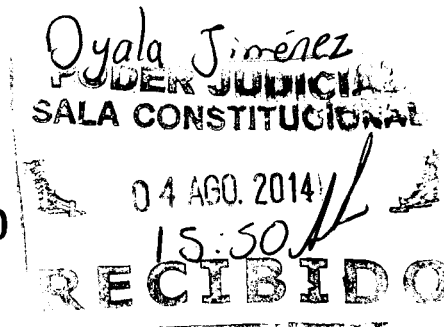


*Amicus Curiae*  
**Expediente N° 14-010687-0007-00**



**Re.: Consulta facultativa presentada por varios diputados en relación con el expediente legislativo No. 17.502, tramitada bajo el expediente No. 14-010687-0007-00**

*Margarita Matarrita*

S.DIREC 4AUG14 5:32PM

Señores Magistrados y Magistrada de la Sala Constitucional

Los Diputados y Diputadas abajo firmantes presentamos nuestras consideraciones en torno a los fundamentos principales en que se basa el escrito de Consulta Facultativa 14-010687-0007-00 ("Escrito de Consulta") sometido en el contexto de la discusión legislativa relativa al expediente N° 17.502, "Reforma Integral a la Ley No. 8634, Ley del sistema de Banca para el Desarrollo y Reforma a otras leyes", para su debida consideración durante el análisis de dicha consulta.

Para el beneficio de los Señores y Señora Magistrada, presentamos nuestros argumentos en el mismo orden en que se plantean en el escrito de consulta.

**1. Supuesta violación a los artículos 9, 168 y 188 de la Constitución Política**

Se indica en el escrito de consulta que la descripción del Sistema de Banca para el Desarrollo como un sistema sin la existencia de un ente que funja como centro de imputación de derechos y obligaciones, lo hace inviable e incompatible con la Constitución Política. En particular, indica que el sistema no es operativo si el Consejo Rector, que no tiene personería jurídica, debe realizar una serie de actos, como por ejemplo contrataciones. Además, señala que la Secretaría Técnica tiene personería jurídica meramente "instrumental" y sin competencia para realizar ciertos actos que se le adscriben al Consejo Rector.

Tenemos certeza de que la anterior afirmación es inexacta, habida cuenta que la Secretaría Técnica del SBD es el órgano ejecutor del Sistema, exactamente igual que como funciona el Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SINAES), de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 8256, del 2 de mayo del 2002:

"Artículo 1°- Reconócese el Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SINAES), creado por convenio entre las instituciones de educación superior universitaria estatal, al cual podrán adherirse las instituciones de educación superior universitaria privada. Se crea como órgano adscrito al Consejo Nacional de Rectores, con personería jurídica instrumental para la consecución exclusiva de los fines de esta Ley.

(...)"

De tal forma, no se da la alegada inconstitucionalidad, estando ya prevista tal situación en nuestro ordenamiento jurídico.

**2. No se encuentra normativa que responda al principio de rendición de cuentas, a pesar de que se crea un sistema que maneja fondos públicos, en violación al artículo 11 de la Constitución Política**

Se argumenta que la normativa es imprecisa y discrecional en este campo y se pone como ejemplo la supervisión prudencial por parte de la SUGEF y el CONASIF, así como el hecho de que la Secretaría Técnica está excluida del ámbito de la Autoridad Presupuestaria y de la Ley N° 8131.

En relación con el primer punto, la supervisión que se propone en el texto de la ley es una acorde con la naturaleza de las operaciones que estaría gestionando el Sistema de Banca para el Desarrollo, y en consonancia con las mejores prácticas internacionales. Contrario a lo que insinúa el escrito de consulta, el proyecto de ley propone una sujeción a controles de las autoridades que supervisan el sistema financiero. El artículo 5.f propuesto es claro:

"Una regulación prudencial, para los entes regulados por SUGEF, que tome en cuenta las características particulares de la actividad crediticia proveniente de Banca para el Desarrollo, todo conforme a las mejores prácticas internacionales y a los elementos señalados en el artículo 34 de esta Ley."

