos grandes ramas.

II. Historia de la fiscalización.

b. Edad Antigua:

La fiscalización tiene sus orígenes en la civitas romana o monarquía en donde funcionaban figuras como el *comisio de curia* y el *colegio de los pontífices*. El primero tenía la función de controlar los actos privados con repercusiones sociales y el segundo controlaba los cultos privados y públicos, llevaba los archivos religiosos en donde se dejaba constancia de los actos más notables de la vida del estado, redactaba el calendario y emitía dictamen en relación con la adopción de las personas y los testamentos y además emitía conceptos jurídicos. Obsérvese que desde estas pretéritas épocas ya se ejercía control público de los actos privados.

Posteriormente en el imperio romano, persisten varias de las funciones de estos como, el tribunado de la plebe, la edilidad, el censor y el visador. Con estas figuras se aprecia claramente la potestad de emitir dictamen positivo o negativo y otorgarle a una figura la capacidad legal de certificar la validez de los documentos, pero en otras nuevas que fueron creadas; tales como los funcionarios imperiales, los procuradores, los auditores, los interventores y los fiscalizadores.

Los funcionarios imperiales actuaban en calidad de delegados del emperador, los procuradores ejercían cargos de tipo administrativo de la hacienda pública, los auditores recibían las apelaciones que los particulares interponían contra las sentencias pronunciadas, los

interventores tomaban parte en un pleito intercediendo o condenando y los fiscalizadores eran los encargados de proteger los intereses del tesoro del Estado (bienes del estado). Los bienes de la hacienda son los bienes del emperador. Todas las figuras anteriores actuaban con un poder delegado por alguien superior lo que los convertía en “funcionarios”.

c. Edad Moderna:

El imperio romano tuvo influencia en gran parte de Europa y Asia, especialmente en la Europa sur continental. El sur de Francia bajo la influencia del Imperio Romano dándole prioridad al derecho romano que no se basa en la costumbre, a diferencia del norte de Francia con profunda influencia alemana que sí lo hace; es decir basa su normatividad en la observación de la práctica generalizada. España por su parte recibió el derecho romano, mezclado con la norma consuetudinaria de los alemanes y del derecho canónico de la Iglesia católica. No obstante desarrolla de mejor manera las figuras del revisor y censor.

Inglaterra por su parte no tuvo ninguna influencia de la vida romana y mantuvo incólume su derecho basado en la costumbre. Y toma a la auditoría para darle especial desarrollo, pues en la Europa mercantil y naviera surgen las grandes empresas holandesas que negociaban con América y el comerciante navegaba para ejercer su actividad. A la aparición de la piratería, éste toma la decisión de enviar un delegado para que realice por él el comercio y surge la figura del administrador que deberá rendir cuentas al final de cada emprendimiento.

Al recibir las cuentas por parte de este administrador el capitalista necesitó un tercero que le brindara seguridad sobre esa rendición de cuentas y se emplea al auditor.

El desarrollo del comercio y la concepción que el mundo tenía de la forma cómo debía ser este desarrollo permite ver en la historia que se presentaba una alta intervención estatal en el mismo; por ello surge el sistema de concesión en la cual el monarca permitía a los privados ejercer el comercio bajo la condición de que éste participara de las utilidades. El monarca imponía todo el ordenamiento para que la empresa funcionara, reglamenta lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer. Llegó a tal grado la intervención que el transporte de mercancías era objeto de vigilancia militar para controlar que no se ejecutaran actos que no estaban en las concesiones.

El derecho romano aporta elementos fundamentales a las labores de fiscalización puesto que el control está dirigido a las actividades más que a las personas, regula actos más que profesiones y se preocupa más por los procesos que por los informes y ello deviene en una segunda conclusión de vital importancia en la vida de la fiscalización: la permanencia.

En este contexto histórico surgen las dos grandes vertientes de derechos: el anglosajón: consuetudinario y el latino: escrito; entendiéndose a este último como la mezcla de tres ordenamientos con mayor influencia del derecho napoleónico y canónico.

La llegada de España a América hace que se trasladen a estas tierras las instituciones y figuras del derecho latino y por su parte Inglaterra haría lo propio con el derecho anglosajón en Norteamérica. En la época feudal la institución más poderosa fue la Iglesia, pues fue receptora de grandes y múltiples patrimonios legados por los nobles para financiar guerras santas, impuso tributos a las personas como los diezmos.

La Iglesia fue la institución que más desarrollo dio a la contabilidad como instrumento de control. Crearon la entidad jurídica, base de las actuales sociedades mercantiles (persona jurídica), desarrollaron el concepto de entidad contable al separar los bienes de la comunidad de los de sus miembros. La Iglesia ejercía su actividad bajo las normas de la vertiente latina, apoyándose en los monarcas para imponer controles que protegieran sus intereses.

El Estado interventor llega a transformarse en Estado empresario, de tal suerte que controla toda la economía, lo que requiere a su vez gran cantidad de funcionarios que desarrollen todas las funciones de vigilancia estatal; sin embargo, a medida que el Estado perdía recursos fue necesario trasladar algunas actividades a la esfera privada para que en esencia hiciera haga lo que realizaba el Estado, pero con recursos de los particulares.

Así se fue insertando en la vida empresarial la revisoría fiscal que tiene la doble condición de vigilar que las empresas se subordinen a la normatividad para proteger el interés estatal, pero a su vez también deberá resguardar los intereses de la empresa, con la

particularidad de ejercer la potestad de censura en la perspectiva de defender el interés público. La vertiente latina comporta un control autoritario y policivo, con capacidad para castigar.

La vertiente anglosajona, contraria a la latina que impulsa un Estado interventor, propende por el Estado mínimo y la libertad total de empresa en donde el control es el ejercicio del poder autónomo del capital en el que no se acepta la intervención del Estado, al que considera debe dedicarse a garantizar el ejercicio de la democracia mediante el funcionamiento del sistema electoral, debe propender por la protección de la vida, honra y bienes de los asociados, la protección de fronteras, administración de justicia, mantenimiento de la soberanía Nacional, administración y control del Estado. Las demás actividades las desarrollará el sector privado. Esos son los postulados del liberalismo económico clásico, que regresan bajo la etiqueta de neoliberalismo. En fin el Estado anglosajón debe brindar todas las garantías para el capital privado se reproduzca.

La auditoría en el enfoque anglosajón surge como una labor de detección de fraude basada en la revisión de los informes de gestión (que incluye la contabilidad) que presenta el administrador al propietario del capital. Esta revisión se acentuaba sobre el resultado que entregaba el administrador, por tanto se centraba contablemente en las cuentas de resultado y no de balance. La labor de auditoría se centraba en evaluar e informar, pues el ejercicio de control y autoridad lo realizaban los propietarios sobre los administradores en la perspectiva de castigarlos. Por tanto, se concluye que la auditoría no es control sino evaluación.

III. Papel del Órgano Fiscalizados: Superintendencias Bancarias.

Bajo este esquema, el presente trabajo pretende efectuar una breve revisión de los elementos fundamentales que forman parte de los procesos de supervisión, donde la autonomía del órgano fiscalizador es un factor importante para su adecuado desarrollo. A lo que se suman las experiencias de algunos países que han mostrado buenos resultados en esquemas de supervisión fuertemente dependientes de otros organismos estatales, principalmente Bancos Centrales.

A continuación se comentará algunos datos generales sobre el tema y finalmente se mostrará en una estrecha síntesis la experiencia costarricense en cuanto a su esquema de supervisión relacionado con la autonomía e independencia de su organismo supervisor.

1. Sistema de Regulación:

De manera general, un sistema de regulación prudencial de la banca debería abarcar, tal y como lo señala la Asociación de Organismo Bancarios de América Latina y el Caribe⁹⁰:

- Exigencias para la entrada bancaria, reflejadas en el establecimiento de requisitos sobre el capital mínimo para la constitución de nuevas entidades, así como sobre la idoneidad de los accionistas principales, directores y la gestión principal.

⁹⁰ TRIGO LOUBIÉRE, (Jacques). 1997. "Refuerzos del Papel de la Superintendencia Bancaria: Facultades mínimas, autonomía e independencia del órgano fiscalizador". XVI Asamblea Anual, Santiago, Chile. P. 139.

- En este sentido, la autoridad que otorga las licencias debe tener el derecho de establecer una serie de criterios y de rechazar solicitudes que no cumplan con los estándares establecidos.
- Adicionalmente, los supervisores bancarios deben tener la autoridad para revisar y rechazar cualquier propuesta de transferencia de participaciones accionarias.
- Riesgos compatibles con los elevados “*apalancamientos*” de los bancos, a través de la diversificación de la cartera de préstamos e inversiones, restricciones a los créditos vinculados (relacionados) y límites para los desfases entre activos y pasivos.
- Establecer los requerimientos y límites para prevenir posibles problemas originados por los préstamos vinculados (relacionados), de manera de controlar y de reducir los riesgos que conllevan.
- Establecimiento de requerimientos mínimos de capital para entidades financieras, que reflejen los riesgos asumidos y donde el requerimiento para operaciones en el ámbito internacional no debe ser menor a los estándares establecidos en el Acuerdo de Basilea.
- Pleno aprovisionamiento de los riesgos de pérdida de los bancos conforme a políticas de evaluación y calificación de sus activos, principalmente la cartera.
- Una parte fundamental del sistema de supervisión debe ser la evaluación independiente de los procedimientos y políticas de las entidades financieras relacionadas con la operación financiera.
- Las imposiciones de límites y/o cargos específicos de capital ante exposiciones a niveles elevados de riesgo.
- Mantenimiento del capital de los bancos mediante la suspensión de intereses devengados sobre préstamos riesgosos, reposición expedita de capital ante pérdidas no provisionadas y requisitos de capital concordantes con el riesgo de los activos.

- Transparencia de la información, mediante la publicación periódica de los estados financieros y mediante la utilización de indicadores financieros.
- La recolección, revisión y análisis de informes de manera independiente, ya sea por medio de trabajo de gabinete, inspecciones o auditores externos.
- Practica de una supervisión global, para aplicar adecuadamente las normas prudenciales a todos los rubros de los negocios realizados por las entidades financieras, incluyendo sus sucursales y subsidiarias en el extranjero.
- Que las entidades establezcan los controles internos adecuados como arreglo para la delegación de responsabilidades y su autorregulación.
- Clara determinación de la condición de insolvencia de un banco en el procedimiento de liquidación, así como orden de procedencia en el pago de depósitos

Por otro lado, los procesos de liberación financiera iniciados en la década de los ochentas y los efectos desestabilizadores ocurrieron en importantes mercados financieros de América Latina, entre otras causas por efecto de la fuga de capitales, así como por efecto de la crisis económica y financiera, lo que llevó a considerar la importancia de poner en práctica medidas adecuadas de regulación financiera y prudencial, encaminadas entre otras a limitar la entrada de capital financiero extranjero volátil o de naturaleza especulativa.

2. Facultades mínimas de los organismos de supervisión:

La función básica de la supervisión, como se menciona anteriormente a lo largo de la historia, ha sido mantener la estabilidad y solvencia de las entidades financieras. Dentro de un

ámbito de la mayor libertad, debe promover que ellas hagan una adecuada asignación de recursos. Para que ello sea posible los organismos de supervisión deben contar con las siguientes atribuciones, cualquiera que sea su ubicación dentro de la estructura del Estado de su respectivo país:

- Se les debe dotar de las atribuciones legales necesarias para desarrollar con éxito su labor de fiscalización, acceso irrestricto a toda la documentación de los bancos, regulación de su contabilidad y cautela de la solvencia mediante el establecimiento de criterios para la evaluación de la cartera de créditos.
- Debe contar con un conjunto de reglamentos y normas para las instituciones supervisadas.
- El sistema de supervisión, adicional al marco legal adecuado, necesita de los poderes para asegurar el cumplimiento de las normas, así como los relacionados con la solidez, seguridad, y protección legal de los supervisores.
- Debe tener los mecanismos necesarios para que el público cuente con información fidedigna de las entidades supervisadas.
- Al respecto, los objetivos del supervisor deben estar libres de presiones políticas, para lo cual debe contar con independencia operativa.
- Debe tener el poder para evitar afiliaciones o estructuras que impidan la supervisión efectiva de las entidades financieras.
- Capacidad de revisar las actividades financieras y no financieras realizadas por una entidad tanto en sus oficinas locales como del extranjero.

- Debe contar con un régimen de sanciones bien tipificado y de aplicación casi automática, que evite discrecionalidades excesivas del supervisor o interferencias externas.
- Deben poder prevenir los abusos originados de préstamos vinculados (relacionados), para lo cual requiere la autoridad para realizar juicios discrecionales sobre la existencia de relaciones entre la entidad financiera y otros agentes.
- El otorgamiento de recursos debe ser realizado de forma que no limite la autonomía e independencia a los organismos de supervisión.
- Con relación a la supervisión extra situ, el organismo encargado debe tener la capacidad de obtener información de entidades relacionadas no financieras.
- Tener autoridad tanto para restringir las actividades actuales de la entidad financiera, como para negar la realización de nuevas operaciones, restringir o suspender el pago de dividendos, limitar transferencias de activos y compras de acciones, sin descartar la posibilidad de reemplazar a los dueños, directores o gerentes, así como de limitar sus poderes, para lo cual deben tener la capacidad de imponer interventores.
- Para los casos que así lo requieran y luego de realizado todos los esfuerzos para resolver los problemas de las entidades en crisis y que dejan de ser financieramente viables, el supervisor debe tener la capacidad de cerrar (liquidar) o ayudar a cerrar entidades con problemas con el objeto de proteger la estabilidad global del Sistema Financiero.
- Para realizar el trabajo de supervisión de manera efectiva, los supervisores deben tener independencia operacional, los medios y poderes para obtener información desde el interior o exterior de la entidad financiera y la autoridad para ejecutar sus decisiones.

Así entonces, la forma en que ejerza la fiscalización así como su calidad, estarán determinadas por el grado de sustento legal con que estén investidos los organismos de supervisión correspondientes, la calidad y capacitación de su personal, el alcance y oportunidad de sus intervenciones, los mecanismos administrativos y fundamentos para hacer valer su autoridad y una organización adecuada con normas y procedimientos definidos de actuación.

IV. Desarrollo del Sistema Financiero Nacional.

El punto de partida es un recuento breve de la transición del esquema de regulación represivo hacia un ordenamiento preventivo del Sistema Financiero, se analizará los componentes principales del marco regulatorio que ha llegado a constituirse, por medio de la reforma financiera iniciada en Costa Rica a mediados de la década de los ochenta.

Como ya se ha indicado en capítulos que anteceden, en el marco del Derecho bancario, la potestad de regulación surge como una concesión del Poder del Estado a entes Administrativos técnicos con capacidad para generar la normativa específica (legislación delegada referida en el capítulo dos).

La potestad de regular no puede ser resultado de la mera casualidad, sino que viene sustentada de las fuentes principales del derecho y de las fuentes secundarias que finalmente dan forma a la regulación del Sistema Financiero, son usualmente estas últimas las que se

vuelven más específicas y casuísticas en aras de dar un enfoque más propicio a la actividad que regulan.

Para estos efectos es necesario definir qué es el Sistema Financiero como concepto, el autor G. Pérez de Armiñán⁹¹, lo define como: *“Un delicado equilibrio entre instituciones, mercados, instrumentos financieros y técnicas operativas, como una doble y esencial función:*

a) Garantizar el abastecimiento de medios de pago a la economía en las mejores condiciones de estabilidad, y

b) Fortalecer la formación de ahorro y facilitar su canalización en aras a la más eficaz asignación de ese recurso escaso”, además añade: “de esta sucinta enumeración se desprende de que el Estado no puede mantenerse al margen de unos mecanismos de tanta significación en el funcionamiento de la economía”.

La generación de un ambiente de confianza y seguridad en el Sistema Financiero de cualquier país, es un factor fundamental para el modelo económico del Estado. En la economía a este modelo económico se le ha definido como *“El Modelo Circular”* que es aquél en el cual las familias y empresas participan intercambiando ahorro e inversión, a través de la oferta y demanda tanto de factores de producción, como de bienes y servicios, lo que en consecuencia permite satisfacer sus necesidades y requerimientos mutuos.

⁹¹ PÉREZ DE ARMIÑÁN, (G). Legislación Bancaria Española, 1 ed. Madrid, 1983, p.3.

Así mismo, los mercados financieros realizan una función similar, gracias a que la banca comercial coloca sus recursos económicos a cambio de una relación adecuada entre riesgo y rendimiento, para que luego estos recursos sean distribuidos entre los usuarios que están dispuestos a reconocer un premio por gozar de dicha facilidad. Hoy, se ve que esta operación que de principio parece sencilla está vinculada a muchos otros factores de la cual depende su fragilidad y que si no es correctamente manejada puede generar consecuencias significativas en las economías de país, y a nivel global.

Una de las principales problemáticas que enfrenta el sistema visto es el uso de la red de intercambio en el cual las organizaciones y los individuos participan, ha sido y está siendo utilizado por agentes que procuran encontrar puntos vulnerables para dar carácter legítimo a recursos financieros obtenidos por medio de actividades ilícitas.

Conocido de forma popular como el lavado de dinero para el autor Nando Lefort, Víctor Manuel, el lavado de dinero es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los bienes producto de la comisión de delitos, la cual genera ganancias a sus perpetradores. Así mismo, la Convención de Viena (O.N.U.) define el lavado de dinero como la conversión, transferencia, ocultación y encubrimiento de la naturaleza de los bienes, a sabiendas de que tales productos proceden de la comisión de delitos, generalmente de tráfico, posesión y distribución de estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁹².

Entre los principales delitos que generan recursos económicos se encuentran el fraude, narcotráfico, corrupción, secuestro, prostitución, contrabando de armas y joyas, evasión fiscal y

⁹² CECILIANO LÓPEZ, (Luis Diego). Revista Rhombus, ISSN 1659-1623 Vol. 3, N° 7. Setiembre - Diciembre 2006, p. 4.

robo, entre otros. Las personas que comenten estos actos de manera intelectual o de hecho procuran utilizar el Sistema Financiero para lavar sus ganancias y minimizar, o hasta eliminar, cualquier rastro que demuestre su complicidad.

Nuestro país no escapa al riesgo de que su Sistema Financiero en general sea utilizado para facilitar actividades de legitimación de capitales, por lo que se han generado barreras preventivas a la luz de la normativa internacional y de las prácticas sanas de control interno.

Este no ha sido un esfuerzo reciente; sin embargo, en la actualidad el marco legal lo constituye entre otros cuerpos normativos la ley 8204, su reglamento y normativa: *“Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas”*. Esta ley, en su artículo 1, indica textualmente: *“...se regulan y sancionan las actividades financieras, con el fin de evitar la penetración de capitales provenientes de delitos graves y de todos los procedimientos que puedan servir como medios para legitimar dichos capitales”*.

Por otra parte, se deja explícito el compromiso y la responsabilidad del Estado en esta materia al indicar: *“Es función del Estado, y se declara de interés público, la adopción de las medidas necesarias para revenir, controlar, investigar, evitar o reprimir toda actividad ilícita relativa a la materia de esta Ley”*, lo cual fundamenta dentro de la estructuración de la ley, no solo la necesidad de propiciar la cooperación técnica y económica internacional, sino también las actividades de prevención, supervisión y sanción que deben aplicar los órganos vigilantes y las instituciones de apoyo.

Pero el lavado de dinero no ha sido o no es el único problema del cual los vigilantes y usuarios del Sistema Financiero –en términos generales- deben preocuparse, la regulación y supervisión debe también enfrentarse y buscar la estabilidad de los sistemas financieros, estos no son exentos de enfrentar problemas económicos, problemas de organización, problemas relacionados a delitos y problemas de estructura, lo cual puede ser en casos específicos catastróficos o de importante impacto en las economías internas y en las economías globales.

Los sistemas financieros son vitales para la economía ya que proveen los medios para que los distintos agentes económicos puedan ahorrar, gestionar sus riesgos y acceder a fondos para consumo e inversión; impactando así, en el crecimiento de las naciones, las regiones y finalmente en la estabilidad global.

Por tal razón, la estabilidad y el desarrollo financiero son objetivos primordiales para los gobiernos, quienes procuran organizar sus instituciones de regulación y supervisión de tal forma que logren cumplir con dichos objetivos. La estabilidad financiera es por ello un objetivo prioritario para las políticas públicas, y el objetivo compartido por todos quienes intervienen en las actividades financieras.

En el caso particular de Costa Rica, inicialmente orientados al cumplimiento de los objetivos de la prevención de legitimación de capitales el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero -CONASSIF- como máximo jerarca del Sistema Financiero costarricense, publicó en octubre del 2004 la normativa de cumplimiento, en la cual se reconocen diez aspectos de importancia a rescatar:

1. La estructura y ambiente de control,

2. La política conozca a su cliente,
3. La política conozca a su empleado,
4. La regulación de las transacciones en efectivo,
5. La detección de actividades sospechosas,
6. El manejo y supervisión de instrumentos financieros,
7. La creación e implementación del manual de cumplimiento,
8. La necesidad de la capacitación al personal,
9. La creación e implementación del oficial de cumplimiento y
10. La creación e implementación del comité de cumplimiento.

Todos los puntos mencionados anteriormente buscaron implementar en la actividad habitual de las entidades financieras, sistemas formales de prevención, control, reporte y monitoreo fundamentados en la normativa existente y en las mejoras de las prácticas internacionales a nivel bancario, entre las cuales se mencionan los aportes generados por la normativa de Basilea I y II, más adelante se verá el aporte específico de cada una de las etapas de esta normativa.

Adicionalmente la ley cuenta con un marco sancionatorio, de índole penal ante el incumplimiento de las actividades reguladas, sin embargo, a pesar de estos esfuerzos la legitimación de capitales ha extendido sus alcances a niveles mundiales, evidenciando que no

solo es necesario la implementación de medidas de prevención y control Nacional sino que éstas deben ser coordinadas a niveles supranacionales para lograr una labor efectiva.

Continuando con lo dicho, la experiencia práctica internacional muestra que no hay un arreglo institucional único, más bien coexisten diversos enfoques de regulación y supervisión. La estabilidad que se busca, se relaciona con el normal funcionamiento de los mercados financieros, la prevención de las crisis, y la reducción de sus efectos y costos cuando éstas ocurren.

Pues no es posible generalizar entonces los efectos y los resultados de cada país frente a situaciones específicas, sin embargo, también se infiere que cuando se tiene supervisiones compartidas como es el caso de los Bancos Centrales en la mayoría de Latinoamérica que se encarga de la supervisión Macro del sistema y las superintendencias de bancos se encargan de los niveles micro, la supervisión se facilita y es aún más efectiva cuando estos órganos están coordinados entre sí.

La importancia de una Supervisión tanto a nivel macro como a nivel micro siempre ha existido, sin embargo, en el presente ha aumentado gracias a que las relaciones comerciales y financieras a nivel regional y a nivel global se han tornado más complejas y la actividad financiera se ha visto significativamente aumentada, este aumento se debe a que la estabilidad que ha logrado promueve un desarrollo económico, y por lo tanto, una confianza del usuario del sistema para comprometer su capital y su inversión. Pero adicional a este desarrollo de confianza en el sistema y el crecimiento que ha experimentado también se infiere que los costos

asociados a las crisis de los sistemas pueden ser muy altos para la sociedad, por tanto, contar con estabilidad financiera debe estar muy presente en la agenda de políticas públicas.

Existen dos dimensiones de la estabilidad, una dimensión macro y una dimensión micro. La dimensión macro se refiere al funcionamiento del sistema en su conjunto y la dimensión micro presta atención en las instituciones financieras individualmente consideradas.

En la estabilidad macro, su foco es sistémico, los responsables son principalmente el Banco Central y el Ministerio de Hacienda. Ésta se persigue a través de las regulaciones prudenciales, la divulgación periódica de informes de estabilidad que dan cuenta de los riesgos y vulnerabilidades financieras, el desarrollo de una adecuada infraestructura financiera, la provisión de líneas de liquidez para los bancos, y el establecimiento de mecanismos para resolver situaciones de crisis. Contribuye también a la estabilidad un adecuado marco de políticas macroeconómicas (política fiscal, monetaria y cambiaria).

Por otra parte, la estabilidad micro, se relaciona con el buen funcionamiento de cada una de las instituciones financieras, el principal responsable es el CONASSIF y sus Superintendencias – en el caso de interés la Superintendencia General de Entidades Financieras-. Ésta se afianza en pilares como las regulaciones prudenciales; la supervisión efectiva; la gestión eficiente de las instituciones; y la disciplina de mercado.⁹³

⁹³ Ver documento completo en:

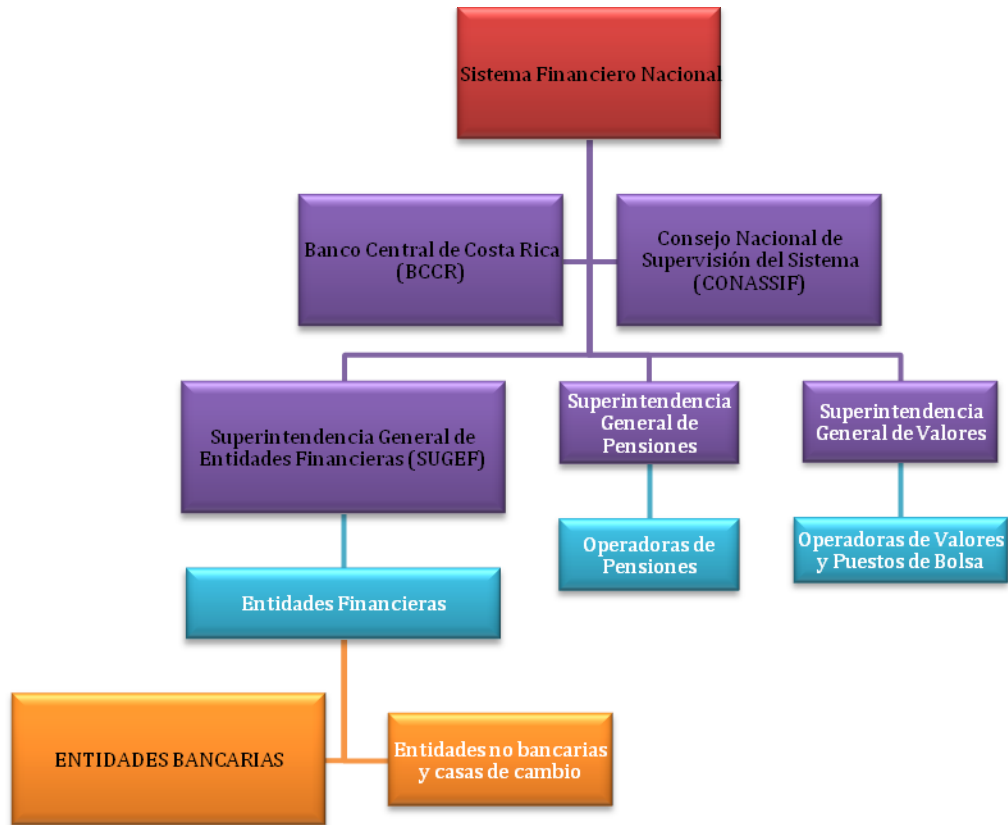
http://www.bcr.gob.sv/publicaciones/boletin_economico/boletin_2008/be_20080708_c_n187_supervision_financiera.pdf

La estabilidad y supervisión preventiva o prudencial, busca principalmente asegurar la estabilidad de las instituciones en el tiempo, sin perjuicio de la necesaria revisión de las conductas o comportamientos pasados, recoge la experiencia internacional y está acorde con las recomendaciones internacionales provenientes del Comité de Basilea, en el desarrollo del sistema que se pasó de un sistema represor a un sistema previsor. Con distintas variantes, es el enfoque que encuentra una creciente aceptación entre los distintos supervisores bancarios.

