



Informe de Investigación

TÍTULO: ENTIDAD FINANCIERA NO BANCARIA

Rama del Derecho: Derecho Financiero	Descriptor: Entidad Financiera
Palabras clave: Finanzas, Entidad Financiera, Intermediación, Economía, SUGEF.	
Fuentes: Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 24/08/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) Fiscalización de las entidades financieras no bancarias.....	1
3. JURISPRUDENCIA.....	5
a) Naturaleza jurídica de la SUGEF y distinción entre banco y entidad financiera.....	5
b) Inaplicabilidad de normas especiales sobre quiebra establecidas para Bancos	15
c) Naturaleza de las actividades desempeñadas por las entidades financieras.....	17
d) Regulación de la actividad de los entes financieros no bancarios.....	21

1. RESUMEN

En el desarrollo del presente informe se incorpora una recopilación doctrinal y jurisprudencial acerca de los principales postulados y regulaciones que subyacen a los entes financieros no bancarios. En este orden de ideas, se observa su regulación y supervisión por medio de los mecanismos fiscalizadores previstos en la legislación, junto con la inclusión de diversos extractos jurisprudenciales que abordan entre otros temas la distinción entre estos entes y las entidades bancarias.

2. DOCTRINA

a) Fiscalización de las entidades financieras no bancarias

[PIZARRO CAMPOS A. y SANCHO BANUETT, A.]¹

“Actualmente, la fiscalización y vigilancia de todas las entidades financieras del país (lo cual incluye bancos, financieras, operadoras de fondos de pensiones, mutuales y cooperativas de ahorro y préstamo) se encuentra en manos de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), y el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

La actual SUGEF es producto de un intenso proceso de desarrollo. Originalmente, la Auditoría General de Bancos era un órgano más del Banco Central de Costa Rica, con funciones propias de una auditoría interna. Aparte de fiscalizar los procedimientos del mismo Banco Central, la Auditoría General de Bancos era un Departamento de éste último que también ejercía vigilancia sobre las restantes entidades financieras.

"El interés del Estado por establecer un sistema de control y fiscalización que le permita velar porque el sistema financiero funcione eficazmente, se traduce en brindarle al órgano encargado del control funciones de acción preventiva, de saneamiento, de intervención sobre los entes objeto de su control y fiscalización y eventualmente incluso la liquidación forzosa de los mismos.

Ya en 1988, el Dr. Eduardo Lizano Fait, en ese entonces Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica, había señalado que "... se necesita una legislación que modifique sustancialmente a la Auditoría General de Bancos pero no solamente en sus aspectos institucionales, sino sobre todo en darle facultades a la Auditoría para que pueda supervisar, controlar y aún intervenir de una manera mucho más rápida entidades financieras en determinadas circunstancias, claro está, sin que esto pueda conducir a darle facultades a los funcionarios públicos que conduzcan a una simple y llana arbitrariedad..."⁷¹

La Ley No. 7107 del 4 de noviembre de 1988 (LEY DE MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO DE LA REPÚBLICA), estableció una serie de ajustes a la legislación existente, a fin de adaptarla a los cambios que ya se vislumbraban en el ambiente económico mundial y la crisis interna que la quiebra de varias entidades financieras no bancarias había provocado.

Uno de los cambios más importantes de esa ley fue la creación del Título IV de la antigua Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y, por lo tanto, el establecimiento de la Auditoría General de Entidades Financieras, asignándole



labores y poderes definidos, en su condición de "órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central de Costa Rica".

"La desconcentración implica que el ente central, con base en una ley, ha transferido, en forma permanente, parte de su competencia a órganos que forman parte del mismo ente. Pero ese órgano desconcentrado, al que el ente central transfiere parte de sus atribuciones propias, carece de personalidad jurídica, y la desconcentración es simplemente un procedimiento a los efectos de agilizar la actividad de la Administración Central."²

Como última etapa en el desarrollo de esta entidad, la nueva SUGEF creada por la Ley No. 7558 ha adquirido, como se verá adelante, la mayor independencia y relevancia dentro del ambiente financiero nacional, mientras que la ingerencia del Banco Central de Costa Rica se ha ido reduciendo paulatinamente. Bajo la antigua legislación, la AGEF y el Banco Central de Costa Rica tenían funciones compartidas y no muy delimitadas, lo que provocó que la Contraloría General de la República considerare, en sus comentarios a la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, que "la AGEF coadministra con el Banco. '³

Por lo pronto debe señalarse que en el antiguo texto de la Ley No. 5044, se establecían las siguientes atribuciones fijatorias para el Banco Central de Costa Rica, con respecto a las empresas financieras no bancarias. El artículo 13 de la Ley, en el cual constaban las mismas, fue derogado:

1. Fijación de tasas de interés y comisiones máximas, a fin de evitar la liberalización absoluta y la sujeción de estos rubros a leyes de mercado. También era obligación de la Junta Directiva del Banco Central la fiscalización de los niveles de riesgo de colocación de recursos, y la constitución de estímulos para ahorrantes e inversionistas;
2. Fijación de encajes legales;
3. Composición de la cartera de colocaciones, lo cual incluía determinar los porcentajes y plazos máximos en cada actividad, con base en el plazo de los recursos provenientes de la captación;
4. Regulación del plazo de captación (nunca a menos de 180 días), y las tasas a pagar en esta actividad. A fin de evitar competencia desleal por parte de las instituciones estatales, autónomas y las pertenecientes al Sistema Bancario Nacional, se establecía que las tasas de captación fijadas para las entidades financieras no bancanas debían ser competitivas con las de dichos entes.

Sin embargo, como se verá más adelante, estas funciones reaparecen en una forma más concreta en la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

Las funciones de fiscalización y dirección de la antigua Auditoría General de



Entidades Financieras (que se mantienen vigentes a la fecha), con respecto a las entidades financieras no bancarias, incluyen verificar y fiscalizar los aspectos de solvencia y liquidez relativos a estas empresas (artículos 15, 16, 17 y 18). Asimismo, el inciso 2 del artículo 47 de la antigua Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, daba amplias facultades a la antigua AGEF, permitiéndole

"... Fiscalizar todas las operaciones y actividades de los establecimientos bajo su control, verificando la contabilidad y los inventarios, realizando arquezos y otras comprobaciones que estime necesarias; examinar los diferentes balances y estados de cuentas, comprobarlos con los libros o documentos correspondientes, certificarlos o refrendarlos cuando los encontrare correctos. Los arquezos y demás verificaciones que considere convenientes, los realizará por sí mismo o por medio de los funcionarios del departamento, por lo menos dos veces al año, a intervalos irregulares y sin previo aviso a las instituciones inspeccionadas. Estas inspecciones, a juicio del Auditor, podrán ser parciales o generales, referirse sólo a una dependencia o a determinada clase de negocios u operaciones, o abarcar todas las dependencias, negocios y operaciones del establecimiento."

El mismo artículo, en sus incisos 6 y 7, da facultades suficientes a la antigua AGEF para hacer a las empresas fiscalizadas todas las observaciones y recomendaciones que estimare pertinentes para el óptimo funcionamiento de dichas empresas. La orientación principal de estas actividades de la antigua AGEF debía ser, desde luego, la de prevenir problemas y distorsiones en el mercado financiero nacional.

