

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024

Señora
Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financieras

Señora
Hazel Valverde Richmond
Gerente
Banco Central de Costa Rica

Estimadas señoras:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero al oficio n.º GER-0038-2023/SGF-0361-2023, del 13 de febrero de 2023, que suscriben de forma conjunta, en cuya virtud se le plantean a la Procuraduría General de la República una serie de preguntas relacionadas con los Proveedores de Servicios de Pago (PSP) afiliados al Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE) y las competencias legales en la materia del Banco Central de Costa Rica (en lo sucesivo, BCCR o el Banco Central) y la Superintendencia General de Entidades Financieras (en adelante, SUGEF o la Superintendencia).

Concretamente, se formulan las siguientes interrogantes:

"- ¿Cuál es el alcance de actuación lícita de los proveedores de servicios de pago, de frente a las actividades que las leyes reservan a cierto tipo de entidades financieras supervisadas (bancos comerciales, cooperativas de ahorro y crédito, mutuales)?

- ¿Podría considerarse que la operación actual de los proveedores de servicios de pago invade actividades comerciales reservadas por ley a entidades financieras supervisadas?

- ¿Pueden los proveedores de servicios de pago utilizar cuentas de fondos o cuentas de expediente simplificado (CES) para la realización de sus actividades?

- ¿Es deber del Banco Central ejercer la debida diligencia (Ley 7786) a las empresas del artículo 15 y 15 bis a las que ha autorizado cuentas de fondos en el SINPE, para operar como proveedor de servicios de pago, dado que, al no

pasar esos fondos por el sistema financiero, quedan fuera de toda supervisión en esa materia?

- Puede el Banco Central ampliar el espectro para realizar operaciones en el Sistema de Pagos a otro tipo de empresas no supervisadas por ninguna superintendencia?

- ¿Cuál es el alcance de las competencias de la Sugef con respecto a la captación de recursos del público con fines de administración y no de intermediación financiera? ¿Hasta qué punto pueden ser limitadas las actividades de los proveedores de pago por parte de la Sugef y el Conassif?

- ¿Es la captación de recursos de terceros con fines de administración para la realización pagos, una actividad limitada únicamente para las entidades que están sujetas a la supervisión financiera de la Sugef en atención a la Ley Orgánica del Banco Central?

- ¿Se limitan las competencias de Sugef, para todas aquellas entidades que no captan fondos con fines de intermediación sino con fines de administración o de proveer servicios de pago, a la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos? ¿Qué alcance tiene esta competencia?

- ¿Puede la Sugef, para fines de artículo 15 y 15 bis de la Ley 7786 imponer requisitos para acceder al Sinpe?

- ¿Puede la Sugef, para fines de artículo 15 y 15 bis de la Ley 7786, exigirle al Banco Central que supervise en las cuentas del Sinpe la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva?''.

I. ANTECEDENTES

Para un mejor abordaje de los temas que se someten a nuestra consideración, de forma que se facilite la comprensión de lo que se expondrá, habida cuenta de la complejidad y novedad que revisten, es oportuno hacer a continuación una breve reseña a modo de antecedentes, de ciertas variables a tomar en cuenta que contribuyan a contextualizar en sus justos términos las inquietudes anteriores.

A. LAS DISCREPANCIAS DE CRITERIO ENTRE EL BCCR Y LA SUGEF EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO REGULATORIO A LOS PSP VINCULADOS AL SINPE

En el aludido oficio n.ºGER-0038-2023/SGF-0361-2023 se deja constancia de una discrepancia de criterio por el fondo, entre el Banco Central y la Superintendencia, que se busca dilucidar con las preguntas recién transcritas, sobre cómo debería abordarse jurídicamente el fenómeno de las PSP de base tecnológica –que forman parte del sector denominado Fintech, cuestión que se analizará más adelante– desde la perspectiva de las competencias que el ordenamiento jurídico le confiere a cada una de las instituciones consultantes, con la particularidad adicional, que una es un órgano de desconcentración máxima de la otra. Lo anterior a partir, según se explica en el mismo oficio, de modificaciones recientes efectuadas al Reglamento del Sistema de Pagos –emitido por la Junta Directiva del Banco Central conforme al artículo 6-I del acta de la sesión n.º5702-2015 del 30 de setiembre del 2015 y reformado integralmente por el artículo 9 de la sesión n.º6016-2021 del 4 de agosto del 2021– que ha hecho posible para los PSP, que no son entidades financieras supervisadas por superintendencia alguna, el utilizar la plataforma tecnológica provista por el SINPE, para operar mediante lo que dicho reglamento denomina “*cuentas de fondos*” e incluso, permite la asignación de un número internacional de cuenta bancaria (IBAN, por sus siglas en inglés¹).

Para la SUGEF, esta circunstancia ha permitido a esas empresas brindar servicios reservados por ley a entidades financieras supervisadas, como recibir dinero en depósito en cuenta de ahorro o cuentas corrientes, bajo el argumento de que se está en presencia de administración de fondos de terceros, con lo que no se infringiría el ordenamiento jurídico. Empero, a su parecer, los PSP no se limitan a usar la plataforma del SINPE como medio de pago de sus clientes (por ejemplo, para realizar una remesa), sino que reciben los recursos por períodos ilimitados de forma similar a las figuras contractuales de la cuenta corriente o cuenta de ahorros a la vista bajo el mecanismo de aportes y débitos, “*manteniendo los fondos y las cuentas de los clientes, fuera del ámbito de regulación para que sea el mismo cliente, quien “administre” sus recursos, realice transferencias, pagos, etc., cuando lo desee o, bien que reciba fondos de cualquier otra cuenta que tenga la denominación de IBAN, sea esta cuenta nacional o extranjera*”.

Mientras que el Banco Central considera la actividad de los PSP como captación de recursos de terceros para su administración y para la realización de pagos electrónicos, pero no como captación de recursos con fines de intermediación financiera; razón por la cual no requieren autorización de la SUGEF para operar y solo quedan sujetos a su supervisión en materia de prevención de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y a la

¹ *International Bank Account Number.*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 4

proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos, conforme a los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (n.º7786 del 30 de abril de 1998) y el artículo 6 de la Reglamentación a los artículos 15 *bis* y 15 *ter* de dicha ley (Decreto Ejecutivo n.º41016-MP-MH-MSP-MJP del 10 de abril de 2018).

La Superintendencia afirma tener claro que, de hallarse en presencia de intermediación financiera, lo procedente sería interponer la denuncia ante el Ministerio Público; de ahí que su cuestionamiento vaya dirigido a *"la realidad económica"* de esa captación de recursos para administración o para proveer servicios de pagos que estima es la misma que llevan a cabo los bancos y demás entidades financieras autorizadas por ella, de acuerdo con las competencias que le fueron asignadas por los artículos 116 y 156 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (n.º7558 del 3 de noviembre de 1995) – en adelante, LOBCCR o Ley n.º7558– bajo un esquema de supervisión técnica y prudencial muy intenso.

Por su parte, el BCCR considera que el ámbito de supervisión al que se refiere las normas indicadas y limita la acción de la Superintendencia, está circunscrito a aquella captación de recursos financieros del público cuya finalidad es la intermediación financiera *"y esa limitación genera seguridad jurídica"*.

La SUGEF añade que los clientes que utilizan estas cuentas al amparo de una plataforma provista por el Banco Central y bajo la exclusiva supervisión de ese órgano en materia de prevención de legitimación de capitales, asumen todos los riesgos (financieros, liquidez, solvencia, protección del consumidor financiero, incluyendo protección de datos), pues las empresas que les prestan los servicios carecen de licencias o autorizaciones especiales para proteger el ahorro de esos clientes y para evitar riesgos propios del sistema financiero nacional; motivando una serie de advertencias y requerimientos de la Superintendencia al BCCR, con el fin de coordinar la regularización de actividades que, a su entender, exceden el ámbito de acción de la simple provisión de pagos y también el control idóneo que impida a los PSP realizar operaciones al margen del ordenamiento jurídico aplicable, si bien reconoce que la provisión de servicios de pago aún no es objeto de regulación mediante un marco legal especial en nuestro país.

El Banco Central rebate que es el único competente para emitir la regulación de todo lo referente al sistema nacional de pagos y, en especial, del SINPE, según lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley n.º7558, por lo que la SUGEF no puede imponer regulaciones que implícitamente limiten el acceso y uso de dicha plataforma. Y si bien este último órgano no pone en duda esa competencia del BCCR, sí afirma tener la obligación legal de velar por que en el territorio nacional no operen personas físicas o jurídicas que realicen operaciones

de intermediación financiera, intermediación cambiaria y captación de recursos; con lo que le surge la inquietud de las personas jurídicas que usando el SINPE, están realizando operaciones en "cuentas de fondos" reservadas para ser prestadas por los bancos y por otro tipo de intermediario financiero, quienes pueden realizar esas operaciones dado que cuentan con la supervisión, fiscalización y control de la Superintendencia, deben cumplir con toda la normativa prudencial, suministro de información, requerimientos mínimos de capital, manejo de riesgos y demás requerimientos impuestos a todo intermediario financiero, pero que en el caso de los PSP, "se carece de todo tipo de control, poniendo incluso en riesgo los recursos de todos aquellos clientes de esas empresas".

Una vez expuestas las posiciones discrepantes de las instituciones consultantes, conviene aclarar desde ahora que, tanto estas posturas, como las que se reseñarán en las páginas siguientes para su debida valoración en este pronunciamiento, lo son sin perjuicio de su tenor literal.

B. LOS DICTÁMENES JURÍDICOS INSTITUCIONALES

En atención a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (n.º6815 del 27 de setiembre de 1982), tanto la SUGEF, como el BCCR aportan sendas opiniones legales que sirven de fundamento a sus respectivas posiciones, si bien, ninguna de las dos procede a responder de forma individualizada las preguntas planteadas al inicio.

1. OFICIO N.ºSGF-DAJ-0010-2023 DEL 31 DE ENERO DE 2023 DE LA DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA SUGEF

El criterio inicia con una revisión de la normativa pertinente, citando en primer lugar, la Ley n.º7786, cuyo alcance es regular y sancionar cierto tipo de actividades de índole financiera, con el fin de evitar la legitimación de capitales y las acciones que puedan servir para financiar actividades terroristas, en los términos de los artículos 14, 15 y 15 *bis*, de forma que el legislador consideró que las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo tales actividades deben inscribirse ante la SUGEF "para ser supervisadas **exclusivamente** en materia de legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo". Luego hace referencia a la reforma que el Decreto Ejecutivo n.º39000-MP-SP-JP-H-S del 22 de abril de 2015 hizo al *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada* (Decreto Ejecutivo n.º36948-MP-SP-JP-H-S del 8 de diciembre de 2011), fruto de una labor de coordinación del Banco Central con el Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), mediante la adición de un artículo 16 *bis*, en que se establecen las Cuentas de Expediente Simplificado (CES) y se crea un padrón de cuentas, para simplificar la documentación solicitada con la apertura de cuentas de entidades financieras supervisadas por la SUGEF, con el fin de lograr

una mayor inclusión financiera, pues se simplifica la diligencia debida que debe realizarse previamente a su apertura para aquellas personas físicas que tengan un perfil de riesgo bajo. El artículo 16 *bis* también faculta al BCCR a reglamentar y definir en su normativa interna la estructura, características y demás condiciones de apertura y funcionamiento de las CES y llevar el padrón de estas cuentas. Para el criterio reseñado, las entidades financieras a las que alude dicho precepto deben operar dentro del ámbito de actividades permitido por el ordenamiento jurídico, sin que una norma reglamentaria pueda habilitar o autorizar a una determinada empresa, financiera o no financiera, a desarrollar actividades que requieren una autorización legal y administrativa de la cual carece o que escapan del ámbito dentro del cual puede lícitamente actuar en sus actividades mercantiles o civiles. Después hace referencia al Reglamento del Sistema de Pagos (n.º5702-2015), cuyo Libro XXXVI –aprobado por la Junta Directiva del Banco Central en la sesión 5825-2018, artículo 6, del 2 de mayo de 2018– regula lo relativo al Padrón Único de Cuentas (PUC), consistente en el registro centralizado de la totalidad de cuentas de fondos abiertas a sus clientes por parte de los afiliados al SINPE y en su capítulo IV las CES, que define como las cuentas de fondos que pueden abrirse a las personas físicas mediante un trámite simplificado (artículo 476). Refiere que, según el artículo 477 del mismo reglamento, la emisión de cuentas de este tipo corresponde únicamente a las **entidades financieras supervisadas** (bancos, mutuales, entidades financieras no bancarias, cooperativas de ahorro y crédito, asociaciones solidaristas, entre otras), conforme al artículo 14 de la Ley n.º7786, es decir, entidades financieras que son supervisadas por alguna de las superintendencias adscritas al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). Con mención adicional a los artículos 478 y 479 del mismo reglamento, señala que la creación de las CES con el decreto n.º39000-MP-SP-JP-H-S no constituyó una modificación innovadora o modificadora de los tipos contractuales e instrumentos negociales que las entidades financieras tradicionalmente utilizan en su giro comercial, tan solo que la apertura de cuentas tradicionales sería, en adelante, más sencillo, pues les permite abrir cuentas con menor cantidad de requisitos, que según su régimen jurídico pueden mantener fondos a la vista, exigiendo una cantidad menor de documentos y requisitos al cliente titular de la cuenta.

Luego se refiere al tratamiento que el Reglamento del Sistema de Pagos da a la "*cuenta de fondos*", cuyo común denominador refiere a cualquier cuenta en la cual los fondos (recursos pecuniarios) se mantienen a la vista y operan bajo un sistema de débitos y créditos; resaltando que solamente ciertas entidades autorizadas por ley pueden lícitamente mantener fondos a la vista en una cuenta. Otras observaciones que hace a la aludida regulación es que menciona a las *cuentas virtuales* y *cuentas electrónicas*, pero no las define, ni precisa; que se indica que las cuentas de fondos son administradas por los *afiliados* al SINPE, definidos en el artículo 3 (asociados), al igual que los conceptos de *organizadores de mercados* (artículo 5) y PSP (artículo 6). Refiere, respecto a esta última figura, que la norma los obliga a inscribirse ante la SUGEF a efectos de cumplir con los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 y que el artículo 25 del Reglamento del Sistema de

Pagos permite asignar el identificador IBAN –emitido por la *Society for World Interbank Financial Telecommunication* (SWIFT) para facilitar, según explica, la automatización del procesamiento de transacciones de pagos transfronterizos– a productos o servicios financieros, "pero también a servicios que puedan ser provistos por asociados o proveedores de pagos en los términos permitidos por las cuentas de fondos reguladas por este reglamento, lo cual incluye tanto servicios o productos bancarios, y en general, aquellos que pueden brindar entidades financieras supervisadas, como otros que no son provistos por estas entidades, sino por empresas comerciales no sujetas a una regulación especial, y que además sus actividades no están sujetas a una autorización previa, ni a regulación, ni a supervisión financiera ni a ningún tipo de encaje, reserva, requerimiento de capital, rendición de cuentas ni suministro de información financiera, por ningún órgano estatal". Adicionalmente, menciona otros aspectos del Reglamento del Sistema de Pagos relacionados con el SINPE, como el Servicio de Cuentas de fondos (artículo 60), la Prestación de servicios (artículo 8), cumplimiento del marco regulatorio (artículo 10), comunicación por el BCCR de incumplimientos de un afiliado al respectivo organismo supervisor para que realice la investigación pertinente (artículo 47) y la responsabilidad del Banco Central en la vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica que operen en el país (artículo 56).