Así, se propone que la supervisión se haga a la medida, esto es, adaptándose a la realidad de las operaciones financieras que el sistema ofrece, en virtud justamente de la diferencia que existe entre las operaciones financieras comerciales o de la corriente principal del sistema financiero, y las que se tramitan dentro del ámbito del Sistema de Banca para el Desarrollo. Es importante tener presente que el otorgamiento de créditos se basa en aspectos comunes entre los que se destacan: Conocimiento del cliente, capacidad de pago, historial crediticio y garantías. En el caso de los créditos de Banca para el Desarrollo, estos elementos son completamente diferentes a los que deben ser tomados en cuenta en los créditos comerciales.

Por ejemplo, en el sistema tradicional bancario, el historial de pago es muy importante y de acuerdo con el índice que brinda la propia SUGEF, es el primer estudio que debe ser aplicado; si no se cumple con este primer requisito el crédito se deniega. En el caso de Banca para el Desarrollo, la mayoría de los clientes no cuenta ni siquiera con un historial, son beneficiarios que por lo general no han recibido ningún crédito.

Del mismo modo, la capacidad de pago no puede ser basada en elementos técnicos, como sucede con una empresa a la que se le pide un flujo de caja o estados financieros auditados entre otros. A una PYME para otorgar un crédito debe bastar en muchos casos con el conocimiento del cliente, como sucede en las

cooperativas de caficultores. En estos casos, el Gerente de la Cooperativa ya sabe si uno u otro caficultor paga a tiempo, si no tarda más.

Finalmente, los créditos tradicionales usan casi que de forma exclusiva o en una inmensa mayoría las denominadas "garantías reales", como la prenda o hipoteca. Para los créditos basados en el SBD, el propio proyecto en la mayoría de los casos es la garantía en sí. Es decir, es muy urgente y necesaria la existencia de una regulación especial y los personeros y encargados de la SUGEF que acompañaron la tramitación de la Ley que ahora se estudia fueron partícipes y aportaron las ideas necesarias para mejorar la regulación diferenciada existente (normativa 1510 de la SUGEF).

En cuanto a la exclusión del ámbito de la Autoridad Presupuestaria, ello es relativo. En efecto, el artículo 17 del proyecto de ley propone que el Consejo Rector y la Secretaría está excluidas de la Ley N° 8131, "excepto en lo correspondiente al trámite de aprobación de sus presupuestos, así como a lo ordenado en los artículos 57 y 94 y en el título X de dicha Ley." Por otro lado, no huelga recordar que la propia Ley antes citada establece la posibilidad de que algunas instituciones no se encuentren cubiertas por el ámbito de aplicación de la misma; en especial nos referimos al artículo 1 que indica: "Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los bancos públicos, excepto en lo correspondiente al trámite de aprobación de sus presupuestos, así como a lo ordenado en los artículos 57 y 94 y en el Título X de esta Ley."

Haciendo eco de esa normativa el legislador propone, tal como en derecho corresponde, equiparar el Sistema de Banca para el Desarrollo con los demás Bancos del Estado o Bancos públicos. Esto también ya ha sido así externado por la Procuraduría General de la República respecto del Banco Hipotecario de la Vivienda mediante el pronunciamiento C-096-87 del 7 de mayo de 1987, se concluye en lo que interesa:

"CONCLUSION: De acuerdo con lo expuesto, acerca de la aplicación o no al Banco Hipotecario de la Vivienda de las leyes objeto de la consulta, esta Procuraduría es del criterio, que respecto a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y la Ley de la Administración Financiera de la República, le son aplicables al referido banco, la primera en todo lo no previsto por la Ley del Sistema Financiero Nacional (sic) para la Vivienda o por sus reglamentos, con lo cual se le da a dicha Ley Orgánica una aplicación supletoria; y con relación a la segunda, sea la Ley de Administración Financiera de la República, no le sería aplicable únicamente en lo referente a los aspectos de la contratación administrativa.