"En general, la función fiscalizadora de la AGEF es en el fondo, antes que cualquier otra cosa, preventiva. Su labor de fiscalización busca recabar la información suficiente sobre los entes que realizan actividades de intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros, con la información puede asesorar, dirigir, intervenir, sancionar y eventualmente incluso solicitar la liquidación forzosa de los entes que no se ajusten a su fiscalización."⁷⁴

En efecto, existe control por parte de la SUGEF en cuanto a la razón de endeudamiento de las empresas financieras no bancarias, la cual no debía ser mayor de siete a uno y que, actualmente, obedece más bien a criterios de suficiencia patrimonial {tal y como se definen en los Acuerdos SUGEF-9-96 y SUGEF-10-06).

La razón de endeudamiento se define en el artículo 15 de la Ley No. 5044 como "la relación entre el pasivo total, incluidos los pasivos contingentes, y el capital suscrito y pagado no redimible y las reservas patrimoniales."

En los artículos 17 y 18, se prohíbe la reducción del capital social de las entidades financieras sin la autorización previa del Banco Central (tarea asumida actualmente por la SUGEF), y se establece la constitución de un fondo de reserva

legal proveniente de las utilidades de la empresa, equivalente al 20% de su capital social, la cual podría utilizarse para cubrir sus eventuales pérdidas económicas, y los consecuentes perjuicios a terceros.

Una última e importantísima función que correspondía a la antigua AGEF bajo la legislación anterior era la de sancionar pecuniariamente a las entidades reincidentes u omisas en cuanto a las directrices emanadas por ella, e incluso la eventual intervención de dichas entidades (artículo 131, incisos 8 y 9, de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica). La intervención

"... Constituye una medida de prevención de salvaguarda de la entidad con problemas y del sistema financiero en su globalidad. Se utiliza como medio de garantía para los derechos de los particulares, pues la intervención constituye una intromisión del Estado dentro de una persona privada, en beneficio de otras personas."⁷⁵

Para poder efectuar la intervención, la AGEF debía solicitar autorización previa al Banco Central de Costa Rica, requisito del que fue eximida la nueva SUGEF con las reformas introducidas por la Ley No. 7558.

Tal y como se observará en el siguiente capítulo, la nueva SUGEF adquirió con las reformas de la Ley No.7558 toda una gama de funciones fiscalizadoras y mayor independencia con respecto al Banco Central de Costa Rica."

3. JURISPRUDENCIA

a) Naturaleza jurídica de la SUGEF y distinción entre banco y entidad financiera

[SALA PRIMERA]²

"VIII.- De previo al análisis de cada cargo planteado, resulta necesario realizar algunas consideraciones. Esto porque tanto en los reproches por violación directa como en la indirecta de la ley, el recurrente enfatiza sus reclamos en relación a una temática similar. A fin de referirse de modo más claro y preciso a los reparos interpuestos, se analizarán los argumentos que de forma reiterada se exponen. En realidad el recurso gira en torno a la determinación de la naturaleza del Banco Federado y los alcances de la fiscalización por parte de la SUGEF, en los términos como lo interpretó el Tribunal. El casacionista argumenta que ese Órgano decisor confunde los Grupos Financieros con las entidades supervisadas, y con base en ello, sanciona al BCCR y a la SUGEF por la obligación de emitir un reglamento que en su opinión, para el Banco Federado era irrelevante. Además, dice, no



existe relación de causalidad entre la omisión del Reglamento dicho y la quiebra del Banco Federado, sino que este entró en crisis por una mala gestión administrativa de la entidad. En su criterio, el Banco Central no es responsable de la quiebra de ese ente bancario porque las actuaciones que le llevaron a tal estado, fueron producto de una mala gestión administrativa de quienes lo dirijan, y no por una falta de fiscalización debida ni ante la omisión en el dictado oportuno del “Reglamento para la supervisión auxiliar del BANHVI”. A la luz de lo anterior, deviene como elemento trascendente distinguir entre entidades y grupos financieros, pues de ella dependerá la normativa a que estén sujetos. Acorde con lo que establece la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en su numeral 116, las primeras pueden ser públicas o privadas, y sólo realizan intermediación financiera cuando estén legalmente autorizadas para ello. Ese precepto define como 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, con independencia de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones. De su parte, los grupos financieros, conforme preceptúan los cánones 141 y 142 del cuerpo normativo de cita, son aquellos que están constituidos por una sociedad controladora y empresas dedicadas a prestar servicios financieros organizados como sociedades anónimas, tales como bancos, empresas financieras no bancarias, almacenes generales de depósito, puestos de bolsa, sociedades de inversión, empresas de arrendamiento financiero y, bancos o financieras domiciliados en el exterior, acreditados por la autoridad foránea correspondiente. La sociedad controladora debe estar constituida como sociedad anónima y su único objeto es adquirir y administrar las acciones emitidas por las sociedades integrantes del grupo, de manera que en ninguna circunstancia podrá realizar operaciones, propias de las entidades financieras integrantes del grupo. Esta será la propietaria, en todo momento, de al menos el 25% del capital suscrito de cada una de las entidades del grupo y responde subsidiaria e ilimitadamente, del cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, aún por las obligaciones contraídas con anterioridad a la integración del grupo. Sin embargo, ninguna de estas responde por las pérdidas de la controladora o de otras entidades del grupo. A partir del marco referencial anterior, resulta importante determinar la naturaleza jurídica del Banco Federado. Este originalmente tuvo el nombre de Banco Cooperativo de Alajuela R.L. y, desde entonces integró el Sistema Bancario Nacional en virtud de su calidad de entidad bancaria privada, debidamente constituida como una sociedad anónima, desarrollándose como entidad financiera autorizada por la SUGEF.

IX.- De la naturaleza jurídica y fines de la SUGEF. La Superintendencia General de Entidades Financieras, (SUGEF), es un Órgano desconcentrado en grado



máximo del Banco Central de Costa Rica. Su creación, obedece al interés público que reviste la fiscalización de las entidades financieras del país. Están sujetos a ella en tal ámbito, los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas, además de toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera. De igual modo sucede con los entes que el Banco Central autoriza para participar en el mercado cambiario, los que, aún cuando no realicen intermediación financiera, están sujetos a la Superintendencia en materia cambiaria. (Capítulo IV de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica). }

X.- Importancia del “Reglamento para la supervisión auxiliar por parte del Banco Hipotecario de la Vivienda”. Uno de los fundamentos de la demanda ha sido que el grupo de acreedores de ese Banco era parte del Grupo Fedecredito R.L. En la formalización se indicó que este grupo a su vez era dueño entre otras de Audicoop R. L.; Caja Central y Coovivienda R. L.; a esta última se le autorizó realizar intermediación financiera en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Conforme al Transitorio III de la Ley Orgánica del BCCR, dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de su vigencia, la Superintendencia debía incorporar a su ámbito de fiscalización todas las entidades o empresas que por ese cuerpo normativo se adicionaran a su supervisión. Este canon transitorio también determinó en el caso específico de las entidades autorizadas del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, que la SUGEF les aplicaría su supervisión al menos seis meses después de la entrada en vigencia de aquella ley. Para el cumplimiento de este fin, debía dictar dentro del semestre dicho, el reglamento para regular la participación del BANHVI como ente supervisor auxiliar. A partir de lo señalado, se aprecia con meridiana claridad que no existe una regulación específica que obligara a la SUGEF a reglamentar dentro del plazo señalado por la parte actora, la actividad de las entidades financieras en general, entre las cuales se encuentra el Banco Federado, sino que tal normativa debía dictarse para quienes tuviesen la autorización de ejercer intermediación financiera en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, lo cual no se le atribuyó a aquella entidad bancaria.