A partir del recuento normativo anterior, la División de Asesoría Jurídica sostiene que las modificaciones efectuadas al *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada* y al Reglamento del Sistema de Pagos, "posibilitó que empresas dedicadas (sic) a la actividad remesera y de servicios de pagos, vincularan sus servicios a la plataforma tecnológica del SINPE" y si bien, considera que ello no roza con el ordenamiento jurídico, la ausencia de normas idóneas, a su entender, da lugar para que realicen actividades que la ley reserva exclusivamente a entidades financieras supervisadas por alguna de las Superintendencias, situación de la cual emergen una serie de riesgos legales, económicos, operativos y reputacionales (entre otros) no solo para dichas empresas, sino también para el mismo Banco Central y los órganos de supervisión financiera, aparte de que la omisión en esa labor de control y fiscalización podría generar, en su opinión, responsabilidad administrativa en caso de materializarse los riesgos enunciados, con daño o perjuicio para los intereses o derechos de particulares o bien al interés público. Y en ese sentido advierte de que *"han sido detectadas irregularidades"* de algunos PSP afiliados al SINPE, cuya operación no se limita a ejecutar una orden de pago o de envío de dinero según la instrucción de su cliente, pues aprovechan que se les asigna a sus clientes cuentas de fondos identificadas con un número IBAN (específicamente CES) y las utilizan mediante la plataforma provista por el SINPE para recibir recursos y mantener fondos a la vista de manera indefinida en esas cuentas, como si se tratara de una cuenta de ahorro a la vista o una cuenta corriente; facilitando al cliente tener siempre un reporte del saldo en su cuenta de fondos y que *"administre"* sus recursos, realice pagos cuando lo desee o reciba fondos

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 8

de cualquier otra cuenta IBAN a esa misma cuenta. Con lo cual, estima que operan como si tuvieran autorización legal para captar recursos mediante depósito en cuenta corriente o cuenta de ahorros a la vista, negocio jurídico que solo pueden ofrecer los bancos comerciales o algunas entidades supervisadas habilitadas por ley (como las cooperativas de ahorro y crédito), lo que califica como una violación flagrante y una "actuación ilícita", que no debe ser tolerada por las instituciones u órganos públicos con competencias legales para supervisar esas materias. Indica igualmente que ninguna de las disposiciones reglamentarias mencionadas puede modificar la competencia legal de la Superintendencia dada por la Ley n.º7786 o la operación del Sistema Nacional de Pagos; ni su función supervisora; como tampoco abrir la posibilidad de que empresas que desarrollan labores no financieras realicen apertura de cuentas con fondos a la vista, sin ningún tipo de control financiero ni de otro tipo. De ahí que afirme que solo las entidades financieras supervisadas pueden abrir CES y que el BCCR no debería permitir que los PSP las utilicen sin estar autorizados previamente por una ley, ya que la captación de recursos en cuentas de ahorro a la vista, cuentas corrientes o comisiones de confianza –y a tales efectos, explica los rasgos principales de estos contratos, su regulación con mención a nuestro pronunciamiento OJ-042-2003, del 10 de marzo, la intermediación financiera y la naturaleza del depósito bancario– están reservadas a cierto tipo de entidades financieras que en razón "*de los riesgos implícitos en su actividad, tanto frente los derechos e intereses de los ahorrantes e inversionistas, como respecto de la seguridad, solidez y estabilidad del sistema financiero, están sujetas un régimen jurídico especial e intenso que permea en toda su actividad comercial, régimen que ha sido dispuesto por leyes de orden público, habida cuenta del interés público en que su actividad concreta, como el Sistema Financiero en general, mantengan estabilidad, solidez y seguridad. En su mayoría, estas entidades financieras son objeto de la supervisión de órganos técnicos y especializados*".

Por fin, la División de Asesoría Jurídica es del criterio que las actividades de los PSP deben ser regularizadas por el BCCR conforme a ciertos lineamientos generales que enlistan, entre otros: que los servicios de pago vinculados al SINPE sean a través de una cuenta que sólo les permita efectuar pagos, sin exceder de aquellos montos estrictamente necesarios para ejecutar los pagos requeridos por el cliente bajo sanción de ser suspendidos de la plataforma tecnológica; la recepción de fondos puede darse para ejecutar pagos o remesas de inmediato o en un tiempo razonablemente corto, por lo que no pueden permitir a sus clientes mantener fondos a la vista; ni reconocer intereses, ni brindar servicios distintos al pago o remesas y los clientes no pueden recibir fondos de parte de terceros a estas cuentas.

Con base en todo lo anterior, la referida opinión legal emite las siguientes conclusiones:

"- Los proveedores de servicios de pago vinculados al SINPE, no están habilitados por el ordenamiento jurídico para que sus clientes tengan cuentas

de fondos a la vista, como si fueran cuentas de ahorro o cuentas corrientes. Ni tampoco esos proveedores pueden realizar actividades reservadas por leyes especiales a entidades bancarias y financieras, cada una según su especial régimen jurídico.

- Ni el reglamento ejecutivo de la Ley 7786, ni la normativa reglamentaria emitida por el Banco Central de Costa Rica constituyen una habilitación jurídica para que los proveedores de servicios de pago vinculados al SINPE, puedan incurrir en actividades reservadas por ley de orden público a las entidades financieras supervisadas, según lo expuesto.

- El Banco Central de Costa Rica, en ejercicio de sus competencias legales en materia de sistema de pagos, debe procurar y garantizar que los proveedores de servicios de pago vinculados al SINPE realicen sus actividades dentro del ámbito permitido por el ordenamiento jurídico, lo cual implica efectuar los cambios y ajustes pertinentes, legales, normativos y tecnológicos, para evitar que realicen actividades reservadas a empresas financieras supervisadas”.

2. OFICIO N.º CJAJ-002-2023 DEL 8 DE FEBRERO DE 2022 DE LA DIVISIÓN ASESORÍA JURÍDICA DEL BCCR

Por su parte, la División de Asesoría Jurídica del Banco Central inicia su análisis diferenciando los conceptos de “captación de recursos de terceros” frente al de “administración de recursos del público”, a efectos de determinar los alcances de las competencias de la SUGEF y de CONASSIF respecto a la regulación de los PSP o Fintech y si el BCCR debería limitar el que se puedan conectar al SINPE en los términos definidos por dicho ente. A este respecto sostiene que, para la Superintendencia, el único tipo de captación legal que permite nuestra legislación, en particular, el artículo 156 de la LOBCCR, es la que se realiza con fines de intermediación financiera, la cual es autorizada y supervisada por ella. Por ende, para la SUGEF –sigue indicando– la captación pura y simple de recursos del público con fines de administración no está autorizada, pues dicho órgano entiende que esa actividad no puede ser separada de la intermediación financiera definida en el artículo 116 de la citada ley. Empero, el criterio legal bajo estudio afirma que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición de “captación de recursos del público” como tal; para lo que acude al sentido literal del término “captación” del diccionario de la Real Academia Española y brinda así una noción en materia financiera que la entiende como la obtención o percepción de recursos financieros, en particular, dinero, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley n.º7558 y lo señalado por la SUGEF, se refiere a todo tipo de recurso financiero, abarcando actividades muy variadas, desde la percepción de honorarios profesionales, pagos por servicios brindados, pagos por bienes vendidos, donaciones dinerarias para causas benéficas, encomiendas, diezmos, colaboraciones, cuotas

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 10

para actividades públicas y privadas, hasta la captación con fines de intermediación financiera. Con cita de los artículos 115, 116, 118 y 119 de la LOBCCR señala que la actividad de "captación de recursos del público" que le compete supervisar y fiscalizar a la SUGEF es únicamente la relacionada con intermediación financiera y es solo respecto a las entidades públicas y privadas que la realizan sobre las que cuenta con la potestad para autorizar su operación. Por lo que sostiene que el legislador no se está refiriendo a cualquier captación de recursos del público, sino a la captación de recursos financieros del público realizada de forma habitual y con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario (como si fueran sus propios recursos), 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. A su parecer, la "finalidad de la captación (para intermediación financiera) es la que limita expresamente el ámbito de acción de la Superintendencia y esa limitación genera seguridad jurídica". Por ello cuestiona que el artículo 156 de la Ley n.º7558 se utilice para ampliar ilimitadamente las competencias autorizadora, supervisora y fiscalizadora de la SUGEF a cualquier tipo de captación de recursos del público, independientemente de su finalidad, más allá de la intermediación financiera que es autorizada por dicho órgano o de las operaciones cambiarias a que alude el artículo 86 de la misma LOBCCR; mientras que sobre la referencia que el mismo artículo 156 hace a la captación de recursos de terceros como un tipo aparte de captación, no dice nada en relación a quien las autoriza. Menciona el dictamen C-013-2001, de 19 de enero, en el que la Procuraduría determinó que el precepto dicho resulta inaplicable para amparar la competencia de la Superintendencia y añade con fundamento en otros dos pronunciamientos nuestros (los dictámenes C-209-2000, de 4 de setiembre y C-236-2005 de 27 de junio), lo siguiente: "La captación de recursos de terceros, a cualquier título (personal o de terceros) sin autorización, no se puede entender que siempre se realiza con fines de intermediación financiera, pues los demás fines son no solo excesivamente amplios, sino que escapan a la naturaleza misma de un supervisor financiero. La norma no puede interpretarse de forma aislada, sino en conjunto con el resto de la (sic) competencias y respetando las libertades constitucionalmente establecidas. No toda captación de dinero requiere ser autorizada por la SUGEF, solo la que tiene como finalidad la intermediación financiera". Asimismo, advierte que la interpretación de la Superintendencia puede generar una gran inseguridad jurídica, con repercusiones financieras y económicas sumamente relevantes, no solo para el sector de servicios de pago y la administración de recursos de terceros, sino también para la actividad comercial y privada, sea Fintech o no, al implicar que toda actividad de recepción de recursos del público, independientemente de su finalidad (financiera o no), tendría que estar bajo la supervisión de dicho órgano para ser considerada una actividad legal, lo que podría considerarse como una omisión de sus competencias legales, al no haberlas ejercido oportunamente, con el consiguiente riesgo legal y reputacional para la misma SUGEF, al igual que para el CONASSIF y el Banco Central. En su lugar, entiende la administración de recursos de terceros, sin que medie intermediación financiera, como una manifestación del ejercicio del contrato de mandato (artículos 1251 y siguientes del Código

Civil); en el que el administrador no utiliza los recursos confiados como si fueran propios (como sí sucede en la intermediación financiera), sino conforme el contrato pactado y explica que en el caso de un PSP, la captación que realiza de los fondos de sus clientes es para realizar pagos en nombre y por cuenta del dueño del dinero y no en nombre y por cuenta propio, concluyendo que el servicio prestado no es de intermediación financiera, sino de pago.

Después, el aludido criterio legal analiza las competencias de la Superintendencia de acuerdo a los ya mencionados artículos 15 y 15 *bis* de la n.º7786, a la que le compete, por medio del CONASSIF, las siguientes tareas: "1) *Levantar el registro de las personas físicas o jurídicas que realicen las actividades citadas en los artículos 15 y 15 bis de la Ley 7786.* 2) *Dictar las normas prudenciales por medio de las cuales las personas referidas en los artículos 15 y 15 bis transcritos realizarán los controles relacionados con la Ley 7786 respecto de la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos.* 3) *Velar porque las disposiciones prudenciales indicadas, además de las legales, apliquen de manera obligatoria a los sujetos obligados por los artículos 15 y 15 bis de la Ley 7786; y conforme al alcance que sea compatible a estos sujetos, de acuerdo con su respectiva naturaleza.* 4) *Velar porque no operen, en el territorio costarricense, personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación que, de manera habitual y por cualquier título, realicen **sin autorización** actividades como las indicadas en los artículos 15 y 15 bis de la Ley 7786. Cabe aclarar que esta autorización no la emite ese órgano desconcentrado sino que más bien parece estar cubierta por el principio de Autonomía de la Voluntad, debido a que no se trata de actividades prohibidas por el ordenamiento jurídico.* 5) *Respecto de los presuntos infractores, tiene facultades de inspección que le corresponden según la ley 7786, exclusivamente en cuanto a la materia de prevención y control de la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.* 6) *También velará porque los emisores y operadores de tarjetas (art. 15, literal f) y los sujetos obligados que otorguen cualquier tipo de facilidad crediticia, cuando realicen esta actividad bajo los parámetros y las definiciones que determine reglamentariamente el Conassif, ante propuesta de la Sugef (art.15bis, literal g), no realicen intermediación financiera en los términos dispuestos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley 7558.* 7) *Enviar en consulta la normativa prudencial correspondiente de previo a su emisión.* 8) *Emitir resolución administrativa (entendida como acto debidamente fundado) para separarse de la opinión de los sectores regulados sobre la normativa consultada.* 9) *Según el artículo 25 de la Ley 7786, la Sugef tiene competencia disciplinaria sobre los sujetos registrados".* Agrega que, si la Superintendencia halla elementos probatorios suficientes en su proceso de registro de los sujetos obligados por los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley 7786 y en su posterior supervisión, de que ellos realizan intermediación financiera no autorizada, debe proceder conforme a lo dispuesto en la LOBCCR y cita nuestro pronunciamiento OJ-073-2019, del 30 de julio. Señala también que los artículos 6 y 7 de la Reglamentación a los artículos 15 bis y 15 ter de la referida Ley (Decreto Ejecutivo n.º41016-

MP-MH-MSP-MJP) no dicen nada sobre la autorización de otras actividades de captación de recursos distintas a las destinadas a la intermediación financiera y más bien, reafirma que la SUGEF se encuentra obligada a realizar labores de supervisión y control respecto de la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos y sobre intermediación financiera ilegal en los casos taxativamente dispuestos por la Ley n.º7786.