Durante los meses recientes, las crisis económicas que a nivel mundial vienen enfrentando distintos bloques económicos globales, ha afectado la estabilidad de los principales mercados financieros y ha generado mayor interés en el debate sobre los esquemas de supervisión financiera.

En ese sentido, existe el interés de analizar el sistema de regulación y supervisión de Costa Rica, su estado actual, su implementación y dilucidar posibles vacíos que se puedan presentar en esa implementación que a mediano o largo plazo puedan convertirse en errores de aplicación jurídica que atañen al marco regulatorio en general, lo anterior se perfila como el tema principal de esta tesis.

Breve esquema de la Organización del Sistema Financiero Nacional



V. Breve reseña de la evolución del modelo de fiscalización al modelo de supervisión prudencial.

El Sistema Financiero costarricense, se puede dividir en forma general por participantes y actividades, en tres grandes categorías⁹⁴:

⁹⁴ STERLOFF CHARALAMPIDU, (Yanni) Y CORRALES VEGA, (Rudy). Precios De Transferencia En La Regulación de los Grupos Financieros En Costa Rica. 1 ed, Costa Rica, 2003 p. 3.

- i. El sistema bancario, donde además se ubican las entidades financieras de carácter no bancario y las casas de cambio;
- ii. Las actividades bursátiles, donde se incluye no solamente a la Bolsa Nacional de Valores, los puestos de bolsa y los agentes, sino también a las sociedades administradoras de fondos de inversión, las clasificadoras de riesgo, el sistema de anotación en cuenta, los custodios de valores, y los emisores; y,
- iii. Las operadoras de pensiones.

Las tres grandes categorías inciden con las actividades y entidades sujetas a la supervisión y regulación que realizan la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), respectivamente.

Aunque forma parte del Sistema Financiero, se ha omitido la industria de los seguros en consideración a que la misma estará sujeta a la supervisión de una futura Superintendencia de Seguros cuya creación se discute actualmente en la Asamblea Legislativa, sin que a la fecha (con excepción del Régimen de Riesgos del Trabajo que es temporalmente supervisado por la Superintendencia de Pensiones) haya sido regulada o supervisada.

La clasificación del Sistema Financiero costarricense en estas tres grandes unidades no se debe al orden histórico en que las actividades se fueron desarrollando. En primer lugar, la

bancaria fue la primera actividad financiera desarrollada en nuestro país, como se expuso en el capítulo inicial de esta tesis, fue a través de bancos europeos ligados a los exportadores de café, y posteriormente, por bancos de propiedad costarricense fundados con capitales concebidos por los cafetaleros.

En términos generales fue a partir de los años 50, con el cambio del modelo económico a uno de sustitución de importaciones, que la banca Nacionalizada⁹⁵ viene a jugar un papel trascendental como un instrumento de fomento de las actividades económicas por medio del control del crédito y las divisas adquiriendo un importante desarrollo.

En el contexto inicial del desarrollo de la Supervisión Bancaria, existe un departamento incorporado al Banco Central de Costa Rica, que se llamó la Auditoría General de Bancos, funcionó inicialmente dentro de la estructura del Banco Central y era la que se encargaba de un control formal contable, y del uso de crédito.

Es importante señalar, que antes de la crisis del Sistema Financiero en los años ochentas, el Banco Central contaba con atribuciones para dirigir la actividad de las entidades financieras existentes -regulación represiva- por lo que era comprensible que no se le diera importancia a las facultades de supervisión financiera prudencial.

⁹⁵ La Nacionalización de la banca (con excepción del Banco Lyon, que no realizaba intermediación financiera) se dispone por la Junta Fundadora de la Segunda República por medio del Decreto-Ley N° 71 del 21 de junio de 1948.

Con la llamada "crisis de las financieras" suscitada a finales de los ochenta, en el marco de la llamada Ley de Modernización del Sistema Financiero Nacional (Ley 7107 del 4 de noviembre de 1988), toma forma la idea de fortalecer la supervisión al transformar aquel departamento del Banco Central en la Auditoría General de Entidades Financiera (AGEF), dotándolo de la naturaleza jurídica de órgano de "desconcentración máxima".

Posteriormente en 1988 con la promulgación de la Ley de Modernización del Sistema Financiero Nacional⁹⁶, la Auditoría General de Bancos fue sustituida por la Auditoría General de Entidades Financieras (AGEF), continuando, en lo fundamental, con el mismo modelo de supervisión basado en la fiscalización individual de las entidades financieras del mercado Nacional.

Por su parte el mercado bursátil, se vio influenciada de la política de estado-empresario, y la creación de la Corporación Costarricense de Desarrollo, S.A. (CODESA), es fundada por esta última la Bolsa Nacional de Valores, S.A. en el año de 1976, con el propósito de desarrollar el mercado de valores costarricenses.

⁹⁶ N° 7107 del 22 de noviembre de 1988.

Con respecto a la regulación, la Bolsa Nacional de Valores, S.A. funcionó inicialmente al amparo de unos pocos artículos del Código de Comercio y sus propias disposiciones en un modelo de autorregulación y fiscalización, el cual actualmente se mantiene parcialmente.

La Ley Reguladora del Mercado de Valores⁹⁷ entra vigor en el año de 1990, creándose con ella el regulador y fiscalizador del mercado bursátil: la denominada Comisión Nacional de Valores. Al igual que el caso de la banca, el modelo de supervisión adoptado se enfocaría a la fiscalización de los supervisados, y no a la supervisión del sistema.

En lo relativo al sistema Nacional de pensiones, el mismo estaba integrado por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) de la Caja costarricense de Seguro Social, el Régimen de Pensiones del Poder Judicial y el del Magisterio Nacional (todos regímenes básicos), así como por una serie, aislada y sin conexión alguna entre sí, de fondos creados por convenciones colectivas y leyes especiales.

Sin embargo, el sistema funcionaba sin la supervisión de un órgano especializado, ejerciéndose sobre los fondos de pensiones de las entidades públicas y los sistemas con cargo al presupuesto Nacional, únicamente, la fiscalización de la Contraloría General de la República y el Ministerio de Hacienda.

⁹⁷ N° 7201 del 29 de octubre de 1990.

Volviendo al área que interesa por ser el enfoque de este estudio, hace referencia a la regulación financiera⁹⁸ de los bancos (sin tomar en cuenta las leyes, -en sentido formal-) era fiscalizado de la Junta Directiva del Banco Central, y posteriormente, por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Entidades Financieras⁹⁹.

En lo tocante a la regulación del mercado de valores y el de pensiones, la regulación era aprobada por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Valores –CONAVA- y el Consejo Directivo de la Superintendencia de Pensiones, respectivamente.

La regulación del estado en el sector financiero principalmente se justifica desde el punto de vista de las correcciones de las fallas o imperfecciones del mercado, pues éstas se presentan como distorsiones al adecuado funcionamiento del sistema que fundamentalmente van en perjuicio de los ahorrantes, los inversionistas y los cotizantes que son finalmente los principales usuarios del sistema, y por lo tanto debe ser fiscalizada y controlada con el fin de no perjudicarlos, pues después de todo de la “salud económica” de estos usuarios depende el sistema completo.

⁹⁸ Se entiende por regulación la creación de normas jurídicas para regular la actividad, la cual se diferencia de la supervisión y la fiscalización de las entidades objeto de regulación.

⁹⁹ Por medio de la Ley N° 7558 de 3 de noviembre de 1995, artículo 122, se establece que el Consejo Directivo estaría conformado por dos miembros de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, dos personas nombradas por ésta última, pero ajenas a ella, y el Superintendente General. En el artículo 128 se establecen sus atribuciones.

En su jurisprudencia, la Sala Constitucional ha reconocido la necesidad de la regulación del Sistema Financiero, cuando ha señalado: *"... la función bancaria ha sido considerada de interés general, y ha estado sometida al control y vigilancia de los órganos públicos. Esto se justifica en el hecho de que el crédito es el elemento básico para la producción y el consumo de bienes, porque crea un poder de compra y lo transfiere al empresario. De ahí que la actividad bancaria sea considerada elemento esencial para el desenvolvimiento de la actividad económica por la transferencia de recursos a sectores productivos de la economía Nacional. Ese interés y necesidad generales que satisface la actividad bancaria, por la importancia que tiene para la comunidad a la que provee de medios de pago distintos de los creados por el Estado por la vía de emisión de dinero, y el importante volumen de ahorro del público que manejan los bancos, justifica la rigurosa intervención estatal en el ejercicio de esa actividad. (...) El Estado establece normas a las que deben ajustarse las entidades y las personas que actúan en el mercado financiero, porque existe un interés público en que los bancos operen sanamente. Esa intervención estatal en la actividad financiera se manifiesta en el establecimiento de regulaciones en cuanto a constitución, apertura y funcionamiento de los bancos."*¹⁰⁰

La redefinición y el fortalecimiento de las facultades regulatorias de la Administración Pública en el ámbito económico son fenómenos de actualidad en la evolución del aparato estatal, identificables en el caso costarricense, con ejemplos claros en diversos sectores: La Comisión para Promover la Competencia (Ley 7472 del 20 de Diciembre de 1994) o la

¹⁰⁰ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No.5924 de las 15 horas con 36 minutos del 03 de Julio del 2001. Documento en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10638&strTipM=T

Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) (Ley 7593 del 9 de agosto de 1996). Concretamente en el sector financiero Nacional, dicho fenómeno regulatorio es especialmente relevante con figuras como la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), y más recientemente el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF).

A partir de las reformas financieras llevadas a cabo en el año 1995¹⁰¹, la supervisión del Sistema Financiero costarricense da un giro radical al adoptar un modelo de supervisión prudencial -basado en riesgos- en sustitución del anterior modelo de simple fiscalización, como forma de organizar, operativa y legalmente, la comercialización de servicios financieros.

El artículo 119 de la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, le encomendó a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) la misión de “...velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional...”, mediante la supervisión y fiscalización de todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera. La reforma realizada por la ley atrás comentada le permitiría a la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica¹⁰², dictar el reglamento para establecer el

¹⁰¹ Ley N° 7558 del 3 de noviembre de 1995

¹⁰² Por el artículo 188, inciso h), de la Ley 7732 del 8 de diciembre de 1997, Ley Reguladora del Mercado de Valores, en lo sucesivo, la regulación sería dictada por el Consejo Nacional de Supervisión del Mercado Financiero (CONASSIF por el artículo 188, inciso h), de la Ley 7732 del 8 de diciembre de 1997, Ley Reguladora del Mercado de Valores, en lo sucesivo, la regulación sería dictada por el Consejo Nacional de Supervisión del Mercado Financiero (CONASSIF).

órgano supervisor ante el cual debería registrarse cada grupo financiero¹⁰³, abandonándose la sola fiscalización (fundamentalmente contable) para adoptar, en lo sucesivo, la supervisión de los grupos basada en riesgos.

Artículos que resulta importante mencionar en los cuales se refiere este cambio de modelo de supervisión por ejemplo son los artículos 141 y siguientes, que establecen la regulación de los grupos financieros, en donde claramente se abandona la supervisión puntual y separa de cada entidad y se busca un modelo más prudencial enfocado a una visión más de sistema.

En lo que a intermediarios financieros se refiere, la importancia de esa función supervisora, a que hace referencia la jurisprudencia reseñada, quedó plasmada en el texto de los artículos 115 y 116 de la Ley Orgánica del Banco Central (Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995), los cuales señalan:

"Artículo 115. Creación. Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras, también denominada en esta Ley, la Superintendencia, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia regirá sus actividades por lo dispuesto en esta Ley, sus Reglamentos y las demás Leyes aplicables.

¹⁰³ Reglamento para la constitución, el traspaso, el registro y el funcionamiento de los grupos financieros, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, mediante el artículo 4, de la Sesión N° 4931-97 del 24 de octubre de 1997.

Artículo 116. Intermediación financiera. Únicamente pueden realizar intermediación financiera en el país las entidades públicas o privadas, expresamente autorizadas por Ley para ello, previo cumplimiento de los requisitos que la respectiva Ley establezca y previa autorización de la Superintendencia. La autorización de la Superintendencia deberá ser otorgada cuando se cumpla con los requisitos legales. (...)"

Colateralmente, la Ley N° 7732 del 8 de diciembre de 1997, Ley Reguladora del Mercado de Valores, eliminaría los Consejos Directivos de las tres Superintendencias¹⁰⁴, creándose el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero -CONASSIF-, en el que se concentrarían las funciones de superior jerárquico administrativo de las tres superintendencias y, en general, la regulación del Sistema Financiero, la Ley Reguladora del Mercado de Valores¹⁰⁵, la cual en su artículo 3, señala:

"Artículo 3. Creación y funciones. Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta Ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta Ley, sus reglamentos y las demás Leyes

¹⁰⁴ Artículos 169 y siguientes.

¹⁰⁵ N° 7732 de 27 de enero de 1998.

aplicables.

La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta Ley."

Con la promulgación de la denominada Ley de Protección al Trabajador, se amplían las funciones del Consejo, reformándose para ello el artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Esta reforma recogería un principio fundamental establecido en las reformas a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica llevadas a cabo en 1995: la supervisión de los grupos o conglomerados financieros. En efecto, en los incisos f) y n) se establecen entre las funciones del CONASSIF:

"f) Aprobar las normas atinentes a la constitución, el traspaso, registro y funcionamiento de los grupos financieros, de conformidad con la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica¹⁰⁶ ...n) Aprobar las normas que definan cuáles personas físicas o jurídicas, relacionadas por propiedad o gestión con los sujetos fiscalizados, se consideran parte del mismo grupo de interés económico, para asegurar la diversificación adecuada de las carteras y resolver y evitar los conflictos de interés."¹⁰⁷

¹⁰⁶ El Reglamento para la constitución, el traspaso, el registro y el funcionamiento de los grupos financieros, sería aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, mediante el artículo 4 de la Sesión 4931-97 del 24 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 4 de noviembre de 1997.

¹⁰⁷ Aprobado por el Consejo Directivo de la Superintendencia General de Entidades Financieras N° 20-96, artículo 6, del 16 de julio de 1996, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 147 del 5 de agosto de 1996.

Dicho lo anterior, la voluntad del legislador busca generar un sistema de órganos supervisores diversos, técnicos especializados en su área, como se ha venido comentando pero ligados en su función y coordinados por un órgano superior al cual se encuentran adscritos -al CONASSIF, con una figura de desconcentración máxima a la estructura del Banco Central.

Por medio de la mencionada ley surge el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero -CONASSIF- con la Ley 7732 del 17 de diciembre de 1997, como órgano colegiado superior de esas superintendencias, cuya función principal es la coordinación y en su momento la reestructuración del esquema de las Superintendencias existentes, a saber en ese momento SUGEF, SUPEN y SUGEVAL.

El nuevo órgano -CONASSIF- no sólo concentra la función de coordinación sino que también concentra función de nombramientos de los Superintendentes e Intendentes, la aprobación de los presupuestos de los órganos supervisores, la autorización, revocación, suspensión e intervención de los sujetos supervisados y de realización de oferta pública, y adicionalmente se le concede la potestad para dictar la regulación del Sistema Financiero en su conjunto.

Repasando un poco, sobre la conformación del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero -CONASSIF-. Como se infiere de lo anteriormente dicho las Superintendencias del Sistema Financiero existían dentro de la institucionalidad de supervisión financiera aun antes del CONASSIF, sin embargo, una de las problemáticas evidenciadas a

nivel de supervisión era la falta de organización entre las Superintendencias, esto generó a la larga una serie de propuestas de reforma de la estructura de supervisión, donde se buscaba evitar el traslape entre reguladores, los costos tan elevados de mantener instituciones separadas con Juntas Directivas independientes, y se buscó generar un marco más claramente definido de las actuaciones de los entes supervisores que fuera definido por la Ley.

En ese contexto surge el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero - CONASSIF-, con la Ley Reguladora del Mercado de Valores¹⁰⁸, cuyo artículo 169 expresamente dispone:

"La Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionarán bajo la dirección de un órgano denominado Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, también llamado el Consejo Nacional (...)" (El resaltado no es del original).

La norma misma al ser entendida no hace referencia a la naturaleza jurídica del Consejo, únicamente hace referencia a que será el órgano jerarca de las ya existentes superintendencias, convirtiéndolo en el órgano directivo común de las superintendencias con las competencias que la ley le asigna expresamente.

¹⁰⁸ Ley 7732 del 19 de diciembre de 1997.

Inclusive en el expediente legislativo cuando se verificó sobre el análisis que se realiza al momento de discutir la Ley Reguladora del Mercado de Valores se revela como la idea inicial era mantener las superintendencias pero dentro del análisis y el debate legislativo el resultado final fue en aras de la uniformidad y la integración de la actividad de supervisión, buscar unificar en un solo cuerpo colegiado las competencias que antes tenía cada uno de los consejos directivos de los órganos supervisores.

El Dictamen afirmativo unánime de la Comisión especial que dictaminó el "*Proyecto de reforma global a la Ley Reguladora del Mercado de Valores*", establece que:

"El título X que regula la constitución y el funcionamiento del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, el cual centraliza en una sola instancia las funciones de órgano superior que la legislación actual le otorga separadamente al Consejo Directivo de la Superintendencia General de Entidades Financieras, al Consejo Directivo de la Superintendencia de Pensiones y a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Valores. Mediante la creación de un órgano superior único, al cual le corresponderá aprobar los reglamentos en materia de supervisión, los presupuestos y la normativa salarial y de personal de las tres Superintendencias, así como nombrar y remover a los Superintendentes e Intendentes, se busca darle mayor independencia a la supervisión y a la vez una mayor unidad y coherencia, esto último tomando en cuenta el esquema de grupos financieros que contempla la Ley Orgánica del Banco Central y hacia el cual se orienta cada vez más el Sistema Financiero costarricense en su conjunto. El Banco Central mantiene, sin embargo, una responsabilidad importante en relación con la supervisión, dado que le corresponde a la Junta Directiva del Banco Central nombrar a los cinco miembros del Consejo Nacional que no son

funcionarios públicos y fijar el límite global de los presupuestos de las Superintendencias . Además, tanto el Ministro de Hacienda (o su viceministro) como el Presidente o Gerente del Banco Central, se mantienen como miembros ex officio del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero."¹⁰⁹

Con lo anterior se evidencia que lo que finalmente interesó otorgar en forma exclusiva al CONASSIF son las decisiones y competencias propias de la actividad supervisora y reguladora, pero dentro de la estructura administrativa del Banco Central como un todo.

De lo hasta aquí expuesto se concluye que la discusión legislativa de la Ley 7732, en torno a la estructura de la supervisión financiera, se fundó en dos elementos claves:

Primero que, como ya se indicó, esa actividad debía mantenerse a un nivel de "desconcentración máxima" dentro de la estructura orgánica del Banco Central, con lo cual se mantiene la unidad institucional dentro de un solo esquema administrativo, respondiendo a la necesidad de que exista "coordinación" en la actividad total del ente emisor.

Segundo, que por razones de uniformidad y coherencia en las decisiones y política de supervisión debía existir un solo cuerpo colegiado y no tres. De tal forma, que con el

¹⁰⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen C222 del 08 de agosto del 2001.

Documento en:

http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10638&strTipM=T

CONASSIF, el legislador lo que hizo fue reunir todos los consejos directivos anteriormente existentes en uno sólo, procurando armonizar la labor de supervisión financiera. Adicionalmente la Contraloría General de la República en aras de definir la estructura administrativa del sistema de Supervisión, ha hecho referencia a la naturaleza jurídica del CONASSIF y al respecto ha afirmado:

*"El CONASSIF es un órgano colegiado, directivo y superior jerárquico en la materia de supervisión financiera de la SUGEF, de la SUPEN y de la SUGEVAL, órganos de desconcentración del Banco Central de Costa Rica. Consecuentemente participa de la naturaleza desconcentrada de los órganos que fiscaliza, sin que ello nos lleve a concluir necesariamente que estamos frente a otro órgano desconcentrado más del Banco Central."*¹¹⁰

De tal forma, el espíritu legislativo que privó fue que la actividad de supervisión se continuara desarrollando a un nivel de desconcentración máxima, siempre dentro de la estructura del Banco Central de Costa Rica. Esquema dentro del cual hasta la fecha se desarrolla esa actividad.

Finalmente es importante acotar, que si la desconcentración máxima involucra jurídicamente una atribución de una competencia exclusiva a un órgano técnico especializado,

¹¹⁰ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. C248-2004, del 27 de agosto del 2004. Documento en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=12712&strTipM=T

con ciertas facultades y prerrogativas, no puede dejar de observarse que dicha definición involucra un compromiso y una garantía a favor del administrado en la tutela del carácter técnico y objetivo de las decisiones que se tomen, frente a posibles injerencias políticas que podrían darse en otros ámbitos administrativos.

VI. Alcance de las competencias del CONASSIF.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, de conformidad con el artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores¹¹¹, está integrado por:

“Cinco miembros, que no serán funcionarios públicos, serán designados por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, por mayoría de al menos cinco votos. Estos permanecerán en sus cargos cinco años y podrán ser reelegidos por una sola vez. De entre ellos y por períodos de dos años el Consejo Nacional elegirá a su presidente pudiendo ser reelegido. Para estos efectos, no se reputarán funcionarios públicos, quienes se dediquen a la docencia.

El Ministro de Hacienda o, en su ausencia, un Viceministro de esa cartera. El Presidente del Banco Central de Costa Rica o el Gerente.”

Por su parte, es el artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores el que contiene la definición general de las funciones del Consejo Nacional de Supervisión del

¹¹¹ Ley 7732 del 17 de diciembre de 1997.

Sistema Financiero. El texto de los 20 incisos de dicha norma legal atribuyen competencias que confirman el carácter de cuerpo colegiado superior de las superintendencias que tienen dicho órgano, en el que residen las definiciones políticas y normativas de toda la regulación del sector financiero en sus distintos segmentos, procurando armonizar y coordinar la actividad de supervisión de las tres superintendencias.

Dicho lo anterior, las competencias asignadas al consejo se dividen en dos tipos principales:

- a) Las referentes a su potestad normativa, de las cuales se hablara más adelante en detalle para determinar parte de objeto de esta tesis
- b) y las referentes a la Jerarquía y dirección de las Superintendencias y su función de ente de decisión final y agotamiento de la vía administrativa.

1. Potestad normativa:

Primeramente, cabe señalar que el poder normativo del Consejo es claro y primordial. En tal sentido, el citado artículo 171 en su inciso b) le atribuye el dictado de las *"normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia"* de las tres superintendencias. Concediéndole la reglamentación prudencial de las Leyes relacionadas al Sistema Financiero. Es importante también señalar que el mismo artículo dispone además que no pueden existir: *"requisitos que restrinjan indebidamente el acceso de los agentes económicos al mercado financiero, limiten la libre competencia ni incluyan condiciones*

discriminatorias."

Específicamente, el artículo 171 hace referencia a normativas concretas que debe dictar el Consejo, entre los que podemos resaltar los incisos e, f, n, ñ, o, p, q que regulan y facultan al Consejo con potestades para dictar normativa atinente a: procedimiento, requisitos, y plazos para la *“fusión o transformación de las entidades financieras, constitución, el traspaso, registro y funcionamiento de los grupos financieros, gestión con los sujetos fiscalizados, considerados como grupo de interés económico, normas contables y de auditoría, según los principios de contabilidad generalmente aceptados; normas referentes a la periodicidad, el alcance, los procedimientos y la publicación de los informes rendidos por las auditorías externas de las entidades fiscalizadas; normas aplicables a las auditorías internas de los entes fiscalizados; normas garantes de la supervisión y el resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones del Poder Judicial y cualesquiera otros creados por ley o convenciones colectivas”*.

2. Potestades Jerárquicas y de Dirección:

Adicionalmente, la ley atribuye al Consejo una serie de competencias sobre las superintendencias que reafirma su jerarquía superior y el tema de la desconcentración máxima que se ha venido discutiendo, entre ellos, se le atribuye el agotamiento de la vía administrativa (atribuido en el inciso g del artículo 171)

Por otra parte, también la Ley le atribuye la toma de decisiones cruciales para el

funcionamiento del Sistema Financiero y las entidades que lo integran, como es el caso de la intervención, la suspensión de operaciones y la revocatoria de autorización de las entidades reguladas por las superintendencias y de la realización de oferta pública (incisos c y d) ,

En la definición organizativa de la labor de supervisión, al Consejo se le otorga la competencia para nombrar y remover a los Superintendentes y a los respectivos intendentes (inciso a). Asimismo tiene facultades para dictar las normas generales de organización de las superintendencias (inciso j) y le corresponde la aprobación de *"el plan anual operativo, los presupuestos, sus modificaciones y la liquidación presupuestaria de las Superintendencias, dentro del límite global fijado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y remitirlos a la Contraloría General de la República para su aprobación final."* (Inciso k).

Adicionalmente, se le atribuye al Consejo el conocimiento en apelación de las resoluciones que dicten las bolsas de valores en dos temas concretos que menciona la ley: La autorización de los puestos de bolsa y la imposición de sanciones a los puestos y agentes de bolsa. (Inciso h)

También la norma refiere atribuciones que ponen de manifiesto la finalidad de coordinación o dirección de la actividad de las superintendencias, en ese sentido se le atribuye la resolución de los conflictos de competencia que se presenten entre las superintendencias (inciso r), así como la potestad para reglamentar el intercambio de información que pueden realizar entre sí las diferentes superintendencias, para el cumplimiento de sus funciones de supervisión prudencial (inciso i).

Por último, también se prevé una capacidad de coordinación con los agentes del Sistema Financiero para analizar conjuntamente temas que resulten relevantes, mediante la designación de comités consultivos integrados por representantes de los sujetos fiscalizados, de inversionistas o de otros sectores económicos, consignándose expresamente que sus recomendaciones tendrán un carácter no vinculante. (Inciso m)

Como se comentó al enfrentarnos a procesos cada vez más evidentes de globalización los cuales tienen un entrada importante en la parte del sector financiero, las transformaciones e innovaciones del Sistema Financiero se presentan como verdaderos estándares internacionales que procuran una mayor efectividad de la labor de supervisión y una mayor estabilidad del sistema como un todo.

De esta manera, se justifica el establecimiento de normas prudenciales para la supervisión, pues estas funcionarán como mitigadoras de riesgo en las operaciones de los agentes financieros.

3. Relación de autonomía del CONASSIF frente al Banco Central:

Después de consultar varios autores que comentan sobre los órganos reguladores y la banca central en general no parece existir un consenso o una posición mayoritaria entre la relación de autonomía del órgano regulador frente al Banco Central.