XI.- De la posible responsabilidad de la SUGEF por la quiebra del Banco Federado. El argumento principal de la demanda y que fue acogido en el voto de mayoría del Tribunal, parte de la omisión en el dictado oportuno del Reglamento de referencia, así como una supuesta falta de fiscalización y controles debidos, circunstancias que incidieron en la quiebra del Banco Federado, por lo que se le atribuye responsabilidad a la SUGEF y por ende, al Banco Central de Costa Rica. Afirman los jueces de alzada en su resolución, que tal inactividad acarreó una crisis económica para Coovivienda R.L. y por tanto, se produjo la quiebra del



Banco Federado. A efecto de determinar si existe responsabilidad por parte de la SUGEF en los términos que se le atribuye, precisa referir lo que esta Sala ha indicado sobre la responsabilidad objetiva de la Administración Pública. Así en la resolución no. 211 de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005, estimó: “En la actualidad es pacíficamente aceptado que la conducta administrativa abarca no solo el comportamiento activo de la Administración (y dentro de él, el acto administrativo) sino además, la conducta omisiva, ese “no hacer” que se ha dado en llamar inactividad de la Administración, tanto en su vertiente formal (en la medida en que se revierte en un acto presunto por silencio administrativo) como material (referida básicamente al ámbito prestacional de la organización administrativa). De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o por cualquier otro mecanismo de autovinculación (como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales), con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos. Se trata de esa “culpa in ommittendo” en la que se incumple por inacción el deber funcional de actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. De ahí que, ha de afirmarse de manera contundente (con fundamento y de acuerdo con lo dicho en considerandos anteriores) que la Administración Pública también es responsable por los daños y perjuicios ocasionados con su inactividad administrativa. Esa pasividad frente al cumplimiento de obligaciones preexistentes se enmarca, para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, como funcionamiento anormal de la Administración (en tanto se corresponda con una actividad material debida) y con una conducta ilegítima, que para este caso pueden ser concurrente, en la medida en que el incumplimiento de lo debido no sólo atenta contra las reglas de buena administración, sino que infringe la juricidad en tanto incumple las potestades administrativas funcionales que dimanen del propio Ordenamiento Jurídico”.

XII.- De la calificación de las conductas administrativas que se acusan como causantes de la quiebra del Banco Federado. A partir del marco referencial expuesto, habrá que determinar si en efecto revisten el carácter de anormales e



ilícitas. En primer término, en lo que corresponde a este ente bancario, tal y como se analizara en el considerando X de esta resolución, la normativa que se califica como tardía, es decir, el “Reglamento para la supervisión auxiliar por parte del Banco Hipotecario de la Vivienda”, no tenía, según se dijo anteriormente, incidencia directa en el Banco Federado, puesto que este último nunca fue autorizado para ejercer intermediación financiera en el Sistema Nacional para la Vivienda. Es decir, era irrelevante para su funcionamiento, que una reglamentación ajena a sus actividades se dictase o no dentro del plazo determinado por ley. De otra parte, deberá considerarse si en efecto hubo una débil fiscalización y control que hubiese sido la causante de la quiebra del Banco Federado. Nótese que el Tribunal en su voto indicó: “la inacción que acusan los recurrentes como productora de la responsabilidad administrativa del Banco Central, por motivos de anormalidad e ilicitud consiste en la supuesta falta de fiscalización adecuada y el incumplimiento en el ejercicio de sus deberes y atribuciones”. De lo anterior, llama la atención que se refiera a este hecho como un supuesto, cuando en realidad para determinar la responsabilidad debe existir certeza de que la conducta administrativa que se acusa como causante del daño, realmente lo haya provocado, estableciéndose entre ambos un necesario nexo de causalidad. Las funciones de fiscalización y control que ejerce la SUGEF sobre este tipo de entidades, responde a una fiscalización externa y de auditoraje, sin que por ello se pueda involucrar en las decisiones internas de sus Juntas Directivas. Merece apuntarse que tanto Coovivienda R.L. como el Banco Federado, eran entidades financieras independientes entre sí, cuya conexión se deriva de la pertenencia de ambas al Grupo Fedecrédito R.L. Este tipo de entidades estaban sujetas a una fiscalización de la SUGEF de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica del BCCR, a fin de minimizar los riesgos de sus operaciones, cuya labor se delimita con claridad en el numeral 119 de ese cuerpo legal que preceptúa: “ Con el propósito de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional, la Superintendencia ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera, con estricto apego a las disposiciones legales y reglamentarias, velando porque cumplan con los preceptos que le sean aplicables”. Ahora bien, el Banco Federado R.L. y Coovivienda R.L., -como entidades financieras pertenecientes a un mismo grupo- tenían transacciones constantes entre sí, de las cuales el representante de la parte actora afirma se dio un “traslado desarticulado e ilegal de fondos del Banco Federado R.L. a Coovivienda R.L., descapitalizándolo y provocando su quiebra”. Ésta, lejos de ser una situación atribuible a la SUGEF en la fiscalización oportuna de un giro normal, en realidad obedece a una decisión de quienes entonces eran los directivos y gerentes de ambas entidades y, que conforme al canon 146 de la Ley referida, tenían “absolutamente prohibido realizar operaciones entre sí en condiciones



diferentes a las aplicadas en las operaciones del giro normal con terceros independientes”. A lo anterior debe aunarse que el precepto 157 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, aplicable entonces al Banco Federado R.L. le exigía a este último; que las pérdidas sufridas durante un período semestral deberían ser cubiertas con las ganancias generales del mismo período. Y en caso de que no fuesen suficientes para cubrirlas, el saldo restante debía cargarse a las reservas hasta donde alcanzara y agotadas estas, al capital, con aprobación del Superintendente General de Entidades Financieras. Por lo anterior, lejos de atribuirse conductas administrativas a este Órgano que reflejen un débil u omiso control, como lo afirma la actora, resulta en una consecuente aceptación de que el Banco, de su propia cuenta y con el eventual riesgo para sus inversionistas, asumió actividades que no le estaban permitidas, lo que evidentemente se escapa del control que la SUGEF debía ejercer. XIII.-

De la responsabilidad que asumen los inversionistas en las entidades financieras. Acorde a lo que preceptúa el artículo 116 de la Ley Orgánica del BCCR, la captación de recursos financieros del público que realizan las entidades financieras, con el fin de destinarlos a cualquier forma de crédito o inversión en valores, se ejerce por cuenta y riesgo del intermediario; lo que deviene en lógico dentro del giro comercial que desarrollan los bancos, dado el evidente e inevitable riesgo implícito en sus operaciones. Sin perjuicio de ello, quienes invierten en tales entidades pueden demandar la responsabilidad correspondiente a los directores y gerentes por las consecuencias producto de su gestión.