Por otro lado, afirma que la SUGEF en conjunto con el CONASSIF son mutuamente responsables por la razonabilidad de los requisitos que pidan a los PSP sujetos a la regulación de los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 y a las demás Fintech en general; mientras que con arreglo al artículo 69 de la LOBCCR, solo la Junta Directiva del Banco Central tiene potestad legal para decidir quién y cómo participa en el SINPE, lo que hace por medio de su competencia regulatoria específica y especial sobre el sistema de pagos costarricense, recalcando de que no se trata de una competencia desconcentrada por la Ley n.º7786. Aclara que, con respeto a la legalidad y el derecho fundamental de libertad de comercio, el BCCR ha permitido que los PSP y las empresas Fintech participen en el SINPE, siguiendo al efecto las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su informe económico titulado "*Estudios Económicos de la OCDE: Costa Rica*", de julio de 2020, según se establece en el artículo 6 del Reglamento del Sistema de Pagos. Esta norma se sustenta en que los PSP y los administradores de recursos de terceros captan recursos para fines distintos a los de intermediación financiera, por lo que no requieren autorización de la SUGEF para operar como intermediarios financieros y respeta las competencias propias de la SUGEF y del CONASSIF conferidas por los citados artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º 7786; puntualizando que ambos órganos no pueden pretender que el BCCR realice las funciones que esta ley le encomienda a la Superintendencia con los sujetos obligados, ni exigirle las tareas que normalmente llevan a cabo en la materia los bancos comerciales, pues el Banco Central administra el sistema nacional de pagos, no las cuentas corrientes de los clientes de las entidades adscritas al SINPE. A partir de lo expuesto, la División de Asesoría Jurídica concluye:

"1) El concepto de captación de recursos que la Sugef considera aplicable para la supervisión de las Fintech. (sic) específicamente por su mención en el artículo 156 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, genera confusión e inseguridad jurídica, pues es considerado en su máxima extensión, separado de la finalidad de intermediación financiera y como una función distinta y nueva de la Sugef, lo que entraña importantes riesgos institucionales tanto legales como reputacionales, en virtud de:

a. La amplitud del alcance, pues podría interpretarse como incumplimiento de deberes al no haberlo aplicado antes y en toda su extensión.

b. Imponer una limitación a las libertades fundamentales de empresa e intimidación muy amplia y, por ende, potencialmente cuestionable.

c. La regulación y los actos administrativos de alcance general y particular están sujetos al control jurisdiccional, tanto contencioso administrativo como constitucional.

d. La razonabilidad y la proporcionalidad en la interpretación, regulación y aplicación normativas son principios constitucionalmente vigentes e imperativos para todo el sector público, incluso para el ejercicio de las competencias legalmente establecidas para la Sugef y el Conassif en materia de aplicación de la Ley 7786.

2) La administración de recursos de terceros es un contrato o negocio distinto en su mecánica y operativa al contrato o negocio de intermediación financiera y no requiere de autorización previa de ninguna autoridad pública salvo norma expresa en contrario (con determinación expresa del órgano o institución competente), por lo tanto, salvo que la Sugef tenga elementos probatorios de que un sujeto obligado por artículos 15 y 15 bis de la Ley 7786 está realizando intermediación financiera sin autorización (lo que sería intermediación financiera ilegal), la aplicación de una supervisión financiera de autorización para captar recursos del público de forma general y con fines ajenos a la intermediación financiera, podría considerarse contrario al ordenamiento jurídico.

3) Ni la Sugef ni el Conassif pueden regular o imponer requisitos a los sujetos obligados por artículos 15 y 15 bis de la Ley 7786 para conectarse al Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE)

4) La Sugef no tiene competencias para supervisar al Sinpe”.

C. ORGANIZACIONES PARTICULARES QUE PRESENTARON OPINIONES A LA CONSULTA SOMETIDA A CONOCIMIENTO DE LA PROCURADURÍA

La consulta planteada conjuntamente por el Banco Central y la SUGEF motivó que distintas organizaciones privadas enviaran a la Procuraduría sus posiciones sobre los temas planteados. Nuestra Ley Orgánica no contempla la participación de ningún particular durante el ejercicio de la función consultiva, en tanto está destinada exclusivamente a la Administración Pública (central y descentralizada), como única legitimada para requerir el criterio técnico jurídico de la Procuraduría y, eventualmente, solicitar la reconsideración del dictamen emitido (artículos 1, 3, letra b), 4 y 6). Con lo cual se descarta que se les pueda tener como partes, coadyuvantes o terceros interesados en los términos de los artículos 275, 278 y 280, respectivamente, de la Ley General de la Administración Pública, n.º6227 del 2 de mayo de 1978 (LGAP); sobre todo, porque no nos hallamos ante un procedimiento administrativo que desemboque en un acto final cuya decisión afecte, lesione o satisfaga el interés legítimo o el

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 14

derecho subjetivo de uno o varios administrados en concreto²; sino tan solo actuando, como se acaba de indicar, la competencia consultiva que nos es propia por ley.

De cualquier forma, la Procuraduría observa que las organizaciones aludidas no piden nada para sí mismas o sus afiliados, ni formulan pretensión alguna más allá de que se tomen en cuenta sus argumentos en el estudio de los asuntos consultados en una suerte de colaboración o *amicus curiae* con este órgano superior consultivo; de los que nos permitimos resumir sus posiciones sin perjuicio del tenor literal de sus intervenciones.

En primer lugar, la **Oficina del Consumidor Financiero** (OCF o la Oficina), mediante oficio n.ºOCF-43-2023, del 10 de abril de 2023, solicita tomar en consideración los intereses del consumidor financiero en el presente pronunciamiento, para lo que advierte de los riesgos que podrían llegar a materializarse en el futuro, en perjuicio del consumidor financiero y del sistema financiero nacional, con los PSP y los administradores de recursos de terceros, que pudieran estar captando a la vista dinero del público sin estar sometidos a la supervisión correspondiente, ni con las protecciones con que cuentan las entidades reguladas por la SUGEF, sin que el consumidor esté adecuadamente informado de esta actividad. Atribuye a los avances tecnológicos y los cambios regulatorios aprobados por el BCCR que los PSP puedan recibir captaciones del público, realizar transacciones mediante la plataforma del SINPE y contar con cuentas IBAN para sus clientes. Al efecto describe tres posibles escenarios que enfrenta un consumidor ante un PSP: i) que los dineros sean entregados para su traslado a un destinatario, lo que califica de "*un mero tránsito*"; y el proveedor lo que genera es una comisión; ii) que los dineros sean entregados pero sin una instrucción concreta de traslado, en tanto el depositante decide qué hacer con esos recursos, lo que podría asimilarse a la figura de la custodia, por la que el proveedor podría también derivar una comisión; y iii) que los dineros sean entregados por un plazo indefinido, sin instrucción concreta, pero que además, el PSP los gestiona por su cuenta, con la condición de devolverlos a su sola solicitud, en cuyo caso señala que se podría estar ante una captación a la vista. Llama la atención acerca de lo fácil que resulta para un PSP pasar de uno a otro de esos escenarios, pese a que los riesgos en cada uno son muy diferentes, y de que el consumidor financiero no haya sido advertido de bajo cuál escenario se rige la relación comercial creada con el proveedor, ni que esté en capacidad de dimensionar los riesgos que en realidad ha asumido; o bien, que se le induzca a confusión, al suponer que está en presencia de una entidad supervisada que sí está autorizada para realizar captación de ahorro del público a la vista y cuenta con las mismas garantías para resguardar sus ahorros. Añade que la confusión puede ser mayor si la captación de fondos se acompaña de un pago de intereses, en vez del mero movimiento o traslado de dinero que se podría esperar de un PSP. La Oficina considera que los PSP están obligados a informar en los términos de los artículos 32 y 34 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (n.º7472 del 20 de diciembre de 1994), sobre los alcances de sus servicios,

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Madrid: Civitas, 2ª ed., 2002, pp.153-156.

sus diferencias con los intermediarios financieros, los posibles riesgos de su utilización y el respaldo (si lo hubiese) de sus depósitos, para que el consumidor pueda tomar la decisión de consumo de manera informada. Luego de referirse a la red de seguridad financiera con la que se busca proteger a los ahorrantes y la regulación prudencial con la que se busca medir la solvencia y estabilidad de las entidades financieras, para que mediante una operación responsable, los ahorros del público estén siempre disponibles, recuerda que ni los PSP, ni los administradores de recursos de terceros cuentan con el respaldo del Fondo de Garantía de Depósitos establecido con la Ley de Creación del fondo de garantía de depósito y de mecanismos de resolución de los intermediarios financieros (n.º9816 del 11 de febrero de 2020) respecto a los dineros que les son entregados; es decir, no los cubriría, lo que no es informado al consumidor. Destaca que el centro de la regulación debiera ser el consumidor financiero y del riesgo de contagio que se podría provocar en caso de existir un problema de liquidez del PSP que hubiese captado fondos a la vista, si en algún momento se ve impedido para retornar los recursos a los depositantes, pues aún antes de caer en quiebra, podría conducir a una afectación general de la confianza del público hacia los demás intermediarios financieros e iniciar lo que se denomina "*una corrida de fondos*" que atentaría contra la estabilidad de las entidades financieras reguladas. Concluye que desde la perspectiva del consumidor, aplauden la aparición de los proveedores tecnológicos de servicios de contenido financiero, al favorecer la inclusión financiera y una mayor eficiencia en la utilización de los recursos escasos de la sociedad; pero recalcan que los avances de la tecnología no pueden ser a costa de la calidad y cantidad de la información con que debe disponer el consumidor para justipreciar los riesgos que toma; siendo lo deseable, en opinión de la OCF, que él cuente con la información adecuada en caso de que se materializara el riesgo de pérdida del dinero.

En segundo lugar, la **Asociación Fintech Centroamérica y Caribe (ASOFINTECH)**, por escrito del 2 de junio de 2023, indica que las empresas Fintech asociadas a ella y afiliadas al SINPE como PSP no realizan intermediación financiera, según se define esta actividad por el artículo 116 de la Ley n.º7558, ni pretenden realizarla. Añade que la "*captación de recursos financieros del público*" como actividad individual o separada de la intermediación financiera no está definida en nuestra legislación, ni tampoco existe un régimen o procedimiento de autorización para realizarla, por lo que ni la SUGEF, ni el BCCR, están legalmente facultados para autorizar a ninguna empresa o persona a realizarla; mientras que la "*administración de recursos de terceros*" sí está definida y regulada por el artículo 15.d) de la Ley n.º7786 y el artículo 3.a) del *Reglamento para la inscripción y desinscripción ante la SUGEF de los sujetos obligados que realizan alguna o algunas de las actividades en los artículos 15 y 15 bis de ley estupefacientes sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado (SUGEF 11-18)*, aprobado por el CONASSIF, según el artículo 9 de la sesión n.º1450-2018, del 8 de octubre de 2018 (en adelante, Reglamento CONASSIF n.º1450-2018), destacando que esos recursos no se incorporan al patrimonio del administrador, quien los recibe, custodia, gira o traspasa conforme a las instrucciones del "*dueño de los fondos*"; a diferencia del depósito bancario, donde los recursos sí se

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 16

incorporan en el patrimonio de la entidad financiera, al implicar un traspaso de dominio, y el depositante se convierte en acreedor de esa institución. Siendo este el fundamento legal de las actividades realizadas por las Fintech afiliadas al SINPE, que le establece los requisitos para llevarlas a cabo, como su inscripción ante la SUGEF o su constitución como persona jurídica de objeto único, y entienden que la administración de recursos de terceros se realiza de forma complementaria con otras de las actividades del artículo 15 de la Ley n.º7786, verbigracia, las transferencias sistemáticas y sustanciales de fondos, las operaciones sistemáticas y sustanciales de canje de dinero y transferencias mediante diferentes instrumentos, que son instrumentalizadas por medio de canales digitales y al utilizarse en complemento con el SINPE permiten a dichas empresas la prestación de sus servicios. Adicionalmente, sostiene que las empresas FINTECH para ser admitidas y operar en el SINPE, según lo han venido haciendo, deben cumplir debidamente con los requisitos normativos y técnicos establecidos por el BCCR, particularmente en el citado Reglamento del Sistema de Pagos, y resume la operación de sus afiliadas en los siguientes términos: *"Las empresas Fintech que participan en el SINPE normalmente operan los denominados "monederos electrónicos" mediante los cuales reciben recursos de terceros para su administración y para realizar pagos. Dichos fondos son custodiados, girados o traspasados por el usuario a través de las aplicaciones tecnológicas que caracterizan a las Fintech; es decir, el cliente de las Fintech, dueño de los fondos, lo que hace es simplemente girarle instrucciones a la empresa en cuanto a dónde trasladar los recursos del usuario que tienen en su respectivo monedero, todo esto de manera automatizada. Dicho traslado se realiza a través del SINPE, todo de conformidad con la normativa vigente. Mientras ese usuario no brinde instrucciones, la Fintech que opera el monedero custodia dichos recursos hasta que su dueño le instruya cómo utilizarlos, cumpliendo fielmente con la definición normativa de la "administración de recursos"".* Termina haciendo alusión a distintos criterios, como el citado estudio económico de Costa Rica del año 2020, en el que la OCDE recomienda al país fomentar la participación de las Fintech en el SINPE o el del Banco Internacional de Pagos, que sin desconocer que la misión principal de los reguladores de proteger la estabilidad del sistema financiero y al consumidor financiero no ha cambiado con el auge de las Fintech, afirma que deben encontrar un balance entre fomentar la innovación y la mitigación de riesgos; con lo cual, imponer requisitos muy rigurosos o exigir determinados comportamientos como medida de protección podría conllevar más bien a una pérdida de competitividad y de innovación de forma más general; y en el mismo sentido, mencionan a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) en su opinión COPROCOM n.º028-2022, contenida en el acuerdo quinto del acta de la Sesión Ordinaria n.º46-2022 del Órgano Superior, celebrada a las 12:30 horas del 25 de noviembre de 2022.