En uno de los estudios del CEMLA -siglas para Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos- como colaborador de la Superintendencia de Bancos Chilena en 1994, se indicó que en doce países de Latinoamérica era el banco central el órgano encargado de manera directa de realizar la supervisión, es decir, que el órgano supervisor se encontraba dentro del mismo banco central, en cambio en ocho países dentro del mismo estudio, era un órgano independiente parte del ministerio de finanzas (Hacienda) y en otros cuatro lo realizaba un órgano autónomo. En otra encuesta similar realizada por el FMI (Fondo Monetario Internacional) se estudió la supervisión bancaria en la región continental latinoamericana siendo que, las funciones de supervisión bancaria en cinco países de la región están en manos de bancos centrales (los cuatro países que integran el Mercosur y Costa Rica).

En los otros doce países de la región, la supervisión bancaria se ejerce por organismos separados, aunque en algunos casos guardan una relación bastante estrecha con los respectivos bancos centrales.

Existen en ambos sentidos argumentos a favor de la separación o la unificación de funciones de banco centro y ente supervisor, sin embargo, no se puede asegurar que exista un modelo único de regulación a seguir para cada economía pues todas ellas están rodeadas e influenciadas por distintos factores.

Lo importante será que como ha sostenido el Comité de Basilea, el modelo que se establezca permita definir: 1) objetivos precisos, 2) responsabilidades claras de lo cual ampliara más adelante, 3) independencia operacional y 4) recursos -materiales y humanos- apropiados.

Se señala en algunos de los textos estudiados y de los estudios consultados que en las economías de los países en desarrollo el mantener la supervisión ligada fuertemente al banco central aun cuando ésta sea realizada por un órgano independiente puede ser beneficioso en el sentido que las economías en desarrollo son más propensas a tener desequilibrios que puedan requerir de la intervención del Banco Central y del personal capacitado del Banco Central para resolver de forma satisfactoria la crisis.

Otro de los temas que se aborda en el desarrollo de esta visión, es el tema de la coordinación frente a la integración de los órganos de supervisión y el uso de normas o sugerencias internacionales de esta supervisión y regulación para lograr la efectiva labor y una respuesta satisfactoria a las demandas del sistema, así como la determinación de las responsabilidades respectivas no solo en los caso de responsabilidades para los sujetos regulados frente al incumplimiento sino también responsabilidades de los sujetos aplicadores de la regulación, esa responsabilidad objetiva que emana del ente regular cuando crea normativa, estos temas alejados de ser encontrados deben más bien analizados para encontrar un balance adecuado en el tema de la supervisión bancaria en cada uno de los estados, pues no será posible concebir un sistema completo si éste no abarca todas las temáticas posibles y desde todas la vertientes posibles para autoanalizarse.

VII. Los Principios de Basilea y su aplicación por parte del Ente Regulador.

Los principios básicos de Basilea, como se mencionó en el capítulo anterior son de amplio alcance y abarcan: las facultades y los recursos para una supervisión independiente, generan regulación (incluida la que se refiera al capital y el riesgo) y sirven para determinar y conformar el proceso de supervisión bancaria. Esos principios constituyen la lista más completa de normas acertadas de aceptación internacional elaborada hasta la fecha, es por esto que es de recibo incluirlos y tomar en cuenta su análisis para los fines de esta investigación.

Si bien Basilea ha demostrado su benevolencia creando prácticas acertadas en cuanto a la supervisión de entidades, regulaciones de capital y más recientemente pasando a regular el riesgo, es también interesante ver como existe una notable falta de estudios empíricos sobre los resultados mismos de la aplicación de las normas, y sobre ese mismo estudio es posible inferir que en muchos casos las economías no logran aplicar todas las normas como se pensaron en su etapa inicial, el caso específico de Costa Rica por ejemplo, y aún más escaso es encontrar un estudio de los posibles resultados negativos o imprevistos de la aplicación indebida de los principios de Basilea.

Es por eso que no hemos dado a la tarea de analizar de manera muy breve, después de haber realizado todo el marco general de la historia del desarrollo de la actividad bancaria, lo cual permite analizar su contexto histórico y socio-cultural y después de haber analizado a la luz de la normativa vigente, tanto la disponible en leyes como en normativa prudencial del ente

supervisor y jurisprudencial de los tribunales de la república que permite definir un poco los alcances normativos concedidos, pasando a analizar uno de los puntos específicos de la definición de responsabilidad, el cual no siempre es el más popular pues suele ser una pequeña molestia a la luz del creador de la norma.

Como se ha analizado en el tema de las fuentes del derecho, la creación de la norma no solo implica crear norma y responsabilidades a terceros desde la posición gobernante del Estado, sino que también y gracias al sistema político con el que contamos, al crear norma el mismo ente creador de la norma o bien a quien se le da la facultad por la ley, o se le atribuyen potestades dadas por la ley y al mismo tiempo se le atribuyen responsabilidades.

En el siguiente capítulo se verá más a fondo el concepto de responsabilidad, el cual es un tema muy amplio que se podría extender ampliamente, pero se trató de enfocar a la responsabilidad de los entes encargados de aplicar la norma, y los casos en los cuales estos entes deben responder por su proceder aun cuando éste está justificado o sustentado por una norma que le concede potestades de regulación o gobierno sobre los administrados, pero de las cuales emanan consecuencias jurídicas o no, que producen efectos jurídicos que pueden perjudicar al tercero administrado.

VIII. Análisis sobre cumplimiento de criterio y posibles responsabilidades.

Se analizará de forma breve y general los alcances en algunos de los principales principios de Basilea así como su aplicación o inaplicación a la realidad costarricense, y las responsabilidades posibles creadas a nivel de las autoridades que generan la norma a aplicar, para proceder a adjudicar la responsabilidad respectiva de acuerdo con las regulaciones de responsabilidad objetiva y subjetiva vigentes en nuestro ordenamiento:

- i. Principio: un sistema eficaz de supervisión bancaria tendrá responsabilidades y objetivos claros para cada una de las agencias involucradas en la supervisión de bancos. Cada una de estas agencias debe poseer independencia operacional y recursos adecuados. También es necesario un esquema legal adecuado para la supervisión bancaria, incluyendo disposiciones relacionadas con la autorización de establecimientos bancarios y su continua supervisión. Deben existir mecanismos para el intercambio de información entre supervisores para proteger la confidencialidad de dicha información

En Costa Rica debido a una dispersión de las regulaciones del sistema bancario se encuentra este principio sustentado por distintas normas en general el criterio del principio se cumple, se encuentra referencia al criterio en normativa como la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, la Ley Orgánica del Banco Central, normativa prudencial como: Reglamento de auditores externos y gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por

SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Reglamento de gestión de Riesgos, Normas para el reconocimiento de instituciones que normalmente se dedican a realizar operaciones internacionales; Reglamento de autorizaciones registro y requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por SUGEF; Reglamento de Constitución y funcionamiento de Grupos Financieros; Reglamento para la autorización de la Constitución, la apertura y funcionamiento de Bancos Privados; Reglamento de Centro de Información Crediticia.

Sin embargo, adicionalmente no existe normativa legal ni tampoco prudencial que le garanticen a los usuarios del sistema o a las entidades supervisadas regímenes de responsabilidad para los entes supervisores o las autoridades en razón de la confidencialidad de la información que finalmente manejan o que le garanticen un régimen de responsabilidad en caso que esa independencia operacional a la cual la ley las somete, se vea comprometido por el mal manejo de la administración o de algún funcionario.

Uno de los casos teóricos que se pueden ocupar de un posible vacío legal es el caso que las entidades encargadas de la supervisión, ya sea la SUGEF o el CONASSIF no cumplan con alguno de los requerimientos del principio, como por ejemplo, el caso en que los objetivos y las responsabilidades creadas no sean completamente claras, y producto de ello concurran a circunstancias que le genere un perjuicio al usuario (banca comercial), en este punto se debería definir entonces la responsabilidad no solo punitiva si no también resarcitoria como así se viene generando en la mayoría de las corrientes modernas del derecho.

Uno de los más comunes problemas a los que se ve enfrentado el derecho como ciencia normativa es el vacío legal, y evidentemente la normativa del Sistema Financiero se va a enfrentar a este problema y el problema se agrava aún más debido a la materia específica y tecnicismo de la materia.

Como se dijo a lo largo del desarrollo de esta tesis que la potestad estatal de crear norma debe ser entendida en dos sentidos, en el sentido de poder del Estado regulando al administrado y en el sentido del poder del Estado respondiendo responsablemente por lo que él mismo ha determinado, un análisis más a profundidad del tema de la responsabilidad se estudiará en el próximo capítulo.

- ii. Principio: La autoridad que otorga las licencias debe tener el derecho a establecer criterios y rechazar aquellas solicitudes de estadidades que no cumplan con los estándares establecidos. El proceso de otorgamiento de licencias, como mínimo debe consistir en una evaluación de la estructura de propiedad de la organización matriz sea un banco extranjero, debe obtenerse el consentimiento previo del país de origen.

El criterio del principio se cumple en razón de que nuestra normativa en regulaciones tales como: la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, Reglamento de auditores externos y gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Normas para el reconocimiento de instituciones que normalmente se dedican a realizar operaciones internacionales; Reglamento de autorizaciones registro y requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por SUGEF; Reglamento de Constitución y funcionamiento de Grupos Financieros; Reglamento para la autorización de la Constitución, la apertura y funcionamiento de Bancos Privados; entra a regular claramente aspectos sobre la creación, constitución, información y funcionamiento de entidades financieras; sin embargo, como sucede en el principio anterior no existe un régimen real establecido dentro de la especialidad de la materia que proyecte responsabilidades posibles para las entidades reguladoras del sistema, cuando éstas por un mal funcionamiento violenten, abusen o malinterpreten el espíritu de la ley manifestado en el criterio que finalmente será la base filosófica de la norma jurídica, ya sea de carácter legal o prudencial.

Si bien es claro que la decisión del órgano supervisor es una decisión fundamental no se puede confiar a libre arbitrio del ente supervisor este tipo de decisiones, pues la ley debe establecer los puestos necesarios de sanción cuando el ente regulador sea el que incurra en la falta y al analizar la normativa existente no hay referencias claras a la responsabilidad de los entes reguladores sea SUGEF, CONASSIF o Banco Central.

Sobre el tema se espera ser más específicos en el capítulo que sigue analizando las responsabilidades que pueden existir en relación con la creación de normas y la función administrativa frente a los sujetos de derecho, la responsabilidad que emana del acto de crear norma y que está vinculada al poder del Estado.

- iii. Principio: Los supervisores bancarios deben estar facultados para establecer criterios para examinar las adquisiciones e inversiones importantes efectuadas por un banco y para asegurar que las filiales o estructuras corporativas del banco no le exponen a riesgos indebidos o dificultan una supervisión efectiva

En este caso, el criterio se cumple en normativas como Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, Reglamento de auditores externos y gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Reglamento para juzgar la situación económica-financiera de las entidades fiscalizadas; Normativa Contable aplicable a las Entidades Fiscalizadas por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Reglamento para la calificación de deudores; Reglamento sobre la suficiencia patrimonial de entidades financieras; sin embargo, al profundizar en el análisis de estas normativas prudenciales las mismas están referidas en un solo sentido, hacia el sujeto administrado, no hay en ninguno de los casos en los cuales la administración tiene potestades de imperio sobre la función privada ninguna regulación de su responsabilidad.

Si bien como se ha analizado ya en capítulos anteriores la función de la banca es una función de interés público de lo cual se desprende la importancia de que el Estado participe de su regulación y buen funcionamiento, pero de la misma manera es importante que el Estado le asegure al administrado que ante un eventual caso de error de la administración, ésta también

será responsable, lo anterior de acuerdo con las nuevas tendencias globales de responsabilidad y en el cumplimiento de nuestra normativa legal y constitucional, no se puede descuidar el aspecto de responsabilidad de la administración

Y no solo debe existir en este punto un régimen de responsabilidad sino un régimen de limitación claramente establecido en la normativa especializada, uno que sea más específico que los meros principios del derecho y los establecidos en la ley, dado a que la actividad a pesar de ser de interés público no deja de ser una actividad de carácter privado, entonces es aún más importante limitar el poder del Estado en razón de la actividad. Históricamente esta limitación ha generado roces entre el Estado y el banquero. Esta situación se analiza en la parte histórica de nuestra tesis, cuando en varios momentos la actividad luchó por mantener el control estatal en una posición taimada por un miedo específico a que el alto intervencionismo estatal funcionara en detrimento del negocio de la banca. Sin embargo, por los motivos que se explicará posteriormente en el desarrollo de la tesis, el Estado en su especial interés de la actividad pública logra generar normativa, vigilancia, control e inclusive participa de la actividad misma.

- iv. Principio: Los supervisores bancarios deben establecer un requisito mínimo de actuación de capital para los bancos, el cual debe reflejar los riesgos que estos asumen. Deben también definir los componentes del capital teniendo en cuenta la capacidad de estos para absorber pérdidas. Para bancos activos internacionalmente, estos requisitos no deben ser inferiores a los establecidos por el Acuerdo de Basilea

Sobre este criterio se puede localizar normativa en el Sistema Financiero Nacional de corte muy técnico y específico, la cual según los informes de los entes supervisores ha tenido resultados positivos en relación con su aplicación y rango de aplicación, sin embargo, no se encontrar ni un solo estudio en relación con el proceso de aplicación de las normas a partir del control de capital de los bancos, o de los mecanismos pensados en la ley, los cuales deben ser acatados e implementados por las entidades financieras en relación con la absorción de pérdidas y manejo de riesgo de estas posibilidades.

La normativa es lo suficientemente técnica como para mencionar encajes legales, definir mínimos y operaciones aritméticas que deben los participantes de la actividad bancaria acatar con apego, entre las normas que se encuentran en el ordenamiento regulando estos aspectos tan técnicos se encuentran en la: Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional; Reglamento para juzgar la situación económica-financiera de las entidades fiscalizadas; Normativa Contable aplicable a las Entidades Fiscalizadas por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Reglamento sobre la suficiencia patrimonial de entidades financieras.

Dicho lo anterior y a pesar de la existencia de esa normativa especializada, se encuentra siempre en la situación de no tener estudios sobre la normativa aplicada. Es al momento de emplear en la realidad lo regulado cuando empezamos a tener situaciones no previstas de las cuales pueden desprenderse situaciones que no están reguladas y que deberán ser interpretadas por el ente regulador o supervisor, sin embargo, es en este momento de la interpretación cuando se enfrenta la posibilidad de errar en esa interpretación, o que exista una incorrecta fundamentación de la interpretación, frente a ello en su momento lo que la entidad financiera

opta para seguir funcionando es adaptarse, pero si en el futuro la interpretación errónea es rectificadora, el daño causado debe ser indemnizado al sujeto que lo recibió, al revisar la normativa no hay referencias específicas a situaciones de responsabilidad al menos resarcitoria de la Administración.

- v. Principio: una parte esencial de cualquier sistema de supervisión es la evaluación independiente de las políticas, prácticas y procedimientos de los bancos relacionados con el otorgamiento de créditos y realización de inversión así como la continua administración de las carteras de crédito e inversión

En nuestro Sistema Financiero este tipo de regulaciones sí se dan, es decir, el criterio del principio sí se ve completo, sin embargo, nuevamente en este punto la regulación del Estado empieza a envolver a la actividad de la banca y si ésta no es debidamente controlada puede generar un entorpecimiento de la actividad o al menos un mayor costo de la misma, el cual puede convertirse en desmedido y traducirse en que la actividad deje de ser rentable, pues además de la actividad se involucra todo un sistema administrativo que debe responder a las exigencias de las regulaciones para poder ejercer la actividad, finalmente esto se traduce en mayores costos que harán la actividad no rentable o de acceso limitado para el usuario final que es el cliente del banco comercial.

En Costa Rica este tipo de regulación se encuentra en normativa como: Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso

no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Reglamento de gestión de Riesgos, Reglamento para juzgar la situación económica-financiera de las entidades fiscalizadas; Normativa Contable aplicable a las Entidades Fiscalizadas por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Reglamento para la calificación de deudores, entre otros.

- vi. Principio: Los supervisores bancarios deben determinar si los bancos poseen controles internos que resulten adecuados para la naturaleza y escala de sus negocios. Estos controles deben incluir indicaciones claras para delegar autoridad y responsabilidad; separar las funciones que supongan comprometer al banco; el pago de los fondos; la contabilidad de sus activos y pasivos; la conciliación de estos procesos; la salvaguarda de sus activos; y adecuadas auditorías independientes, internas o externas así como funciones para verificar el cumplimiento y el apego a los controles establecidos y a las leyes y normas en aplicación.

El criterio del principio sí se ve completo, sin embargo, nuevamente en este punto la regulación podría funcionar en cuanto a la actividad del Estado que empieza a vincular la actividad de la banca lo cual en principio está correcto por el concepto de revisión y procedimientos correctos y en apego a la normativa existente, pero si esta función se ve en algún momento viciada o la interpretación misma por parte del ente supervisor al momento de aplicar la norma puede implicar mayor costo de la actividad, el cual puede convertirse en desmedido y traducirse en que la actividad deje de ser rentable, pues además de la actividad se involucra todo un sistema administrativo que debe responder a las exigencias de las regulaciones para poder ejercer la actividad, finalmente esto se traduce en mayores costos que

harán la actividad no rentable o de acceso limitado para el usuario final que es el cliente del banco comercial. Nuevamente no hay en la regulación existente previsión de responsabilidades específicas a los entes reguladores en relación con la especialidad de la materia, sin embargo, se puede mencionar que aplica la normativa civil en relación con la fijación de responsabilidades de los entes supervisores. En Costa Rica este tipo de regulación se encuentra en normativa como : Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Reglamento de gestión de Riesgos, Reglamento para juzgar la situación económica-financiera de las entidades fiscalizadas; Normativa Contable aplicable a las Entidades Fiscalizadas por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Reglamento para la calificación de deudores, entre otros.

- vii. Principio: Los supervisores bancarios deben determinar si los bancos poseen políticas, prácticas y procedimientos adecuados, incluyendo reglas estrictas de “conocer a su cliente”, que promuevan altos estándares éticos y profesionales en el sector y eviten que el banco sea utilizado, aún sin intención, por elementos criminales.

El criterio general del principio se cumple. En Costa Rica la normativa ha buscado generar dentro de la institucionalidad bancaria mecanismos suficientes para que los bancos privados y del Estado tengan información básica y fundamental de los clientes a los cuales prestan sus servicios, las políticas de conozca a su clientes han sido implementadas en todas las instituciones financieras con más o menos éxito en la búsqueda de cumplir con normativa prudencial para las instituciones reguladas, normativa entre la cual podemos mencionar como

una de las sobresalientes en este tema específico la Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204, la cual no solo hace referencia a las políticas de conozca a su cliente sino a otra serie de aspectos que buscan eliminar las posibilidades de elementos criminales de utilizar el Sistema Financiero Nacional para realizar la legitimación de sus capitales en nuestro país.

Sin embargo, si se hiciera un análisis de los costos que esta implementación de políticas costó estructuralmente a los bancos privados, frente a los resultados obtenidos en relación con la disminución del uso del Sistema Financiero para transacciones indebidas, es muy probable que los números sean positivos, pero que los resultados también arrojen que el gasto proporcional en relación con el riesgo es mucho mayor. Esto aunado a una serie de adaptaciones que los bancos comerciales tuvieron que realizar en aras de cumplir con la normativa y frente a estas adaptaciones casos específicos en los cuales la interpretación del órgano supervisor fue necesaria.

Nuevamente se enfatizó en relación con que los estudios existentes en el campo son consecuencia a los resultados presentados por los entes supervisores, pero no se encuentra mayor información sobre los datos tanto estructurales como económicos de los bancos comerciales con base al costo de implementación de estos nuevos requerimientos.

Ahora entonces ocupa la pregunta más importante del análisis de este principio, si los

supervisores deben satisfacerse, invita a pensar que si una entidad supervisada está satisfecha está indirectamente avalando los sistemas y políticas de vigilancia del banco que presenta sus sistemas al supervisor, y con esto, si uno de estos fallara o tuviera defectos corregibles en relación con su ejecución o la ejecución de alguna de las políticas, a pesar de lo muy estructuradas que parezcan el sistema económico se pueden dar sorpresas inesperadas, ¿estaría el supervisor incurriendo en algún tipo de responsabilidad en relación con la aprobación y satisfacción que le dio al ente regulador?.

- viii. Principio: Los supervisores bancarios deben tener a su disposición medidas de supervisión adecuadas para adoptar oportunamente acciones correctivas cuando un banco deja de cumplir las exigencias prudenciales (como el índice mínimo de adecuación de capital) cuando existen violaciones a las regulaciones, o cuando los depositantes se ven amenazados de una u otra forma. En circunstancias extremas esto debe incluir la facultad de revocar una licencia bancaria o recomendar su revocación.

El criterio del principio se cumple y es en realidad una función del CONASSIF y de la SUGEF específicamente otorgadas por el ordenamiento, lo que les permite realizar las actividades descritas anteriormente, inclusive ya antes que el documento de los Principios de Basilea lo sugiriera, la legislación ha sido muy precisa en enfocar atribuciones específicas de autorización y otorgamiento de licencias para operar como banco al CONASSIF y éstas pueden encontrarse en normativa concreta con requisitos claros y sustentados en la norma razonada para aprobar o improbar el funcionamiento de una entidad bancaria, entre la normativa se menciona: Reglamento para la autorización de la Constitución, la apertura y funcionamiento de

Bancos Privados.

Sin embargo, analizando la normativa, no existe ningún elemento claro que hable de las obligaciones por parte del ente supervisor para con el administrado, en los muchos casos en que se detecta en la práctica que existen posibilidades de que el ente supervisor o regulador se equivoque, no autorice bajo un criterio erróneo, analice la documentación presentada de forma incorrecta, considere de forma incorrecta que una entidad no está cumpliendo con los requerimientos básicos entre otras muchas posibilidades de error, no hay elementos claros en la normativa especializada para atribuirle responsabilidad al ente supervisor, queda únicamente el recurrir a los principios básicos del derecho administrativo para buscar responsabilidad de la administración bajo estos criterios, o bien apearnos a la norma civil y dentro de la misma ubicar responsabilidades civiles de carácter objetivo o subjetivo en relación con los perjuicios producidos al administrado.

- ix. Principio: Los supervisores bancarios deben aplicar una supervisión global consolidada a todos sus organizaciones bancarias activas interNacionalmente, monitoreándolas adecuadamente y aplicando normas prudenciales apropiadas a todos los aspectos de los negocios desarrollados por estas organizaciones bancarias en el mundo, y en particular a sus sucursales, filiales y subsidiarias en el extranjero.

Se cumple parcialmente. El criterio de supervisión global es todavía para Costa Rica un concepto para el cual las exigencias del mercado financiero Nacional apenas empiezan a

experimentar los primeros pasos hacia este desarrollo global, pues es recientemente que hay una tendencia como la que ha existido en la región de los gigantes financieros a interesarse en Costa Rica y adquirir bancos de menor tamaño para estandarizar la región y culminar el fenómeno que verá en el capítulo anterior sobre adquisiciones y fusiones de bancos dejando en el negocio únicamente ciertos competidores respaldados por gigantes del negocio bancario.

Parte de este criterio, se ve en normativas como: la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, Reglamento de auditores externos y gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; Normativa para el cumplimiento de la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley 8204; Reglamento para juzgar la situación económica-financiera de las entidades fiscalizadas; Normativa Contable aplicable a las Entidades Fiscalizadas por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN, entre otras.

Costa Rica en su regulación financiera ha escogido una supervisión de carácter territorial, por lo que se afirma que el criterio se cumple parcialmente porque no se hablar que el ente supervisor Nacional realice un control global sobre las subsidiarias, sucursales o filiales en el extranjero de los bancos que ofrecen sus servicios en el territorio Nacional, si bien existe la posibilidad de monitorear algunos aspectos de las filiales, como es el caso de los estados financieros consolidados de los grupos financieros, y la inscripción de grupos financieros, no se infiera que estos pequeños alcances de la supervisión costarricense como un control de supervisión global.

Se enfrenta con algunas de las interrogantes sobre si ¿estaría el supervisor incurriendo en algún tipo de responsabilidad en relación con la aprobación y satisfacción que le dio al ente regulador?. En este caso particular en la inspección y revisión de estados financieros consolidados y el manejo de inversión en Costa Rica, debido a que no puede controlar de forma efectiva las operaciones fuera del territorio Nacional, y entonces qué sucedería si alguna de las operaciones fuera del territorio Nacional afectan directamente las operaciones a nivel Nacional, estaría vinculado con algún tipo de responsabilidad o debe exculparse la responsabilidad en cuanto a la imposibilidad material y de recursos para regular de manera global.

Si el ente supervisor está solicitando a la entidad supervisada una serie de requisitos y requerimientos en relación con sus negocios con entidades que no puede supervisar por ser extra-territoriales estaría vinculándose también a algún tipo de responsabilidad en caso que existe eventualmente un conflicto que pudo haber sido previsto y supervisado?

- x. Principio: Un elemento clave de la supervisión consolidada es establecer contactos e intercambiar informaciones con los demás supervisores afectados, en particular con las autoridades supervisoras del país anfitrión.

Se encontrar elementos que invitan a pensar que el criterio se cumple en normativa como: el Reglamento relativo a la información financiera de entidades o grupos y conglomerados financieros, Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, Reglamento de auditores externos y gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN, y la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, y en efecto dentro de la regulación bancaria costarricense, existe la tendencia a tener buenas relaciones con los

entes reguladores de otros países.

La normativa inclusive prevé casos en los cuales la Superintendencia puede establecer relaciones de intercambio de información en aras de una mejor regulación con otros entes supervisores y presupuestos en los cuales puede facilitar información necesaria para que los otros entes supervisores puedan realizar su labor.

Sin embargo, es en estas relaciones de traspaso de informaciones en las que se encuentra problemas en relación con el manejo de la información que en este caso es información confidencial de cada uno de los entes que supervisa, y éstos ceden esa información en razón de su función supervisora avalada por el Estado, pero no deben correr con el riesgo de perder información por un mal manejo que pudiera darse por parte del ente supervisor.

Nuevamente en aspectos como éstos tan específicos, la normativa no hace ninguna referencia, y se recurre a normativa de carácter general como el derecho administrativo y el derecho civil para poder cubrir ese vacío legal, aun cuando se habla de normativa tan especializada como la que debe ser la que regula las entidades financieras y en general el Sistema Financiero Nacional.

A manera de corolario de este capítulo se repasó de forma muy breve los cambios históricos que ha sufrido la estructura del Sistema de Supervisión Bancaria Costarricense, como poco a poco pasó de un sistema que se encargaba de fiscalizar y señalar los errores ya

cometidos a pasar a un sistema prudencial que procura que el que hacer de los participantes del Sistema Financiero busque un correcto funcionamiento y prevea las posibles faltas o errores en el sistema antes de que sucedan.

Ante la complejidad de los problemas de regulación y supervisión bancaria cuando se enfocan desde la perspectiva de las imperfecciones de los mercados y teniendo en cuenta su influencia en los incentivos que determinan el comportamiento de los agentes económicos, a la vez, la cuestión se complica ante las innovaciones y la fragilidad financiera que caracteriza el nuevo entorno dentro del que se desarrolla la actividad bancaria.