XIV.- Establecido el marco jurídico y fáctico anterior, se analizarán de seguido los cargos que por violación indirecta se alegan. Ese tipo de transgresión, según lo ha manifestado esta Sala de forma reiterada, sucede cuando se considera indebidamente la prueba, ya sea por error de hecho o de derecho. El primero opera cuando los tribunales incurren en equivocaciones materiales al apreciarla; por ejemplo, deducir de la declaración de un testigo un hecho no manifestado por éste, o de un perito poner como expresada una calificación no indicada por él, o bien extraer de un documento un contenido inexistente. En esta eventualidad, el recurrente no está obligado a señalar las normas probatorias infringidas, pues por tratarse de un error material del juzgador, al apreciar el elemento probatorio no infringe normas de esta naturaleza sino, por el contrario, se equivoca leyendo mal o dándole un sentido contrario a lo constante en esas pruebas. La expresa acusación del yerro o su constatación debidamente acusada, le basta a la Sala determinar si se dio o no el reproche probatorio planteado. El error de derecho consiste en reconocerle a los medios probatorios un valor distinto al otorgado por el Ordenamiento Jurídico, o dejar de concederles el valor atribuido por las mismas leyes. En ambos casos, el recurrente deberá indicar en forma clara la prueba específica conculcada y explicar el yerro, pero además ha de señalar las normas



legales infringidas sobre el valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente. También resulta obligatorio expresar en forma clara y precisa las leyes de fondo conculcadas y los argumentos de cómo ello sucede, a consecuencia de la apreciación errada que se reclama. Esto implica no sólo citar los artículos o transcribirlos, sino señalar con la técnica debida, la violación al ordenamiento jurídico en las normas de fondo con la errónea apreciación. (Al respecto, consúltense entre otras, las sentencias no. 066 de las 14 horas 15 minutos y no. 68 de las 14 horas 25 minutos, ambas del 12 de febrero de 1999 y no. 740 de las 10 horas 45 minutos del 12 de octubre del 2005).

XV.- Los motivos de inconformidad identificados como primero y cuarto, aluden a la misma situación, con la diferencia de que en uno se alega error de hecho y en el otro de derecho. Dada la manera como se resuelve el presente asunto, se estudiarán de forma conjunta. El recurrente señala que en la sentencia del Tribunal, cuando en el hecho identificado como 2, se toma como fundamento fáctico el artículo 119 de la Ley Orgánica del BCCR, a modo de parámetro para determinar cuándo se constituyó el grupo financiero Fedecrédito R.L., se configura un error de hecho en la apreciación de la prueba. El ordinal de cita se refiere a las actividades de supervisión y fiscalización que le corresponde ejercer a la SUGEF sobre las entidades que lleven a cabo intermediación financiera. El segundo hecho que el Ad quem tuvo por probado se consignó así: “Que el grupo financiero se constituyó en el año 1995, fecha en virtud de la cual debía ser supervisado y vigilado por la Superintendencia General de Entidades Financieras”. En efecto, lleva razón el recurrente cuando acusa error de hecho, toda vez que se tuvo por demostrada la constitución del Banco Federado y la obligación de supervisarlo por parte de la SUGEF a partir de determinada fecha, cuando del sustento que se utiliza para fundamentarlo no puede desprenderse esa información. Es decir, la fecha de constitución del Grupo Financiero no puede concluirse a partir de la lectura del numeral 119 de cita. No obstante, con este agravio no se ataca el fundamento de la sentencia impugnada, pues a nada conduce el reclamo sobre la data de constitución de Fedecrédito R.L. por lo que la casación deviene inútil. Por lo anterior, el recurso deberá rechazarse en torno a este reproche. Como segundo motivo de esta índole, se acusa que en el hecho probado identificado como número 3, el Órgano de segunda instancia tuvo por acreditado que Coovivienda R.L. “inició una transferencia de fondos a partir del año 1997 del Banco Federado para su haber con el fin de solventar la crisis económica que afrontaba” con base en el informe de minoría del “Partido Social Cristiana” (sic) que consta en el expediente, cuando en realidad dicho informe dice algo diametralmente diferente. En el informe referido se mencionan algunas irregularidades que se dieron en FEDECREDITO, y se afirma que la crisis de Coovivienda tuvo efectos perniciosos en el Banco Federado, y que se dio una transferencia de fondos entre ambas entidades. Sin embargo, lleva razón el recurrente cuando alega que de tal



documento no puede concluirse, y mucho menos tomarse literalmente de su contenido, que la quiebra del Banco Federado fuese producto de la transferencia de fondos de este hacia otras entidades financieras del grupo al que pertenecía, pues ese documento no lo registra de tal forma. Con independencia de que ello fuese o no perjudicial para la estabilidad financiera del Banco Federado, no resulta posible arribar a la conclusión que llega el Tribunal desde la simple lectura del informe de minoría referido. En consecuencia, habrá de declararse con lugar el recurso en lo que a este agravio se refiere. En torno al tercer agravio, se acusa un error de hecho en la apreciación de la prueba, porque el Tribunal condena al Banco demandado al pago del daño moral subjetivo, pues considera que nadie afirmó siquiera haber sufrido dolor o afectación moral porque los créditos no hubiesen sido reconocidos o pagados y que además no hay prueba de tal daño. En realidad el reconocimiento del daño tiene razón de ser a partir de la demostración del nexo causal entre la conducta administrativa que se acusa dañosa y el efecto que se afirma causado, que en el caso particular responde a la quiebra del Banco Federado. No obstante, tal y como se analizara en el Considerado no. XII en el caso de estudio, no hubo una demostración del nexo de causalidad entre ambos elementos, por lo que se torna imposible el reconocimiento de un daño del que no se es responsable objetivamente. De lo anterior, el daño moral resulta improcedente, no por su falta de demostración, sino dada la forma en que se resuelve el asunto. Sobre el quinto reproche, se acusa violación a los cánones 318 y 330 del Código Procesal Civil en cuanto se brinda valor probatorio a un informe de minoría de un partido político. A la vez, se citan infringidos los numerales 9, 11, 33, 41, 45 y 50 de la Constitución Política, 704 y 1045 del Código Civil y 102 inciso d), 190, 191, 194 y 196 de la Ley General de la Administración Pública. Dada la continua referencia de la técnica exigida para plantear un recurso de casación realizada en este considerando, la Sala se limita a destacar la ausencia de una debida argumentación que demuestre la violación de las normas de fondo que se consideran violentadas, porque la valoración de la prueba es sólo el medio empleado para conculcar una norma de fondo, en este tipo de agravios. Todo ello, conlleva la informalidad del recurso y por ende ha de denegarse. Sin perjuicio de esta conclusión, es menester indicar que en el análisis de la prueba el juzgador debe respetar las categorías de los elementos probatorios, teniendo el cuidado de no brindar mayor valor a una prueba sobre otra de inferior grado, en casos donde ha de aplicarse la legislación procesal civil para estos medios. (prueba tasada). No obstante lo anterior, esa no es la situación que aquí se acusa, pues se señala que el informe de minoría de un partido político no tiene valor probatorio. Sobre el punto, es necesario aclarar que, aún y cuando no se le brinde el valor de documento público a este dictamen, se trata de un documento, habida cuenta de que forma parte del expediente y; fue aportado como prueba sin que se probara su falsedad. Este último término ha de