Finalmente, la **Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación (CAMTIC)** también hizo llegar a la Procuraduría su posición sobre los temas consultados mediante oficio del 24 de octubre de 2023, para lo que destaca primero la importancia de las Fintech –describiéndolas como *"empresas de base tecnológica y financiera, con servicios*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 17

100% electrónicos, seguros, fáciles de utilizar, innovadores y, con costos muy competitivos para los usuarios, entre otros aspectos”– en promover activamente la inclusión financiera – cita también a la posición de la OCDE sobre el particular– y contribuir a los procesos de formalidad de la economía, como medio para reducir la pobreza y lograr un crecimiento económico más inclusivo, al prestar servicios electrónicos a segmentos de la población marginados, que por su costo algunos bancos nos los atienden; y brinda el dato que para el año 2021 la inversión global en Fintech ascendió a USD \$210 billones; lo que a su entender, representa una gran oportunidad de atracción de Inversión Extranjera Directa (IED) para Costa Rica y su economía. Resalta que las Fintech son una realidad global y una tendencia irreversible (menciona ejemplos de plataformas tecnológicas que incorporan servicios financieros y alianzas en el país con entidades financieras), aun cuando muchos bancos y entidades financieras las perciben como competencia, en vez buscar oportunidades de colaboración, si bien, algunas de ellas se identifican como *"Fintech friendly"*. Luego se refiere a la naturaleza de la Cámara y el interés directo que tiene en esta temática, al contar con más de 10 Fintech asociadas y más de 30 emprendimientos tecnológicos-financieros en proceso que, en su criterio, podrían verse impactados negativamente por la interpretación errónea que hace la SUGEF del concepto de administración de recursos que estas realizan para prestar algunos servicios y explica que por la constante evolución, crecimiento y modernización de los medios y sistemas de pago a nivel mundial, incluido Costa Rica, las regulaciones en esta área quedan obsoletas con regularidad; por lo que, subraya la necesidad imperativa de establecer políticas que permitan una adaptación constante de la regulación, con el objetivo de mantenerla adecuada, eficiente y justa, en la que se considere los desarrollos tecnológicos y se promueva la innovación en beneficio de los usuarios. Señala que la inclusión de los PSP o Fintech al SINPE responde a una visión progresista del BCCR mantenida desde la modificación a su Ley Orgánica en 1995, expresada en el objetivo de la modernización y supervisión del Sistema de pagos costarricense, y con la Ley n.º7786 se asignaron nuevas responsabilidades al Banco Central y a la SUGEF, en relación con el control y supervisión de entidades financieras y sujetos obligados, entre los que se encuentran los PSP, aparte de establecer las actividades legales que estas entidades pueden realizar. Para lo cual, diferencia, igualmente, entre la *"captación de recursos financieros del público"* y la *"administración de recursos de terceros"*, advirtiendo que la primera no está definida en nuestra legislación como actividad individual o separada, ni existe un régimen o procedimiento de autorización para realizarla, aparte del correspondiente a la intermediación financiera. Por ello, afirma que ni la SUGEF, ni el BCCR están legalmente facultados para autorizar o prohibir a ninguna empresa o persona llevar a cabo dicha actividad. Mientras que la *"administración de recursos de terceros"* sí es una actividad comercial permitida para las empresas que realicen la inscripción correspondiente ante la SUGEF para efectos de ser supervisadas para los propósitos de la Ley n.º7786, conforme a su artículo 15.d) y definida en el artículo 3.a) del citado Reglamento CONASSIF n.º1450-2018. Reitera la diferencia mencionada por la ASOFINTECH respecto a la naturaleza del depósito bancario y que la administración de recursos no es un negocio bancario o

intermediación financiera, en que la entidad toma los fondos del público y los administra, dispone y presta por cuenta y riesgo propio. Añade que, a tenor del artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (n.º1644, del 26 de setiembre de 1953) –en adelante, LOSBN o Ley n.º1644– el BCCR forma parte integral del Sistema Bancario Nacional y que el CONASSIF ha presentado propuestas de reforma al Reglamento CONASSIF n.º1450-2018 que buscan restringir la capacidad de los PSP a que reciban y administren los fondos de sus clientes únicamente en cuentas corrientes o de ahorros de los bancos comerciales; excluyendo la posibilidad de que puedan afiliarse al SINPE y puedan recibir los fondos de sus clientes en cuentas corrientes mantenidas directamente en el Banco Central, a pesar de que el CONASSIF carece de competencia para ello, pues señala que al BCCR le corresponde la atribución exclusiva para determinar qué tipos de entidades pueden unirse y operar dentro del SINPE, así como para regularlo, al tener el mandato y responsabilidad de desarrollar, modernizar, reglamentar y organizar el Sistema de Pagos Costarricense conforme a la Ley n.º7558 (artículos 2, 3, incisos g, i, y j; 60, 62, 69, 116, 156), para lo que emitió el Reglamento del Sistema de Pagos, del que extrae las amplias y exclusivas potestades de control y supervisión con las que cuenta dicha entidad como encargada de establecer las regulaciones relativas al SINPE, no solo en cuanto a los "afiliados" (que pueden ser PSP) sino también en cuanto a los clientes de esos afiliados al SINPE (con mención de los artículos 2, 6, 8, 10, 24, 38, 68). Agrega que, para la SUGEF, la única forma legítima de captación de recursos es la efectuada con el propósito de intermediación financiera, sujeta a su autorización y supervisión; de lo que deduce que la captación de recursos del público con fines de administración carecería de respaldo legal y estaría prohibida por el artículo 156 de la LOBCCR. A lo que CAMTIC considera una interpretación incorrecta, pues los artículos 14, 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 (posterior a la Ley n.º7558), reconocen y regulan la actividad de administración de recursos, que implica la recepción de fondos de terceros con el fin de gestionarlos, por cuenta de ese tercero; es decir, según las instrucciones del cliente, siempre y cuando no se realice intermediación financiera, si bien las personas físicas y jurídicas que realizan esta actividad están obligadas a inscribirse ante la SUGEF para cumplir con todas las disposiciones de control y prevención de lavado de dinero; e indica que le llama la atención que el órgano regulador haya asumido que la captación general de recursos del público no puede separarse de la intermediación financiera, en la definición dada por el artículo 116 de la LOBCCR. En ese sentido, sostiene que los preceptos anteriores demuestran que la "*captación de recursos de terceros*" es un proceso legal que permite a los sujetos obligados ofrecer servicios a sus clientes manteniendo la coherencia con el artículo 116 de la Ley n.º7558, que prohíbe a los PSP realizar intermediación financiera con los fondos recibidos de los clientes; si bien para llevar a cabo la administración de recursos y utilizarlos según las instrucciones de los clientes, "*es inherente, indispensable, la recepción de fondos de estos*", enfatizando que ello no supone incumplimiento legal alguno. Aclara que como garantía de la seguridad de los fondos de los clientes de los PSP, las cuentas corrientes del BCCR son inembargables, lo que elimina el riesgo de que, en caso de un embargo de las cuentas propias del PSP, como sí sería el caso

de cuando las tienen en los bancos comerciales, los recursos de los clientes se vean afectados y queden inaccesibles; y que, además, esas cuentas no generan intereses, en consonancia con la prohibición de realizar intermediación financiera, en donde ambos supuestos se verían comprometidas si los PSP se ven restringidos a operar exclusivamente con cuentas corrientes o de ahorros en bancos comerciales como entidades financieras supervisadas. Cita también el artículo 164 de la Ley n.º7786 que deroga cualquier normativa que se le oponga, lo que para la CAMTIC deja sin sustento el cuestionamiento al principio de la legalidad de "captación de fondos", pues los artículos 15 y 15 bis establecen los requisitos, condiciones, actividades y sujetos que pueden realizar ese tipo de actividades. Indica que para cumplir con los requisitos establecidos en la Ley n.º7786 y sus reformas, el Banco Central, a través del SINPE, ha desarrollado e implementado dos servicios muy relevantes: el Padrón Único de Cuentas y el Control y Seguimiento de Operaciones. Por su medio, la Superintendencia tiene la capacidad de extender su labor de supervisión a los PSP afiliados al SINPE, siempre que se les instruya a proporcionar la información de sus clientes en el referido padrón. Apunta también que las tareas de control, seguimiento y trazabilidad de las transacciones de los PSP y de sus clientes se facilita al estar afiliados al SINPE y provee mayor seguridad y transparencia por los servicios que el BCCR ha desarrollado, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley n.º7786, facilitando a la SUGEF su labor de supervisión en esta materia. Concluye que las empresas Fintech afiliadas al SINPE no realizan intermediación financiera, ni pretenden realizarla y que cumplen con todos los requisitos exigidos por el Banco Central, y se encuentran inscritas ante la SUGEF bajo el artículo 15 de la referida Ley n.º7786, siendo esta ley el fundamento de la legalidad de sus actividades, que crea la figura de administración de recursos de terceros, y no de la captación de recursos; finaliza señalando "que la administración de recursos de terceros se realiza de forma complementaria con otras de las actividades del artículo 15 de la Ley 7786, como las transferencias sistemáticas y sustanciales de fondos, así como operaciones sistemáticas y sustanciales de canje de dinero y transferencias mediante diferentes instrumentos, entre otros, estas son instrumentalizadas por medio de canales digitales, los cuales, al utilizarse en complemento con el SINPE, permiten a dichas empresas la prestación de sus servicios".

II. CONSIDERACIONES DE FONDO SOBRE LAS PREGUNTAS OBJETO DE CONSULTA

Un examen preliminar de las interrogantes planteadas por el BCCR y la SUGEF arroja la necesidad de esclarecer previamente una serie de cuestiones básicas para poder darles respuesta. En primer lugar, qué debemos entender por empresas Fintech y los PSP, pero sobre todo, en qué consiste su operación a efectos de comprender si les resulta o no aplicable y en qué medida la legislación financiera vigente en el país (**A**); en segundo lugar, si es jurídicamente viable hablar de una captación de recursos dinerarios de terceros cuya

finalidad no se limite a la intermediación financiera, sino que persiga otros fines como la administración de esos recursos para ofrecer servicios de pago, en lo que resulta uno de los temas medulares de la discrepancia de criterios entre ambas instituciones consultantes, sobre todo al determinar y actuar sus competencias legales **(B)**; para después analizar la conformidad de la regulación existente respecto a la actividad de esa clase de actores de perfil tecnológico que hicieron su aparición en el mundo financiero a los que se les da acceso y pueden hacer uso de la plataforma del SINPE **(C)**. Tal será el orden que se seguirá en las páginas siguientes a efectos de atender las preguntas que se sometieron a nuestro conocimiento **(III)**.

A. ASPECTOS CONCEPTUALES Y REGULATORIOS DEL FENÓMENO FINTECH O DE LAS TECNOFINANZAS

A.1. La prestación de los servicios de pagos electrónicos como una de las realidades del sector Fintech

De entrada es importante aclarar que el fenómeno Fintech no se agota con la prestación de los servicios de pago objeto de consulta, pues bajo este concepto se engloban una serie de realidades y categorías que por mor de la intensa innovación tecnológica que le es propia, con el consiguiente impacto disruptivo en el sector financiero, resulta complejo elaborar una definición comprensiva de todos esos supuestos y más aún, darle un tratamiento jurídico unitario ante la dificultad para el legislador y el propio regulador, de poder anticiparse a la aparición de nuevos servicios y modelos de negocio que ese factor de innovación digital propicia en los mercados bancario, de valores y de los seguros³.

Con todo, el componente tecnológico o digital es el que permite aun así formular una conceptualización general del término Fintech para hacer referencia a la actividad financiera que es posible realizar mediante el uso de la tecnología. De hecho, terminológicamente la expresión es el resultado de la combinación o contracción de las palabras "*finance*" y "*technology*" (traducido como "*tecnofinanzas*" o de forma más aproximada "*finanzas digitales*") y con ella se alude tanto a **entidades** –los mismos PSP, pero también las plataformas de financiación participativa, entre otros actores nuevos– como a toda una

³ Vid, al respecto, MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea. /En/ *Revista Española de Capital Riesgo*, n.º 2, pp.27-38; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech: concepto, características y principios de regulación. /En/ MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y Token economía* (pp.527-544). Tecnos; de la misma obra, ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario (pp.462-482); RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica: una teoría para definir la respuesta regulatoria a Fintech. /En/ *Revista de Derecho del Sistema Financiero (mercados, operadores y contratos)*, n.º0, pp.255-288; y ABEN, Janika; ETTI, Paula (2022). Regulación de las Fintech en la Unión Europea: tendencias y líneas difusas. /En/ *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º131, pp. 95-114; así como Asociación Española de FinTech e Insurtech. (2017). *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, 85 p. https://asociacionfintech.es/wp-content/uploads/2018/06/AEFI_LibroBlanco_02_10_2017.pdf

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 21

gama de **servicios** (por ejemplo, el "*crowdfunding*", el "*crowdlending*", el asesoramiento automatizado o robo-asesores, los créditos P2P, por citar unos cuantos) y **productos financieros** (siendo significativo a este respecto, la incorporación de los activos digitales: las criptodivisas, criptomonedas y los tokens); en definitiva, múltiples realidades que, según se acaba de indicar, dificultan su calificación jurídica, al igual que su regulación⁴.

En ese sentido, el término Fintech comprende a las empresas tecnológicas que ofrecen productos y servicios financieros⁵ y, en general, todas las actividades que aplicando la innovación y los desarrollos tecnológicos en el sector financiero suponen una redefinición de los servicios financieros tradicionales, afectando a la esencia del servicio prestado al transformarlo, generando nuevos modelos de negocio y provocando –según se acaba de indicar– un efecto disruptivo o de desestructuración de un mercado tradicionalmente homogéneo en sus actores (elemento subjetivo) y productos (elemento objetivo)⁶.

Desde el punto de vista del mencionado elemento subjetivo, concurren con intensidad al menos tres tipos de actores⁷: **i)** las nuevas empresas puramente Fintech, creadas con el formato denominado *start-ups* –al ser empresas constituidas, generalmente con poco capital y un número reducido de socios con una idea concreta⁸– y definidas como aquellas "*empresas innovadoras que ofrecen soluciones financieras con base en las nuevas tecnologías*"⁹, las que en el área específica de los servicios de pago, cabe ya destacar, tratan de mejorar en ciertos casos, algún aspecto concreto del ciclo del proceso de pago o pretenden satisfacer alguna demanda no cubierta por los proveedores de pago tradicionales (verbigracia, los micropagos)¹⁰; **ii)** las entidades financieras convencionales en proceso de transformación digital, toda vez que el fenómeno Fintech no describe únicamente el

⁴ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... pp.28-29; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... pp.270-273 y el *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*... pp.12 y 24-27.

⁵ ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario... p.466.

⁶ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech... pp.530-531. En la misma línea, el citado *Libro Blanco*... pp.6 y 12, indica que la definición de Fintech engloba "*todas aquellas actividades que impliquen el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros*", aportando un valor diferencial sobre la forma en que estos son concebidos por la industria financiera y por los consumidores.

⁷ Vid., al respecto RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... pp.270-272.

⁸ ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario... p.466.

⁹ Vid., ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (2019). CAPÍTULO 21. Digitalización y medios de pago: hacia un nuevo modelo de integración del sistema de pago minoristas. En/ MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y Token economía* (pp.504-526). Tecnos, p.510.

¹⁰ Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago. /En/ MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y Token economía* (pp.483-503). Tecnos, p.484.

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 22

ecosistema de empresas innovadoras (las citadas *startups*) que irrumpen en el mercado para revolucionar la actividad bancaria y la prestación de servicios de inversión con soluciones tecnológicas altamente disruptivas, sino que además comprende todo el proceso de adaptación, transformación y profunda metamorfosis de los bancos comerciales tradicionales para incorporar esas mismas tecnologías digitales con las cuales competir e innovar en un entorno crecientemente competitivo como estrategia para ganar eficiencia y competir eficazmente con los nuevos entrantes Fintech, reconsiderando sus prácticas, modelos y estrategias de venta, comercialización e interacción con los clientes¹¹, y **iii**) las grandes compañías tecnológicas o *BigTech* que incursionan en el sector financiero y trasladan sus enormes ventajas competitivas, como su amplísima base de usuarios, junto con los grandes volúmenes de datos que obtienen de estos para análisis predictivos y hábitos de consumo –difícilmente alcanzables para las entidades financieras convencionales– a la prestación de servicios y la distribución de productos financieros; con lo cual, las *BigTech* se internan en el terreno de las actividades reguladas con una posición competitiva extraordinariamente ventajosa, gracias al acceso y uso de datos y esa base de clientes a los que pueden fidelizar prestándoles los servicios de pago, que integran a sus actividades de comercio electrónico¹².