Sin embargo, dentro del análisis preliminar, existen en algunos casos teóricos, que se ha formulado como ejercicio en los cuales se percibe una falta de regulación en relación con las responsabilidades del ente supervisor y el ente creador de normas, pues debido a la independencia funcional mencionado, y a sus potestades de dirección y regulación que además de tener un poder concedido por el Estado para normar, también intrínsecamente se le concede una responsabilidad con base a esa capacidad.

Aquí se propuso exponer y comentar sólo algunos de los principales elementos que en la actualidad están en primera línea del debate en torno al control público en las entidades bancarias, por eso en este apartado se hace hincapié en que, si sobre algo se aprendió durante los últimos tiempos, es acerca de la importancia de concebir las medidas de vigilancia como un “menú” donde ellas se complementan y refuerzas entre sí, para garantizar la estabilidad y la

solvencia de las instituciones bancarias.

En el próximo capítulo tendrá como objetivo principal realizar un estudio breve sobre los aspectos de la responsabilidad civil, la forma como se ha estudiado en la doctrina y la especialidad de la materia que regula las funciones del Sistema Bancario Nacional, para llegar a posibles conclusiones que se asentarán en el capítulo final del estudio, que analiza sobre cómo sentar responsabilidades o eximir de las mismas a los entes supervisores y reguladores del Sistema Bancario Nacional.

Intenta este estudio finalmente, analizar si en la implementación de las reglas internacionales como las escogidas en el caso particular que son los Principios de Basilea I y II, se realiza por parte de las autoridades en forma correcta, primero para determinar si existen deficiencias en esa incorporación, pero adicionalmente si las mismas cumplen al menos de manera general con criterios de implementación, la meta final es hacer un análisis más profundo en relación con la forma como estas reglas son aplicadas en la realidad y frente a los posibles casos en los cuales una buena o una mala aplicación de la norma teórica puede generar una responsabilidad al supervisor que la aplica, para finalmente analizar si la regulación financiera en nuestro país debe ser actualizada, modificada o adecuada a la realidad Nacional, de forma tal que ésta pueda finalmente cumplir a cabalidad con su finalidad técnica.

Capítulo IV. Responsabilidad del Ente Supervisor

I. Consideraciones Introductorias:

Como se ha señalado anteriormente, los avances tecnológicos en conjunto con las necesidades de reducir la exposición de la empresa financiera contra determinados riesgos, han impulsado la creación y desarrollo de instrumentos financieros novedosos y complejos que le permiten manejar la complejidad del sistema de una forma más eficiente y más económica, la tecnología es la base de muchos de los sistemas de supervisión y control como se conocen actualmente.

Los sistemas actuales, son complejas redes de información que se abastecen continuamente y generan situaciones novedosas que exigen la respuesta inmediata de los órganos supervisores y reguladores del Sistema Financiero Nacional, la complejidad del sistema, la disposición de información y el manejo efectivo de ésta permite en la actualidad, tanto a la entidad financiera como al supervisor ofrecer un servicio eficiente de control e intercambio de información y le exige a su vez, un delicado manejo de la misma, so pena de generar responsabilidad, la cual será analizada de manera general en este capítulo.

La responsabilidad de la entidad financiera, sea ésta participante del mercado o bien del supervisor puede analizarse en términos generales, puede ser de carácter civil, administrativo o penal. Esta tesis pretende centrarse en el desarrollo de la responsabilidad vista desde el punto de la doctrina del derecho civil y amparada en los rasgos que se encontrar a lo largo de la legislación civil en el ordenamiento jurídico costarricense, sin detrimento de los vínculos que se

puedan generar con la rama del derecho administrativo y evidentemente por el tecnicismo y la especialidad con el derecho comercial.

Antes de iniciar con el análisis, se debe hacer la salvedad de una de las importancias para recalcar en esta tesis, corresponde a la necesidad de la existencia de normativa de responsabilidad dentro de la materia especializada del derecho, en el caso que ocupa el estudio enfocado materia especializada será la supervisión del Sistema Financiero Nacional.

Para iniciar con nuestro cometido se puede señalar que en la doctrina francesa la responsabilidad de un ente administrativo, por ejemplo, una entidad financiera es una responsabilidad “*profesional y específica*”¹¹², esta doctrina hace alusión a la “*culpa profesional*”, como una especie de responsabilidad más puntual.

La doctrina en general alude al impacto de los “*usos y costumbres*”, señalando que los usos y costumbres constituyeron una base sobre la cual determinar las obligaciones de la entidad financiera y con ellos vincular el grado de responsabilidad de la misma, al respecto el autor Segovia señala que el uso, es la mejor y más verdadera expresión de los intereses y necesidades de la empresa financiera y una de sus mayores ventajas consistió en facilitar las operaciones mercantiles, y en esta misma línea opinaba Messineo, al decir que se trata de “*subespecie de los usos de negocios jurídicos*”¹¹³. Lo anterior se sustenta con lo que se ha dicho en capítulos anteriores, en relación con que los usos jurídicos pueden ser entendidos como fuentes del derecho que finalmente funcionan como base del proceso legislativo, para

¹¹² BONFANTI, (Mario). “Contratos Bancarios”, 1ed. Editorial Abeledp-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1993, p. 115.

¹¹³ MESSINEO, (Francesco). “Manual de derecho civil y comercial”, Tomo VI, Buenos Aires, 1954. p 125.

generar la norma de derecho, la cual eventualmente podrá llegar a ser legislación vinculante o prudencial en alguna rama especializada.

Una concepción más moderna se ubicó dentro de la “*tendencia pluralista*” del ordenamiento jurídico, concebido como una realidad compleja, debido a que en su formación intervienen múltiples hechos normativos, dotados de valor y eficacia diversos. Esta concepción se acerca mucho más a la visión contemporánea del ordenamiento jurídico que no solo es diversamente complejo sino que en materias especializadas está impregnado de tecnicismos.

II. Conceptualización Jurisprudencial de la responsabilidad civil en Costa Rica.

En materia civil y específicamente del derecho del consumidor la doctrina y la jurisprudencia han reconocido una responsabilidad subjetiva y otra objetiva extracontractual en repetidas ocasiones.

A pesar de que en algunos momentos pueden encontrarse razonamientos dentro de las mismas sentencias que puedan parecer encontrados, la idea general en cuanto a la responsabilidad civil que interesa en razón de este estudio, se mantiene incólume a lo largo de la jurisprudencia, para ello se decidió entonces elegir una de las sentencias más relevantes sobre responsabilidad de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia 607-F-02 de las 16:15 minutos del 7 de agosto del 2002¹¹⁴.

¹¹⁴ 607-F-02 de las 16:15 minutos del 7 de agosto del 2002 ver documento completo en ver documento completo en

http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=211693&strTipM=T&lResultado=4

Se realiza en esta sentencia un análisis de la responsabilidad subjetiva o por culpa un desarrollo histórico explicando la aparición de los diferentes sistemas de responsabilidad extracontractual. Para lo cual comienza analizando la responsabilidad de tipo subjetiva -por culpa-, la cual la ubica dentro de nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente en el Código Civil -artículo 1045 del Código Civil-, el cual a su vez tiene un derivado histórico del derecho romano clásico que influyó decididamente en el proceso de codificación, principalmente sobre el Código Napoleónico de donde se sabe, deriva el nuestro.

La responsabilidad de tipo subjetiva fundamentalmente responde a un modelo individualista, es decir, parte de la base de los actos de las personas, en un inicio, los daños que analiza son de carácter agrícola, ganadero y artesanal, entre otros; posteriormente, con el avance de la sociedad se estudiará que esto se extiende en un mayor número de posibilidades de vincular el daño a las diversas actividades perpetradas por el hombre.

Dicho lo anterior, se analizó que la responsabilidad subjetiva esta intrínsecamente ligada a un concepto de culpa y como criterio de imputación ésta tiene lugar solo cuando el sujeto se excede en el ejercicio de su libertad, causando un daño a otro sujeto, y ésta exige al menos que la actuación fuera perpetrada con negligencia o con imprudencia.

Como ya se mencionó este tipo de responsabilidad debido al advenimiento de las nuevas actividades del hombre del mundo moderno, empieza a ver debilidades en cuanto a la imputación frente a los nuevos tipos de daños, con ello surgen nuevas teorías que eventualmente fueron aceptadas por la doctrina y posteriormente incluidas poco a poco en la legislación

Verbigracia de lo anterior en la misma sentencia reconoce la Sala dentro de su redacción este fenómeno:

“Ciertamente no dejó de operar la culpa como criterio de imputación, pero se imponen nuevas pautas. Nace y se consolida, en suma, la teoría del riesgo, cuya doctrina vendría a ser fuente de una novedosa legislación. Sintéticamente propone que si alguien crea un riesgo por encima de los estándares medios admisibles, obteniendo beneficios de la actividad riesgosa, no hay razón para que no cubra los daños que ella produzca. La realidad se ha encargado de reconocer la virtualidad de esta teoría. Empero no es dable aplicarla ilimitadamente. Los absurdos a los que puede conducir, han obligado a regularla para que opere solo frente a supuestos concretos, tanto en lo que mira a la tipificación de los daños posibles de indemnización, cuanto al establecimiento de las tasas indemnizatorias. Recapitulando, el resarcimiento de los daños está regulado, en el derecho costarricense por una regla general, la de la responsabilidad por culpa, pero admite también la responsabilidad objetiva en los casos en que la legislación expresamente la autoriza y siguiendo los parámetros que ella misma dispone”

Analizado el extracto anterior se puede entonces perfeccionar el concepto que la Sala ha manifestado sobre la responsabilidad en Costa Rica, siendo que reconoce que el sistema básico de responsabilidad se encuentra estructurado en función de la responsabilidad por culpa, es decir es de tipo subjetivo, sin embargo, también se admite una responsabilidad objetiva, la cual está limitada a casos en que la legislación expresamente la autoriza, siguiendo los parámetros que la misma legislación dispone, sobre este tema se verá más adelante que se enfocará una de nuestras conclusiones de la investigación

En el caso concreto sobre el cual resolvió la sentencia en su momento se puede rescatar del texto mismo de la resolución extractos donde se consagra claramente la responsabilidad objetiva:

“Considerando V:... La actividad desplegada por la empresa recurrente se enmarca, con claridad, dentro de las muchas que generan riesgos por encima de los estándares medios admisibles. La normativa administrativa regula esta actividad y establece las pautas a seguir para el buen resultado de su ejercicio (Reglamento para las Actividades de Aviación Agrícola, Número 15846, del 6 de noviembre de 1984). Sin embargo esa normativa no establece la responsabilidad civil por los daños que se ocasionen con la actividad. Son las Leyes de Protección Fitosanitaria número 7664, y la de Aviación Civil número 5050 del 11 de diciembre de 1972, las que la regulan. La primera dispone: "Quienes importen, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancia químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones, ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente" (artículo 32). La segunda establece: "Toda persona física o jurídica que utilice aeronaves destinadas a la aviación agrícola responderá por los daños que cause a las personas o bienes de terceros en la superficie" (artículo 107). Ambas determinan claramente una responsabilidad objetiva, ninguna obliga a la víctima a demostrar algún elemento subjetivo de imputación. Por ello basta con que se pruebe el daño y la relación de causalidad para imputar la responsabilidad civil a los sujetos que objetivamente deben responder, según las normas citadas”

No interesa de lo antes citado el último párrafo donde claramente se hace mención al tema de la responsabilidad objetiva y la no obligación de la víctima de demostrar que el

elemento subjetivo de imputación, continúa añadiendo otras ideas de importancia la sentencia como el siguiente extracto:

“Los fundamentos de donde derivan una y otra forma de responsabilidad civil extracontractual, como se adelantó, plantean cuestiones prácticas relativas a la carga de la prueba que conviene aclarar, y que inciden directamente en la resolución del presente caso. Frente al artículo 1045 del Código Civil, para que la víctima o sus causahabientes sean resarcidos del daño, además de probarlo, debe demostrarse la relación de causalidad entre el hecho dañoso y la culpa del agente. De aquí surge la máxima de que quien alega culpa, debe demostrarla. En la responsabilidad objetiva, el criterio de imputación no es el dolo o la culpa, por lo que no habrá que demostrarla. Esta forma de responsabilidad admite causas de exoneración que tienden a quebrar el nexo causal, como la fuerza mayor o el hecho de la víctima. En ese caso, quien las alegue debe probarlas. No debe confundirse esta forma de responsabilidad con otras de carácter subjetivo, también excepcionales, donde la carga de la prueba se invierte por razones de equidad. Aquí la víctima no tiene que demostrar la culpa del agente, será éste quien deba probar su falta de culpa, entendida generalmente como caso fortuito. Entre estas está la denominada responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, en sus dos manifestaciones, in eligendo e in vigilando.”

Dicho lo anterior, se intenta realizar un análisis breve pero puntal, sobre el concepto de responsabilidad civil, concepto de atribución de culpa profesional en relación con el ente regulador o supervisor en materias específicas de gran especialidad como lo es la materia de derecho bancario.

Retomando sobre los usos y costumbres, la tendencia actual apunta hacia una declinación de la importancia del uso y la costumbre en su concepción antigua, al verse reemplazados por las condiciones generales negócias de la contratación, las cuales sin dejar de lado el principio básico del uso y la costumbre pasan a implementar requerimientos técnicos más avanzados y acorde con las necesidades de la época y el negocio para el cual se utilizan, y en el caso específico que ocupa a esta investigación la “*contratación bancaria*”, cuyo origen es eminentemente corporativo, y responde a las exigencias de la empresa contemporánea, siendo que busca tipificar las operaciones que los bancos realizan mediante la predeterminación de cláusulas contractuales estándar, con el fin de mitigar el riesgo y medir la responsabilidad así como facilitar la negociación de sus servicios siendo que éstos responden a criterios de calidad, supervisión y análisis en “*teoría*” similares.

El acuerdo internacional de Basilea I y II para el sector bancario ambiciona adaptar y unificar los criterios de solvencia al nuevo contexto marcado por la responsabilidad, la globalización, el entorno competitivo, las nuevas técnicas de medición, los nuevos mercados y negocios -incluidas las operaciones de fusiones y adquisiciones- y el aumento de la diversificación de los riesgos, los cuales finalmente se perfilan como estos “*usos comerciales*” de los que se viene hablando.

La falta de criterios de supervisión y el mal manejo de operaciones financieras para evitar estancamiento de las economías más poderosas del mundo, provocado por un incremento de la inversión en negocios de alto riesgo alarmó a poderosas economías a nivel global y dejó ejemplos evidentes de lo nocivo que puede llegar a ser un Sistema Financiero sin la vigilancia adecuada o con una vigilancia insuficiente o mal aplica, esos efectos inclusive se puede evidenciar hoy con mayor claridad en diferentes casos históricos como el caso argentino, y

recientemente basta encender el televisor para conocer alarmantes noticias de los sistemas financieros globales, esto evidentemente se traduce en cargas económicas que tarde o temprano tendrán sus consecuencias negativas, especialmente en países emergentes -Latinoamérica y países del Este-, por lo que el mercado exige una supervisión más rigurosa sobre los fondos disponibles y las operaciones de los bancos y debe ser de interés primordial de los gobiernos de países como el nuestro, esa rigurosa supervisión.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea contempla también la tendencia generalizada del aumento de la transparencia e información facilitada al inversionista, esta tendencia ha sido de aceptación generalizada al menos en el caso de la región latinoamericana en relación con el cumplimiento de las sugerencias técnicas del comité.

Según el acuerdo, las entidades financieras deben hacer público su compromiso con los “*stakeholders*” (inversores, accionistas, clientes, etc.) tanto en el aseguramiento de capital como en la optimización de la gestión de riesgos. Este aspecto se considera indispensable en un mundo cada vez más diversificado e inestable, para garantizar no solo la estabilidad del negocio de la entidad, sino también su salud financiera ante la demás entidades participantes, supervisores y reguladores del mercado financiero.

En la actualidad la tendencia a incorporar las recomendaciones para la supervisión bancaria del comité de Basilea es de aspecto generalizado, al menos de acuerdo con los estudios existentes e información sobre las regulaciones a nivel regional, sin embargo, dentro de la documentación analizada de la cual se encuentran diferentes estadísticas de

implementación de la región, todavía nuestros países enfrentan barreras para la adopción total de esas recomendaciones, si bien es cierto que en la actualidad nuestros bancos locales, han experimentado una transformación que acorta su distancia competitiva con bancos internacionales, aspecto como el alto costo de implementación, grado de madurez del mercado, ausencia de normas de regulación local, cultura de la institución y el grado de flexibilidad de los proceso de negocios y sistemas son factores que influyen como barreras para la adopción de las sugerencias de Basilea.

Es importante en este punto conectar esas barreras de la adopción en cada una de las manifestaciones citadas con la responsabilidad del ente supervisor y regulador, siendo éste el objetivo de nuestra tesis.

Dicho lo anterior, es el Banco Central y CONASSIF quienes deben establecer los lineamientos que deberán cumplir las entidades financieras para adecuarse a los requerimientos fijados por Basilea, la incorporación del denominado “*riesgo legal*” el cual según dicho acuerdo puede verificarse a lo interno y a lo externo de la entidad financiera y comprende – entre otros aspectos- la exposición a sanciones, penalidades u otras consecuencias económicas y de otra índole por incumplimiento de normas y obligaciones contractuales, esto como uno de los factores a considerar para determinar las exigencias de capital mínimo de las entidades financieras y otros aspectos dentro de su estructura para asegurar su estabilidad y la legalidad de su actividad.

Todo lo anterior debe ser considerado también con una visión amplia y responsable que permita determinar los mecanismos adecuados para mitigar las barreras para la adopción de estos principios y analizar elementos que pueden generar consecuencias graves para los participantes del mercados sino son correspondientemente analizados y adecuados por el ente supervisor y regulador, se hace referencia a elementos tan importantes como lo ya mencionados, costo de implementación, grado de madurez del mercado y la ausencia de normas de regulación local.

III. Análisis de la Responsabilidad Objetiva del Ente Supervisor y Regulador

En lo que interesa el análisis de la verificación de la responsabilidad a lo interno, es decir, del ente supervisor, podemos citar al autor Enrique Rojas Franco¹¹⁵ el cual señala que el Estado crece y va asumiendo nuevas funciones hasta que su presencia en la sociedad abarca todos los cambios, ya sea autorizando, vigilando, fiscalizando y controlando toda actividad.

Es así como el Estado se convierte en el *“responsable de todas las actividades que se desarrollan dentro del territorio, pues lo que no realiza por sí mismo, lo autoriza, lo vigila, lo fiscaliza, lo controla o muchas veces lo dirige”*¹¹⁶.

En estos términos la Ley Orgánica del Banco Central señala que dentro de los objetivos y

¹¹⁵ ROJAS FRANCO, (Enrique). Responsabilidad Institucional del Banco Central de Costa Rica por la Supervisión del Sistema Financiero Nacional. Ivstitia . Año 15, N° 173-174 mayo - junio 2001, p. 24.

¹¹⁶ NIETO, (Alejandro). Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Revista del Seminario InterNacional de Derecho Administrativo. Litografía e Imprenta Lil, S.A. San José, 1981, p. 562.

deberes de esta entidad se encuentran la promoción de un sistema de intermediación financiera estable, eficiente y competitivo.

Asimismo, como se menciona anteriormente, en ulteriores artículos de esta normativa y de la Ley Reguladora del Mercado de Valores se crea la figura del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero órgano desconcentrado en grado máximo de Banco Central y que tiene a su cargo las Superintendencias de la República entre ellas la Superintendencia General de Entidades Financieras y que funcionan como los órganos adscritos encargados de supervisar y fiscalizar a las entidades públicas y privadas que realizan intermediación financiera en el país con el propósito de velar por la estabilidad, solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional asegurándose que cumplan con los preceptos legales aplicables.

Su creación y las competencias asignadas responden a varios principios sociales y económicos, en virtud de los cuales el Estado debe proteger, pero sobre todo se justifica en la protección de los inversionistas y ahorrantes quienes de acuerdo con los artículos 46 y 50 de la Constitución Política merecen la tutela del ordenamiento jurídico y junto con los demás agentes activos del Sistema Financiero Nacional constituyen un interés público que justifica plenamente el intervencionismo estatal en esta actividad privada que pretende, en los términos del artículo 28 de la Constitución Política, proteger el interés público, límite infranqueable del principio de libertad.

En esta misma línea de pensamiento señala Rojas Franco, que inclusive, Adam Smith en su obra -La Riqueza de las Naciones- admite y defiende metafóricamente la intervención de la actividad financiera cuando dice que:

*"el ejercicio de esta libertad por un contado número de personas, que puede amenazar la seguridad de la sociedad entera puede y debe restringirse por ley de cualquier Gobierno, desde el más libre al más despótico. **La obligación de construir muros para impedir la propagación de los incendios es una violación de la libertad natural, exactamente de la misma naturaleza que las regulaciones en el comercio bancario.**"*¹¹⁷(El resaltado es nuestro).

El control estatal de la actividad financiera resulta de tanta trascendencia que ya en las iniciales codificaciones modernas se encontraron sus primeros esbozos, mediante la regulación de los intereses, y así también en Roma se le asignaba *"al prefecto la tarea de controlar que la actividad de intermediación financiera se ajustara al marco de legalidad impuesto por el Imperio"*¹¹⁸.

Sin embargo, a finales de la Edad Media el control estatal de esta actividad, tal cual lo se conocen hoy, es implementado por el Estado, cuando en Génova se desata una catástrofe económica que produjo enormes pérdidas a los clientes de los banqueros genoveses cuyos arriesgados negocios los habían llevado a la ruina financiera y con ellos a los inversionistas de sus

¹¹⁷ SMITH, (Adam). La riqueza de las naciones, San José Costa Rica, UACA, 1986, p. 72.

¹¹⁸ IGLESIAS MADRID, (Juan). Derecho Romano. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España. 2001, p. 252.

bancos.

Actualmente, con el desarrollo de la economía, el Estado crea el riesgo de abrir el Sistema Financiero Nacional, permitiendo que otras entidades diferentes a él mismo intervengan en el mercado y capten recursos de los ahorrantes, pero garantiza por medio del Banco Central y un órgano especializado –CONASSIF- su control, supervisión, y efectiva fiscalización. En palabras del Dr. Eduardo Lizano Fait: *"El sector financiero cumple así una función clave dentro de la economía y no puede dejarse a la deriva. Es indispensable que funcione dentro de un marco jurídico e institucional debidamente supervisado y vigilado."*¹¹⁹ (El resaltado no es original).

Y continúa manifestando el Dr. Eduardo Lizano que, *"Los bancos comerciales ocupan un papel peculiar y crucial en la economía al suministrar los medios de pago. El Gobierno está obligado a prevenir las crisis bancarias para evitar que multipliquen su efecto sobre la economía (en base a la financial domino theory)"*¹²⁰.

El ordenamiento jurídico general y especial de carácter bancario y financiero le otorga esas facultades, señalándole lo que puede hacer, pero también le indica las funciones y potestades que obligatoriamente debe ejercer de manera irrenunciable, imprescriptible e indelegable en aras de satisfacer el interés público para lograr un eficiente, continuo, adaptable y equitativo servicio

¹¹⁹ LIZANO (Eduardo). Seminario: Las recientes reformas económicas y financieras en Costa Rica. La supervisión prudencial y la reforma del sector financiero, proyecto sobre servicios financieros, Academia de Centroamérica, 1992, p. 6.

¹²⁰ LIZANO, Opus cit. Pág. 8.

público de fiscalización, supervisión y control de esas entidades financieras.

En el momento en que este servicio público no satisface los intereses que debe tutelar, ni cumple sus deberes legalmente asignados o bien cumple defectuosamente con ellos causando un daño efectivo, evaluable e individualizable, se verifica así la grave discordancia entre lo que el Estado se ha obligado a hacer y lo que efectivamente hace, entre el deber ser y el ser, nace así la responsabilidad civil de ente estatal.

La responsabilidad civil de la entidad pública se ve teñida de una especial importancia cuando se relaciona a una especialidad técnica, como es la concedida al CONASSIF, en virtud de la regulación del Sistema Financiero, y es por esto que de acuerdo con las tendencias modernas de responsabilidad que se ha venido estudiando, este tipo de potestad de gobierno a través de regulación técnica debe existir en dos sentidos, el sentido poder del Estado hacia el administrado, es decir como una facultad de control, y viceversa, desde el administrado hacia el Estado, es decir como una facultad de responsabilidad tanto punitiva como resarcitoria.

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su fundamento jurídico en la Constitución Política, específicamente en la relación de sus artículos 9 y 41, veamos:

Artículo 9.-El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Así la misma Sala Constitucional ha dicho:

*"El Estado, como persona jurídica ha de responder siempre de los **actos u omisiones** que surjan en el ejercicio de sus funciones, y ello es válido tanto en el orden interno, como de los que surjan con motivo de las relaciones interNacionales. El principio de responsabilidad estatal es inherentes todo Estado de derecho y forma parte de la contrapartida que asiste a todo individuo de obtener una tutela judicial efectiva."*¹²¹ (Resaltado no es del original).

Reafirmando la tesis anterior haremos nuestras las palabras del Profesor Eduardo Ortiz Ortiz quien refiriéndose a las normas constitucionales que regulan la responsabilidad estatal decía:

"No se trata de una norma destinada al legislador, sino de una garantía individual. En ausencia de ley que la consagre, o en presencia de ley que la contradiga, esa garantía de todos modos

¹²¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2232 de las 18: 30 horas del 4 de noviembre de 1991.

existe, porque su formulación constitucional es bien clara e imperativa por sí misma."¹²²

(Resaltado es nuestro)

En el ámbito de la actividad que ocupa como es la actividad de supervisión de la intermediación financiera, "*la entidad supervisora ejerce una especial vigilancia en el ámbito económico y tiene como función actuar dentro del marco legal, para evitar actuaciones incorrectas.*"¹²³(Resaltado no es original)

Dada una normativa mínima que permita la creación y la investidura de los órganos de supervisión y fiscalización del Sistema Financiero Nacional con potestades de imperio y competencia suficiente para realizar su cometido, su actuación administrativa en función de servicio público se rige por el principio de oportunidad – es decir que el órgano supervisor decide y escoge qué regular y qué dejar sin regulación de acuerdo con el interés público-. La Administración supervisora ostenta potestades discrecionales gracias a una especialidad orgánica y técnica concedida en su creación, sin embargo, su acción u omisión siempre sostiene la responsabilidad objetiva inherente a las potestades estatales y a que su accionar será siempre un acto administrativo.

¹²² ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). Expropiación y responsabilidad públicas. 1 ed. Litografía e Imprenta LIL, costa Rica 1996, p.46.

¹²³ JIMÉNEZ BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, (J Antonio). Supervisión Bancaria y Responsabilidad Administrativa. Revista de derecho bancario y bursátil. Crónica, Madrid, octubre-diciembre 1983, p.119.

En lo que se refiere a la impugnabilidad de los actos discrecionales, específicamente los actos del órgano supervisor –SUGEF- en ejercicio del principio de oportunidad, es menester tener en cuenta dos precisiones técnicas de importancia:

Se debe tener en cuenta que toda actuación administrativa reviste indudablemente de elementos previstos en la norma que normalmente son los que permiten la creación y promulgación del acto administrativo, lo que la doctrina ha venido a llamar los presupuestos materiales y formales del acto administrativo.