interpretarse comprensivo de escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, fotocopias, radiografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, al tenor de lo que establece el artículo 368 del Código Procesal Civil. En el sexto reproche refiere un error de derecho en la apreciación de la prueba, porque en la sentencia se tuvo por no probado que la SUGEF hubiese tomado alguna acción positiva tendente al control de las operaciones realizadas por las entidades que componían el grupo financiero. Acusa violentados los numerales 704 y 1045 del Código Civil, 9, 11, 33, 41, 45 y 50 de la Constitución Política, 97, 102 inciso d), 190, 191, 194 y 196 todos de la Ley General de la Administración Pública. Sobre este agravio, debe destacarse que, a pesar de alegarse un error de derecho en la apreciación de la prueba, el casacionista omite indicar aquellas normas que sobre el tratamiento del acervo probatorio, hubiesen sido infringidas. Ante las omisiones señaladas, el agravio se torna evidentemente informal, por no ajustarse con lo regulado en el ordinal 596, párrafo segundo, del Código Procesal Civil, por lo que ha de denegarse el recurso desde este reproche.

XVI.- Como censuras por violación directa de la ley, el recurrente expone tres agravios. En lo que respecta al primer embate, el casacionista se limita a detallar los fines de la fiscalización que ejerce la SUGEF, conforme a los numerales 115 y 119 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. No obstante, en su crítica no especifica la forma en que tales preceptos pudiesen haberse transgredido por parte del Tribunal, ni tampoco señala violación alguna a la normativa que refiere, lo que evidentemente impide el análisis del cargo, dada su indiscutible informalidad. Como segundo reproche, reclama que se le atribuyera dentro de sus obligaciones de supervisor, la responsabilidad por la quiebra del Banco Federado. Por ello acusa errónea interpretación de la ley. En la resolución de alzada, se determinó que la falta de ejercicio de las potestades de control y fiscalización del Banco Central de Costa Rica, acarrió la crisis económica de Coovivienda y por lo tanto, la quiebra del Banco Federado, (ver Considerando no. XVIII). Sin perjuicio de las potestades de fiscalización que ejerce la SUGEF sobre las entidades financieras, conviene señalar que el Tribunal condicionó la quiebra del Banco Federado a la existencia de una inestabilidad financiera en la mencionada cooperativa. A partir de allí, el Ad quem acusa la falta de supervisión del Banco Central de Costa Rica y con base en tal premisa, le atribuye la responsabilidad civil extracontractual a la SUGEF, pero basado en la falta de fiscalización sobre Coovivienda. Como puede advertirse, los argumentos que llevaron a tal conclusión además de confusos, devienen en improcedentes. Conviene recordar que, esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones, que dentro del análisis del nexo de causalidad, debe asociarse la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular. De allí se hace necesario determinar si la conducta administrativa señalada como lesiva, puede considerarse



como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama. Esto porque la acción será considerada como la causa generadora del daño, en la medida en que el hecho particular haya potenciado la concreción del menoscabo que se reclama, de modo que este último surja como una consecuencia inmediata y directa de aquel. (Consúltense entre otras las resoluciones de este Órgano no. 564 de las 11 horas 35 minutos del 7 de julio del 2004 y no. 211 de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005). En el caso de examen, en ningún momento se demostró la existencia de un nexo de causalidad entre la crisis de Coovivienda y la quiebra del Banco Federado, sino que pese a que se alega la existencia de hechos que afectaron a esas dos entidades, las cuales pertenecían a un mismo Grupo Financiero, es decir, al Grupo Fedecrédito R.L.; en el proceso no se logró demostrar que la crisis de aquella primera conllevara a la quiebra de la segunda. En el análisis de los embates por violación indirecta, se determinó que en la determinación del hecho probado no. 3 de la resolución de alzada, efectivamente hubo un error al apreciar la prueba. En aquel los juzgadores afirmaron “Que una de las entidades financieras pertenecientes al grupo financiero señalado, (Coovivienda) inició una transferencia de fondos, a partir del año 1997 del Banco Federado para su haber con el fin de solventar la crisis económica que afrontaba. (ver mismo informe de minoría del Partido (sic) Social Cristiana visible a folios 421 y siguientes del expediente judicial)”. En la resolución de aquel cargo por violación mediata de la ley, se consideró, que los elementos probatorios en que se basó el Órgano de alzada para arribar a esa conclusión, no demuestran que la crisis de Coovivienda incidiera en la quiebra del Banco Federado y menos aún que aquella hiciera transferencias a su haber tomando fondos de este último. Como se ve, en la resolución de alzada no se le atribuye al Banco Central alguna falta específica, en relación a su deber de fiscalización o tutela respecto al Banco Federado, sino que se le imputa una omisión al supervisar a Coovivienda, sin que se demuestre, tal y como se señalara en líneas precedentes, no sólo la existencia de tal conducta, sino su efectiva repercusión en la quiebra del Banco Federado. A partir de lo expuesto deberá declararse con lugar el recurso en lo que a esta crítica corresponde.

XVII.- En el tercer reproche, el recurrente alude a tres puntos básicos. En síntesis señala que: 1) la alegada transferencia de fondos que se dio del Banco Federado hacia Coovivienda a fin de solventar la crisis financiera de esta última, no fue la causante de la quiebra del Banco Federado; 2) El Banco Federado no era un “Grupo Financiero” sino una “Entidad Supervisada” por lo que la acusada tardía promulgación del Reglamento de Grupos Financieros no incidía en su desempeño; 3) La omisión en la promulgación oportuna del Reglamento para la Supervisión Auxiliar que se acusa al Banco Central, tampoco era relevante para el Banco Federado, puesto que esa normativa regularía la participación del BANHVI como ente auxiliar para las entidades del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda,



de las cuales aquella entidad bancaria no era parte. En vista de que el primero de estos argumentos fue alegado en este medio recursivo como violación indirecta de la ley y, dada la forma en que se resolvió en el Considerando XV de esta resolución, se hace innecesario reiterar su análisis. Respecto a los restantes argumentos resulta importante detallar lo siguiente. En el fallo recurrido, el Tribunal atribuye a la SUGEF el incumplimiento de sus funciones de supervisor, por la omisión en el dictado oportuno del Reglamento de Grupos Financieros y el Reglamento para la Supervisión Auxiliar. De allí que habrá que determinar si tal normativa era necesaria para el correcto desempeño del Banco Federado, o si como lo estimaron en el voto impugnado, su dictado tardío conllevó a la quiebra de este. Como bien lo apunta el casacionista, aquella institución bancaria no reunía los presupuestos para ser considerada un Grupo Financiero, sino que según su giro y constitución respondía a una entidad financiera, tal y como se analizara en el Considerando VIII precedente. De allí que, desde que el Tribunal le atribuye una naturaleza jurídica distinta a la que en realidad tenía, confunde las obligaciones de la SUGEF para con tal entidad bancaria, pues parte de que tal normativa le era necesaria y más allá de eso, que la omisión en el dictado de esta dentro del plazo previsto, incidió en la quiebra del Banco Federado. Por otra parte, el Reglamento para la Supervisión Auxiliar, vendría a regular la participación del BANHVI como ente auxiliar para el caso de las entidades autorizadas del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. En torno a ese cuerpo normativo, debe hacerse notar que el Banco Federado no era una entidad autorizada por el BANHVI ni pertenecía al Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, por lo que le era irrelevante su dictado, fuese o no oportuno, pues no estaba sujeto a tal reglamentación. Si bien es cierto, el Banco Central de Costa Rica, por medio de la SUGEF tenía obligaciones legales en reglamentar la actividad de los grupos financieros y la de las entidades autorizadas por el Sistema financiero Nacional para la Vivienda, lo cual se hizo habiéndose superado el plazo establecido legalmente, ello en modo alguno tendría incidencia en el funcionamiento del Banco Federado. Como se puede apreciar, los incumplimientos dichos no constituyen una causa apta, suficiente o adecuada en la lesión que determinó el Ad quem. Ergo, el funcionamiento omiso o tardío que se señala a la SUGEF, no pudo ser el hecho que provocó per se, la quiebra del Banco Federado. Nótese que los juzgadores de alzada, en el Considerando XVIII de su voto de mayoría, le atribuyen a un hecho ajeno y externo –cual es la emisión de normativa inaplicable al caso concreto- que no guarda ninguna relación, la condición de causa generadora del daño, sin que se hubiese demostrado como esa conducta provocó de forma cierta, real y efectiva la quiebra de aquella entidad. Por los motivos expuestos, el cargo resulta procedente y deberá declararse con lugar el recurso en lo que a este embate se refiere.