Por otro lado, en el ámbito objetivo el fenómeno Fintech abrió el mercado financiero a nuevos productos, servicios y actividades y supuso la redefinición en la prestación de muchos de ellos, fruto de la implantación intensiva de la tecnología digital en el sector financiero con el empleo de soluciones innovadoras y disruptivas como las cadenas de bloques (*blockchain*), programación en la nube, la inteligencia artificial, la analítica de datos y técnicas de aprendizaje (*machine-learning*, *deep-learning*), sobre todo, ante el ingente volumen de datos generados por los múltiples dispositivos (teléfonos y relojes inteligentes, pulseras de actividad, etcétera) que integran el Internet de las cosas (*IoT*, por sus siglas en inglés)¹³.

De ahí la afirmación de que el sector Fintech "*aglutina todas las formas de innovación digital en y para la prestación de servicios financieros basadas en la aplicación de tecnologías digitales emergentes en el diseño de modelos de negocio, procesos, operaciones, productos y servicios en el sector*"¹⁴; cuyo carácter convergente y transversal hace posible, a través de una alta conectividad y un teléfono celular inteligente (*smartphone*), la gestión de

¹¹ Vid., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... p.256.

¹² Vid., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... p.272 y ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... p.484.

¹³ Vid., ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario... p.468 y MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.29.

¹⁴ Vid., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... p.257.

cuentas bancarias con el uso de aplicaciones para llevar a cabo operaciones financieras desde cualquier lugar y en cualquier momento, en la llamada banca móvil¹⁵.

Tal circunstancia permite afirmar que las soluciones basadas en las tecnofinanzas, de un lado, facilitan un mejor acceso a la financiación y promueve la inclusión financiera para los ciudadanos conectados digitalmente¹⁶; y de otro, se caracterizan por impulsar la desintermediación financiera, al establecer una relación directa entre prestador del servicio final y el consumidor, desapareciendo la figura del intermediario, particularmente relevante en el ámbito de los medios de pago digitales, pues el pago ya no solo se realiza mediante una entidad bancaria intermediaria, sino directamente a través de una plataforma o aplicación instalada en el teléfono celular, brindando la posibilidad al consumidor de hacer compras en línea (*online*) aun cuando no posea una tarjeta de crédito o débito¹⁷.

A pesar de que el fenómeno Fintech resulta aplicable, según se indicó antes, a muchas realidades y sus contornos son muy amplios, se reconoce su incidencia en cuatro grandes sectores financieros a saber: i) mercado del crédito, ii) el mercado de valores, iii) el mercado de seguros –que da lugar a la noción diferenciada y en cierta medida con rasgos propios de los tecnoseguros (*Insurtech*)¹⁸ – y el que resulta de interés a la presente consulta, iv) el mercado de los servicios de pago¹⁹.

A.2. Los PSP de base tecnológica en clave regulatoria

En el mundo financiero, el mercado de los servicios de pago es uno de los que más ha sentido el impacto de la transformación digital con la aparición de las empresas tecnológicas y la consiguiente aplicación intensiva de la tecnología en la prestación de esta actividad. Basta recordar el mencionado efecto disruptivo y la desintermediación producida en el sector bancario, donde las entidades de crédito han sido las que tradicionalmente han intermediado en los pagos, llegando a ser las protagonistas absolutas del mercado de medios de pago minoristas. Sin embargo, las nuevas tecnologías posibilitaron que nuevos

¹⁵ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.29; ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario... p.472 y ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (2019). CAPÍTULO 21. Digitalización y medios de pago... pp.510-511.

¹⁶ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.29 y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech... pp.527-528.

¹⁷ Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... p.488; ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (2019). CAPÍTULO 21. Digitalización y medios de pago... p.507 y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech... pp.528, 532 y 533.

¹⁸ Vid., TAPIA HERMIDA, Alberto J. (2019). CAPÍTULO 23. Insurtech. /En/ MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y Token economía* (pp.545-560). Tecnos.

¹⁹ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.30.

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 24

proveedores de servicios se interpusieran entre el usuario final y la entidad de crédito que le administra su cuenta de pago²⁰.

Dentro de este modelo de negocio se incluyen una amplia variedad de entidades cuyo común denominador es la provisión de servicios de pago (bien directamente o por medio de otras entidades) a través de dispositivos celulares o electrónicos de forma que se facilita el pago tanto en línea como en comercios sin necesidad de contar, como se apuntó antes, con una tarjeta bancaria²¹. Algunas de ellas son las típicas entidades de crédito (como los bancos), las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago propiamente dichas, en las que se incluyen los nuevos operadores (*startups*) y grandes compañías tecnológicas, según se indicó también en el epígrafe anterior. Los PSP de base tecnológica pertenecerían entonces a esta categoría de entidades de pago.

Una **primera clave regulatoria** que se desprende de lo anterior es la concurrencia en estos servicios de entidades que realizan actividades reservadas, objeto de un régimen prudencial de autorización y supervisión por las autoridades públicas –caso de los bancos–, a la par de esas otras entidades cuya actividad afecta directa o indirectamente a los servicios financieros tradicionales y que por su novedad no se encuentran incluidos en el ámbito estricto de la reserva de actividad financiera²². Es decir, actúan en algún punto de la cadena de valor del servicio financiero aportando un nivel diferencial de innovación²³.

Una **segunda clave regulatoria** es la prohibición a las entidades de pago para captar depósitos u otros fondos reembolsables del público o emitir dinero electrónico. De forma que, únicamente pueden recibir fondos de los clientes o usuarios para ser utilizados exclusivamente en la prestación de servicios de pago²⁴.

Tal es justamente la forma cómo se contempla en sistemas jurídicos próximos al nuestro, en concreto en el Derecho de la Unión Europea, con la vigente Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, *sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n o 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE*²⁵(considerando 34 y artículo 18.5), y que en España fue transpuesta por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, *de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*, cuyo artículo 10.2 dispone sobre el particular: "Las entidades de pago

²⁰ Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... pp.483-485.

²¹ Vid., *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España...* p.26.

²² Vid., CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech... p.534.

²³ Vid., *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España...* p.6.

²⁴ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.32.

²⁵ DOUE, L 337/35, de 23.12.2015.

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 25

no podrán llevar a cabo la captación de depósitos u otros fondos reembolsables del público en la forma prevista en el artículo 3.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, ni emitir dinero electrónico²⁶. Los fondos recibidos por dichas entidades de los usuarios de servicios de pago para la prestación de servicios de pago no constituirán depósitos, dinero electrónico u otros fondos reembolsables” (el subrayado no es del original).

Resulta de interés destacar que con la legislación recién citada se regula por primera vez, dentro de las entidades de pago, la categoría denominada *Proveedores de servicios de pagos terceros*, porque son terceras empresas respecto a la tradicional relación bilateral existente entre la entidad de crédito que gestiona la cuenta y su cliente, cuya línea de negocio se suele clasificar en las siguientes actividades específicas: los *servicios de iniciación del pago* y los *servicios de información sobre cuentas*²⁷.

Los primeros ofrecen al cliente la realización de un pago a través de las plataformas del proveedor, conectando estas a la cuenta bancaria de aquél con lo que se produce una transferencia del dinero desde la cuenta del consumidor a la del comerciante²⁸; mientras que los segundos consisten en un servicio en línea complementario a los servicios de pago tradicionales, dirigido a facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que el usuario del servicio de pago es titular y que mantiene con otro u otros proveedores de servicios de pagos, lo que permite a él tener en todo momento una visión global e inmediata de su situación financiera y controlar de manera sencilla sus gastos, ingresos, facturas, comisiones, entre otra información²⁹.

²⁶ A su vez, el artículo 3.1 de la Ley 10/2014 al que remite el precepto recién transcrito indica: “Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas” (el subrayado no es del original). A tenor del artículo 1.2 de la misma ley, tiene la consideración de entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial.

²⁷ Así lo contempla, según se acaba de indicar, la referida Directiva (UE) 2015/2366, artículos 4, incisos 15 y 16, 11 y 33, con la que se abarca “*todos los tipos de servicios de pago electrónicos*” (considerando 22).

²⁸ Tal como se explica por el considerando 27 de la aludida Directiva, entre los nuevos tipos de servicios de pago en el ámbito de los pagos por internet, destacan los servicios de iniciación de pagos en el sector del comercio electrónico “*al proporcionar un soporte lógico que sirve de puente entre el sitio web del comerciante y la plataforma bancaria en línea del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante, con el fin de iniciar pagos por transferencia a través de internet*”. Por su parte, el preámbulo del Real Decreto-ley 19/2018 explica que estos servicios “*permiten a su proveedor dar al beneficiario de la orden de pago la seguridad de que el pago se ha iniciado. La finalidad de esta operativa es dar un incentivo al beneficiario para que entregue el bien o preste el servicio sin dilación desde el momento en el que se da la orden de pago. Tales servicios ofrecen una solución tanto a los comerciantes como a los usuarios de servicios de pago y garantizan la posibilidad de hacer compras en línea aun cuando no posean tarjetas de pago*”.

²⁹ Sobre el particular, el considerando 28 de la citada Directiva (UE) 2015/2366 indica: “*En los últimos años, con los avances tecnológicos ha surgido también una serie de servicios complementarios, tales como los de información sobre cuentas. Estos servicios proporcionan al usuario del servicio de pago información agregada en línea sobre una o varias cuentas de pago mantenidas en otro u otros proveedores de servicios de pago, a la que se accede mediante interfaces en*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 26

En ambos supuestos resulta esencial que tanto el iniciador de pagos, como el agregador o informador de cuentas tengan acceso directo o indirecto a la cuenta del usuario ordenante sin lo cual la operación no podría llevarse a cabo, contando siempre, eso sí, con su consentimiento³⁰. Empero, ninguno de ellos tiene en su poder o manejan fondos del cliente en ninguna etapa de la cadena de pago³¹.

Por último, es posible identificar a los efectos de la presente consulta una **tercera clave regulatoria** que se desprende del mismo Derecho comparado consistente en la importancia de regular a los PSP de base tecnológica con motivo de los bienes jurídicos e intereses públicos en juego. Por lo que, a la necesidad de adoptar medidas normativas para la prevención del blanqueo de dinero, legitimación de capitales y financiación del terrorismo, se añade la protección de los clientes y usuarios de estos servicios de pago electrónicos, en especial, contra fraudes, junto con la ciberseguridad e integridad del sistema financiero.

Incluso, tratándose de los iniciadores de pago o de los agregadores, aun cuando no tienen en su poder fondos del usuario, se considera una operación no está exenta de riesgo que amerita la protección de los datos de aquí³². En palabras de la literatura especializada, ante la oferta de servicios de pago digital *"resulta esencial garantizar la seguridad y confianza de los consumidores"*³³.

En ese sentido, en aras de propiciar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, se sujeta también a los PSP de base tecnológica a todo un régimen prudencial de requisitos para el ejercicio de la actividad (de autorización previa, registro, estatuto jurídico, capital social mínimo, gobierno corporativo, responsabilidad civil, entre otros), que han de ser proporcionados con respecto a los riesgos operativos y financieros que afrontan al brindar esta clase de servicios, así como a la supervisión de la autoridad bancaria correspondiente. Asimismo, se contemplan obligaciones de transparencia y exigencias de información aplicables a los servicios de pago en beneficio del usuario y como

línea del proveedor del servicio de pago gestor de cuenta, lo que permite al usuario del servicio de pago tener en todo momento una visión global e inmediata de su situación financiera. Tales servicios deben quedar incluidos también en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, con el fin de proporcionar a los consumidores una protección adecuada de sus pagos y de los datos de sus cuentas, así como seguridad jurídica en cuanto a la situación de los proveedores de información sobre cuentas". Mientras que el preámbulo del mencionado Real Decreto-ley 19/2018 resalta: *"Los servicios de información sobre cuentas proporcionan al usuario del servicio de pago información agregada en línea sobre una o varias cuentas de pago mantenidas en sus proveedores de servicios de pago, lo que permite al usuario del servicio de pago tener en todo momento una información global e inmediata de su situación financiera"*.

³⁰ Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... pp.487, 488, 495, 496 y 499; así como los considerandos 32 y 93 y los artículos 52.2.c), 64 y 80 de la referida Directiva (UE) 2015/2366. Por su parte, el Real Decreto-ley 19/2018 también destaca en su preámbulo que: *"Ambos servicios suponen el acceso de terceros a las cuentas de los usuarios de servicios de pago"*.

³¹ Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... pp.489 y 495; así como los considerandos 31 y 35 de la Directiva (UE) 2015/2366.

³² Vid., ALONSO LEDESMA, Carmen (2019). CAPÍTULO 20. La desintermediación en los medios de pago... p.489.

³³ Vid., ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (2019). CAPÍTULO 21. Digitalización y medios de pago... p.510.

salvaguardia de sus fondos. Por fin, para reducir la incertidumbre regulatoria en el funcionamiento y prestación de los servicios de pago se prevén normas especiales relacionadas con la autorización y ejecución de las operaciones de pago³⁴.

Naturalmente, como también lo subraya la doctrina³⁵, el diseño de una respuesta regulatoria adecuada a la innovación tecnológica de los mercados financieros es un proceso complejo que requiere considerar diversas variables y ponderar varios factores, particularmente, la **tensión presente entre los riesgos y los beneficios consustanciales de la transformación digital de los servicios de pago**.

En razón del objeto de esta consulta, no es procedente entrar en el detalle de cómo resolver ese dilema regulatorio, basta señalar de momento que las iniciativas normativas sobre el particular buscan establecer un equilibrio regulatorio entre la necesidad de proteger al usuario de los servicios –particularmente, en los ámbitos del consentimiento informado y los datos personales–, garantizando la estabilidad financiera y la ciberseguridad, y al mismo tiempo, fomentar el desarrollo de las soluciones Fintech y la innovación tecnológica en el sector, sobre la base de una serie de principios regulatorios, a saber: **i) neutralidad tecnológica**, para garantizar que una misma actividad financiera esté sujeta a una misma regulación, independientemente de la forma en que se presta el servicio, de modo que se promueva la innovación y se mantenga la igualdad de condiciones; **ii) proporcionalidad**, de tal manera que la regulación se adapte al modelo de negocio, el tamaño, la importancia sistémica, así como a la complejidad y la actividad transfronteriza de las entidades reguladas; e **iii) integridad del mercado**, porque la aplicación de tecnologías a los servicios financieros debería promover una mayor transparencia del mercado en beneficio de los consumidores y las empresas, sin crear riesgos injustificados, por ejemplo, abuso de mercado, seguridad cibernética y riesgos sistémicos³⁶.

A este respecto, la reciente Ley 7/2020, de 13 de noviembre, *para la transformación digital del sistema financiero*, promulgada en España, es reflejo de este modelo de regulación avanzado, al contemplar como medida o instrumento principal el **espacio controlado de pruebas** (mejor conocido internacionalmente como "*regulatory sandbox*") a efectos de "*llevar a la práctica proyectos tecnológicos de innovación en el sistema financiero*" (artículo 1), bajo el conocimiento y supervisión de las autoridades públicas responsables y regido por un esquema ley-protocolo, protocolo que contiene el régimen

³⁴ Sirva de referencia de lo apuntado, la Directiva (UE) 2015/2366 y el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, ya mencionados, al igual que literatura especializada previamente citada.