Sobre este tema la Procuraduría General de la República en el dictamen número C-082-2003 del 24 de marzo del 2003 señaló: *“el acto administrativo nace a la vida jurídica cuando se actúa en el ejercicio de la función pública, sea, pueden ser dictados por el poder ejecutivo, o por otro poderes de la República, en este último caso cuando ejercen excepcionalmente una función administrativa”*¹²⁴ así mismo el dictamen señala los elementos del acto administrativo.

En estrecha relación con la competencia y de conformidad con el artículo 131 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, resulta pertinente recordar la imposibilidad jurídica que el fin sea discrecional, es decir, que el fin siempre debe buscar la tutela de un bien jurídico reconocido, por lo tanto se prevé un límite infranqueable con el cual se puede ejercer el control de legalidad basados en el elemento reglado del acto que permita determinar si ha habido desviación

¹²⁴ Ver documento completo en:

http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=11752&strTipM=T

de poder.

La SUGEF como órgano encargado de la supervisión, fiscalización y control del Sistema Financiero Nacional ejerce su función administrativa de interés público conforme al artículo 115 de la Ley Orgánica del Banco Central, así reconfirmado por la Sala Constitucional.

El referido órgano ostenta potestades y deberes que el ordenamiento jurídico le ha otorgado en relación con su competencia. Dichas potestades y deberes a la larga resultan ser potestades de imperio que buscan la satisfacción del interés público concretizado en la fiscalización de las entidades financieras, y por ende, como todo deber público resultan irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. (Artículo 66 L.G.A.P.)

Es por ello que cuando nos encontramos frente a una inercia de la SUGEF o el CONASSIF, nos encontramos igualmente frente a una desviación del poder y una falta del servicio en perjuicio directo de los inversionistas y los usuarios del Sistema Financiero Nacional.

Parafraseando al Lic. Humberto Jiménez Sandoval quien en su libro *Derecho bancario* manifiesta que: *"Siendo la intermediación financiera de enorme importancia para el bienestar del país, las personas tanto públicas como privadas que desarrollan tal actividad deben estar sujetas a un permanente control por parte del Estado. Con el fin de detectar oportunamente las irregularidades y deficiencias que se presentan, procurando subsanarlas y velando porque quienes abusen del crédito público sean controlados y sancionados oportunamente, evitando descalabros y pánicos financieros de tan desastrosas consecuencias para la economía y*

*bienestar general, (...)*¹²⁵" (El resaltado es nuestro).

Suponiendo de forma teórica que la Administración Pública en su actividad de supervisión del Sistema Financiero Nacional falla, produciendo un perjuicio a un tercer usuario del Sistema Financiero en forma directa se puede inferir:

1. En el caso de una omisión de un acto específico se puede tener por demostrada una responsabilidad objetiva por parte del órgano supervisor en razón de que su actividad técnica exclusiva, concedida en la norma y en razón de su especialidad, no resguardó el interés público y por su naturaleza jurídica esta omisión no puede ser atribuida a otro ente en razón de la exclusividad de su actividad, es decir, el responsable de los perjuicios que afectaron al tercero administrado, deberá ser el órgano supervisor.

2. Cabe resaltar que es necesario siempre un nexo causal entre el acto administrativo, el perjuicio provocado y el sujeto que recibió el perjuicio, y de esta forma poder determinar una verificación de la responsabilidad.

3. Una tercera apreciación que se debe realizar es lo referido anteriormente sobre el principio de oportunidad, el cual es pertinente analizar en caso de que el acto administrativo o la omisión del mismo encaje en algún presupuesto de ese principio. Para esto será necesario analizar el marco de

¹²⁵ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). Derecho Bancario. 1. Ed. Editorial UNED, Costa Rica, 1986 , p. 102.

discrecionalidad de la administración en detalle, para definir si se halla dentro de las potestades discrecionales para no regular, si se encuentra dentro de los conceptos jurídicos indeterminados que deben ser resueltos en virtud de los principios generales del derecho, o bien si cometió una omisión y busca ampararlo a ese principio de discrecionalidad.

La doctrina señala la diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, el autor García de Enterría dice que:

*“podemos distinguir dos tipos de discrecionalidad una de actuación que no tiene relación con la norma y que en este caso la norma lo único que hace es definir los límites y caminos a tomar, y otra discrecionalidad que no está relacionada al acto sino que sencillamente se limita a la aplicación del derecho, es decir es como una jurisdicción material se limita a analizar lo estipulado en la norma pero no produce acción u efecto”*¹²⁶.(resaltado es nuestro).

Con lo anterior en mente y tratándose del sector financiero, tan delicado por su naturaleza de riesgo, la Administración Pública a través de sus órganos de control debe ejercer una fiscalización en ejercicio de su poder de supervisión no solo de los entes regulados sino de ella misma en su función fiscalizadora con mucho más rigor que en otras actividades que no tienen tanta incidencia en el interés público.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, (Eduardo). La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo. 5 ed. Editorial Civitas, S.A. España, 1995, p.67.

Por ello y siendo que las Superintendencias tienen poderes y deberes específicamente delineados en la ley, su negligencia en el cumplimiento de deberes ejemplifica supuestos de hecho de los que se ha hablado anteriormente, en los que de acuerdo con las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa no es posible tener por justa, y lícita otra actuación que no fuera la intervención pronta y cumplida que demanda la protección de los inversionistas, de los demás intermediarios financieros y de todo el Sistema Financiero Nacional.

Una inacción administrativa en este sentido produce, evidente y ostensiblemente daños a terceros derivados de la negligencia e incumplimiento de deberes del órgano supervisor.

Otra apreciación sobre esta misma línea de la responsabilidad objetiva la analiza el Mrc. Guillermo Solórzano, cuando publicó el pasado primero de julio en el periódico La Nación¹²⁷, un artículo relacionado con la autonomía real de las superintendencias del CONASSIF y del Banco Central en el cual señala al riesgo regulatorio como el impacto que ocurre en el Sistema Financiero Nacional debido a un cambio normativo, dicho riesgo no se incluye entre los muchos otros que deben ser medidos por estos operadores.

Para dicho autor, el riesgo regulatorio se evidencia en los vacíos normativos actuales del Sistema Financiero, los cuales no pueden ser solventados con los instrumentos predeterminados por la técnica, pues no existe un marco jurídico para ello aumentando así el riesgo. En vista de

¹²⁷ Ver documento completo en http://www.nacion.com/ln_ee/2008/junio/01/opinion1559351.html

ello Solórzano, proponer implementar algunos contrapesos y revisar la estructura legal del Sistema Financiero actual:

- a) El CONASSIF está integrado por el presidente del Banco Central y el Ministro de Hacienda y cinco miembros del sector privado sin relación con los regulados
- b) Los cinco miembros son nombrados por la junta directiva del Banco Central;
- c) Los superintendentes son nombrados por el CONASSIF.

Como explica el autor es inconveniente el reconocimiento legal que se le otorga al Banco Central y al Ministerio de Hacienda, como los dos principales emisores de valores del Sistema Financiero para que sean “*juez y parte*” al mismo tiempo, pues éstos dictan en el CONASSIF las reglas a las que deben someterse el resto de los operadores del Sistema Financiero, pero se excluyen ellos mismos de dicha regulación.

En esta misma línea, se señala que por la conformación actual del CONASSIF y el sistema de nombramiento de los superintendentes, la desconcentración máxima que goza cada superintendencia debe dejar de ser un mero formalismo legal, y en su lugar se debería buscar una mayor autonomía para estas entidades.

Pasando así a un sistema de rendición de cuentas y promoción del Sistema Financiero a nivel local e internacional, lo cual permitiría mitigar en principio el efecto del riesgo regulatorio, pues como se sabe actualmente, ni el Banco Central, ni CONASSIF ni sus Superintendencias tienen que dar explicaciones de las minusvalías o pérdidas causadas a los inversionistas,

ahorrantes, afiliados ni clientes de los bancos, financieras, puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión ni operadoras de pensiones, pero los operadores del Sistema Financiero sí tienen que dar explicaciones a sus clientes.

El autor concluye que para disminuir los riesgos regulatorios y el conflicto de intereses de emisores que son reguladores a la vez, se debe garantizar una verdadera autonomía de las superintendencias y del CONASSIF del Banco Central, de modo tal que puedan responder al interés técnico que por desconcentración máxima les corresponde, y cita por ejemplo como la misma Contraloría General de la República, da cuentas al Poder Legislativo.

Ahora bien se puede analizar que la culpa grave por acción u omisión al igual que el dolo de los funcionarios que actúan a nombre y por cuenta de Banco Central, el CONASSIF, y las Superintendencias (órganos sin personalidad jurídica propia, por ende sin patrimonio propio) produce innegablemente responsabilidad personal e institucional, sobre todo cuando se ha producido un daño y perjuicio cierto, individualizable y actual en perjuicio de terceros con un derecho subjetivo público a exigir la pronta y cumplida intervención de los órganos de control cuando el Sistema Financiero presenta anomalías que puedan afectar a los inversionistas que son los verdaderos justificantes de la regulación de la actividad financiera conforme al principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas que establece el artículo 33 constitucional y el numeral 41 de la Constitución Política y la consecuente doctrina de la responsabilidad de la Administración Pública contenida en los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, pero es de recibo definir también una responsabilidad objetiva cuando no se tienen elementos subjetivos a los cuales vincular el daño causado.

La Administración será responsable con fundamento en lo dispuesto por los artículos 190 de la Ley General de la Administración Pública. La aplicación de sanciones administrativas, legalmente establecidas, que resulten desproporcionadas e irrazonables, únicamente generará la responsabilidad de la Administración si la Sala Constitucional determina su inconstitucionalidad, según lo señala el dictamen de la procuradora de Magda Rojas¹²⁸.

El artículo 192 de la Ley General de la Administración Pública contiene una cláusula general de responsabilidad civil por las limitaciones ilegales de derechos subjetivos, al señalar que la responsabilidad subjetiva directa de la Administración nace a partir de una falta del servicio público, incluso aunque no se pueda individualizar al funcionario culpable, sin embargo, no se pudo encontrar un análisis de la responsabilidad de tipo objetiva dentro de este dictamen.

El artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública regula la responsabilidad objetiva directa del Estado por los daños discriminatorios sufridos por los administrados, como consecuencia de una ley o de cualquier otra actividad lícita de la Administración, en las hipótesis de gravedad excepcional o reducido número de afectados.

¹²⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 222 del 8 de agosto del 2001

En relación con la responsabilidad de la Junta Directiva del Banco Central y el CONASSIF es importante recordar lo que ha manifestado la Sala Constitucional, en cuanto a la inercia de los ministros en atender gestiones que les son propias, resulta inexcusable ante el hecho de ser él jerarca administrativo de su ministerio:

*"Lo será inclusive si se tratara de órganos desconcentrados de esa administración, pues aún frente a ellos el jerarca conserva potestades de dirección y de tutela, salvo expresa exclusión legal, de conformidad con la doctrina del artículo 83 de la ley general de la administración pública; ..."*¹²⁹ (resaltado es nuestro)

En esta misma línea, el Profesor Agustín Gordillo, quien señala en cuanto a la jerarquía que:

*"De este modo el "poder jerárquico" funciona cuando hay centralización, desconcentración o delegación y el "control administrativo" únicamente cuando existe descentralización. La relación jerárquica existe siempre que a) haya superioridad de grado en la línea de competencia, y al mismo tiempo, b) igual competencia en razón de la materia entre el órgano superior y el inferior; cumplidos esos dos requisitos, está dada la relación jerárquica."*¹³⁰

¹²⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 83 de las 16:25 horas del 8 de noviembre de 1989.

¹³⁰ GORDILLO, (Agustín). Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. 1 ed. Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1998 p.34.

El hecho de que el órgano sea desconcentrado y ostente competencia exclusiva en cuanto a la materia especializada que conoce no le da una personalidad jurídica por medio de la cual actuar (doctrina del órgano), como lo llama el profesor Mauro Murillo, un órgano del órgano u órgano del ente. Puntualizando lo anterior, "*los actos del órgano desconcentrado son actos del jerarca, pues uno y otro constituyen una única e indisoluble entidad.*"¹³¹ (Resaltado nuestro).

El Banco Central de Costa Rica resulta responsable del CONASSIF y sus miembros, toda vez que los artículos 169 a 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores le conceden facultades de superior jerarca de la SUGEF cuando, entre otras, dice:

"Artículo 169. Integración. La Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionarán bajo la dirección de un órgano denominado Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Nacional también llamado el Consejo Nacional, el cual estará integrado en la siguiente forma: (...)"

Artículo 171. Funciones. Son funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero:

a. Nombrar y remover al Superintendente General de Entidades Financieras, al Superintendente General de Valores y al Superintendente de Pensiones, asimismo a los respectivos intendentes, auditores y al sub auditor interno de la Superintendencia de Entidades Financieras. (...)

¹³¹ VILLEGAS BASAVILBASO, (Benjamín). Derecho Administrativo., Tipográfica Editora Argentina, Tomo II, Buenos Aires 1950, p. 295.

g. Conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Superintendencias. Las resoluciones del Consejo agotarán la vía administrativa. (...)

De lo anterior sólo puede concluirse la responsabilidad, in vigilando e in eligendo que tiene también el CONASSIF como superior jerarca inmediato de SUGEF, luego de irrogadas las derogatorias a la Ley Orgánica del Banco Central vía Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Es preciso indicar que el Estado es responsable "*per se*" tanto por acto legítimo como por ilegítimo; la diferencia es que si ha actuado negligentemente o por omisión grave, lo que significa por acto ilegítimo, su responsabilidad es tanto de daños como de perjuicios incluyendo el daño moral y afectivo producido a quienes resulten afectados por cuanto la responsabilidad estatal constituye "*la máxima garantía del Derecho público: sin ella, la Constitución y los derechos constitucionales están expuestos a toda clase de violencias y abusos; sin ella, todo el Derecho público de una nación no es sino una lex imperfecta.*"¹³²

Por haber cometido una infracción o contravención administrativa, el sujeto activo puede llegar a responder civilmente por los perjuicios ocasionados a un tercero; o penalmente si, a la vez, la conducta en que incurrió se encuentra tipificada en la ley penal como delito; o administrativamente ante una entidad estatal (autoridad administrativa). También se puede dar el caso de que concurren dos o las tres responsabilidades mencionadas, cuyo concepto se explicará brevemente a continuación, haciendo especial énfasis en la responsabilidad civil de las instituciones financieras, toda vez que constituye parte del tema central de la presente tesis:

¹³² SCHMITT, (Carl). La Defensa de la Constitución. 1 Ed. 1983. pág. 60 citando a SCHULZE, Preussisches Staatsrecht, 2ª ed., Berlín 1888-1890, vol. 2, p. 905.

La responsabilidad civil es fundamentalmente indemnizatoria, económica o pecuniaria, la cual surge como consecuencia de haber ocasionado un daño a un tercero con dolo o culpa, en concepto de Escriche, es “*la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero*”¹³³. Asimismo destaca que la responsabilidad civil surge si se reúnen los elementos que la determinan a saber: El hecho, el daño y el nexo de causalidad. Por consiguiente, la falta de uno de tales presupuestos es obstáculo para su advenimiento.

A la Superintendencia General de Entidades Financieras le corresponde, velar porque no haya desviación de recursos y que los recursos sean empleados en una forma lógica, conveniente y justa, de libre empresa, por ende, esa entidad tiene una enorme importancia, desde el punto de vista del Estado, de los inversionistas o ahorrantes, y de los demás agentes del Sistema Financiero Nacional.

Si no hay garantía, si no hay transparencia, si no hay control, si no hay vigilancia, es claro que se producen las desviaciones de recursos, es decir la violación a las normas jurídicas y las reglas de la técnica bancaria y financiera, con el enorme perjuicio para la inseguridad de propios y extraños, Nacionales y extranjeros, los cuales pretenden tener una seguridad, una certeza, de que sus dineros, les serán devueltos con los réditos o intereses correspondientes.

¹³³ ESCRICHE, (Joaquín). - Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia-, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, nueva edición, 1931, p.1440.

No hacerlo significaría una expropiación velada, que técnicamente significa una requisición no autorizada por la Constitución Política la cual señala “*La propiedad privada es inviolable, pero los dineros privados también son inviolables*”; lo anterior en relación con el artículo 50, como un derecho o garantía social, en el sentido que “*el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*”

Por otra parte la Superintendencia General de Entidades Financieras posee mecanismos jurídicos y financieros para ejercer sus atribuciones, funciones y deberes. Sin embargo, y a pesar de las competencias que ostenta, la experiencia ha demostrado que un descuido de la superintendencia en alguna de sus múltiples funciones como en los métodos preventivos que tienen a su disposición, como son requisitos, autorizaciones, supervisiones, solicitud de información, comprobación de datos, etc. podrían provocarle perjuicios al usuario del sistema. Siendo que cualquier entidad debe cumplir con sus requisitos de constitución, y no sólo cumplir requisitos, sino que debe estar autorizada expresamente por el CONASSIF, a través del proceso llevado a cabo por la Superintendencia. Pero el deber no termina allí, sino que es obligación del órgano supervisor continuar ejerciendo el control, y fiscalización de los intermediarios financieros que autorice mientras éstos continúen realizando su actividad de intermediación financiera y captación de ahorros.

Autorizaciones como las que se ha venido comentando en el párrafo anterior son los denominados “*actos necesitados de coadyuvante*”, en el sentido que se necesita una petición expresa del administrado, ante un determinado ente público, en este caso un órgano contralor, el

cual exige requisitos y condiciones de carácter legal para conferir la autorización que le permita ejercer una actividad lícita, y sobre estos actos a pesar de ser una solicitud del administrado existe una responsabilidad por parte del Ente regulador.

El profesor Federico Torrealba, realiza en uno de sus aportes un análisis y explicación sobre responsabilidad tanto subjetiva como objetiva, y específicamente en relación con el análisis de la actividad lucrativa riesgosa que eventualmente podría realizar un sujeto, y para lo cual asume ese riesgo como parte de su responsabilidad, el cual fue base fundamental para determinar la tesitura que ocupa este estudio.

En la responsabilidad objetiva, el sujeto responsable ha de pagar la indemnización o reparar el daño, aun cuando su conducta no le sea reprochable debido a los criterios bajo los cuales se edifica; entre los que interesan para esta investigación, se tiene la teoría del riesgo creado, para la cual surge la responsabilidad objetiva en virtud del riesgo que provoca para terceros la realización de una actividad económica lícita.

En esta misma línea sigue indicando el autor que el legislador costarricense ha venido incrementando “*zonas de excepción*”, mediante las cuales el riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad viene a sustituir a la culpa, e incluso se extiende a los daños causados por personas que forman parte de la organización productiva, pero advierte que el establecimiento de este riesgo incrementa los costos de prevención y más aun la toma de pólizas de seguros contra la responsabilidad civil.

Sin embargo, en este tema, tanto el derecho administrativo como el civil costarricense, no ha tenido un desarrollo en cuanto a la responsabilidad civil de la administración como tal, pues en las mencionadas “*zonas de excepción*”, se incrementan abarcando áreas que inclusive la administración en su potestad de imperio puede incurrir y es entonces cuando debe aplicarse el criterio de responsabilidad de la administración ejercitando la máxima garantía del derecho público de la que se viene hablando a lo largo de este capítulo.

En ciertos casos la responsabilidad por hecho ajeno se basa en la culpa in vigilando (culpa del responsable directo cuando se incumplen deberes de fiscalización), in eligendo, (culpa del responsable indirecto) la cual se encuentra en el párrafo tercero del artículo 1048 del Código Civil:

“El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.” (El resaltado es nuestro).

Las cuales están clasificadas por el autor como regímenes de responsabilidad subjetiva indirecta por hecho culpable ajeno, en donde el obligado como responsable indirecto responde,

a título de culpa, por los daños que surgieron por culpa de otra persona (el responsable directo), sin embargo, también acá es de recibo analizar la eventual responsabilidad objetiva que podría presentarse para la administración en el caso de que su actividad produzca un daño, pero éste no le sea imputable por razones de negligencia o falta del deber de cuidado.

Dicho lo anterior, cabe mencionar la consulta que acaeció el 2 de junio de 2001 cuando el Consejo Nacional de Supervisión Financiera solicita la opinión de este órgano técnico-consultivo de la Procuraduría General de la República¹³⁴, sobre si es posible que las sanciones previstas en los artículos 158 y 160 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores son penas máximas –fijas- que deben ser valoradas en el caso concreto de conformidad con los parámetros del artículo 164 de ese mismo cuerpo legal y de no ser posible tal interpretación, qué responsabilidad incumbe a la Superintendencia o a este Consejo - órgano de alzada- por aplicar o no aplicar sanciones administrativas legalmente establecidas aunque resulten desproporcionadas o irrazonables, en lo que interesa para esta investigación resulta importante señalar lo siguiente, que con el desarrollo de la potestad punitiva del Estado ha conducido a una unificación de sus principios y de la teoría de las infracciones, la diferencia entre ambos ámbitos reside fundamentalmente en la titularidad de la potestad para imponer sanciones: las penas se imponen a través de un proceso judicial, mientras que las sanciones administrativas son impuestas por la autoridad administrativa, cuya interpretación de la norma debe realizarse en virtud del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, de la forma que mejor garantice la realización del fin público que persigue, así como tomando en cuenta las otras

¹³⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 222 del ocho de agosto del 2001.

normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta a que se refiere, sin violentar la letra de la ley.

Entre los principios el dictamen mencionado, los principios del derecho penal aplicables al derecho administrativo sancionador, como los son el principio de legalidad *-nullum crimen, nulla poena sine lege-*, el cual determina la reserva de ley en materia sancionatoria, en donde en virtud de la ley se puede afectar la esfera jurídica de los administrados, creando sanciones o infracciones. Asimismo el principio de tipicidad, derivación directa del principio de legalidad, requiere que las infracciones administrativas y las sanciones correspondientes se encuentren claramente definidas por la ley. Al respecto, la Sala Constitucional ha manifestado que la exigencia de predeterminación normativa de las infracciones y las sanciones correspondientes se proyecta sobre:

*"...la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado"*¹³⁵.

En tercer lugar, es aplicable el *"principio de culpabilidad, que supone dolo, culpa o negligencia en la acción sancionable"*¹³⁶. Con lo cual la responsabilidad administrativa deja de

¹³⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 8193 de las 15:05 hrs. del 13 de setiembre del 2000.

ser únicamente de carácter objetiva -sin culpa o dolo- y en su lugar entra la mencionada anteriormente responsabilidad subjetiva donde el infractor viene a ser el responsable y, por lo tanto, se le ha de imputar la conducta sancionada.

Por último, el principio de proporcionalidad de las sanciones deriva del "principio de proporcionalidad de las penas" del derecho penal, el cual es la garantía que debe existir de que la sanción que se aplique sea proporcional a la infracción cometida, conforme lo dispuesto en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre: "*la ley no puede establecer sino las penas evidente y estrictamente necesarias*"¹³⁷. Donde la sanción impuesta debe constituir una medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado, por ende, no sólo es necesaria la previa tipificación legislativa de la infracción y la sanción aplicable, sino la posterior adecuación de la referida sanción al caso específico, lo que requiere la valoración de la culpabilidad del infractor, así como la de la gravedad de los hechos¹³⁸. Por lo en este sentido una pena fija para un determinado delito se traduce en una transgresión del principio de proporcionalidad de las penas.

Volviendo a la consulta planteada ante la Procuraduría General de la República, se cuestiona cuál es la responsabilidad de la Superintendencia General de Valores o del

¹³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA,(Eduardo) y FERNÁNDEZ,(Tomás Ramón) Curso de Derecho Administrativo, II, CIVITAS, Madrid, 1998, p. 173-174.

¹³⁷ Ver documento en <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/coop-intern/inst-inter/01/04.pdf>

¹³⁸SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 8015-99 de 11:57 hrs. del 15 de octubre de 1999, reproducida en la resolución N. 8744-00 de 14:47 hrs. del 4 de octubre de 2000.

CONASSIF si aplica o no aplica las sanciones establecidas en la ley, aunque "*resulten desproporcionadas o irrazonables*". Ante ello señala que mientras la ley se encuentre vigente y resulten eficaces, la Administración se encuentra obligada a aplicarlas, de lo contrario se genera responsabilidad por incumplimiento de la ley. El artículo 129 de la Constitución Política señala:

"Artículo 129.-Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario".

De allí que la responsabilidad de la Administración por la aplicación de una sanción establecida en la ley, que genere resultados irrazonables, únicamente podrá exigirse cuando la Sala Constitucional declare su disconformidad con el ordenamiento jurídico, sin embargo, la Administración responde por los daños que genere su actividad, independientemente de que sea legítima o ilegítima, normal o anormal. De modo que aún cuando exista fundamento legal para su actuación, bajo determinados supuestos podría incurrir en tal responsabilidad.

Ante estas situaciones la Procuraduría estima que es imperativo que tanto la Superintendencia como el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero se aboquen a la redacción de un proyecto de reforma de ley de infracciones y sanciones con el fin de mantener la debida disciplina en el mercado bursátil y de la respectiva actividad financiera.

Ahora bien, en este punto de la investigación es importante analizar la potestad de auto tutela de la Superintendencia de Entidades Financieras, para emitir resoluciones administrativas de multas y ejecutarlas en contra de la voluntad de los sancionados sin lesionar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y por otra parte las modalidades para hacer ejecutar dichas resoluciones, así como la oportunidad para exigir el cumplimiento.

Como se ha mencionado a la largo de esta investigación CONASSIF en razón de su persona jurídica de derecho público, ejerce potestades públicas y goza de los privilegios que le concede la ley, entre las cuales se encuentra la potestad de auto tutela, la cual puede ser clasificada en dos categorías, la auto tutela que consiste en la competencia que tiene la Administración de tutelar en vía declarativa o ejecutiva sus propios intereses, que no son otros que el interés general, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial y es mediante esta auto tutela de tipo declarativa, la que se le otorga fuerza obligatoria e inmediata a sus resoluciones administrativas; por otro lado auto tutela puede ser, también de tipo ejecutiva, habilitando al CONASSIF, para imponer sus decisiones, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, además revisa sus propios actos, de oficio o en razón de una solicitud o recurso administrativo interpuesto por los interesados.

El principio general es que toda resolución administrativa constituye un título ejecutivo y además se encuentra revestido del carácter ejecutorio, es decir, que son actos administrativos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad y en consecuencia son válidos y productores de su natural eficacia jurídica, pues los mismos tienen fuerza obligatoria y son ejecutables por la CONASSIF y sus Superintendencias.

Dicho lo anterior sobre la eficacia jurídica del acto administrativo, queda en evidencia la “peligrosidad” si así se quiere llamar de la potestad de imperio del Estado y un posible mal manejo de la misma, es por eso como en materias tan especializadas como las que se le asigna regular al CONASSIF o supervisar a cualquiera de las tres Superintendencias no se puede dejar a la libre, o dejar ampara la responsabilidad en principios poco específicos de la normativa administrativa y civil, y es necesario contar con regímenes más claros y específicos no solo para el administrado, sino para la administración.