Por su parte, en lo que toca a la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria y la Ley para el Equilibrio Financiero del sector público quedó claro que el ente bancario rector del Sistema Financiero para la Vivienda no se encuentra sujeto a dichos instrumentos jurídicos."

Tampoco queda claro, cuál puede ser la aparente violación al artículo 11 de la Constitución Política al hablar de la responsabilidad de los "funcionarios" y las personas físicas que ejerzan sus funciones en el Consejo Rector y la Secretaría Técnica, en el tanto estos no dejan de ser funcionarios por el hecho de la sustracción de esos cuerpos de la Ley N° 8131, como tampoco dejan de serlo los funcionarios del ICE, la CCSS y las universidades estatales, también excluidas del ámbito de aplicación de la Ley N° 8131. En realidad un aspecto muy importante para aplicar la mencionada exclusión de la aplicación del ámbito de la ley 8131 es la facilidad con que se contaría para contratar personal calificado y brindar un mejor servicio final al beneficiario.

También existe un principio de competencia, que ha sido valorado tanto por la Procuraduría General de la República como por esa Sala Constitucional; además, la Ley del Sistema Bancario Nacional establece la posibilidad de una movilidad horizontal entre funcionarios en aras de aprovechar mejor el capital humano y la capacitación ejercida entre los distintos entes del Sistema Bancario Nacional. En fin, no es descabellado pensar que el Sistema de Banca para el Desarrollo pueda contar con una normativa similar a la de los bancos en cuanto a su capital humano.

### **3. Supuesta violación al principio de conexidad, al crearse un impuesto mediante moción en una ley que pretendía realizar una reforma parcial pero que se extendió a una reforma integral, cuando no está contemplado en la exposición de motivos**

Es menester primero recordar cómo ha desarrollado la Sala Constitucional el principio de conexidad. Uno de sus fallos (Sentencia 17104-07) señala que "la garantía que proporciona el principio de conexidad para la protección tanto del derecho de iniciativa, como del derecho de enmienda, en el marco del procedimiento legislativo, atiende esencialmente, a la materia sobre la que versa el proyecto formulado originalmente". (Lo subrayado es nuestro).

No hay disposiciones en el proyecto de ley que no versen sobre la materia que trata desde sus orígenes: la reforma al Sistema de Banca para el Desarrollo. Es aceptado en el derecho parlamentario que se modifiquen, mediante una ley, otras leyes, siempre que no se viole el principio de inderogabilidad singular de la norma. Así, el texto propuesto contiene varias reformas legales, necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico a los cambios que se proponen y que no violenten el ordenamiento cuando la nueva ley irrumpa en la vida legal.

El artículo 60, en particular, modifica el artículo 59 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y viene a crear un impuesto que dota de fondos frescos al Sistema de Banca para el Desarrollo. Aun más, el artículo 60 es una disposición esencial para la reforma, puesto que hace cumplir con el principio de equilibrio presupuestario establecido en los artículos 176 y 179 de la Constitución Política. En efecto, el tope de 15 mil millones de colones se estableció utilizando estimaciones de las necesidades del Sistema.

La exposición de motivos claramente establece el propósito que llevó al legislador a modificar la Ley 8634: "Con la aplicación de la Ley N° 8634 y su Reglamento, se ha determinado la necesidad de realizar algunas modificaciones jurídicas que garanticen una efectiva implementación de los objetivos y fines de la Ley N° 8634, a la vez que se contribuye con el fortalecimiento del Sistema de Banca para el Desarrollo". (Lo subrayado es nuestro). Aun cuando sea evidente que inicialmente la reforma iría a ser parcial y finalmente resultó en una reforma integral, ello no impide considerar que el artículo 60 es consonante con la materia regulada en el proyecto de ley original.