³⁵ Vid., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... pp.278-281.

³⁶ Vid., MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2018). FINTECH: aproximación jurídica a los retos que plantea... p.29 y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2019). CAPÍTULO 22. Una aproximación al fenómeno Fintech... pp.542-543.

concreto en que se llevará a cabo cada prueba y que suscribirán las autoridades encargadas del seguimiento de las pruebas y los promotores del proyecto piloto.

De esta ley interesa transcribir el siguiente extracto de la primera parte de su Preámbulo que, en nuestro criterio, condensa la filosofía regulatoria con la que se busca responder a los retos y desafíos jurídicos que plantea el fenómeno Fintech:

"La transformación digital de la economía y del sector financiero en particular representa un fenómeno de cambio estructural, impulsado tanto por factores tecnológicos como por variaciones en la demanda de los servicios solicitados por el ciudadano y la empresa. Los incrementos en la capacidad de computación, la digitalización de información, la conectividad global facilitada por internet, el reducido coste marginal del almacenamiento de datos y los avances en la capacidad de tratamiento de estos, están posibilitando una transformación profunda de los procesos de producción, comercialización y distribución de bienes y servicios en la economía...

Desde la óptica de las autoridades públicas el cambio acelerado, impulsado por las nuevas tecnologías y por los modelos de negocio basados en las mismas, supone, en primer lugar, un reto de adaptación tecnológica, pero también otro más fundamental: la política financiera tiene que garantizar que la innovación aplicada al ámbito financiero es segura y beneficia al conjunto de la sociedad. Se trata de facilitar el acceso a la financiación como motor de la economía, asegurando que la transformación digital no afecte en modo alguno al nivel de protección al consumidor de servicios financieros, a la estabilidad financiera y a la integridad en los mercados, ni permita la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Adicionalmente, es preciso asegurar que la transformación digital fortalezca la capacidad del conjunto del sistema financiero para impulsar la economía productiva y la cohesión social y territorial garantizando la igualdad de oportunidades de todas las personas independientemente de su situación económica y de su lugar de residencia. Por último, resulta de especial relevancia tener en cuenta las implicaciones que la transformación digital pueda tener en relación con los objetivos de inclusión financiera y con los retos demográficos, así como con el uso de los propios datos por parte de los usuarios.

En definitiva, con el conjunto de medidas incluidas en la presente Ley se trata de acompañar la transformación digital del sistema financiero enfocándola hacia dos objetivos principales. El primero es el de garantizar que las autoridades financieras dispongan de instrumentos adecuados para seguir cumpliendo óptimamente con sus funciones en el nuevo contexto digital. El segundo es el

de facilitar el proceso innovador a fin de lograr un desarrollo más equitativo mediante el mejor acceso a la financiación de los distintos sectores productivos y la captación de talento en un entorno tecnológico internacional altamente competitivo”(el subrayado no es del original).

El panorama anterior del entorno Fintech y, en particular, de los PSP de base tecnológica revela, de un lado, su capacidad –gracias al uso intensivo y sistemático de las nuevas tecnologías digitales³⁷– para desarrollar servicios financieros similares a los que actualmente se despliegan dentro del perímetro de las actividades reguladas o reservadas a través de la típica autorización administrativa; de otro, la necesidad de un marco normativo que regule y supervise estos servicios innovadores huérfanos de regulación, en donde las obligaciones relativas al acceso y ejercicio de la actividad, la seguridad, protección del usuario, responsabilidad, control y sanción deben contemplarse en una norma con rango legal.

Bajo ese entendido, pasamos al análisis de esas actividades financieras reservadas por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico sobre las que las autoridades consultantes irradian sus competencias y, como se indicó al inicio, generan la discrepancia de criterio entre ambas.

B. ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS DEL BANCO CENTRAL Y DE LA SUGEF RESPECTO A LOS SERVICIOS DE PAGOS QUE LLEVAN A CABO LOS PSP Y DE LAS RESERVAS DE ACTIVIDAD DEFINIDAS LEGALMENTE EN EL SECTOR FINANCIERO

B.1. La regulación del sistema de pagos como una actividad esencial y no desconcentrada del BCCR

El marco legal relativo al sistema nacional de pagos lo sitúa dentro del ámbito competencial del Banco Central, en tanto elemento consustancial para mantener la estabilidad monetaria y financiera a que está llamada dicha institución autónoma. A este respecto, en nuestro dictamen C-058-2001, del 6 de marzo, señalamos:

"La estabilidad del sistema financiero, el buen funcionamiento de este sistema determinan un papel predominante de los bancos centrales. Entes a quien se les ha confiado tradicionalmente el vigilar ese funcionamiento y el servir de garantía automática respecto de los clientes de las bancas comerciales. Como contrapartida de esta última función, se reconoce a la banca central la posibilidad de imponer reglas de comportamiento a los intermediarios financieros, tendientes a prevenir que incurran en riesgos excesivos y a

³⁷ Vid., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa (2020). Los estratos de la innovación tecnológica... p.279.

garantizar la solvencia y la liquidez de los establecimientos. La regulación económica financiera dirigida al mantenimiento de la estabilidad del sistema debe comprender la supervisión de las instituciones financieras, la vigilancia de los mercados financieros (desarrollo del mercado y cumplimiento de la disciplina del sector) y la vigilancia de los sistemas de pago que sirven al mercado. Así, resulta imperativo para la banca central la dirección y vigilancia del sistema primero bancario y luego del conjunto de intermediarios financieros" (el subrayado no es del original).

En ese sentido, la letra c) del artículo 2 de su Ley orgánica establece entre los objetivos del Banco Central, la promoción de la eficiencia del sistema de pagos internos y externos y mantener su normal funcionamiento. Incluso, la coronación de ese fin en la ley, en concordancia con lo dispuesto por su artículo 3.i), que le confiere la función al mismo banco emisor de establecer, operar y vigilar los sistemas de compensación, nos llevó a afirmar que el establecimiento, operación y regulación del sistema de pagos constituye una atribución **esencial** del BCCR (ver los dictámenes C-058-2001, recién citado, y PGR-C-085-2022, del 25 de abril).

Cabe agregar que así también lo consideró la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la conocida sentencia n.º1247-F-S1-2011 de las 13:55 horas del 26 de setiembre de 2011, al indicar:

"V.- (...) De esta forma se puede establecer, que el BCCR tiene asignados por su Ley Orgánica, varios cometidos. Conviene resaltar la obligación de promover la eficiencia del sistema de pagos internos y externos y mantener su normal funcionamiento; labor que en la actualidad resulta fundamental, por cuanto la existencia de un sistema de pagos seguro, eficaz y eficiente, resulta de vital importancia para el normal desempeño de la economía, tanto para las operaciones internas como externas. Un sistema de pagos está constituido por un conjunto de instrumentos, procedimientos bancarios y sistemas de transferencia de fondos y valores que aseguran su circulación en los mercados financieros y bursátiles respectivamente. Son mecanismos utilizados para el movimiento de fondos, dinero y valores; asimismo coadyuvan en el desarrollo de pagos entre entidades financieras, interna y externamente. Como se observa de los artículos citados, el legislador optó por encomendar al Banco Central, la promoción y el buen funcionamiento del sistema de pagos, ya que a través de este, podría regular los mercados de dinero...

VI.- (...) Sin embargo, el BCCR sigue manteniendo su condición de ente director y, por ende, regulador último del sistema financiero, monetario y crediticio; puesto que le corresponde dirigir la política monetaria, crediticia, financiera y

*garantizar el funcionamiento fluido del sistema financiero (según el artículo 3 de su Ley Orgánica). En este tanto, el deber de promover la eficiencia del sistema de pagos internos y externos, y mantener su normal funcionamiento (canon 2 inciso c) ibídem), **no es una función que haya sido desconcentrada** en la Sugeval; por el contrario, este es uno de los objetivos que el Banco Central debe procurar constantemente, **inclusive debe ser calificado como "esencial"**... el legislador consideró que la participación del Banco Central en la materia de sistema de pagos le era inherente por resultar esencial con su cometido prioritario, y que la Ley Orgánica del Banco Central así se lo manda...*

***IX.- (...)** El correcto funcionamiento de los sistemas de compensación y de pago, así como la estabilidad del sistema financiero es fundamental para la adecuada ejecución de la política monetaria; sin perjuicio de reconocer además, la necesidad de mantener la confianza en la seguridad y fiabilidad de los sistemas, con el fin de preservar la eficiencia de los mercados y la seguridad de la inversión. El rol del Banco, se restringe al deber de dirección y de supervisión propia y necesaria para lograr la estabilidad del sistema y la concreción de su política monetaria" (el subrayado y la negrita no son del original).*

A pesar de que la estructura interna del Banco Central adopta la desconcentración máxima (artículo 83.3 LGAP) como modalidad común de distribución de los poderes de supervisión y vigilancia sobre los sectores económico y financiero en distintos órganos adscritos denominados superintendencias, el legislador no desconcentró la organización, ni la reglamentación del funcionamiento del sistema nacional de pagos (ver también, la recién citada sentencia n.º1247-F-S1-2011 de la Sala Primera), que de forma categórica el primer párrafo del artículo 69 las define como una competencia de la Junta Directiva del ente emisor, al señalar:

"Artículo 69.- Organización del sistema de pagos

La Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica organizará y reglamentará el funcionamiento del sistema de pagos, de tal forma que se garantice a los usuarios de los servicios financieros y bancarios que las entidades, autorizadas para operar en la Cámara de Compensación y en los sistemas electrónicos que el Banco Central establezca, acreditarán el valor de las transferencias recibidas y de los instrumentos compensables pertenecientes a otros participantes, en un plazo específico después de confirmada la respectiva liquidación en firme en la cuenta corriente, mantenida por el participante en el Banco Central. La Junta Directiva del Banco Central determinará, en el Reglamento del Sistema de Pagos, ese plazo y las condiciones requeridas para que una entidad pueda

participar en los sistemas que el Banco Central establezca. En todo caso, el plazo máximo de acreditación serán las diecisiete horas del día hábil siguiente a la fecha cuando se haya recibido el instrumento compensable o la transferencia” (el subrayado no es del original).

Adicionalmente, el artículo 11 del Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana (aprobado por Ley n.º8876 del 1 de noviembre de 2010), reafirma las potestades anteriores a favor del BCCR, al estipular:

"Artículo 11. Competencias de los bancos centrales.

1. Los bancos centrales de los Estados Parte velarán por el buen funcionamiento, seguridad y eficiencia de los sistemas de pagos, ejerciendo labores de vigilancia sobre estos, sus administradores y participantes, definiendo principios, normas y estándares, y verificando su cumplimiento, independientemente de que los sistemas sean operados por el propio banco central o por administradores privados.

2. Cada banco central dará seguimiento al desarrollo de los sistemas de pagos en su país con el fin de asegurar la transparencia de las normas que regulan los instrumentos y servicios de pago, e identificar y evaluar la naturaleza y magnitud de sus riesgos, sus sistemas de control y los mecanismos adoptados para los casos de incumplimiento.

3. Cada banco central podrá emitir regulaciones de cumplimiento obligatorio, requerir coactivamente información a los administradores y participantes de los sistemas, aprobar programas de ajuste de estricta ejecución, suspender o dejar sin efecto cuando sea imprescindible las decisiones de un administrador, y formular requerimientos coactivos a dichos administradores y participantes.

4. Los Estados Parte establecerán en su propio ordenamiento jurídico las infracciones administrativas y correspondientes sanciones a los incumplimientos de las obligaciones de administradores y participantes de los sistemas reconocidos.

5. Con el fin de promover el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, los bancos centrales de los Estados Parte podrán establecer y administrar sistemas de pago, y emitir sus correspondientes normas de funcionamiento. En este caso, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la separación de las funciones de administración de aquellas funciones derivadas de su deber de vigilancia” (el subrayado no es del original).

Con fundamento en lo expuesto hasta ahora, es claro que la competencia para regular el funcionamiento del sistema nacional de pagos corresponde a la Junta Directiva del BCCR y en ejercicio de dicha potestad reglamentaria reconocida en el precepto recién transcrito (ver también sobre este punto, el considerando V de la referida resolución n.º1247-F-S1-2011), emitió el aludido Reglamento del Sistema de Pagos, sobre cuyo contenido respecto a los PSP de base tecnológica afiliados al SINPE volveremos más adelante.

B.2. La intermediación financiera y el mantenimiento de cuentas corrientes y de ahorros a la vista como actividades reservadas legalmente bajo la supervisión de las SUGEF

Por otra parte, la potestad de supervisión sobre las entidades que realizan intermediación financiera sí fue trasladada a un órgano en grado de desconcentración máxima del Banco Central consistente en la SUGEF (artículo 115 LOBCCR y ver el considerando IX de la sentencia de la Sala Primera de Casación, n.º1008-F-2006 de las 9:30 horas del 21 de diciembre de 2006). Si bien la competencia de fiscalización de la Superintendencia parece centrarse en el aspecto subjetivo con la referencia inicial a *"las entidades financieras del país"* y luego, en el artículo 117, con la relación que hace de organismos fiscalizados –*"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"*– lo cierto del caso es que, como ya tuvimos ocasión de aclarar en el dictamen C-033-2019, del 12 de febrero, no toda entidad financiera se encuentra sujeta a la competencia de la Superintendencia, tan solo aquellas que realizan intermediación financiera en los términos del artículo 116 de la misma Ley n.º7558, esto es, que captan *"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"*.

Así lo confirma, en primer lugar, el artículo 117 *ejusdem* cuando remata que también quedarán sujetos a la fiscalización de la SUGEF *"toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera"*; y en segundo término, el artículo 119 que en su párrafo primero dispone: *"Con el propósito de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional, la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef) ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que llevan a cabo intermediación financiera"* (el subrayado no es del original).

Por lo demás, la misma ley estableció una **reserva de actividad** de forma que solo las entidades autorizadas por la SUGEF quedan habilitadas para prestar los servicios de intermediación financiera. Así lo dispone con toda claridad el primer párrafo del mencionado

artículo 116 de la Ley n.º7558 al indicar: "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" (el subrayado y la negrita no son del original).

Acerca del fundamento de ese acto administrativo previo a cargo de la SUGEF, en el dictamen C-013-2001, del 19 de enero, indicamos: "las actividades de intermediación financiera no se pueden ejercer sin la autorización previa del órgano competente, toda vez que existen razones de interés público que el Estado, a través de sus entes y órganos instrumentales, debe proteger y garantizar, concretamente: la solidez del sistema financiero, las inversiones de los usuarios de los servicios financieros y, en general, la estabilidad económica del país. De ahí que solo se puede ejercer actividad si previamente se han cumplido todos los requisitos que exige el ordenamiento jurídico" (el subrayado no es del original).