Se considera acertada la opinión de la Procuraduría General de la República, en la cual estima imperativo la necesidad de una “*Ley de infracciones y sanciones*”, pero se debe aportar a esa opinión que esas infracciones y sanciones debe incluir también las de la administración en el último capítulo de este estudio, se procurara también avocarse a realizar un enfoque global de lo que se ha analizado por separado en cada capítulo, para intentar unir las ideas de responsabilidad civil de la administración en relación con la aplicación de los criterios de supervisión inspirados en los principios de Basilea, una vez que son traídos a nuestra realidad, resulta el capítulo por venir el de mayor importancia pues sustenta nuestra posición de que la

administración debe ser responsable de la buena y mala aplicación de su potestad de imperio, en función de la regulación y supervisión del Sistema Financiero Nacional.

Capítulo V.- Enfoque Global y Apreciaciones Finales.

I. Aspectos relevantes en la problemática planteada:

A lo largo de estas páginas se ha podido estudiar la historia de la banca con el objeto de analizar las bases concretas y la evolución de las regulaciones bancarias, así mismo se expusieron los ejes sobre los cuales descansa la propuesta del Comité de Supervisión Bancaria, propuesta que además de ser extensa y compleja en sus detalles técnicos, busca asegurar la estabilidad financiera, a la luz de los mayores o nuevos riesgos que emergen en un entorno de volatilidad e innovación como el actual; dicha búsqueda de control prudencial mediante una adecuada vigilancia, no deja de poseer dificultades evidentes a la hora de encontrar los métodos más idóneos para evaluar los riesgos asumidos y medir la responsabilidad del ente supervisor en dicha aplicación.

La historia de la banca es también la historia de la crisis en algunas de sus entidades, en las últimas décadas del siglo XX, más de las tres cuartas partes de los países miembros del Fondo Monetario Internacional han debido afrontar problemas serios en algunos o todas sus instituciones de crédito –bancos-, con costos muy altos.

La actual crisis financiera norteamericana como principal fuente de nuestra economía ha impactado negativamente en los mercados financieros mundiales, exponiendo una serie de

fallos en los esquemas de regulación y supervisión financiera, de los cuales, el de Costa Rica no ha salido exento de críticas.

Un aspecto interesante de analizar será, si el enfoque de Basilea II¹³⁹ podría aminorar la ocurrencia de este tipo de problemas en el futuro, en caso de estar ampliamente adoptado, tanto a nivel global como en las economías de país. Al respecto, uno de los autores consultados que es Larraín¹⁴⁰ sostiene que sí, debido a que primero, incentiva a las entidades financieras a calcular las probabilidades de incumplimiento y recuperación con períodos largos de tiempo; segundo, estimula a los bancos a identificar los riesgos que no tengan incorporados en el pilar I – Riesgo de crédito- y a los supervisores a asegurarse de que dichos riesgos estén bien medidos, lo cual resulta un tema bastante polémico en la coyuntura actual de las economías mundiales al pormenorizar en los comportamientos de economías tan importantes como la Norteamericana o la Europea.

En un contra tesis el autor Nouriel Roubini¹⁴¹ argumenta que aún antes de haber sido ampliamente implementado, Basilea II ha mostrado debilidades. Además de un análisis técnico, comenta que las adecuaciones de capital funcionan como periodos de auge crediticio en buenos tiempos y de estancamiento crediticio en los malos tiempos; el énfasis que se da a la administración del riesgo de liquidez es muy bajo y los requerimientos de capital excesivamente bajos para la magnitud de los riesgos financieros enfrentados por los bancos;

¹³⁹ MARROQUÍN, (José) y BLANCO, (Clemente). Supervisión Integrada. Orígenes, Implicaciones y Búsqueda de Elementos Clave. Documento Ocasional No. 1- 2007. Banco Central de Reserva de El Salvador, 2007, p. 13.

¹⁴⁰ LARRAÍN, (Christian). “Crisis Sub prime y Basilea II”. Diario La Segunda, Chile. 13 de mayo de 2008, p. 21.

¹⁴¹ ROUBINI, (Nouriel). “Ten Fundamental Issues in Reforming Financial Regulation and Supervision in a World of Financial Innovation and Globalization”. RGE Monitor., 2008, p. 56.

propicia sistemas que confían demasiado en los modelos internos de administración de riesgos y se le da mucho protagonismo a las agencias calificadoras de riesgo y a sus opiniones.

La crisis ha traído de esta manera a primer plano, las estrechas interdependencias de la inestabilidad de los mercados y la fragilidad bancaria, las cuales presentan diversas vertientes, de modo que entran en juegos la dirección y la gestión interna de las entidades de crédito, el grado de competencia existente, las conexiones de los bancos con otro tipo de intermediarios financieros y la propagación de las perturbaciones locales hasta generar un problema sistémico.

No se debe dejar de lado que la estructura de la mayoría de los sistemas financieros no se van formando producto de un diseño organizacional sistemático, sino más bien producto de las demandas coyunturales en el desarrollo de la actividad financiera, por lo que se ve que los sistemas muchas veces en su estructuración pueden parecer fragmentados, pero es porque responde a ese antecedente coyuntural.

Pues bien, hechos como éstos han ido calando en lo más hondo de la memoria colectiva y se han reflejado en una generalizada preocupación por restaurar y mantener la estabilidad de los sistemas financieros y la solvencia de sus instituciones, adquiriendo así una renovada importancia y nuevas dimensiones.

Los complejos esquemas supervisores dejan muchos espacios para que las entidades financieras puedan inclusive ajustarse a las reglas menos rígidas de acuerdo con sus intereses.

Bernanke¹⁴² profesor de economía y derecho de la Universidad de New York comenta en una de sus clases magistrales publicada por “*The Economist*” afamada revista de economía y finanzas que: “*ni la disciplina de mercado, ni la supervisión son completamente adecuadas por sí solas para mantener la estabilidad del sistema bancario*”.¹⁴³ Agrega que, “*una regulación “light” ha permitido, por una parte, generar importantes innovaciones financieras; pero por otra, la crisis demostró que no fue capaz de asegurar la estabilidad de los mercados*”. La complejidad e inconsistencia del marco de supervisión financiera también representan un obstáculo a la cooperación internacional entre supervisores.

El caso costarricense no es la excepción, sin embargo, dentro de las últimas reformas a la legislación, el sistema se ha tornado en algún sentido un poco más consistente, al menos en cuando a sus instituciones, se verá más adelante, como uno de los puntos de crítica, que lo mismo no ha pasado con la legislación y las regulaciones.

Dicho problema sistémico, suele ponerse enfático en tres ejes estratégicos para favorecer la estabilidad financiera tal y como lo señala el autor Rodríguez Fernández¹⁴⁴

- El mantenimiento de niveles macroeconómicos satisfactorios.
- La solidez de las entidades financieras y de los propios mercados en los que éstos actúan.

¹⁴² Bernanke . “Financial Regulation and the Invisible Hand”. Speech given at the N.Y. University Law School, New York. 2007, p.8.

¹⁴³ The Economist (2007).“A Special Report on the World Economy”. Volume 385, Number 8551, 2007, p 15.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,(José Miguel). Regulación bancaria y nuevo acuerdo de capital de Basilea. *Ekonomia* N° 48, tercer cuatrimestre, Universidad de Valladolid, 2001, pág. 194.

- El cuidado que requiere el buen funcionamiento de los sistemas de pagos y de los mecanismos de liquidación de operaciones y entrega de títulos.

Esta tesis se interesa por el segundo eje en especial. El nuevo entorno económico, los avances tecnológicos, las desregulaciones y los procesos de innovación han elevado la fragilidad de los sistemas financieros, más aún cuando la internalización de las operaciones y la libertad de movimientos de capitales favorecen la asunción de riesgos muy importantes por parte de las entidades bancarias.

Muchas veces los órganos de vigilancia, que tienen encomendada la tarea de facilitar diagnósticos ponderados y perspicaces sobre la situación, no siempre aciertan a realizar su labor adecuadamente en tiempo, forma y contenido; por tanto, con alguna frecuencia han fracasado en su transferencia a los mercados de las señales apropiadas.

Ante todo esto el Comité de Basilea, con sus principios básicos de vigilancia prudencial han servido de referencia tanto para la supervisión de las entidades de ámbito Nacional como de las organizaciones bancarias con actividad internacional, en su caso sobre una base consolidada, bajo la base de la interacción del supervisado con el supervisor, pues e pretende que la evolución de los riesgos asumidos descansa más en el autocontrol de las entidades, modificando lo anterior, el papel del supervisor, quien, además debe desarrollar sus tareas en un entorno de cooperación con otras autorizaciones también responsables de labores de control en el Sistema Financiero, sea en el ámbito Nacional, como en la esfera internacional.

La necesidad de un enfoque multilateral de vigilancia se refuerza a la vista de que, en las últimas crisis financieras, por lo que en este capítulo final, se propone presentar una visión panorámica de algunas de las principales vertientes del debate actual en torno a la regulación bancaria, poniendo énfasis en las propuestas del Comité de Basilea, para lograr racionalizar el porqué de la regulación que gira sobre las instituciones bancarias, enmarcándola en el contexto de imperfecciones existentes en el mercado financiero, toda vez que en capítulos anteriores se perfila la evolución de dichas instituciones.

II. Fines de la Regulación Bancaria y Organización de su Supervisión.

Muchos autores han dicho anteriormente que, los sistemas financieros son incapaces de autorregularse y, por ende, que las medidas de liberalización financiera contienen el germen de crisis. La historia de estas últimas es, por supuesto, tan vieja como la banca, pero se sabe que la frecuencia de las crisis financieras y, en general, la inestabilidad financiera han alcanzado desde los años 70 los niveles más altos de la historia, sin duda, la crisis actual es la prueba maestra de que, desafortunadamente tenían la razón y la ortodoxia económica aceptó que las medidas de liberalización financiera deben estar acompañadas de mejor regulación y supervisión prudencial.

Ante todo, cabe analizar la razón de aplicar determinadas regulaciones oficiales a las entidades de crédito, pues bien, existen por lo general dos tendencias, por una parte, si se opta por la hipótesis que los mercados financieros son altamente eficientes en su funcionamiento, la intervención pública sobre las entidades de crédito debería reducirse sustancialmente. Según

esta tendencia, la función de las autoridades se limita a velar por el respeto a las reglas de la transparencia informativa, en el convencimiento de que el mercado aprovechará la información disponible, para mantener la estabilidad y la solvencia del Sistema Financiero y de sus instituciones. En resumen es la disciplina del mercado lleva a una óptima asignación de los recursos en la economía, pues se parte que los agentes económicos siempre adoptaran por decisiones óptimas simplemente por el hecho de contar con información. Sin embargo, la captación completa e interpretación objetiva de las informaciones entra en contradicción con la “*psicología del mercado*”, tal y como lo señala Rodríguez Fernández¹⁴⁵.

Por otro lado, el mismo autor, señala una tendencia opuesta, la cual acepta el supuesto de que existen imperfecciones en los mercados financieros y que éstos son intrínsecamente inestables, por lo que pone énfasis en las fricciones que emergen en los mercados financieros, sobre todo en términos de asimetrías en la información. Acá el comportamiento de los agentes económicos conduce de manera espontánea al buen funcionamiento del Sistema Financiero en su conjunto. Por lo tanto, al admitir la existencia de imperfecciones, las medidas de control público irán más allá de promover la transparencia de la información.

Esta tesis apoya la visión tradicional de la literatura bancaria, que apoyar la regulación de cualquier sector económico desde la perspectiva del interés público, para estimular la eficiencia económica en la asignación de recursos y proteger a los consumidores. A partir de

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, (José Miguel). Regulación bancaria y nuevo acuerdo de capital de Basilea. *Ekonomia* N° 48, tercer cuatrimestre, Universidad de Valladolid, 2001, pág. 197.

este doble enfoque, se encuentran las tres grandes finalidades específicas que suelen señalarse en la doctrina para justificar la regulación de las entidades bancarias:

- i. Favorecer la competencia.- es la potenciación de la eficiencia sistémica, para lo cual se han realizado esfuerzos con el fin de liberar y desregularización con el fin de eliminar rigideces estructurales, facilitar el acceso al sector, levantar las barreras entre supuestos operadores y en general homogenizar el sistema, ya que con una homogenización de la información en teoría debería vigilarse la eventual aparición de ineficiencias derivadas del poder de mercado.
- ii. Defender la estabilidad del Sistema Financiero, mediante la vigilancia de la solvencia de las correspondientes instituciones y el fomento de la confianza de los agentes económicos.
- iii. Proteger a los usuarios de los comportamientos reprochables practicados por las entidades, facilitando un contexto competitivo homogéneo entre las diversas clases de instituciones financieras, mediante la implementación de reglas de juego similares para todo el conjunto de la industria de los servicios financieros, en línea con las tendencias de desregularización observadas en muchas naciones durante los últimos años.

Visto lo anterior, se tienen razones para regular la creación y el funcionamiento de las organizaciones bancarias. Ya Adam Smith desde su época señaló: *“estas reglamentaciones pueden considerarse indiscutiblemente como contraria a la libertad natural. Pero el ejercicio*

de esta libertad por un contado número de personas, que puede amenazar la seguridad de la sociedad entera, puede y debe restringirse por le ley de cualquier gobierno, desde el más libre hasta el más despótico. La obligación de construir muros para impedir la propagación de los incendios es una violación de la libertad natural, exactamente de la misma naturaleza que las regulaciones en el comercio bancario”¹⁴⁶

Ahora bien, cuando es posible preguntarse qué tipo de regulaciones se están tratando en este análisis, entre regulaciones de la estructura y regulaciones del comportamiento. Las primeras disponen la existencia de un banco central, la protección derivada de mecanismo de garantía, junto con normas que determinan la organización del sector. Las segundas por otro lado, abarcan normas acerca de la calidad de sus servicios, obligaciones de publicidad, transparencia informativa, reglamentaciones prudenciales; las cuales han sido influenciadas por la evolución del marco en que se mueven los sistemas financieros, con una globalización de las actividades durante el último cuarto de siglo.

III. Modelos de organización en la actividad supervisora.

Por lo que atañe al objeto de favorecer la eficiencia sistémica, los cambios en la regulación apuntan hacia una, el reforzamiento de tres líneas normativas:

¹⁴⁶ SMITH, (Adam). Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Fondo de cultura económica, Mexico. 1958, ed. original, 1776. p 293.

- La mejora de la transparencia informativa, en el sentido de la información clara y precisa, en volumen y la cantidad de la información transmitida a los mercados financieros, con el fin de que éstos puedan disciplinar correctamente el comportamiento de las entidades.
- La potenciación de reglas obligatorias y códigos de conducta voluntarios para evitar los conflictos de intereses y mantener una conducta ética en el desarrollo de sus operaciones.
- El fortalecimiento de las normas de defensa de la competencia y contra la concentración de poder de mercado en manos de una o pocas instituciones.

Detrás de esta reorientación en las políticas de regulación, existe un asunto sin duda importante, como organizar institucionalmente a los propios operadores bancarios, por ejemplo, en el conjunto de la Unión Europea, las tareas, básicamente, descentralizadas sin perjuicio de la coordinación y colaboración entre las correspondientes autoridades Nacionales, principalmente por medio del Comité de Supervisión Bancaria y el denominado “grupo de contacto”, el Banco Central Europeo no tiene asignadas responsabilidades fundamentales al respecto, más allá de funciones de asesoramiento en cuanto a normas comunitarias y de apoyo para el correcto funcionamiento de las políticas de los Estados miembros, y en cada país es diversa la organización de las labores de control.

Desde luego, el debate sigue abierto. Y seguramente no existe modelo organización de la supervisión que resulte óptimo de manera general. La diversidad de las experiencias Nacionales parece confirmarlo.

Costa Rica como todo país en proceso de desarrollo debe enfrentarse y ser capaz de adaptarse a los cambios globales, pues estos eventualmente demandarán de su mercado una capacidad similar a la que éstos han implementado para poder competir. La presencia de nuevos grupos financieros extranjeros en el país, como se ha manifestado en una reciente tendencia es prueba inequívoca que la estructura financiera costarricense está dando un cambio en razón de las variaciones que la globalización y los nuevos requerimientos de competitividad a nivel global le exigen, y parte de lo que se habla en el desarrollo de la tesis sobre la regionalización bancaria en el área, no es más que el resultado necesario para poder unir condiciones necesarias para funcionar como un bloque suficientemente competitivo en grandes mercados mundiales.

El órgano supervisor debe ser capaz de controlar y supervisar de manera acertada por medio de la regulación existente a los usuarios del Sistema Financiero, y es por eso que esa regulación del Sistema Financiero debe ser la más moderna y cuidadosamente trabajada en aras de darle al órgano supervisor las herramientas adecuadas para ejecutar su función, pues enfrentará riesgos adicionales con el crecimiento del sistema, tales como altas concentraciones de préstamos en grupos económicos, elevados montos de créditos otorgados a partes relacionadas, cambios en la capitalización de los bancos y deberá ser especialmente celosa en relación con la medición de riesgo en los crédito, siendo más aun que en Costa Rica como un

país en vías de desarrollo que ha tenido una economía creciente, los créditos y la seguridad de los mismos son temas de una importancia fundamental para continuar con el desarrollo a nivel Nacional.

Adicionalmente con la llegada de la globalización de los negocios y los fenómenos que el negocio bancario enfrenta a nivel regional resulta necesaria la armonización de las normas prudenciales y la supervisión financiera entre países, junto con el fortalecimiento de la capacidad de llevar a cabo una supervisión consolidada para acompañar el crecimiento de las actividades bancarias transfronterizas, el órgano supervisor deberá revisar sus potestades y capacidades para responder a estas necesidades globales, y en especial a nivel regional de lo que ya se ha estudiado en relación con la tendencia del bloque y los grandes bancos internacionales expandiendo su negocio en el istmo, estos procesos correctamente manejados y con una supervisión adecuada ayudarán a la región a sacar provecho de las oportunidades que ofrece la integración del sector financiero, pero en este aspecto el órgano regulador no puede ser un impedimento para ese desarrollo, debe ser un facilitador de estos procesos y ser capaz de responder a las exigencias de control y supervisión de estas nuevas modalidades de negocios globales, a las cuales el sistema costarricense apenas empieza a acostumbrarse.

Sobre esa misma línea se ha venido diciendo que en Centroamérica, debido a las nuevas tendencias del negocio bancario, se ha evidenciado a nivel regional un rezago en la normativa de supervisión con respecto a los estándares internacionales, y los entes reguladores reflejan desventajas frente a los grupos económicos regulados, y más aun cuando éstos empiezan a tomar tendencias de globalizarse y convertirse en parte de grupos o conglomerados

más grandes a nivel de la economía global, lo cual deja en claro las limitaciones de los entes supervisores en muchos de los aspectos vitales de la regulación, restándole fuerza, rapidez y eficiencia a la supervisión efectiva de la actividad bancaria y a la larga produciendo que el ente regulador y supervisor se convierta en un obstáculo para el desarrollo saludable de la actividad.

Las debilidades del sistema regulador y en especial de los entes como tal debe ser superada a través de regulaciones más modernas y reguladores con recursos suficientes para poder atender de manera integral sus labores y prevenir la toma de posiciones riesgosas por parte de los regulados, en este aspecto compartimos las ideas del Msc. Solorzano del cual se ha comentado en capítulos anteriores en relación con la revisión de la estructura y dependencias de los órganos supervisores en relación con el ente regular y las posibles trabas que pueda generar la estructura que actualmente existe.

El carácter “criollo” de los bancos privados que operan en Costa Rica, del que se ha venido comentando en esta tesis no debe convertirse en un obstáculo para el sano desarrollo del negocio bancario, debe ser más bien una base sólida de supervisión sobre la cual las entidades participantes del mercado sientan seguridad de sus transacciones para fomentar una seguridad y estabilidad en el mercado financiero que a la postre resulta en un atractivo o incentivo cualitativo frente a otras economías regionales. Para lograr este cometido es necesario que los organismos de supervisión y los órganos reguladores no solo sean capaces de modernizarse y mantener el ritmo que llevan sus supervisados sino que también deben contar con los recursos técnicos, económicos, humanos y profesionales para que esta actividad sea integral en el desarrollo de un Sistema Financiero sano y eficiente.

Es también por esa razón que se quiere dejar como parte de nuestras apreciaciones finales una tendencia a entender la importancia de concebir las medidas de vigilancia como una especie de listado de escogencia, de las cuales se puedan sacar normas que se complementen entre sí para lograr el mejor de los resultados, reforzando diferentes aspectos de la supervisión y por eso su importancia a manejar un sistema ordenado, eficiente y controlado de normas y no una dispersión de normas en distintos cuerpos legales, emanadas de diferentes órganos y sin ningún control de responsabilidad en relación con la aplicación final en la realidad de estas normas.

Es necesario alejarse del concepto cuadrado y formalista de pensar en normas inamovibles que resolverán todos los supuestos de hecho de la actividad bancaria, pues se vio que pensando en normas de este tipo no será posible para el derecho prever todos los presupuestos de hecho que la actividad bancaria que es constantemente cambiante puede generar, pero que para poder generar este ordenamiento jurídico de carácter flexible que promueva la interpretación de las normas y a través de la misma generar mejores y más eficientes métodos de supervisión y regulación es necesario poner en orden la casa antes de pretender que la dispersión y la creación de más y más regulaciones sea la respuesta a la necesidad de mejorar cada día el Sistema Financiero.

Un ejemplo de lo anterior es el proyecto de la reforma a las instituciones de Bretton Woods, por la crítica fundamental a ellas, que según esta tesis esconde una serie de políticas desastrosas bajo una promesa de estandarización de procesos en aras de la reducción de la pobreza, malinterpretando los equilibrios estructurales a largo plazo del Sistema Financiero,

con soluciones cortoplacistas que han llegado a crear desventajas en las negociaciones de los mismos órganos como la Organización Mundial del Comercio. Las últimas crisis han dado suficientes razones para poner en duda las premisas de estas instituciones en lo referente a la estabilidad financiera, dando a la misma vez prueba que la liberalización financiera no incrementa ni parece estar ligada con una vulnerabilidad creciente de la crisis.

IV. Refuerzo del papel de la Supervisión Bancaria.

Son varias las tendencias internacionales que señalan, que el órgano fiscalizador como una entidad de servicio técnico especializado, debe contar de los siguientes aspectos que hacen a su autonomía e independencia que en definitiva determinan la calidad y alcance de su labor:

- **Designación del Superintendente de Entidades Financieras:** el nombramiento de la máxima autoridad supervisora debe contemplar la participación de los poderes del Estado, y debe estar a cargo a un órgano técnico especializado. "Se ha propuesto además que la designación debe hacerse por periodos mayores a los constitucionales del Poder Ejecutivo, como forma de reducir la injerencia política de su designación y dotar al organismo fiscalizador de estabilidad y permanencia de sus labores, con independencia de los cambios de Gobierno.

- **Privilegios frente al Poder Judicial:** el superintendente asignado a las Entidades Financieras deberá estar investido de jurisdicción Nacional, razón por la cual solo podría ser enjuiciado por la Corte Suprema de Justicia por hechos que se hubieran cumplido en su gestión, lo cual los dota de un privilegio acorde con el alto grado de responsabilidad de las funciones de supervisión y control que desempeñan. Asimismo,

el marco de leyes financieras debe establecer los estándares mínimos que las entidades deben cumplir, de modo que el supervisor tenga la suficiente flexibilidad para establecer reglas prudenciales para alcanzar los objetivos deseados, así como utilizar juicios cualitativos, pero con poderes para ejecutar sanciones aplicables cuando no se cumplan con los requerimientos mínimos, así como aspectos de seguridad y protección legal para los supervisores.

- **Autonomía presupuestaria:** se debe contar dotar de recursos provenientes mayoritariamente de las contribuciones o aportes de las instituciones objeto de su funcionamiento, lo que permita obtener una función autónoma y ajustada a sus intereses, para la constitución de un organismo fiscalizador con alta capacidad técnica. Adicionalmente, si no existe tal independencia presupuestaria del Poder Ejecutivo, se corre el peligro de interferencias políticas y presiones del mencionado Poder del Estado.
- **Independencia organizativa y régimen de personal:** Se analiza que se debe otorgar la potestad de dictar su propia organización funcional, procedimientos operativos y régimen de personal. Asimismo debe contemplar objetivos y planes a largo plazo sobre la calidad y rendimiento operacional, incluyendo requerimientos claves, con el detalle de cómo serán dirigidos.
- **Modernización de los métodos de supervisión:** la modernización viene en las respectivas legislaciones y ámbitos normativos para lo cual las Superintendencias deberán tener amplias facultades reguladoras, especialmente si entre la parte técnica y la legal no existe debida complementación.

- **Independencia de otros organismos estatales:** la función de supervisión de los bancos e instituciones financieras es una labor compleja y de alta responsabilidad y si se desarrolla con la interferencia de otros entes, tal fiscalización se hace ineficiente. En relación específica con el tema de dependencia del Banco Central, se debe resaltar la problemática de incompatibilidad de objetivos que responden a lineamientos económicos y políticos en relación con las medidas a adoptar. Dependencia que en su caso puede dejar en una situación difícil al Sistema Financiero en general. En este sentido, el costo político, social y económico es muy elevado en comparación con el costo de reportes de información separados para los casos de independencia del organismo de supervisión, sin embargo, tampoco se puede dejar por sentado que debe desligarse por completo del soporte del Banco Central, pues como se analizó anteriormente en muchas ocasiones ese soporte técnico le concede amplitud de solución de las crisis financieras.

- **Autonomía de funciones:** en nuestro caso las ya mencionadas tres Superintendencias, pero, siempre tomando en cuenta que la supervisión financiera es una función dinámica que necesita responder a los cambios en el mercado. Consecuentemente, los supervisores deben estar preparados para reevaluar periódicamente sus políticas y prácticas de supervisión a la luz de nuevas tendencias y desarrollos.

Se puede indicar finalmente, que se debe tener presente dos elementos fundamentales para que éstos cumplan a cabalidad con libertad de acción y capacidad de respuesta, este último conjunto con otros factores como mecanismos legales de ejecución automática para la aplicación de sanciones a los infractores de la ley y que eviten la subjetividad o

discrecionalidad del supervisor, normar prudencialmente la coyuntura, para garantizar la correcta aplicación de la ley, planificar su organización y estructura funcional interna para alcanzar niveles de profesionalización internacional, para tomar decisiones oportunas sobre situaciones que pueden comprometer al Sistema Financiero y evitando demoras que podrían tener consecuencias negativas.

V. Dispersión normativa y conflictos de responsabilidad

Una de las apreciaciones finales a las que se pudo llegar es la dispersión normativa a la que se enfrenta el Sistema Financiero, si bien como se comentó los apartados anteriores de la tesis casi todos los ordenamientos que regulan las actividades financieras responden a los cambios que se dan en la actividad bancaria, y más allá de ser los que marcan la pauta son más bien los que la regulan, si se ha encontrado que en el caso particular costarricense la dispersión normativa en relación con la actividad bancaria puede ser bastante extensa.

La mayoría de los Sistemas presentan fraccionamientos en relación con la forma como fueran dilucidando su estructura actual, debido a que la dinámica misma del negocio financiero no le permite formalizar un ordenamiento claramente definido e inamovible, desde un principio, sin embargo, cuando se enfrentan dispersiones como las que se mantiene en el ordenamiento costarricense, se pueden hallar con problemas relacionados a la falta de coherencia que puede presentarse, producto de normas que fueron creadas en distintos momentos temporales respondiendo a diferentes causas y por ende generando una antinomia.