XVIII.- A partir de lo expuesto, procede declarar con lugar el recurso de casación

incoado y anularse la resolución del Tribunal. Resolviendo por el fondo, deberá confirmarse lo resuelto por el A quo.”

b) Inaplicabilidad de normas especiales sobre quiebra establecidas para Bancos

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]³

III.- El fundamento del incidente es que en criterio del apelante a quien debió nombrarse como curador propietario de la quiebra es al "Auditor General de Bancos" o "Auditor General de Entidades Financieras", y no a un abogado designado por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, como se hizo, por la especial naturaleza jurídica de la persona sometida a quiebra, que es una entidad financiera privada sujeta y regulada en su momento, dice, por la Superintendencia General de Entidades Financieras y el Banco Central de Costa Rica, al tenor de lo dispuesto en los artículos 124 y siguientes de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, reformada por Ley N ° 7107 del 22 de noviembre de 1988. Son nulas entonces, alega, todas las actuaciones realizadas por el curador así nombrado, al igual que las de la Notaria Inventariadora designada.

IV.- Manifiesta igualmente que estos procedimientos de quiebra fueron precedidos por una intervención de la "SUGEF", a instancia del Banco Central de Costa Rica, y consecuentemente el estado de quiebra nació a petición del mismo Banco, todo en concordancia con lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la Ley Orgánica del Banco, reformada por la indicada Ley N ° 7107. Por eso, añade, la liquidación de la fallida debe efectuarse por el "Auditor General de Bancos" y los representantes de los acreedores y de los accionistas, al tenor de lo dispuesto en los artículos 162 a 164 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. El Juzgado, dice, ha rechazado legalizaciones de créditos presentadas en forma extemporánea, lo que en consecuencia también es absolutamente nulo, porque la única que tiene facultad para pronunciarse sobre ellas es la Junta Liquidadora, de conformidad con el artículo 167 incisos 5) y 16) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

V.- El rechazo de plano del incidente está correcto, porque está absolutamente claro que el incidentista no lleva razón en los motivos de nulidad que alegó. Las normas relativas a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica que citó en su apoyo fueron derogadas por la Ley N ° 7558 del 3 de noviembre de 1995, mediante la cual se dictó una nueva "Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica", la cual empezó a regir a partir del 27 de noviembre de ese mismo año. Con base en las disposiciones de esta última ley fue que se intervino administrativamente a la entidad financiera fallida y luego pedida su quiebra en sede judicial. Ahora bien, las normas que citó relativas a la Ley Orgánica del

Sistema Bancario Nacional sí están vigentes, pero no son aplicables al caso porque la entidad quebrada no es un banco, sino una entidad financiera privada. Esas normas se aplican únicamente cuando el fallido es un banco, de los que la ley considera que pertenecen al Sistema Bancario Nacional (véanse artículos 1 y 161 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, N ° 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas). Por todo eso no podía designarse como curador al Auditor General de Entidades Financieras, ni procederse al nombramiento de la Junta Liquidadora que menciona el apelante, y por esas mismas razones el curador y la notaria inventariadora que han actuado en autos fueron correctamente nombrados. Por los mismos motivos el Juzgado sí tenía y tiene facultad legal para pronunciarse sobre las legalizaciones de créditos que hayan sido presentadas y se presenten en autos. No hay en consecuencia ninguna nulidad que decretar, con base en los motivos de nulidad invocados por el incidentista apelante, y por eso el rechazo de plano de su articulación en la resolución apelada está correcto. Es innecesario darle curso a una incidencia que evidentemente no es procedente, y esos casos la ley faculta para rechazarlas de plano (numerales 97 inciso 1) y 98 inciso 1) ya citados), que es precisamente el caso de autos. Ha de confirmarse entonces la resolución recurrida en lo que fue objeto de alzada."

c) Naturaleza de las actividades desempeñadas por las entidades financieras

[PROCURADURÍA GENERAL]⁴

"La consulta se dirige a establecer si los bancos comerciales del Estado pueden constituir una sociedad anónima para conceder créditos con recursos de fundaciones privadas extranjeras, a favor de una clientela meta que no tiene acceso al Sistema Bancario Nacional.

El principio en materia de participación en empresas está referido a la actividad financiera: los bancos comerciales del Estado pueden participar en la creación de entidades de carácter financiero, públicas o semipúblicas.

La excepción está referida a la constitución por los bancos comerciales de una entidad con un giro de actividad determinado: la entidad financiera se caracteriza por desarrollar, precisamente, actividad financiera. Esta es la actividad de intermediación financiera en los términos de los artículos 116 y 117 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Conforme el primero de esos artículos:

“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 y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las

transacciones”.

Esa intermediación financiera solo puede ser realizada por las entidades expresamente autorizadas conforme la ley. En principio, es la actividad desarrollada por las entidades organizadas como bancos o por entidades financieras en los términos de la Ley. Lo que no excluye que el legislador autorice a otros organismos para realizar intermediación financiera.

Como intermediarios financieros, tanto los bancos como las entidades de la Ley pueden captar, en ese sentido realizar operaciones pasivas. En el caso de las sociedades financieras, el artículo 14, inciso b) de la Ley 5044 de 13 de septiembre de 1972, Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, expresamente les autoriza para captar depósitos en moneda nacional o extranjera. Les está prohibido captar depósitos en cuenta corriente y de ahorro. Resulta claro que financian su actividad no solo con sus propios recursos, sino recurriendo al ahorro del público, por lo que encuadran como intermediarios financieros.