Complementando lo dispuesto por el artículo 116 de la LOBCCR, el artículo 120 advierte que, respecto a las personas, físicas o jurídicas, que realicen actividades de intermediación financiera sin la correspondiente autorización legal y de la SUGEF, se procederá conforme a los numerales 156 y 157 de la misma ley que, en ese orden, señalan:

"Artículo 156.- Deber de la Superintendencia

La Superintendencia deberá velar porque en el territorio costarricense no operen personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación, que de manera habitual y a cualquier título realicen actividades de intermediación financiera, de captación de recursos de terceros u operaciones cambiarias sin autorización. Como medida precautoria, la Superintendencia, cuando así lo autorice una autoridad judicial, dispondrá la clausura de las oficinas en donde se estuviese realizando esa clase de actividades, para lo cual podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará también al funcionamiento de grupos financieros de hecho o de entidades que, debiendo formar parte de un grupo financiero, operen sin registrarse como integrantes del grupo.

Cuando a juicio del Superintendente, existan indicios fundados de que una persona, física o jurídica, está realizando ilegalmente actividades de las mencionadas en este artículo, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección que de acuerdo con

esta ley, le corresponden respecto de las entidades fiscalizadas” (el subrayado no es del original).

"Artículo 157.- Penas de prisión

Será sancionado, con pena de prisión de tres a seis años, el que:

a) Realice intermediación financiera sin estar autorizado.

b) Permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.

La entidad autorizada que permita o autorice los hechos a que se refiere el inciso b) será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados” (el subrayado no es del original).

La primera disposición transcrita remarca la potestad de la SUGEF, como parte de su competencia desconcentrada, para vigilar que ningún sujeto en el territorio nacional lleve a cabo operaciones de intermediación financiera de manera habitual y por cualquier motivo sin autorización previa; evidenciando, de nuevo, que nos hallamos en presencia de una actividad reservada y, por ende, vedada al libre ejercicio por lo particulares si no cuentan con habilitación legal, ni con el respectivo título habilitante. A tal extremo, que la consecuencia jurídica para la persona que desconozca dicha prohibición consiste en una sanción penal de 3 a 6 años (artículo 157.a).

La cuestión es que el artículo 156 recién transcrito no solo limita las actividades de intermediación financiera a quienes cuenten con la autorización preceptiva, sino que, en principio, restringe también las operaciones cambiarias y la "captación de recursos de terceros". La primera actividad está regulada expresamente en el artículo 86 de la propia Ley n.º7558, en la que concurren tanto las entidades financieras supervisadas por la Superintendencia, como aquellas otras empresas autorizadas por la Junta Directiva del Banco Central; sujetos en ambos casos a sendos requisitos de obligado cumplimiento para poder participar en el mercado de divisas.

Sin embargo, de la captación de recursos de terceros la LOBCCR no hace mayor precisión más allá de la que se infiere del referido artículo 116, en el sentido de que esa captación de fondos del público no puede tener como destino la intermediación financiera, a saber, colocarlos o emplearlos para préstamos o inversión en otras personas. Conviene recordar el desmenuzado desarrollo que, a partir del segundo y tercer párrafo de dicho precepto, hizo el dictamen C-236-2005, citado por la División de Asesoría Jurídica del Banco Central, del concepto legal de intermediación financiera:

"Para efectos de caracterizar la intermediación financiera interesan el segundo y tercer párrafo. El primero en cuanto define positivamente la intermediación y el segundo en cuanto lo hace en forma negativa. De conformidad con la definición legal positiva, la intermediación se caracteriza por la reunión de determinados elementos: captación de recursos financieros en forma pública, la habitualidad, el destino de los recursos, la ausencia de importancia de la forma contractual que adquiera la operación de crédito, el riesgo.

*La **captación de recursos financieros del público** implica que el intermediario financiero opera y actúa dentro del mercado financiero, recibiendo recursos de terceros, del público en general. Se adquieren tales recursos para luego transmitir el derecho a un tercero:*

"...El intermediario necesita hacerse de ellos (los fondos), los busca y los capta del público, se los apropia y usa como propios, para luego transferirlos a quien los precise o solicite, contratando directamente". J. RECIO - J, VILLER: El Banco Central y la intermediación financiera, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 10.

Esas operaciones deben ser realizadas en forma habitual, lo que indica que dichas operaciones se dan como parte del giro propio del intermediario y, por ende, son operaciones que se repiten. El intermediario es un profesional en su ámbito porque realiza esas operaciones en forma reiterada, sistemática y normalmente prolongada. Además de profesionalidad, el requisito alude a la especialidad de la actividad. El intermediario es normalmente una entidad financiera.

*El **destino de los recursos**: la captación tiene una finalidad propia, que va más allá de la satisfacción de las propias necesidades de financiamiento del intermediario; por el contrario, la captación de recursos está dirigida a cualquier inversión en crédito. Es por eso que en el párrafo tercero se indica que no se entiende como intermediación la captación de recursos para capital de trabajo propio o para financiar los proyectos de inversión no financieros. Para efectos del destino de los recursos captados, debe estarse a la definición de crédito emitida por la Junta Directiva del Banco Central. Es crédito la operación por la cual el intermediario financiero provee fondos o facilidades crediticias en forma directa a otra persona. Puesto que el crédito es definido en forma amplia, se sigue que el destino de los recursos captados es también amplio: estos fondos pueden destinarse a cualesquiera de las operaciones que caracterizan el crédito. Como el intermediario actúa en el mercado financiero, se sigue de ello que cualesquiera de las operaciones de crédito pueden ser suscritas dentro del*

mercado. Por ende, pueden concretarse con cualquier persona física o jurídica que pueda ser destinataria de crédito, en la acepción dicha.

*Elemento formal de la intermediación es el hecho de que se trata de una actividad que sólo puede ser realizada por las personas autorizadas expresamente por la ley y que cumplan con los requisitos establecidos por ésta y precisados por la Superintendencia General de Entidades Financieras. Ello implica que para la intermediación no basta con que la ley señale en forma genérica qué entidades pueden ejercerla, **sino que en definitiva el derecho de operar como intermediario deriva de la autorización de la SUGEF.***

*La definición negativa de intermediación reafirma los elementos de la intermediación financiera. En particular, la captación tiene una finalidad financiera: la captación y el crédito son actividad financiera. No se capta para una finalidad del propio ente financiero ni se capta para tener recursos propios: **se capta como intermediario y para actuar como intermediario.***

De la conjunción de los elementos antes señalados, se desprende que el concepto legal de intermediación alude a la intermediación abierta. Por consiguiente, para que se configure la intermediación es necesario que el intermediario realice en forma habitual la captación de fondos para luego transmitirlos, por su cuenta y riesgo, a un tercero, transfiriendo fondos de quien no los necesita a quien los solicita. Supuesto en el cual poco importa para qué esa transmisión, más precisamente cuál es el destino que se darán a los recursos y quién es el tercero que los recibe.

*En contraposición con esa intermediación abierta, la intermediación cerrada presupone que la captación no se realiza ante el público inversionista. En igual forma, **la entidad no está autorizada para ofrecer al público el dinero captado o bien, encuentra limitaciones en el destino del dinero.** Sólo determinado tipo de operaciones pueden ser realizadas y el destinatario de esas disposiciones no es el público en general. Es este el caso del Sistema de Ahorro y Crédito del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (cf. Dictámenes Ns.C-209-2000 de 4 de setiembre de 2000, C-346-2003 de 4 de noviembre de 2003 y C-186-2005 de 16 de Mayo del 2005)" (el subrayado y la negrita no son del original).*

Tenemos, entonces, que conforme a la LOBCCR la intermediación financiera es una forma de captación de recursos de terceros con el fin de ofrecerlos al público en operaciones de crédito y constituye una actividad reservada a las entidades que cumplan los requisitos legales y cuenten con la autorización previa de la Superintendencia. Con lo cual, la

explicación para que el legislador diferencie en el citado artículo 156 la intermediación financiera de otros tipos de captación de recursos podría hallarse en el otro pilar legal sobre el que se edifica el marco jurídico del mercado financiero y que justamente se vio afectado por las reformas que le hizo dicha ley dirigidas a abrir los depósitos en cuenta corriente o de ahorros a la banca privada: la LOSBN.

Vemos así, que el artículo 3.3 de la LOSBN, al establecer como función esencial de los bancos la custodia y administración de los depósitos bancarios de la colectividad, precisa que los bancos privados que "*captan recursos en cuenta corriente o de ahorro a la vista*" deben cumplir los requisitos del artículo 59 de la misma ley, reiterando que solo los bancos podrán recibir depósitos y captaciones en cuenta corriente. Del mismo modo a como el artículo 76 siguiente, dispone que únicamente los bancos y las entidades autorizadas por leyes especiales podrán tener cuentas de ahorros. A tales efectos, el artículo 60 permite la captación de dinero del público de todo tipo, incluidos depósitos de ahorro (artículo 77), sujetos a los requerimientos de encaje mínimo legal, a las demás condiciones impuestas por la LOBCCR y a la reglamentación de los propios bancos. Interesa recordar, además, que el artículo 80 autoriza a los bancos invertir los recursos financieros provenientes de los depósitos de las cuentas de ahorros en la financiación de operaciones de crédito de largo plazo y préstamos personales.

La facultad de disposición de los depósitos bancarios es lo que permite a los bancos obtener un margen de intermediación, entendido como la diferencia entre los intereses percibidos procedentes de los créditos otorgados y los réditos abonados a los clientes por sus depósitos³⁸, como una de sus fuentes principales de financiamiento, según lo contempla el artículo 58, inciso 2), de la LOSBN:

"Artículo 58.- *Los bancos financiarán sus operaciones con los siguientes recursos financieros:*

(...)

2) Con la recepción de todo tipo de depósitos y otras captaciones en moneda nacional o extranjera. Cuando se trate de bancos privados que captan recursos en cuenta corriente o de ahorro a la vista, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 59 de esta ley" (el subrayado no es del original).

Se desprende de lo expuesto, que **la captación de recursos dinerarios de terceros en cuenta corriente o de ahorro a la vista constituye en sí misma una**

³⁸ Vid., ORDEN DE LA CRUZ, Carmen (de la); ARCO GARRIDO, Francisco Javier (del) (2019). CAPÍTULO 19. La reconversión digital del sector bancario... p.463.

actividad reservada también a los bancos y entidades autorizadas por ley, más allá que se destinen o no a operaciones de préstamos de sus clientes. Lo que se explica en la especial naturaleza jurídica del depósito bancario, según fue analizado en el pronunciamiento OJ-042-2003, citado a su vez por la División de Asesoría Jurídica de la SUGEF:

"El depósito es una de las operaciones que pueden ser realizadas por los bancos comerciales. Esta operación es una de las formas principales del financiamiento bancario, tal como se desprende del artículo 58 de la Ley del Sistema Bancario Nacional..."

Tratándose de depósitos a la vista, cabe recordar que éstos son depósitos irregulares de dinero. El dinero se traslada a la entidad financiera que puede disponer de él, obligándose a igual cantidad que la recibida. El depositando no tiene el derecho de propiedad de lo depositado, sino un derecho de crédito. El dinero no se deposita para fines de custodia

"... El que las entidades financieras deban conservar reservas en garantía de los depositantes es lo que permite hablar de custodia, y ésta caracteriza al depósito como negocio jurídico financiero...La custodia es, por consiguiente, el cálculo de probabilidades del retiro de depósitos". L, MUÑOZ: Contratos y negocios jurídicos financieros, II, Parte Especial, Editorial Universidad, 1981, pp. 890-891.

"El depósito bancario no es un negocio de crédito. Luego no es un depósito. Ni siquiera puede calificarse de depósito irregular en el que se puede usar la cosa depositada. Su causa no es la custodia. Su causa es financiera. Es un contrato financiero en el que el derecho del depositante se convierte en un derecho de crédito. El depositante ostenta a su favor un derecho de crédito frente a la entidad de crédito, el cual le faculta a exigir la restitución de los fondos dinerarios que entregó, en las condiciones que se pactaron en la relación obligacional. Los fondos en depósito pasan a formar parte del patrimonio de la entidad depositaria". F, ZUNZUNEGUI, op. cit. p. 462.

Dado que se trata de un depósito irregular, no puede hablarse de un contrato de custodia. Ciertamente, el depósito a la vista implica una obligación de custodia, pero ésta no se ejerce en relación con lo depositado por un cliente en particular. Por el contrario, se trata de una custodia global en garantía de los depositantes, lo que obliga a hacer reservas de liquidez y en su caso, satisfacer el encaje legal. El resto de lo depositado

financia las operaciones activas del banco. Ciertamente, el derecho de crédito del depositante le permite reclamar lo depositado. Pero esa obligación no permite considerar que el depósito entrañe un contrato de custodia. Consecuentemente, respecto de estos depósitos no puede hablarse ni de "contratos de custodia" ni de "reglamentos de custodia" y como no lo son, es claro que las reglas que los rigen son diferentes de las propias de un contrato de custodia de dinero o de un depósito regular. Baste recordar que la Ley N. 1644 regula los contratos de custodia en su artículo 116, en cuanto establece que los bancos comerciales pueden efectuar comisiones de confianza como la recepción en custodia de fondos" (la negrita es añadida).

De conformidad con las consideraciones anteriores, la captación de recursos del público en cuentas corrientes o de ahorros a la vista con los cuales cumplir la función de intermediación financiera constituye una actividad reservada por el legislador a ciertas entidades financieras –principalmente los bancos– cuya supervisión está a cargo de la SUGEF (artículo 115 Ley n.º7558).

A este respecto, nótese que la especial naturaleza de estas cuentas a la vista se pone de manifiesto en el artículo 14, letra b), de la *Ley Reguladora de empresas financieras no bancarias* (n.º5044 de 13 de septiembre de 1972) –comprensiva también de las reformas efectuadas por la LOBCCR–, pues a pesar de estar autorizadas este tipo de entidades como intermediarios financieros para captar depósitos en moneda nacional o extranjera, les está prohibido captar depósitos en cuenta corriente y de ahorro (ver nuestro dictamen C-234-2008, del 7 de julio).

Así las cosas, la consecuencia más relevante de esta reserva legal respecto a las cuentas corrientes o de ahorro a la vista es que **las operaciones de captación de fondos de terceros efectuadas fuera de ese ámbito estricto no requerirían autorización previa y podrían ser ejercidas por los particulares en ejercicio de la libertad de comercio o industria** (artículos 28 y 46 constitucionales) en su vertiente de la libre iniciativa empresarial; pues como lo señaló la Sala Constitucional en la resolución n.º2001-6675 de las 15:02 horas del 11 de julio de 2001: "*la libertad de comercio que existe como garantía fundamental, es el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses*".