Y en muchos casos esta situación es un factor fundamental para que el sistema de supervisión de un país no sea considerado como el más apropiado o no pueda realizar su función de la manera más eficiente, o bien, propicia que el órgano regulador o supervisor incurra en errores o en una mala aplicación de norma en relación con su función reguladora, lo cual finalmente limita el desarrollo de la autonomía y los poderes de supervisión de los órganos encargados, la anterior situación es comúnmente encontrada de acuerdo con nuestra investigación en países en vías de desarrollo, en los cuales evaluaciones externas han demostrado resultados significativamente menos prometedores que en países desarrollados en relación con la regulación y supervisión de la actividad bancaria, y consecuentemente también se traduce en muchos de los casos, como una debilidad en la implantación de los principios de Basilea.

Por ello se debe promover que el sistema opere de una forma sólida y segura, al constatar que las entidades cuentan con la capacidad para asumir los riesgos de su actividad. La regulación y supervisión deben permitir que el mercado funcione y debe responder precisamente a las exigencias del mercado financiero, si el mercado tiende a integrarse no puede la actividad de fiscalización verse separada o aislada en órganos carentes de articulación o coordinación y para ello es necesario adaptarse.

Se considera, que no debe existir una separación absoluta entre la actividad de banca central y la de supervisión financiera, siempre tienen que existir instrumentos de coordinación y comunicación entre dichas funciones, pero sabemos que la vinculación de estas actividades no debe tampoco darse de forma vertical, porque los efectos que pueden generarse son

contraproducentes, asimismo, además de esa coordinación, la norma que sustenta esta actividad técnica debe ser más específica en relación con la responsabilidad que le atribuye al órgano que ejecuta la actividad, las potestades que le concede y los alcances que puede tener, así como prever situaciones resultado de la positivización del uso comercial como norma jurídica.

Nuevamente se retorna a lo que se mencionó en capítulos anteriores sobre los aspectos fundamentales de una supervisión saludable, la cual debe establecer y permitir: 1) objetivos precisos, 2) responsabilidades claras, esta vez aclarando que éstas son para los supervisados y para los supervisores, 3) independencia operacional y 4) recursos apropiados.

Como bien se tuvo la oportunidad de analizar en el capítulo cuarto de esta investigación, en Costa Rica se tiene una responsabilidad civil predominantemente subjetiva, y relegamos la responsabilidad civil de carácter objetivo a situaciones únicamente previstas claramente en la ley, pero se estudió adicionalmente que las tendencias más modernas del derecho civil y administrativo, así como muchos de los autores más importantes contemplan la responsabilidad civil objetiva como un tema al cual debe dársele mayor preponderancia en las relaciones del Estado y la actividad bancaria en general.

Tratamos de encontrar dentro de los objetivos de nuestra investigación una responsabilidad asignable al Estado en su función de velar por el interés público de la actividad privada, y encontramos en el análisis su obligación constitucional de velar por el adecuado desarrollo de la actividad financiera, pero no fue posible encontrar un vínculo directo que

relacione el Estado en una responsabilidad comercial o civil sea de carácter objetivo o subjetivo en relación con la actividad misma, sino que el estado será únicamente responsable en relación con la regulación de la actividad bancaria, es por ello que como se ha venido diciendo es fundamental permitir al Estado liberalizar la actividad bancaria pero no des-regularizarla, sino más bien modernizarse e implementar de la mejor manera su tutela en la actividad privada para que el desarrollo de la misma sea lo mejor posible.

Sobre la línea anterior, toma también importancia analizar que el Estado adopta su responsabilidad en la supervisión en relación a su función, a su especialidad y capacidad técnica, resulta de importancia analizar que debido a la especificidad técnica de la materia, no existe otro organismo que pueda manejar o asumir el tema de la responsabilidad de la normativa que regula la actividad bancaria, aunado además a la exclusividad y potestades que le concede la legislación por sus funciones de autorización, fiscalización, intervención y sanción de las entidades participantes en la actividad financiera.

En este punto también podría analizarse el tema al que refiere este último párrafo sobre la actividad financiera la cual como se vio en el análisis jurisprudencial resulta de interés público, pero no por ello resulta en un servicio público, así las cosas, es importante entonces analizar si esta actividad podría verse afectada por la mano interventora, regulador o supervisora de la administración sobre una actividad con una naturaleza mixta, pero que depende principalmente de la actividad a nivel privado para ser rentable y subsistir, y sin embargo, en aras de un interés público, el Estado interviene imponiendo mediante el derecho

público regulaciones que debe cumplir en razón de sostener su estabilidad y asegurar su buen funcionamiento

En todo caso, estas decisiones además de ser de carácter técnico y político deberán pasar no solo por el Poder Ejecutivo, encargado de promoverla de manera correcta buscando satisfacer el espíritu de la ley y la Constitución Política, sino por la aprobación de la Asamblea Legislativa en la cual la recomendación siempre será que se busque la mayor amplitud de la consulta técnica, pues en materias de este nivel de especialidad es muy propenso el legislador a cometer errores en razón a su desconocimiento de la materia en sí.

En otras palabras, será un proceso lento y complicado, cuya discusión debería iniciarse pronto para no volver a enfrentar el retraso que ya una vez enfrentó el Sistema Financiero Nacional y del cual surgieron reformas, pero este tipo de reformas debe ser analizado con calma y mesura para lograr que las mismas sean lo más precisas posibles, para que las mejoras no se conviertan a la postre en problemas mayores a la actividad bancaria del país.

VI. Supervisión Financiera y la implementación de Basilea. Un reto para el Supervisor.

La llegada de los bancos globales al istmo debe ser entendida como una oportunidad para superar los desafíos que evidencia el Sistema Financiero Nacional, y buscar con más afán que las operaciones resulten en mejores prácticas tanto por parte de los usuarios y participantes

del Sistema Financiero como por parte de los órganos supervisores del mismo, adaptando cada vez más y mejor prácticas internacionales que permitan al mercado costarricense funcionar de forma más estable, y ser además más competitivo a nivel regional y global.

Dentro de las recomendaciones que da el FMI para avanzar en la homogenización de la regulación y la integración del Sistema Financiero en general, figura el tema de la supervisión consolidada, el cual exige un plan de acción y coordinación a nivel regional y una estricta aplicación a nivel local. *“Las autoridades de los países conocen bien las ventajas que presenta la supervisión consolidada pero todavía no tienen capacidad para aplicarla individualmente”*, declara el FMI, y se ha estudiado documentos, noticias y reportes en los cuales el Banco de Internacional de Desarrollo (BID) está respaldando la coordinación entre los países de América Central para armonizar las regulaciones tendientes a establecer un marco común para la supervisión de grupos financieros.

La Superintendencia General de Entidades Financieras de Costa Rica está de acuerdo en la necesidad de contar con supervisión consolidada de todos los participantes que operan en los mercados financieros de la región, y de hecho dentro de la información que se ha de analizar a fin de completar este estudio se encontró entre algunos aspectos interesantes que ha venido sugiriendo la elaboración de un proyecto de ley. El proyecto ha tomado forma y actualmente se le conoce como *“Fortalecimiento de la Supervisión, Fusiones y adquisiciones en el sector financiero Financiera y del Régimen de Sanciones”*, sin embargo este proyecto todavía está en la Asamblea Legislativa, sin que se vislumbre una resolución, por lo menos en el corto plazo.

Otro desafío está en que el órgano supervisor SUGEF adopte las reglas establecidas por Basilea II, cuyo objetivo es construir una base sólida para la regulación prudente del capital, la supervisión y la disciplina de mercado, así como perfeccionar la gestión del riesgo y la estabilidad financiera de una manera adecuada para no generar un conflicto a nivel de sistema, pues como ya se analizó en capítulos anteriores es necesario adaptar esas normas de manera cuidadosa en el delicado sistema costarricense.

Todavía quedan temas gruesos que deben ser abordados, como el papel de la banca central y la banca del estado, la nueva legislación que requiere la SUGEF en términos de potestades de regulación y supervisión y responsabilidades, así como reformas al marco legal e institucional que posibiliten mejoras para hacer cumplir los contratos, y temas relacionados con las situaciones de conflicto en el cumplimiento de éstos.

En los datos del Programa de Evaluación del Sector financiero del Fondo Monetario Internacional –FMI- y el Banco Mundial y, concretamente, la implementación de los Principios básicos de Basilea, se pudo ver que el análisis apoya la noción de que la implementación –y no las normas en sí (o facultades de supervisión) – sigue siendo un problema grave.

El Banco Mundial ha creado una base de datos de amplio alcance sobre prácticas reglamentarias, basada en la encuesta internacional de reguladores bancarios, como parte de un esfuerzo que apunta a cerrar la brecha entre el asesoramiento en materia de políticas y la evidencia empírica. Los datos permiten comparar las normas reglamentarias y las prácticas de

supervisión de los países y regiones. Por ejemplo, una de las características más notorias es que al parecer no hay ninguna diferencia entre el indicador global de los poderes oficiales de supervisión de los países desarrollados y el de los países en desarrollo.

Si bien las respuestas de la encuesta apuntan a que los poderes oficiales de los reguladores bancarios de los países en desarrollo son similares a los de sus homólogos en los países desarrollados, la evaluación del FMI y el Banco Mundial presenta un panorama distinto. Estas evaluaciones externas del cumplimiento con los Principios básicos de Basilea demuestran que en los países en desarrollo la autonomía y los poderes de supervisión son significativamente peores que en los países desarrollados, lo cual a la postre puede generar una inestabilidad financiera en un país en desarrollo que ya de por sí depende de las fragilidades de los mercados globales.

Ante una mayor concentración del negocio financiero, es de esperar mejoras significativas en las prácticas de la administración de riesgos, para todo el sistema y por tanto mayores espacios para una mejor regulación por parte de la SUGEF, es finalmente uno de los requerimientos implícitos que le arroja la ley al órgano regulador, en aras de la potestad que le ha concedido de previo en razón de su especialidad en la materia.

Al mismo tiempo, es de prever la incorporación al mercado de prácticas de gobierno corporativo, capitalización y constitución de reservas conforme a los estándares internacionales, superiores en exigencia a los requerimientos de la regulación Nacional, lo

anterior debido al fenómeno que enfrenamos de estandarización y adquisiciones por parte de grandes del mercado financiero que entran en juego dentro de nuestra economía y para lo cual es necesario estar preparados con la mejor implementación de supervisión y regulación posibles, pues eso genera confianza en el inversionista, en las entidades y en la economía Nacional como un todo, pero esto plantea también un reto mayor para el ente supervisor y para el ente regulador, porque debe responder a la velocidad de crecimiento del mercado financiero garantizando estándares de calidad tanto en la función pública como en la función privada de la actividad bancaria.

En los últimos años es evidente que el legislador ha procurado fortalecer el esquema de supervisión del Sistema Financiero, la SUGEF inició en agosto del 2001 el Proyecto de Fortalecimiento de la Regulación y Supervisión Consolidada, con el cual se pretende implantar un Esquema de Supervisión de Grupos Financieros, con fundamento en las prácticas internacionales sobre la materia.

El proyecto incluye el mejoramiento de los sistemas informáticos que dan apoyo a las labores de supervisión, el perfeccionamiento de los servicios de comunicación remota que actualmente utilizan los funcionarios de la SUGEF y las entidades supervisadas mediante servidores de acceso remoto, así como la implementación del acceso mediante la red Internet, por lo que analizando estas características no se puede concluir que no se está haciendo nada por mejorar, por el contrario, es evidente el esfuerzo que se realiza por parte del órgano supervisor por mejorar e implementar las mejoras necesarias a la regulación.

Implica también este proyecto, la construcción del Sistema de Captura, Verificación y Carga de Datos de la SUGEF –SICVECA-, el cual sustituirá a los actuales sistemas Ingresados de Datos y sistema de Recepción, Verificación y Carga de Datos –SIREVECA-.

Este sistema permitirá a las entidades financieras generar, validar y enviar los datos que deben enviar según lo establece el Manual de Información para el Sistema Financiero, incluyendo los datos que requiera el modelo de supervisión consolidada. En la SUGEF, el sistema permitirá cargar la base de datos y generar las variables e indicadores que requieran los distintos modelos de supervisión, otro esfuerzo evidente del Supervisor por buscar alcanzar la mejor y más eficiente manera de brindar su servicio, sin embargo, la pregunta que no se pudo responder en este punto, fue si estas medidas son suficientes para alcanzar la velocidad con la que el sistema se moviliza.

Los grupos financieros reúnen una amplia diversidad funcional, y desde el punto de vista de supervisión, generan una mayor vulnerabilidad a la transmisión de riesgos de una entidad a otra con las consecuentes implicaciones de carácter sistémico, a raíz de esto no solo se implementa la normativa prudencial, la cual se ha analizado que ha demostrado ser una herramienta de una adaptabilidad muy productiva para el sistema de Supervisión.

La preocupación por la estabilidad y solvencia del Sistema Financiero trasciende las fronteras de un país, tanto por la magnitud de las operaciones transfronterizas, raciones off-

shore, como por la importancia de los flujos financieros internacionales. Es por esto que la necesidad de fortalecer los sistemas financieros ha despertado un interés mundial creciente.

Para cumplir con ese propósito el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria ha estado trabajando en esta área durante muchos años, en forma directa o por medio de sus contactos con los supervisores bancarios, con el propósito de mejorar la supervisión prudencial en todos los países y lograr acuerdos orientados a favorecer una mayor supervisión prudencial y una creciente armonización de las disposiciones Nacionales en todos los países integrados al mercado financiero internacional.

Sin embargo, este proceso no es fácil, ni tampoco responde a una regulación que resulta predecible, los niveles de tecnicismo que debe el ente Supervisor manejar y regular, la constante modificación y crecimiento de la actividad bancaria, exigen una constante revisión de los proceso de Supervisión, una constante revisión de la normativa misma y esto eventualmente se traduce en un gasto representativo para el órgano supervisor y regulador, razón por la que se ha dilucidado que en muchos casos las estructuras Nacionales responden también a una realidad económica, la cual debe empezar a modificarse, y debe empezar a tener una visión diferente en relación con el nivel de actividad y magnitud de la actividad que está regulando.

A manera de corolario de esta investigación se debe acotar que el estudio muestra que la relación entre el ente supervisor, el ente regulador y los usuarios del sistema es más intrínseca y dependiente de lo que usualmente se dilucida, es una relación que envuelve aspectos regulados

y aspectos que todavía deben regularse, como ya se vio la doctrina y la actividad misma es cambiante y evoluciona día con día.

Conclusiones:

Como se demostró en los capítulos que preceden, el presente trabajo final de graduación cumplió con la hipótesis planteada, dado que logró dilucidar de manera clara el panorama de Supervisión financiera costarricense desde sus antecedentes remotos hasta la actualidad, y en el proceso se logró evidenciar como nuestro país se adapta a los estándares internacionales de supervisión financiera, en el caso específico de nuestra investigación que fue la adaptación de los principios generales de Basilea, y la configuración en normas de supervisión financiera de aplicación nacional dictadas por las entidades correspondientes.

Finalmente se cumplió con los objetivos específicos planteados para la investigación del presente trabajo, ya que mediante el análisis del origen, las fuentes y el proceso de implementación de la normativa que regula, fiscaliza y supervisa la actividad financiera en nuestro país, además del grado de implementación de los Principios Generales de Supervisión Financiera del Comité de Basilea y el tipo de responsabilidad del ente encargado de intervenir en este proceso, finalmente se realizó conclusiones generales y recomendaciones que tienden a esclarecer el nivel actual de regulación y supervisión bancaria en Costa Rica, de los cuales se dependen las apreciaciones finales por objetivo específico como sigue:

- Contribuir al esclarecimiento del concepto de Derecho bancario dentro de la doctrina nacional e internacional, su objeto de regulación y los elementos que componen esta rama del derecho.

En el desarrollo del capítulo uno por medio de una análisis de la bibliografía fue posible armar un esquema básico de la doctrina del derecho bancario en Costa Rica, y de forma general entender el desarrollo de la actividad bancaria a nivel internacional, a partir de datos históricos de la constitución de la actividad bancaria, y fue posible dilucidar el concepto básico de “Derecho bancario” sobre el cual se basó el análisis de la investigación, por ser éste el objeto de regulación o de supervisión del sistema financiero nacional. A partir de esta premisa se pudo definir que la actividad bancaria es: *un conjunto de normas mixtas: unas de derecho público y otras de derecho privado: las primeras intervienen para regular la creación de los entes bancarios, su desenvolvimiento dentro del sistema financiero nacional y para controlar el funcionamiento y prevenir acciones que puedan perturbar la economía del país y las necesarias para reprimir los actos delictivos que ocurran como derivación de la actividad bancaria. Son en cambio, normas privadas, las reguladoras de las relaciones patrimoniales de las empresas bancarias entre ellas mismas y con sus clientes. La actividad bancaria es en consecuencia, uno de los instrumentos esenciales para el desarrollo económico del país, precisamente porque sus funciones comprende las de administrar y distribuir los ahorros de la comunidad, a la vez que crea la riqueza y satisface necesidades generales.*”

Cabe señalar que al no existir una rama autónoma del derecho bancario en nuestro país, que permita solucionar los problemas jurídicos sin necesidad de acudir en la mayoría de los casos, a otras ramas del derecho, tampoco existe una doctrina o jurisprudencia uniforme que le permita adquirir a esta rama, la autonomía necesaria para generar materia procesal específica en la materia, incluyendo la especialidad del ente juzgador.

Se comprendió que le corresponde al Estado autorizar (sea por ley o por acto constitutivo), fiscalizar, controlar y ejercer en su caso la actividad bancaria debido a una obligación constitucional que le brinda esa potestad. Asimismo se le asigna la satisfacción de esas necesidades e intereses generales, por tener la actividad una connotación de interés público, que requiere del control de la autoridad estatal a pesar de ser una actividad privada primordialmente.

Se logró analizar también sobre este objetivo la importancia que en esta rama toma la información, ya que por su carácter primordialmente técnico, producto de un extenso desarrollo normativo, que continuamente se compensa y se actualiza con la actividad internacional, y es por ello que logramos vincular la actividad con el derecho internacional siendo éste de vital importancia para el desarrollo de los Estados, y las actividades comerciales, y en el caso específico analizado, resulta de vital importancia para mantener estándares competitivos, seguros y eficientes dentro de la actividad bancaria.

- Enumerar las fuentes del derecho bancario y analizar la implementación de esta normativa que regula, fiscaliza y supervisa la actividad financiera costarricense, así como los alcances y límites de los entes que intervienen realizando esta función.

Se logró dilucidar de forma breve y concisa, el origen, la evolución y la clasificación actual de las fuentes del derecho bancario costarricense. Se determinó en el análisis que son normas que tiene una particular especialidad técnica, que requieren en el desarrollo de sus

objetivos que quien las está aplicando sea capaz técnicamente de comprender y aprovechar todo el espectro de regulación que le brinda la norma.

Fue posible identificar sin embargo, problemáticas como la dispersión normativa que enfrenta el ordenamiento, en relación con lo que se menciona inicialmente de la imposibilidad de reconocer una rama separada del derecho bancario, se encuentra también que no es posible identificar normas separadas en un compendio que le permitan al ente regulador ser claro en sus facultades supervisoras.

A pesar de lo anterior no todo el panorama es gris, pues se logró encontrar que a nivel regional el avance de nuestro país en aspectos de supervisión es realmente competitivo y que desde las autoridades encargadas, esfuerzos específicos para mejorarlos se realizan a diario, Costa Rica busca la adaptación de sus mejores esfuerzos en materias de supervisión y en la implementación de los Principios de Basilea, cuenta desde antes con estructuras de supervisión correctamente pensadas, las cuales tienen independencia del Poder Judicial, y del Banco Central, sin dejar de lado el soporte estratégico que ambos sectores del Estado pueden brindarle en su correcto desarrollo. Cuenta con autonomías presupuestarias para sus órganos de vigilancia, sin embargo, esta concepción debe ser mejorada, se busca continuamente el mejoramiento tecnológico y la eficiencia informática en el manejo de la información de las entidades supervisadas y continuamente el esfuerzo realizado para mejorar la estructura de información, crea cada vez más una completa plataforma de información.

Comprendimos en el análisis de este objetivo, desde el punto de vista internacional la imposibilidad de garantizar que las normas propuestas a nivel internacional en razón de la regulación de la actividad, tienen un déficit coercitivo frente a su aplicación, pues no existe ninguna autoridad política superior que puede garantizar la aplicación obligatoria de la normativa general creada. Sin embargo, vemos también la influencia que tiene el uso comercial y el mercado mismo en relación con entes de poder, entiéndanse las grandes empresas actoras del mercado, frente a los mismos Estados y economías tanto regionales como de país y es entonces donde vemos que podemos tener variación en la tonalidad de las recomendaciones realizadas por organismos internacionales, aún cuando éstas sean en calidad de sugerencia o consultivas, pues en economías como la costarricense, el balance en relación con la actividad económica es sumamente frágil.

Sobre la línea anterior se analizó dentro del desarrollo de la tesis, diferentes cambios en aspectos de la actividad bancaria y económica que a lo largo de la historia se han propuesto y su implementación por parte de las autoridades costarricenses, algunos de sus efectos principales, y se analizó también una posible proyección de lo propuesto en el panorama mundial para la actividad bancaria y la reacción de Costa Rica en relación con la implementación de estas propuestas. Se pudo definir en este punto entonces que la Liberalización del Mercado de la actividad bancaria debe darse, pero que esta liberalización no debe ser irrestricta, sino que, corresponde en el marco correcto de regulación por parte del Estado, quien responde a su mandato constitucional, y el cual debe procurar el mejoramiento y la implementación continuo de mejores y más efectivas normas de Supervisión. Es el Estado al que le corresponde llevar la batuta de esa modernización, así se lo exige la ley y su función de Estado, y debe luchar por conservar la soberanía compartida que le permite la actividad

bancaria y el derecho internacional en el desarrollo correcto de la actividad bancaria, pues eso a la larga será la mejor de sus garantías para un futuro económico estable, atractivo, y eficiente.

Se logra entender que el Estado debe buscar en su accionar la mejor y más eficiente manera de brindar la supervisión bancaria que se le ha asignado como tarea primordial, pero que ello debe ser vinculado a otros factores que tienen participación dentro del dinamismo del derecho bancario y de la actividad bancaria.

- Comprender los antecedentes de la regulación financiera en nuestro país, para determinar el proceso que ha encaminado hasta el estado actual de las instituciones generadoras de normativa y encargadas de la supervisión.

En el análisis y comentario de este objetivo se logró comprender los alcances de las exigencias mínimas que debe presentar un sistema de supervisión saludable de acuerdo con los estándares internacionales, se pudo enumerar en una lista, aspectos medulares que deben ser analizados, se logró definir que es necesario contar con exigencias para la entrada bancaria, reflejadas en el establecimiento de requisitos sobre el capital mínimo para la constitución de nuevas entidades, así como sobre la idoneidad de los accionistas principales, directores y la gestión principal.

En este sentido, la autoridad que otorga las licencias debe tener el derecho de establecer una serie de criterios y de rechazar solicitudes que no cumplan con los estándares establecidos. Adicionalmente, los supervisores bancarios deben tener la autoridad para revisar y rechazar

cualquier propuesta de transferencia de participaciones accionarias, debe también establecer los requerimientos y límites para prevenir posibles problemas originados por los préstamos vinculados (relacionados), de manera de controlar y de reducir los riesgos que conllevan.

Una parte fundamental del sistema de supervisión debe ser la evaluación independiente de los procedimientos y políticas de las entidades financieras relacionadas con la operación financiera. Debe también contar con transparencia de la información, mediante la publicación periódica de los estados financieros y mediante la utilización de indicadores financieros. La recolección, revisión y análisis de informes de manera independiente, ya sea por medio de trabajo de gabinete, inspecciones o auditores externos y adicionalmente prácticas de una supervisión global, para aplicar adecuadamente las normas prudenciales a todos los rubros de los negocios realizados por las entidades financieras, incluyendo sus sucursales y subsidiarias en el extranjero. Y finalmente debe establecer los controles internos adecuados como arreglo para la delegación de responsabilidades y su autorregulación.

Sin embargo también se pudo determinar al concluir este capítulo que aún algunas de las funciones del Estado se encuentran entrabadas en relación a la falta de tecnicismo que se le brinda a los entes supervisores, a la designación de los jefes de los entes supervisores y surge entonces como punto que resaltar de este trabajo de investigación la necesidad de proveer al Ente Supervisor y en especial al proceso de nombramiento de su jefe de una especialidad técnica en relación a las capacidades que ostenta quien ocupa la silla del superintendente, pues finalmente, si estamos proponiendo sistemas de responsabilidad entre los actores del Estado, debe entonces el Estado garantizarse que sus funcionarios tienen la acuciosidad técnica suficiente para evadir en la mayor parte de los casos yerros en relaciona a su función, a su proceder o a la manera de interpretar la normativa aplicable a cada caso concreto.-

Es por ello que a pesar de considerar que el Supervisor debe tener autonomía relativa de otros órganos como bien se expone en el capítulo final de esta tesis, se considera que esta autonomía debe tolerar o recibir ayuda técnica por parte de entidades especializadas como por ejemplo el Banco Central a la hora de nombrar al superintendente porque dejar esta decisión a la fuerza de la política resulta en un riesgo que pocos estamos y en especial el mismo Estado estamos dispuestos a correr o a cubrir.

- Contribuir a esclarecer mediante un análisis jurídico de la función de los entes de regulación y supervisión financiera, en el proceso de implementación de los Principios Generales de Supervisión Financiera de Basilea II.

De manera concisa se logró esclarecer las funciones básicas del ente regulador de acuerdo con Basilea, y en relación con lo que se analizó de la realidad nacional costarricense, el ente regulador debe estar dotado de las atribuciones legales necesarias para desarrollar con éxito su labor de fiscalización, acceso irrestricto a toda la documentación de los bancos, regulación de su contabilidad y cautela de la solvencia mediante el establecimiento de criterios para la evaluación de la cartera de créditos. En Costa Rica este criterio a grandes rasgos se ve cumplido, pero la preocupación generalizada es si podrá el ente regulador con su conformación actual cumplir con este criterio, y no se busca un enfoque acá a un impedimento por parte de la entidad financiera, sino, a un impedimento técnico del órgano regulador, ya sea por razones técnicas o presupuestarias que no le permitan dar la regulación adecuada.

El órgano regulador debe contar con un conjunto de reglamentos y normas para las instituciones supervisadas y poderes para asegurar el cumplimiento de las normas, así como los relacionados con la solidez, seguridad, y protección legal de los supervisores. Es por ello que dentro de nuestra apreciación final se considera recalcar la importancia suprema de fortalecer temas como la transparencia en la información, el fortalecimiento del Banco Central y del CONASSIF no solo en potestades técnicas y jurídicas sino también presupuestarias, el empoderamiento de la SUGEF, con potestades más específicas y eficientes para la regulación bancaria y sin dejar de lado la continua mejora de la normativa prudencial, su ampliación y su coordinación para evitar la dispersión normativa y las antinomias jurídicas en materias tan técnicas como la que ocupa en este análisis.