A diferencia de las sociedades financieras, los bancos pueden captar mediante cuentas corrientes y de ahorro. El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional expresamente indica que podrán recibir “todo tipo de depósitos y otras captaciones en moneda nacional o extranjera”. En el caso de los bancos privados esa captación se sujeta a lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley. La posibilidad de recibir “todo tipo de depósitos y otras captaciones es reiterada por el artículo 60 de la misma Ley, al disponer:

“Artículo 60.-

Los bancos podrán recibir todo tipo de depósitos y otras captaciones, en moneda nacional o extranjera, de cualquier persona natural o jurídica, los cuales quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley y a los requerimientos de encaje mínimo legal y demás condiciones impuestas en la Ley Orgánica del Banco Central. Tales depósitos y captaciones se registrarán, en lo demás, por los preceptos de los reglamentos de los propios bancos y por las disposiciones de las leyes comunes en lo que les fueren aplicables. Los depósitos de las secciones de capitalización de los bancos se registrarán, además, por las prescripciones especiales que, en cuanto a ellos, establece la presente ley.

El Estado y las entidades públicas de carácter estatal, así como las empresas públicas cuyo patrimonio pertenezca, en forma mayoritaria, al Estado o a sus instituciones, solo podrán efectuar depósitos y operaciones en cuenta corriente y de ahorro por medio de los bancos comerciales del Estado”. (Así reformado por el artículo 162, inciso d), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica N° 7558 del 3 de noviembre de 1995).

Estas operaciones pasivas no podrían ser, obviamente, realizadas por la sociedad

anónima que nos ocupa. Para ello requeriría organizarse como entidad financiera bajo los términos de la Ley 5044 antes citada. Lo que implica sujetarse al requisito de autorización, a las normas sobre capital mínimo establecidas por el CONASSIF y la SUGEF y a la regulación y supervisión de esos órganos. Empero, precisamente, no existe interés en esa constitución. El interés es que la nueva sociedad destine los recursos aportados por uno de los socios al crédito, sin que tenga que organizarse como entidad financiera no bancaria.

Al no existir captación de recursos del público, no se está ante una intermediación financiera. No puede estimarse que la actividad es bancaria porque no se ubica en los supuestos de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

El objeto de la actividad de la sociedad que se constituye no es financiero. No puede, entonces, considerarse que por su medio el banco estatal esté constituyendo o participando en una sociedad financiera.

Como no se está ante una actividad de intermediación financiera, la actividad crediticia que la nueva sociedad llegare a celebrar no se sujeta a las disposiciones propias del crédito financiero. Simplemente, el crédito que se otorgue no es manifestación de una actividad financiera en los términos de la Ley 5044 o de la Ley 1644. En concreto, no se sujetaría a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Esta autoriza a los bancos a realizar operaciones activas para diversos fines, entre ellos el financiamiento de la producción agrícola, ganadera, industrial y de servicios como, turismo, transportes, información, actividades de comercio exterior, artículo 61 de la Ley. En general, los bancos están autorizados para realizar toda operación de crédito que fuere compatible con la naturaleza técnica de los bancos comerciales y en el tanto en que esa operación no esté prohibida por ley.

Los créditos que los bancos acuerdan se sujetan, repetimos, a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, entre las cuales se encuentran normas prudenciales, dirigidas a prevenir situaciones de riesgo, en particular crediticio.

Es este el caso de la obligación de velar porque todo crédito otorgado se encuentre debida y satisfactoriamente garantizado, artículo 66 de la Ley 1644, y porque el futuro deudor reúna las condiciones financieras que aseguren el reembolso del préstamo. Importa esta obligación porque es una de las que puede disuadir a un banco comercial a prestar sus recursos a determinados grupos sociales o profesionales de escasos recursos. El artículo 65 dispone:

“Artículo 65.-

Antes de conceder un crédito, los bancos procurarán cerciorarse de que las personas responsables de sus reembolsos están en capacidad financiera de

cumplir su obligación dentro del plazo respectivo.

Con tal objeto, cuando lo juzguen necesario, podrán exigir de los solicitantes una declaración de bienes, ingresos y egresos, certificada por un Contador Público Autorizado, cuando se estimare conveniente. Los declarantes serán responsables de la veracidad de los datos aportados; si con posterioridad a la constitución del crédito el Banco comprobare la falsedad de las declaraciones, podrá dar por vencido el plazo y exigir inmediatamente el pago del saldo pendiente, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que los declarantes hayan podido incurrir”.

Si la persona no está en capacidad de cumplir su obligación, puede no ser sujeto de crédito. El otorgamiento de crédito haría incurrir en un mayor riesgo al banco. Diversas disposiciones legales procuran, sin embargo, paliar esa situación sobre todo respecto de la constitución de micros y pequeñas empresas.

Ahora bien, si la sociedad no puede ser considerada una entidad financiera, cabría cuestionarse si puede realizar actividad crediticia y cuál sería la naturaleza de esta.

La actividad crediticia es propia de las entidades financieras en los términos que se ha indicado. Pero eso no significa que una sociedad no constituida como entidad financiera esté impedida de otorgar crédito, en este caso mediante el préstamo de sus propios recursos. Debemos recordar que crédito en sentido económico es el cambio de un bien presente por un bien futuro, la situación que se presenta cuando el intercambio económico no es contemporáneo sino que uno de los participantes difiere la entrega del bien que intercambia (Carlos Gilberto VILLEGAS: La Cuenta corriente bancaria y el cheque, DEPALMA, 1988, pp. 2-3), la transferencia de la propiedad con la obligación de quien recibe de devolver ulteriormente bienes de la misma especie y calidad (S, RODRIGUEZ: Contratos Bancarios. su significación en América Latina, LEGIS, 2002, p. 478).

En ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación que le corresponde, una persona, física o jurídica, puede decidir prestar su dinero a terceros. El préstamo es uno de los contratos regulados por la legislación civil, con entera independencia de las regulaciones bancarias. La legislación civil regula el préstamo como contrato realizado por quien no es entidad financiera. En virtud de lo cual cabe preguntarse cuál es la naturaleza del crédito que puede otorgar la sociedad anónima?

El Código Civil regula el préstamo sea como comodato o como mutuo, ambos a título gratuito, según lo que dispone el artículo 1334 y siguientes del Código Civil. No obstante, estima la Procuraduría que el préstamo que se pretende otorgar, aún cuando fuere a título gratuito, que pareciera no es el objeto, no puede ser considerado un préstamo civil. Esta sería la naturaleza si el otorgante fuere una persona de naturaleza civil. Pero de la consulta se deriva en forma clara que el

interés es constituir una sociedad anónima para que otorgue crédito.

Una sociedad anónima es un comerciante en los términos del artículo 5 inciso c) en relación con el 17, inciso d) del Código de Comercio, por lo que se sigue como lógica consecuencia que los actos que realice deben ser reputados de actos comerciales, artículo 1. Estos actos comerciales pueden consistir en contratos comerciales. Se encuentran dentro de esa naturaleza los préstamos comerciales o mercantiles. Estos créditos están normados por el Derecho Comercial y, en concreto, por los artículos 495 y siguientes del Código de Comercio.

De acuerdo con el artículo 495 de cita, el préstamo es mercantil cuando es otorgado a título oneroso, aún cuando sea a favor de una persona no comerciante. Dicho crédito debe ser retribuido y lo es por medio de intereses legales calculados sobre la suma de dinero o el valor de la cosa prestada. Los intereses corrientes empezarán a correr desde la fecha del contrato, y los moratorios desde el vencimiento de la obligación, artículo 496.