#### **4. Supuesta violación al principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución Política**

- A. Art. 43 del proyecto de ley permite a las microfinancieras titularizar carteras de crédito, sin considerar las normas generales aplicables a todas las entidades financieras.

Esta norma establece que la SUGEVAL girará las reglas para que dichas operaciones se puedan dar, por lo que no se puede concluir necesariamente que las microfinancieras serán tratadas favorablemente *ex ante*.

- B. Art. 60 del proyecto de ley, que reforma el artículo 59 de la Ley de Impuesto sobre la renta<sup>1</sup>

En virtud de lo razonado en el voto de la Sala Constitucional 0316-93, según el cual la desigualdad es permitida dentro de lo objetivo y razonable, nos remitimos a la presentación que realizara el diputado Juan Luis Jiménez Succar en el plenario en fecha 5 de junio de 2014, que se copia textualmente:

"Preocupa lo indicado por el Departamento de Servicios Técnicos en su informe del 27 de marzo de 2014 (pág. 25) respecto de una eventual violación al principio de igualdad en el tratamiento tributario consignado en el artículo 60, el cual reforma el artículo 59 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Por ello, los legisladores quisiéramos dejar consignada en el acta cuál fue la voluntad del legislador respecto de la diferencia en el tratamiento tributario entre las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero, las entidades financieras nacionales y las entidades financieras extranjeras que no formen parte de un conglomerado financiero.

Se lee en el artículo que las operaciones de préstamo entre personas costarricenses y entidades bancarias extranjeras estarán gravadas con

<sup>1</sup> Las referencias que se consignan en los incisos 7 y 11 de la modificación propuesta al artículo 59 están erradas. Se presentó una moción de orden, debidamente justificada, para que se corrijan.

un 15% y las operaciones de préstamos entre personas costarricenses y entidades bancarias extranjeras que formen parte de un conglomerado costarricense estarán gravadas también con un 15%, pero de forma gradual: el primer año de vigencia de la ley, con un 5,5%, el segundo año, con un 9%, el tercer año, con un 13% y a partir del cuarto, con el 15%. Por último, las operaciones de préstamo entre entidades bancarias nacionales y bancas extranjeras estarán gravadas con un 5,5%.

En el primer caso, se trata de operaciones que en la actualidad no están gravadas del todo. Los contribuyentes (entidades bancarias extranjeras), además, no tienen las mismas cargas que tienen las entidades bancarias nacionales, tales como cargas sociales, cargos contributivos diversos, encaje legal relativamente alto, etc.

En el segundo caso, se trata de contribuyentes que en la actualidad pagan USD 125.000 al año de impuesto, en virtud del artículo 61bis (que la ley deroga y reemplaza con este impuesto). Además, es un trato temporalmente diferenciado.

Por último, el contribuyente nacional, como se indicó arriba, tiene cargas que son comparativamente pesadas, y por lo tanto no podría competir con su par extranjero si se le impone el mismo impuesto del 15%."

#### **5. Violación supuesta a los artículos 33 y 34 de la Constitución Política, al establecer en el Transitorio V la aplicación retroactiva de la ley.**

El primer párrafo del transitorio V<sup>2</sup> establece un período de seis meses dentro del cual las operaciones que estén en vigor al momento de entrada en vigor de la ley no estarán sujetas al impuesto creado en el artículo 60. Pasado ese período, entrará en vigor el nuevo impuesto a las operaciones vigentes.

Dos razones respaldan la validez del transitorio. La primera es que el hecho generador del impuesto es la respectiva cuota, comisión o tasa sobre la cual recae el impuesto, y no el contrato de crédito correspondiente. Por tal razón, la norma no estaría siendo aplicada de manera retroactiva. En segundo lugar, la exoneración, o la no sujeción, de un impuesto no constituye derecho adquirido.