Debe tener el poder para evitar afiliaciones o estructuras que impidan la supervisión efectiva de las entidades financieras, contar con un régimen de sanciones bien tipificado y de aplicación expedita, que evite discrecionalidades excesivas del supervisor o interferencias externas, el otorgamiento de recursos debe ser realizado de forma que no limite la autonomía e independencia a los organismos de supervisión.

Y finalmente para realizar el trabajo de supervisión de manera efectiva, los supervisores deben tener independencia operacional y política, los medios y poderes para obtener información desde el interior o exterior de la entidad financiera y la autoridad para ejecutar sus decisiones sin estar supeditados a barreras presupuestarias, políticas o técnicas. Es por ello que a manera de recomendación final y como parte del análisis que se realizó en nuestra tesis se decidió proponer cinco aspectos básicos sobre los cuales las autoridades costarricenses deben

continuar trabajando o mejorar su implementación para lograr el mejor desarrollo de la supervisión del sistema financiero nacional:

- La transparencia de información
- El mejoramiento del Banco Central y su función técnica primordial
- El empoderamiento de la SUGEF
- La continua mejora del sistema prudencial de normas
- La liberalización del mercado financiero, pero aunando a la correcta supervisión e implementación adecuada de capacidades del Supervisor
- Establecer, con base en los resultados obtenidos en el proceso de investigación, las conclusiones y recomendaciones que tiendan a esclarecer las acciones a tomar por parte del Estado en cumplimiento de su responsabilidad frente a los entes de supervisión y regulación del sistema financiero costarricense.

Se cumplió con este objetivo al esclarecer aspectos básicos sobre los cuales debe el Estado dentro de su función responsable como procurador del correcto funcionamiento de la actividad financiera, ocuparse de mejorar, implementar o modificar, en el sentido de que sea cada vez más eficiente su función asignada y la función de sus entes técnicos supervisores, dentro de los aspectos fundamentales que se puede mencionar de manera resumida se encuentran los siguientes:

- **Designación del Superintendente de Entidades Financieras:** el nombramiento de la máxima autoridad supervisora debe contemplarse una capacidad técnica de importancia, en relación que esta decisión debe ser orientada y primordialmente motivada por criterios

técnicos, la participación del Estado, a través del Poder Ejecutivo en la designación del Superintendente es un tema de amplia discusión y que representa un debate abierto entre los pro y contras que puede representar su injerencia política en relación a esta designación, analizamos también que como una posible respuesta de un contrapeso a esa injerencia del Poder Ejecutivo se propone al Poder Legislativo como quien sugerirá a las figuras que podrían fungir como Superintendentes, pero desde este punto de vista siempre encontramos el problema de la falta de acuciosidad técnica que aun ambos poderes del Estado en conjunto pueden experimentar. Y se ha propuesto que la designación debe hacerse por periodos mayores a los constitucionales del Poder Ejecutivo, como forma de reducir la injerencia política de su designación y dotar al organismo fiscalizador de estabilidad y permanencia de sus labores, con independencia de los cambios de Gobierno, adicionalmente debe proponerse también que esta designación debe esta aunada al menos de una consulta técnica a algún ente especializado, en nuestro caso y de primera mano el Banco Central, la cual no debe ser vinculante, pero debe tener el suficiente peso en relación a una resolución razonada de cuál o cuáles son los mejores candidatos para ocupar el cargo de Jerarca Supervisor de la Superintendencia.

- **Privilegios frente al Poder Judicial:** el superintendente asignado a las Entidades Financieras deberá estar investido de jurisdicción nacional, razón por la cual solo podría ser enjuiciado por la Corte Suprema de Justicia por hechos que se hubieran cumplido en su gestión, lo cual los dota de un privilegio acorde con el alto grado de responsabilidad de las funciones de supervisión y control que desempeñan. Asimismo, el marco de leyes financieras debe establecer los estándares mínimos que las entidades deben cumplir, de modo que el supervisor tenga la suficiente flexibilidad para establecer reglas prudenciales para alcanzar los objetivos deseados, así como utilizar juicios cualitativos, pero con

poderes para ejecutar sanciones aplicables cuando no se cumplan con los requerimientos mínimos, así como aspectos de seguridad y protección legal para los supervisores.

- **Autonomía presupuestaria:** se debe dotar de recursos provenientes mayoritariamente de las contribuciones o aportes de las instituciones objeto de su funcionamiento, lo que permita obtener una función autónoma y ajustada a sus intereses, para la constitución de un organismo fiscalizador con alta capacidad técnica. Adicionalmente, si no existe tal independencia presupuestaria del Poder Ejecutivo, se corre el peligro de interferencias políticas y presiones del mencionado Poder del Estado.
- **Independencia organizativa y régimen de personal:** Se analiza que se debe otorgar la potestad de dictar su propia organización funcional, procedimientos operativos y régimen de personal. Asimismo debe contemplar objetivos y planes a largo plazo sobre la calidad y rendimiento operacional, incluyendo requerimientos claves, con el detalle de cómo será dirigidos.
- **Modernización de los métodos de supervisión:** la modernización viene en las respectivas legislaciones y ámbitos normativos para lo cual las Superintendencias deberán tener amplias facultades reguladores, especialmente si entre la parte técnica y la legal no existe debida complementación.
- **Independencia de otros organismos estatales:** la función de supervisión de los bancos e instituciones financieras es una labor compleja y de alta responsabilidad y si se desarrolla con la interferencia de otros entes, tal fiscalización se hace ineficiente. En relación específica con el tema de dependencia del Banco Central, se debe resaltar la problemática de incompatibilidad de objetivos que responden a lineamientos económicos y políticos en relación con las medidas a adoptar. Dependencia que en su caso puede dejar en una

situación difícil al sistema financiero en general. En este sentido, el costo político, social y económico es muy elevado en comparación con el costo de reportes de información separados para los casos de independencia del organismo de supervisión, sin embargo, tampoco se puede dejar por sentado que debe desligarse por completo del soporte del Banco Central, pues como se analizó anteriormente en muchas ocasiones ese soporte técnico le concede amplitud de solución de las crisis financieras.

- **Autonomía de funciones:** en nuestro caso las ya mencionadas tres superintendencias, pero, siempre tomando en cuenta que la supervisión financiera es una función dinámica que necesita responder a los cambios en el mercado. Consecuentemente, los supervisores deben estar preparados para reevaluar periódicamente sus políticas y prácticas de supervisión a la luz de nuevas tendencias y desarrollos.

- Concluir señalando las razones de las deficiencias en la implementación de sus funciones, las posibles lagunas del derecho en cuanto a la creación normativa y la los alcances de la entidades supervisoras del sistema financiero nacional.

No cabe duda que el sistema financiero nacional ha experimentado un cambio significativo en los últimos tiempos, que temas como la dinámica del mercado, las crisis económicas mundiales, y la regionalización de zonas a nivel de entidades bancarias, son factores de importancia en la concepción que se debe tener de la actividad financiera moderna.

La entrada de los gigantes de la banca a la región, en un proceso paulatino por el cual han ido adquiriendo cada vez más poder en el negocio de la banca y la inmadurez de un sistema financiero demasiado cauteloso y hasta hace muy poco controlado únicamente por el Estado, sin la posibilidad de permitir la competencia privada, son factores que devinieron en pequeños baches que vemos a través de la historia del negocio bancario costarricense.

El Estado en el desarrollo de su función y como principal garante del interés público, debe vigilar el correcto desarrollo de la actividad bancaria, se vio en el análisis que la misma a pesar de ser una actividad de carácter primordialmente privado, se encuentra revestida de un interés público, el cual es y debe ser objetivo fundamental del Estado para un desarrollo saludable del sistema de Supervisión.

El órgano de supervisión debe ser fundamental en este aspecto y debe ser el que principalmente reciba la atención de mejoras por parte del Estado, no permitirle su mejoramiento significa un desfase en relación con otras economías, con supervisores mucho más eficientes. Permitir que nuestro supervisor se desfase en su mejoramiento, no solo acarrea una inseguridad en la supervisión del sistema, sino que también eventualmente acarrea conflicto de implementación con los Principios de Basilea.

El carácter “criollo” del sistema financiero nacional, del cual se comentó en capítulos iniciales, debe ser una base para permitir adaptar los principios de Basilea de la mejor manera, utilizando estos principios como se mencionó también como una especie de “menú de

sugerencias”, de la cual cada una de las economías regionales, pueda adaptar las recomendaciones a su propia receta, de acuerdo con las posibilidades y condiciones.

No se debe entender que las normas o sugerencias internacionales son o serán la cura para cada una de las deficiencias de un sistema nacional financiero, sino que serán las pautas ideales para de manera propia ir mejorando nuestro sistema de supervisión, los Principios de Supervisión Bancaria de Basilea ha demostrado que no son la respuesta a perfecta a la crisis financiera, y probablemente no lo sean muchos de los métodos propuestos a través de la historia, porque cada uno de esos métodos responde a una serie de factores sociales, de implementación, de riesgos, de estabilidad económica de país, y hasta factores sociales.

Tres son los problemas principales que se le atribuyen a Basilea en relación a su ineficiencia en la Supervisión Financiera aun implementado en su totalidad:

- Atribuye demasiado confianza a las agencias calificadoras de Riesgo, lo cual no permite en caso de un error de estas, referirse a una responsabilidad posible por las consecuencias ocasionadas, debido a una responsabilidad limitada en relación a las mediciones que es esta agencia realizan de las operación bancarias.
- Los niveles de capital de riesgo que se le exige a las entidades mantener en su patrimonio son excesivamente bajos en relación a los niveles de riesgo que afrontan en el negocio bancario, y es por esto que ante un error o fallo en alguno de los mercados, todos los demás empiezan a contraer el mismo “efecto toxico”

- Finalmente y probablemente el más importante es que no existen estudios que demuestren empíricamente la benevolencia de la aplicación de los Principios de Basilea, sin embargo si se puede probar al menos por métodos teóricos que las implementación de Basilea están pensadas para momentos de auge crediticio y que en momentos de crisis económica pueden funcionar de forma contrario, siendo más bien un elemento negativo que puede desacelerar la capacidad de una economía para adaptar sus mercados y buscar salir de la crisis de manera eficiente.

La modernización de los métodos de supervisión, la barrera presupuestaria y política frente a las grandes corporaciones bancarias, y los rezagos experimentados en el pasado en materia de regulación financiera, así como instituciones que han buscando implementar soluciones no acordes a una realidad nacional, deben ser las principales preocupaciones en el mejoramiento de las potestades y capacidades del ente supervisor, pues es a partir de esas mejoras es que nuestro país se garantiza una estabilidad económica, pero más allá de eso, un evidente atractivo internacional frente a otras económicas de inversión, aspecto de fundamental relevancia de países en vías de desarrollo, en especial en Latinoamérica.

Bibliografía.

Libros:

1. JIMENEZ SADOVAL (Humberto). Informe de la Comisión de Evacuación del sistema bancario Nacional. Anexos de la Subcomisión política, San José Editorial EUNED, 1 edición. 1930. 160 p.
2. ARAYA POCHE, (Carlos). “Historia económica de Costa Rica: 1950-1970”. San José, Editorial Fernandez Arce, 1 edición. 1975. 196 p.
3. BOBBIO, (Norberto). “Teoría general del Derecho (1958 y 1960)”. Traducción castellana de Eduardo Rozo Acuña, 2 ed. España. 1991
4. BONEO VILLEGAS, (Eduardo); Barreira Delfino, (Eduardo). “Contratos bancarios modernos: banca moderna, leasing, factoring, underwriting”. Buenos Aires Abeledo Perrot 1. edición. Argentina. 1994. 424 p.
5. BONFANTI, (Mario). “Contratos Bancarios”, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1 edición. 1993
6. BONFANTI, (Mario Alberto). “Contratos bancarios: responsabilidad de la entidad financiera, secreto bancario, descuento bancario, leasing, factoring, underwriting”. Buenos Aires, Abeledo Perrot 1 edición. 1993
7. COTTELY, (Esteban). “Derecho bancario, conceptos generales he historia”, 1 ed. Argentina. 1956.
8. ECHEVERRÍA JIMÉNEZ, (Luis). “Historia del Banco Nacional de Costa Rica 1914-1964”, San José, Imp. Tormo 1 edición. Costa Rica. 1963.

9. FACIO BRENES, (Rodrigo). "La moneda y la banca Central en Costa Rica", Fondo de Cultura Económica 1 edición. 1947
10. FONROUGE, (Giuliani). "Derecho financiero". Editorial Depalma 2da edición. Vol I. Argentina.
11. GARCÍA DE ETERRÍA, (Eduardo) - RAMÓN FERNANDEZ, (Tomás). "Curso de Derecho Administrativo I", Editorial Civitas 1 edición. España. 1981. 848 p.
12. GIL PACHECO, (Rufino). "105 años de vida bancaria en Costa Rica", 4 ed. Costa Rica.
13. GÓMEZ, (Carmen Lila). Apuntes sobre la historia bancaria y monetaria de Costa Rica en "Las Instituciones Costarricenses del Siglo XIX", Editorial Costa Rica 1 edición. 1985. 320 p.
14. GORDILLO, (Agustín). "Tratado de Derecho Administrativo". Editorial Dike. 5 Edición. Medellín, 1998.
15. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "Derecho Constitucional", San José, Editorial Juriscentro 2 ed. Costa Rica, 1978. Vol 2, 1193p.
16. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes". San José, Editorial Juriscentro 1 ed. Costa Rica. 1990
17. HERNÁNDEZ, (Carlos). "Banca Central", Editorial UNED 1 ed. Costa Rica. 2000
18. IGLESIAS MADRID, (Juan). "Derecho Romano". 2 da. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España. 2001
19. JIMÉNEZ SANDOVAL, (Humberto). "Derecho bancario", 1ed Costa Rica. 1986

20. KELSEN, (Hans). "Principios de derecho internacional público", 1 ed. Argentina. 1965.
21. KELSEN, (Hans). "Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho". 2 ed. Universitaria de Buenos Aires, Argentina. 1987
22. KELSEN, (Hans). "Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario", 3 ed. Perú. 1996
23. MESSINEO, (Francesco). "Manual de derecho civil y comercial", Tomo VI, Argentina. 1954.
24. MORA ROJAS, (Fernando). "Introducción al Estudio del Derecho Comercial (Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense)", 1 Ed. Costa Rica. 1982.
25. NIETO, (Alejandro) (1981). "Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo". 1 ed. Costa Rica.
26. OCONITRILLO GARCÍA, (Eduardo). "Alfredo González Flores: estadista incomprendido, Historia de Costa Rica", Editorial UCR, 1 ed. Costa Rica. 1990
27. ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Expropiación y responsabilidad públicas". Litografía e Imprenta Lil, 1edición. Costa Rica. 1996, 309 p.
28. PÉREZ DE ARMIÑÁN, G. "Legislación Bancaria Española", Edición Madrid banco de España, España. 1983.
29. RODRÍGUEZ AZUERO, (Sergio) (2002). "Contratos Bancarios, su significado en América Latina", 5 ed. Colombia.

30. ROUBINI, (Nouriel) (2008). “Ten Fundamental Issues in Reforming Financial Regulation and Supervision in a World of Financial Innovation and Globalization”. RGE Monitor. March 31st, USA.
31. SCHMITT, (Carl). “La Defensa de la Constitución”. Madrid Editorial Tecnos, 2ª ed., 1983. 251p.
32. SMITH, (Adam). “La riqueza de las naciones”, UACA 5 ed, Costa Rica. 1986.
33. VILLEGAS BASAVILBASO, (Benjamín). “Derecho Administrativo”. Editorial Argentina, 1956. 662p.
34. VILLEGAS, (Carlos G) (1978). “Régimen Legal de Bancos”, Buenos Aires. Editorial DePalma Tomo II, Argentina. 483p.
35. VILLEGAS, (Carlos G). “Régimen Legal de los Bancos. Actualizaciones”. 2 ed. Argentina. Buenos Aires. Editorial DePalma Tomo II, Argentina. 483p.

Enciclopedia y diccionarios:

1. ESCRICHE, (Joaquín) (1931). Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia- Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 2 ed, España
2. MORO, (Tomás) (2001). Diccionario jurídico Espasa, Grupo Editorial Espasa, Madrid-España.
3. OSORIO, (Manuel) (2004), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Grupo Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina.

4. SUÁREZ, (Andrés). Diccionario de economía y administración. McGraw-Hill. España. 1992.

Congresos, Seminarios, Simposios, Talleres:

1. Lizano, Eduardo (1992). Seminario: Las recientes reformas económicas y financieras en Costa Rica. La supervisión prudencial y la reforma del sector financiero, proyecto sobre servicios financieros, Academia de Centroamérica.
2. Mora Rojas, Fernando. "Actividad bancaria: ¿servicio público o empresa?". VII Encuentro Latinoamericano de Bancos, Montevideo. Institia. No 236-237, Uruguay.

Leyes y reglamentos:

1. Decreto-ley de Nacionalización Bancaria N° 71 del 21 de junio de 1948. artículos 1 y 2
2. Expediente No.11639. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, del 27 de abril del 1994.

Jurisprudencia Nacional y Pronunciamientos:

1. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamiento No. C222 del 08 de agosto del 2001.

2. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamiento No. No. C248-2004, del 27 de Agosto del 2004.
3. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamiento No. C 320-2005 del 6 de setiembre del 2005.
4. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No.5924 de las 15:36 horas del 03 de julio del 2001.
5. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 2232 de las 18:30 horas del 4 de noviembre de 1991.
6. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No 83 de las 16:25 horas del 8 de noviembre
7. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 660 de 1992 de las 15:00 horas del 10 de marzo de 1992.

Revistas:

1. STERLOFF CHARALAMPIDU, (Yanni) - CORRALES VEGA, (Rudy) (1995). Precios De Transferencia En La Regulación de los Grupos Financieros En Costa Rica. Costa Rica. Edición: XXVI. Año: 2006. p: 35-59. Número: 85. Revista Judicial. 2006.
2. Rojas Franco, Enrique (Año 15). “Responsabilidad Institucional del Banco Central de Costa Rica por la Supervisión del Sistema Financiero Nacional”. Revista Ivstitia N° 173-174 mayo - junio 2001, Costa Rica.
3. Mora Rojas, Fernando. “El sistema del Derecho Comercial costarricense”, Revista Judicial, No. 21, Costa Rica, p.31. 1981.

4. Certad Maroto, Gastón (1983), “La Noción Jurídica de Empresa en el sistema de la Vigente Codificación Mercantil”, Revista Judicial No. 26, Costa Rica, p.44.
5. Benevidez, Glays. (1967). “Historia de los Bancos”, Revista. Nuestro Banco No.12, San José, Costa Rica.
6. Bernanke (2007). “Financial Regulation and the Invisible Hand”. Speech given at the N.Y. University Law School, New York. April 11th, 2007, USA.
7. Bruno, Eugenio Andrea (Año 15). “Aspectos legales de la globalización del mercado de capitales” Revista IVSTITIA No 175-176, Costa Rica.
8. Ceciliano López, Luis Diego (2006). Revista Rhombus ISSN 1659-1623 Vol. 3, N° 7. Setiembre - Diciembre. Costa Rica. p.4.
9. Cordero Pérez, Carlos (2007). “banca digital crece pero fraude reta”, Periódico El financiero, No.631, p.4.
10. Coto, Walter (1987). “Fortalecimiento de la banca privada: avances financiero para el retroceso político?”, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59. Costa Rica, p. 20.
11. El Comité de Calificación de Fitch Ratings (2007). “Bancos Costarricenses: Resultados y Perspectivas Anuales”. Ed. Marzo, Costa Rica.
12. El Comité de Calificación de Fitch Ratings (2007). “Regulaciones Prudenciales en Centroamérica y Panamá”. Ed. Enero, Costa Rica.
13. González Aguilar, Luis G (Año 16). “EL CONASSIF y la estructura de la supervisión financiera costarricense”, Revista IVSTITIA No 189-190, Costa Rica.
14. Hines Céspedes, César (Año 7).”La concesión de servicio público como derecho real administrativo susceptible de darse en garantía”, No. 80, Costa Rica, p.8.

15. Jiménez Blanco, J Antonio (1983.) “Supervisión Bancaria y Responsabilidad Administrativa. Revista de derecho bancario y bursátil”. Crónica, Madrid, octubre-diciembre. España.
16. Jiménez Meza, Manrique (Año 17). “Análisis de un Proyecto de Ley de privatización bancaria” Revista IVSTITIA No 201-202, Costa Rica.
17. Jiménez Sandoval, Humberto (Año 17). “Algunas regulaciones en materia crediticia bancaria. En especial, sobre el concepto de “año” para efectos de tasa de interés” Revista IVSTITIA No 195-196, Costa Rica.
18. Jiménez Sandoval, Humberto (1992). “Captación a menos de 180 días por bancos privados”. San José. Revista Iustitia, N° 68, Costa Rica.
19. Jiménez Sandoval, Humberto (Año 20). “Teoría General de la actividad bancaria”, Revista IVSTITIA No 230-231, Costa Rica.
20. Jiménez Sandoval, Humberto (Año 8). “Delegación de funciones del Presidente Ejecutivo del Banco Central en el Vice- Presidente de la Junta Directiva”. Revista IVSTITIA No 90, Costa Rica.
21. Jiménez Zeledón, Mariano (Año 7) “Reforma financiera y las Juntas Directivas de los bancos comerciales del Estado”. Revista IVSTITIA No 78, Costa Rica.
22. Larraín, Christian (2008). “Crisis Sub prime y Basilea II”. Diario La Segunda, Chile. 13 de mayo de 2008.
23. López Jiménez, Oscar (Año 7) “Requisitos para la constitución de un banco privado en Costa Rica”. Revista IVSTITIA No 75, Costa Rica.
24. Manavella Cavallero, Carlos A. (Año 11). “Algunos problemas jurídicos derivados de la disolución del Banco Anglo”, Revista IVSTITIA No 123, Costa Rica.

25. Manavella Cavallero, Carlos A. (Año 7). “La facultad de intervención de la Auditoría General de Entidades Financieras un voto de la Sala Constitucional”, Revista IVSTITIA No 83, Costa Rica.
26. Marroquín, José - Blanco, Clemente (2007). “Supervisión Integrada. Orígenes, Implicaciones y Búsqueda de Elementos Clave”. Documento Ocasional No. 1- 2007. Banco Central de Reserva de El Salvador.
27. Mora Rojas, Fernando (Año 20). “Actividad bancaria: ¿servicio público o empresa?”. VII Encuentro Latinoamericano de Bancos, Montevideo, Institia. No. 236-237, Uruguay, p.6.
28. Ortiz Ortiz, Eduardo (1978). “Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica”. Revista de Ciencias Jurídicas N° 35. Mayo – Agosto 1978, Costa Rica.
29. Ortiz Ortiz, Eduardo (Año 5). “La empresa pública como ente público”, No 52, Costa Rica. p.4.
30. Ortiz Zamora, Luis Alonso (Año 20). “ordenamiento sectorial bancario. La perspectiva del Derecho Público”, Revista IVSTITIA No 240, Costa Rica.
31. Revista Actualidad Económica (2006). Edición de Agosto No.340. p.42.
32. Revista Summa (2007). Edición de Marzo Costa Rica, p.12.
33. Rojas Franco, Enrique - Ortiz Zamora, Luis Alonso (Año 15) “Responsabilidad institucional del Banco Central de Costa Rica por la supervisión el Sistema Financiero Nacional”. Revista IVSTITIA No 173-174, Costa Rica.
34. Romero Pérez, Jorge Enrique (2001). “Derecho Público y banca San José”. Revista de Ciencias Jurídicas, 2001. Pág. 107.

35. Romero-Peréz, Jorge Enrique (1993). “La reforma del Estado”. San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica.
36. Sanabria Rodríguez, Milena - Mora Villalobos, Rodolfo (Año 11). “La contratación administrativa de los bancos públicos prevista en la Ley Orgánica del Banco Central. ¿Un régimen inconstitucional?”, No.130-131, Costa Rica, p.45.
37. The Economist (2007). “A Special Report on the World Economy”. Volume 385, Number 8551. October, USA.

Trabajos Finales de Graduación:

1. Apuy Cheang, Romelia (1996). Normas de Basilea: análisis comparativo con las regulaciones de la SUGEF y su posible aplicación al sistema bancario costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de licenciatura en administración de negocios con énfasis en contaduría pública, Escuela de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica.
2. Arce Mora, Rolando (2003). Análisis e implicaciones de las reformas del acuerdo de capitales de Basilea sobre la normativa financiera costarricense. Proyecto Tesis de Graduación para optar por el grado de magíster en administración de negocios con énfasis en negocios internacionales, Programa de Maestría de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica.
3. Bolaños Bellido María Gabriela, Quesada Flores María Laura (2003). Los criterios del Comité de Basilea y su aplicación en la legislación bancaria costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2003.

4. Díaz, Ericka Salazar (2005). Nueva dinámica operativa, para la SUGEF, basado en la normativa de Basilea II. Tesis de Graduación para optar por el grado de maestría en banca y mercado de capitales, sistema de Estudios de Posgrado en Economía, Universidad de Costa Rica.
5. López Chasí, Eduardo y otro(1998). La nueva concepción jurídica de los entes de control financiero, bancario, bursátil: creación del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Tesis de Graduación para optar por el grado de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
6. Sequeira Castro, Vladimir y otros (2004). Implicaciones en Costa Rica del Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea: el caso del riesgo operativo y de mercado. Tesis de Graduación para optar por el grado de maestría en economía con énfasis en banca y mercados de capitales, Posgrado en Economía, Universidad de Costa Rica.

Referencias Electrónicas:

1. Banco Central de Costa Rica <<http://www.bccr.fi.cr/>>. [Consulta: febrero. 2009].
2. Banco de Costa Rica <
http://www.bcr.gob.sv/publicaciones/boletin_economico/boletin_2008/be_20080708_c_n187_supervision_financiera.pdf> [Consulta: 2 enero. 2009].
3. CEPAL.(2007) <http://www.cepal.org/noticias/paginas/8/13958/IEDfinal_paraweb.pdf>[Consulta: 29 enero. 2009].
4. Comisión Económica para América Latina y el Caribe - Naciones Unidas <
<http://www.eclac.cl/>>. [Consulta: 4 enero. 2009].

5. Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. (2008) <<http://www.bis.org/>> .
[Consulta:25 agosto. 2008].
6. Décimo Tercer Informe sobre el Estados de la Nación, Informe Final, Fusión y Adquisición en el Sector financiero, ¿Se dará la reforma financiera por esta vía?, (2007) <<http://www.estadonacion.or.cr/Info2007/Ponencias/Oportunidades/Fusiones-Adquisiciones.pdf>> . [Consulta: 5 febrero. 2009].
7. Derecho Internacional de Naciones Unidas
<<http://www.un.org/spanish/law/index.html>>. [Consulta: 12 diciembre 2008].
8. Fondo Monetario Internacional <<http://www.imf.org/external/spa/>> . [Consulta: 12 diciembre. 2008].
9. Grupo del Banco Mundial <<http://www.bancomundial.org/>> . >. [Consulta:1 2 diciembre 2008].
10. Naciones Unidas < <http://www.un.org/>> . [Consulta: 31 octubre. 2008].
11. Organización Mundial de Comercio <<http://www.wto.org>> . [Consulta: 14 noviembre. 2008].
12. SUGEF < <http://www.sugef.fi.cr/>> . [Consulta: 21 diciembre. 2008].