Se sigue de lo anterior que los créditos que la sociedad anónima conceda a favor de la clientela meta son créditos comerciales regidos por las disposiciones del Código de Comercio. Los créditos otorgados por los bancos, en tanto comerciantes, también son mercantiles pero se rigen por disposiciones específicas de las leyes bancarias y no solo por lo dispuesto en el Código de Comercio.

Con lo anterior remarcamos que no por el hecho de que la nueva sociedad tenga como objeto otorgar créditos puede ser considerada una entidad financiera en los términos del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Al no estarse ante los supuestos de creación de una entidad financiera se sigue como lógica consecuencia que la creación de la sociedad anónima no encuentra asidero en lo dispuesto en el artículo 73, inciso 3). Máxime que la realización de actos comerciales, como los indicados, no puede considerarse un servicio a favor del Banco."

d) Regulación de la actividad de los entes financieros no bancarios

[PROCURADURÍA GENERAL]⁵

"Afirma la Asesoría Jurídica de esa Auditoría que las empresas cuya modalidad de intermediación financiera es el recibo de cuotas fijas periódicas de ahorro para crédito futuro no requieren necesariamente organizarse como sociedades financieras. Lo que obliga a plantearse si el ordenamiento jurídico nacional prevé una forma de organización de las empresas financieras no bancarias, por una parte y si empresas que no reúnan esa organización pueden realizar actividad financiera, por otra parte.

1-. La sociedad financiera se define por su actividad En relación con el problema

que se plantea es necesario indicar desde ya que la Ley de Regulación de Empresas Financieras define estas empresas en razón de su actividad y no en razón de su naturaleza u organización jurídicas. En efecto, el artículo 1º considera que son empresas financieras "todas las personas físicas o jurídicas no integrantes del Sistema Bancario Nacional" que realicen actividad de intermediación financiera. No obstante esa referencia a las personas físicas, del resto del articulado se concluye que la empresa financiera adopta una forma societaria: es una sociedad comercial constituida conforme lo dispuesto por el Código de Comercio, pero para su funcionamiento como intermediario financiero debe sujetarse a una regulación pública y a una autorización especial. Y es que el elemento primordial que califica a esas sociedades es, pues, su actividad y es en razón de esa actividad que se caracteriza y regula la empresa. Regulación que, en realidad, abarca el funcionamiento de la empresa y particularmente las condiciones para operar como empresa financiera. La empresa financiera se identifica, así, no por su organización sino por su actividad, motivo por el cual se le obliga a incluir la palabra "financiera" en su denominación, en el nombre comercial o en la descripción de sus negocios. La empresa financiera se diferencia, entonces, de otros tipos de empresa y esa diferenciación se origina en una actividad claramente definida en el artículo 1º de la Ley: "...el solo hecho de la captación de recursos del público inversionista, cualquiera que sea el tipo de documento en el que se formalice la obligación, y cualquiera que sea la finalidad a que estén destinados esos recursos".

Definición que se conforma con la antes transcrita y que no se contrapone al concepto de intermediación financiera contenido en el artículo 124 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

Como se indicó, la ley se refiere a todas aquellas personas que realicen actividad financiera no bancaria, a quienes se les califica expresamente como empresas financieras de carácter no bancario. Se exceptúan los casos de las empresas reguladas por leyes especiales o que capten recursos del público para financiar necesidades de capital de trabajo o proyectos de inversión y que estén reguladas por una bolsa de comercio autorizada en los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley en la materia.

De modo que en el tanto en que haya intermediación en el sentido antes indicado, puede considerarse que se está en la hipótesis de la ley, aún cuando la operación de "destino de los recursos" no esté comprendida en los supuestos del artículo 12 de la Ley antes citada.

Aparte, de que esa enumeración no es taxativa, según se desprende del inciso f) del citado numeral. En lo que se refiere a las operaciones pasivas, como se indicó, en el estado actual de nuestro ordenamiento no existe libertad para captar

recursos del público. De manera que no puede considerarse que otras formas de captación, no previstas en el artículo 14 de esta Ley, pueden ser realizadas lícitamente por empresas no constituidas como sociedades financieras y no autorizadas por leyes especiales.

2-. La actividad financiera no bancaria está en manos de sociedades financieras. Sostiene la Asesoría Jurídica que a la par de las empresas financieras de carácter no bancario pueden coexistir empresas "no financieras" que realicen intermediación financiera. Conclusión que no se compagina con lo dispuesto en la Ley de Regulación de las empresas financieras. En primer término, el artículo 1º de la Ley claramente indica que, salvo los casos de excepción allí previstos, son empresas financieras las que actúen directa o indirectamente como intermediarios financieros o que participen en esa intermediación. La pretensión de comprender las empresas (todas) que realizan actividad de intermediación financiera es reafirmada por otros artículos de la Ley. Así, el artículo 3º que les reserva el uso del término "financiera" y particularmente, el artículo 22 que prohíbe implícitamente que empresas no organizadas como sociedades financieras puedan realizar actividades de intermediación financiera. Dispone ese numeral: "En el caso de que personas o entidades no autorizadas por esta ley realicen actividades como intermediarios financieros, la Auditoría General de Entidades Financieras les pedirá información sobre la actividad que desarrollan, y aquéllas estarán obligadas a informar por escrito, en un plazo no mayor de cinco días hábiles... Si se comprobare su participación ilegal en las actividades reguladas por esta ley, la Auditoría General de Entidades Financieras deberá ordenar de inmediato a dichas personas o entidades, que se ajusten a las disposiciones de esta ley y a sus normas reglamentarias... Los afectados tendrán un plazo de diez días hábiles para ponerse a derecho. Una vez transcurrido este plazo, si aun persistiere la violación a las disposiciones de esta ley, el Banco Central de Costa Rica deberá acusar o denunciar a los infractores, conforme con su criterio, ante la autoridad correspondiente, a fin de que se les imponga una multa por el equivalente al monto que resulte mayor, ya sea sobre el capital social mínimo requerido para las empresas financieras, de acuerdo con esta ley, o sobre el cincuenta por ciento (50 %) de la suma captada a terceros por el infractor".

Esa participación ilegal en las actividades de intermediación financiera se produce cuando se realizan estas actividades sin contar con la autorización legal para ello. Autorización que se obtiene mediante la constitución como sociedad financiera y el registro correspondiente en la Auditoría General de Entidades Financieras. Si cualquier empresa pudiera realizar actividad financiera, no tendría sentido que el legislador facultase a la AGF para ordenar que la empresa que la realiza se constituya en sociedad financiera dentro del plazo legalmente establecido. Por el contrario, esa orden se justifica en el tanto la persona opere como intermediario



financiero sin estar legalmente constituida y autorizada como tal."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 PIZARRO CAMPOS, Alfredo y SANCHO BANUETT, Andrey: *Las empresas financieras no bancarias a la luz de las reformas de la Ley No. 7558*, Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999, pp. 82-88.
- 2 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1008-2006, de las nueve horas con treinta minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis.
- 3 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, Sección Segunda, Resolución No. 268-2001, de las nueve horas con diez minutos del diez de julio de dos mil uno.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 234-2008, del siete de julio de dos mil ocho.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 111-1995, del veintiseis de mayo de mil novecientos noventa y cinco.