El segundo párrafo, según la consulta, violaría el principio de igualdad. El segundo párrafo no tiene una aparente utilidad en la ley, por lo que se podría eliminar.

#### **6. Supuesta violación al artículo 182 de la Constitución Política porque el artículo 21 del proyecto de ley permite la contratación directa para dar en administración el fideicomiso**

---

<sup>2</sup> La referencia al inciso c del artículo 23 de la Ley de Impuesto sobre la Renta en el primer párrafo del Transitorio V está errada. Se presentó una moción de orden, debidamente justificada, para corregirla.

Yerra el escrito de consulta porque omite referirse al artículo 2.c de la Ley de Contratación Administrativa, según el cual la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público queda excluida de dicha Ley. El artículo 21, que establece que el Consejo Rector elegirá al Banco administrador del FINADE de manera discrecional, señala que la selección deberá seguir criterios "de oportunidad, conveniencia, razonabilidad y racionalidad".

#### **7. Violación de los artículos 49, 67, 176 y 17 de la Constitución Política en lo referente al uso de fondos del Instituto Nacional de Aprendizaje (INA)**

A este respecto nos remitimos al oficio PE-479-2014 que presentara el INA el 19 de junio de 2014 y que adjuntamos al presente escrito. En dicho oficio se presentan propuestas de modificación que podrían ser de utilidad para el análisis constitucional de los argumentos presentados en la consulta.

#### **8. Supuesta violación al principio de inderogabilidad singular de la norma en virtud del artículo 43 del proyecto de ley**

Esta norma establece que la SUGEVAL girará las reglas para que dichas operaciones se puedan dar, por lo que no se puede concluir *ex ante* que las normas serán violatorias de la legislación vigente en la materia.

#### **9. Supuesta violación al principio de seguridad jurídica por no establecer expresamente que se trata de una reforma integral de la Ley N° 8634**

Sobre este particular tampoco llevan razón los consultantes, habida cuenta que es sabido que tanto la derogación como la reforma integral de una norma tienen como función dejar sin efecto el deber ser de la norma, expulsándola del ordenamiento, en el caso de la derogación, o bien sustituyendo integralmente su texto, en el segundo caso.

Ahora bien, en la derogación el legislador determina de manera precisa el o los artículos que retira del ordenamiento, por lo que no se hace necesaria ninguna interpretación, ya que simplemente se cumple una función de exclusión desde el momento que así se establezca; en el segundo caso –la reforma integral– la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua, procurando adecuarse mejor a la vida social de la época, a la vez que se responde mejor al ideal de justicia, que torna válida la aplicación de la nueva ley que hace la reforma integral.

En este orden de ideas, la reforma integral no siempre debe ser expresa, pues para ello basta confrontar el nuevo texto con el resto del ordenamiento, de tal forma que la reforma integral tácita es admisible, en tanto de esta surge la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua que fueron reformadas, manteniéndose las disposiciones de todas las normas que no resulten contrarias a la expedida con ulterioridad.

Así las cosas, no habría ningún vicio de inconstitucionalidad en el simple hecho de omitir que expresamente se trata de una reforma integral, tal y como lo pretende hacer los consultantes.

Dejamos planteada de esta forma nuestra posición respecto de la consulta, solicitándoles a los Señores y Señora Magistrada resolver de conformidad.

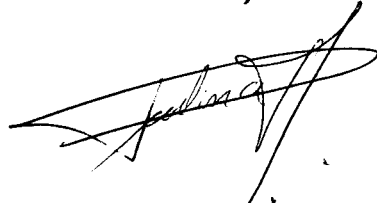
San José, 4 de agosto del 2014.

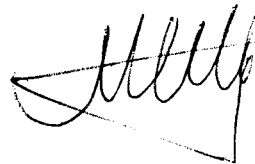
  
Rolando González U.

  
D. Jiménez P.

  
Danny Hayling C.







  
Sandra P...

  
CARLOS ARGÜEZ