B.3. La captación de recursos de terceros contemplada en la Ley n.º7786 para fines de administración o servicios de pago como actividad no reservada sobre la que la SUGEF ejerce una supervisión en materia de prevención de la legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y a la proliferación de armas de destrucción masiva

Con todo, de considerarse que el citado artículo 156 de la Ley n.º7558 contiene una restricción genérica para toda captación de recursos de terceros, más allá de los supuestos dichos, la promulgación ulterior de la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*, en su afán de regular las actividades financieras con el fin de evitar la legitimación de capitales proveniente de delitos graves y de todos los procedimientos que puedan servir como medio para blanquear dichos capitales, al ser el sector financiero uno de los más vulnerables para ser utilizado por las organizaciones criminales, ya que recibe y canaliza la mayor parte de los activos financieros (ver nuestro dictamen C-287-2011, del 21 de noviembre), amplía el catálogo de actividades supervisadas a otras operaciones que bien pueden implicar la canalización de recursos dinerarios de terceros en la forma de *"transferencias sistemáticas sustanciales de fondos, realizadas por cualquier medio"*; *"administración de recursos por medio de fideicomisos o de cualquier tipo de administración de recursos, efectuada por personas jurídicas, que no sean intermediarios financieros"*; o las *"remesas de dinero de un país a otro"* (artículo 15, letras c, d y e, respectivamente de su primer párrafo; el subrayado no es del original).

Nótese, cómo en el supuesto de la gestión de recursos financieros el inciso d) transcrito aclara que pueden tratarse de personas jurídicas que no son intermediarios financieros y aun cuando el principio de que parte el artículo 14 de la misma Ley n.º7786 es que en tanto una entidad está sujeta a la supervisión y fiscalización de alguna de las superintendencias del mercado financiero –la misma SUGEF, la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) o la Superintendencia General de Seguros (SUGESE)– le será aplicable dicha norma, abarcando también a los grupos financieros; la circunstancia de que una determinada persona no califique como entidad fiscalizada o supervisada en los términos del artículo 14, no excluye la posibilidad de que se le aplique la Ley n.º7786, pues los artículos 15 y 15 *bis* abarcan a quienes realicen las operaciones que allí se enumeran, según lo precisamos en el referido dictamen C-287-2011, llamándolos: *"sujetos obligados"*.

De hecho, el inciso f) del aludido artículo 15 sirve para fundamentar la interpretación dada, pues es solo con los emisores y operadores de tarjetas de crédito que el legislador advierte que en el desarrollo de estas actividades no pueden realizar intermediación financiera, *"por lo que tienen impedido captar recursos del público mediante cualquier medio físico, telemático, digital o de cualquier otra forma que implique el traslado de recursos con valor económico"*. Y de nuevo remite a las disposiciones ya vistas de la LOBCCR en el evento de que se detecte *"la realización de intermediación financiera sin contar con la debida autorización"*.

Luego, el artículo 15 *bis* añade otra serie de actividades sujetas a la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas,*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 42

legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, entre las que cabe destacar las de su inciso e), consistente en las personas físicas y jurídicas que lleven a cabo transacciones para sus clientes derivadas de la administración del dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos de este (subinciso ii), con lo que comporta un acceso directo o indirecto a las cuentas bancarias del respectivo cliente. Y aquí de nuevo, la letra g) del mismo artículo de comentario, refuerza la interpretación de que la captación de recursos del público se restringe cuando la operación sea de crédito, al señalar que las personas físicas o jurídicas que otorguen cualquier tipo de facilidad crediticia bajo los parámetros y las definiciones que determine reglamentariamente el CONASSIF no pueden realizar intermediación financiera, *"por lo que tienen impedido captar recursos del público mediante cualquier medio físico, telemático, digital o de cualquier otra forma que implique el traslado de recursos con valor económico"*, con las consecuencias legales mencionadas antes.

En desarrollo de los preceptos legales anteriores, el *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada* (Decreto Ejecutivo n.º36948-MP-SP-JP-H-S), en su artículo 8 –relativo al desempeño de operaciones sistemáticas o sustanciales– dispone que las personas físicas o jurídicas que brinden de manera organizada y habitual *"servicios a terceros"* como actividades de remesas mediante efectivo (letra a); o administración de cualquier tipo de recursos efectuada por personas, físicas o jurídicas, que no sean intermediarios financieros (letra d), deberán registrarse ante la SUGEF, siempre y cuando no se encuentren supervisadas por alguna otra de las Superintendencias. A lo que el penúltimo párrafo del mismo precepto reafirma en la línea expuesta lo siguiente: *"Se entenderá que las personas que realizan o realizarán alguna de las actividades antes señaladas, serán consideradas sujetos de inscripción cuando reciban o declaren que van a recibir recursos de un tercero como actividad de negocio, en el entendido que dichos recursos son o serán recibidos, custodiados, girados y/o traspasados de acuerdo con las instrucciones del dueño de los fondos, o bien, están o estarán sujetos a cláusulas establecidas mediante acuerdos, contratos o convenios suscritos"* (la negrita y el subrayado no son del original).

Entonces, para que un administrador de recursos sea sujeto de inscripción debe recibir recursos de un tercero como actividad de negocio (ver el dictamen C-002-2013, del 11 de enero).

Por su parte, el artículo 2 de la Reglamentación a los artículos 15 *bis* y 15 *ter* de la Ley n.º7786 (Decreto Ejecutivo n.º41016-MP-MH-MSP-MJP) en la definición que hace de las APNFD (Actividades y profesiones no financieras), hace una concreción adicional respecto a que la actividad de administración del dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos del cliente lo es por el monto inferior a la cuantía significativa que determine la SUGEF (inciso 2.e.ii). En complemento de dicha previsión, el párrafo *in fine* del artículo 6

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 43

del mismo reglamento, indica: "Las cuentas o servicios financieros que utilicen todos los sujetos obligados, que desempeñen las actividades indicadas en los incisos anteriores, deberán ser de uso exclusivo de la actividad por la que se inscribió en el ente supervisor, y estar a nombre del sujeto inscrito. Se faculta a la Superintendencia General de Entidades Financieras para que a través de la Normativa Prudencial emitida por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, tomando como fundamento la metodología de enfoque basado en riesgos, determine la cuantía significativa de las operaciones objeto de supervisión y control" (el subrayado no es del original).

La cuantía significativa está determinada en el citado Reglamento CONASSIF n.º1450-2018, dentro del concepto de operación sustancial, que aparece en la letra n) de su artículo 3, como las "operaciones financieras realizadas o proyectadas por cualquier sujeto obligado, cuyo importe acumulado en un período de doce meses, sea igual o mayor a EUA\$400.000,00 (cuatrocientos mil dólares en moneda de los Estados Unidos de América) o su equivalente en otras monedas, calculado con base al tipo de cambio indicado en el Reglamento de Información Financiera, vigente a la fecha de la evaluación, lo cual se considera como cuantía significativa" (el subrayado no es del original).

Este mismo artículo, en su letra a), maneja la siguiente definición de "Administración de recursos", entendiéndolo por tal el: "Acuerdo, contrato, convenio o cualquier otro negocio jurídico, por el cual una persona física o jurídica, como actividad de negocio, recibe recursos de un tercero, en el entendido que dichos recursos son recibidos, custodiados, girados o traspasados de acuerdo con las instrucciones del dueño de los fondos" (el subrayado y la negrita no son del original).

De lo visto hasta ahora, importa recapitular que **existe un reconocimiento normativo expreso (por ley y reglamento) de la actividad de captación de recursos del público que no es la intermediación financiera, ni en cuenta corriente o de ahorros a la vista y, por ende, que no es objeto de reserva legal, como sucede con la administración de recursos de terceras personas para prestar servicios de pago por orden del dueño de los fondos.** Con lo cual, se permite que otras personas que no son entidades bancarias o intermediarios financieros autorizados puedan participar de ese tipo de operación tomando recursos del público para administrarlos, sujetos a ciertos requisitos y a la supervisión de la SUGEF.

Sin embargo, la supervisión que la Superintendencia proyecta sobre ellos no es en el ámbito financiero propiamente dicho, esto es, velando por la situación económica y financiera de las entidades que realizan intermediación financiera, en términos de gobierno corporativo, gestión de riesgos, liquidez, solvencia, seguridad, cumplimiento regulatorio, con el propósito de resguardar la estabilidad, solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional (artículo 119 LOBCCR); sino la encomendada por la Ley n.º7786 en

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 44

materia de prevención de la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos, para lo que se exige a los sujetos fiscalizados que realizan las actividades de los artículos 15 y 15 *bis*, su inscripción ante la SUGEF y cumplir una serie de obligaciones, como la identificación, debida diligencia en el conocimiento y verificación de los clientes con los que establezcan relaciones comerciales (ver letra a) del apartado segundo de dicho artículo 15 y el numeral 16, así como el artículo 16 del Decreto Ejecutivo n.º36948-MP-SP-JP-H-S); además de las que se dispongan mediante la normativa prudencial que emita la CONASSIF.

En efecto, como así lo ratifica también el artículo 6 del referido *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, las labores de inscripción, supervisión y fiscalización que ejerce la SUGEF sobre las personas físicas o jurídicas que realizan alguna de las actividades descritas en los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786, "es únicamente en la materia de legitimación de capitales y el financiamiento del terrorismo" (el subrayado no es del original).

Valga al respecto, las siguientes consideraciones que hicimos en el mencionado dictamen C-002-2013:

*"La inclusión de este artículo 15 manifiesta el interés del legislador por prevenir y evitar que actividades económicas que inciden en la actividad económica del país e indirectamente en la financiera sean penetradas por los grupos dedicados a la legalización de capitales. Es el reconocimiento, entonces, de que estos grupos no solo penetran y utilizan a las entidades financieras para introducir en el país el dinero producto de los delitos a que se refiere la ley, sino que también esa penetración puede ser realizada a través de operaciones comerciales de alto contenido financiero, realizadas por entidades no financieras. Entidades no sujetas normalmente a la supervisión y fiscalización de las autoridades públicas o al menos, no con el carácter que sucede en el mercado financiero. Dado ese reconocimiento y la necesidad de mantener el orden público en la materia, **se impone un deber de inscripción que facultará a la Superintendencia General de Entidades Financiera realizar labores de supervisión en orden a la prevención, detección, persecución y represión a los fines de legalización de capitales, ya no solo en relación con el sistema financiero sino respecto de otras entidades.** Una atribución que beneficia directamente a las personas físicas y jurídicas supervisadas, en el tanto garantiza a sus posibles clientes que el capital proveniente de ellas se encuentra legalmente introducido al país, creando así un ambiente de seguridad negocial alrededor de los sujetos supervisados.*

*A partir de esta disposición, entidades no financieras que realizan alguna de las actividades establecidas en el artículo 15 devienen "entidades supervisadas". Una supervisión que se ejerce, ciertamente, en orden a la legalización de capitales, el lavado de dinero y, por ende, en los términos en que lo establece la ley N. 8204 de cita, **por lo que las facultades legales de que dispone la SUGEF están referidas a los objetivos de esta Ley.** En este sentido, la supervisión se dirige a verificar el cumplimiento de las obligaciones, a prevenir situaciones que puedan poner a la entidad en riesgo de ser utilizada para el lavado de capitales. En los términos del artículo 8 (sic) del Reglamento general sobre legislación contra narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada, es una supervisión exclusivamente en materia de legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo. **Dado el objeto de la inscripción pero también de la supervisión,** resulta evidente que la entidad no financiera está inhabilitada para ejercer actividad propiamente financiera, en especial la intermediación financiera a que se refieren los artículos 116 y siguientes de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Ergo, la inscripción no convierte a la entidad inscrita en una entidad financiera ni la habilita para ejercer esta actividad" (el subrayado y la negrita no son del original).*

Correlativamente, y siempre dentro del mismo ámbito competencial, a la Superintendencia se le impone el deber legal de velar por que no operen, en el territorio nacional, personas físicas o jurídicas, de manera habitual y por cualquier título, "realicen sin autorización" las actividades descritas antes, para lo que se le reconoce las mismas facultades de inspección en cuanto a materia de prevención y control de la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, para lo que deberá interponer la denuncia ante las instancias correspondientes (artículos 15 y 15 bis de la Ley n.º7786).

Cabe agregar que, a pesar de los estrictos requisitos de control que establece el ordenamiento jurídico, su aplicación está permeada por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de forma que debe adecuarse "conforme al alcance que sea compatible a los sujetos obligados de acuerdo con su respectiva naturaleza, bajo un enfoque basado en riesgos" (artículo 15 Ley n.º7786, idea reiterada por el 15 bis). Así también se desprende de los párrafos *in fine* de ambos preceptos legales recién citados, cuando aclara que la SUGEF "considerará las condiciones y las características del sujeto obligado, de acuerdo con su tamaño, estructura, cantidad de operaciones, número de empleados, volumen de producción y factores de exposición al riesgo de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva, para exigir que dentro de la estructura organizativa se incorpore un oficial de cumplimiento o, en su defecto, se autorice

una estructura diferenciada”; trazando así el abordaje regulatorio que debe acometer en este ámbito preciso relativo a la prevención de la legitimación de capitales y al financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas.

Llegados a este punto, no parece haber duda del reparto de competencias que hizo el legislador en materia financiera entre el BCCR y su órgano desconcentrado: la SUGEF. Al primero le corresponde la regulación del funcionamiento en general del sistema nacional de pagos (incluido el SINPE); mientras que la Superintendencia divide sus funciones de supervisión y fiscalización entre el ámbito propiamente financiero respecto de las entidades públicas y privadas que llevan a cabo intermediación financiera y mantienen cuentas corrientes y de ahorro a la vista como actividades reservadas, de un lado; y la prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y la delincuencia organizada, bajo un enfoque basado en riesgos, respecto a los sujetos fiscalizados que realizan las operaciones de los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786.

En esa tesitura, se plantea la cuestión de la supervisión y regulación de los PSP afiliados al SINPE cuya operación coincide con las actividades fiscalizadas de la Ley n.º7786; en cuanto se duda por la SUGEF de la licitud de que capten recursos del público, al no limitarse estrictamente a los servicios de provisión de pago, al poder disponer o manejar los fondos de los clientes, lo que pasamos a analizar de seguido.

C. LA REGULACIÓN DE LOS PSP AFILIADOS AL SINPE EN EL REGLAMENTO DEL SISTEMA DE PAGOS Y LA NECESIDAD DE QUE SU ACTIVIDAD OBSERVE LA RESERVA DE ACTIVIDAD DISPUESTA POR LA LEGISLACIÓN FINANCIERA

Tal y como se acaba de indicar, no está en discusión que a la Junta Directiva del Banco Central le corresponde la organización y reglamentación del funcionamiento del sistema de pagos, según lo expresa con toda claridad el artículo 69 de la LOBCCR. Ergo, no se trata de una competencia desconcentrada a favor de la SUGEF, ni de ninguna de sus superintendencias; más allá de los deberes de colaboración y cooperación que en dicho ámbito tiene que existir entre todas ellas, complementando sus funciones para cumplir con el objetivo de dar estabilidad al sistema financiero y económico que le corresponde a dicha institución autónoma como un todo. A este respecto, no está de más recordar lo estipulado por el artículo 12 del citado Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana, acerca del deber de cooperación entre bancos centrales y autoridades supervisoras de los Estados Parte, de forma que ambos *"deberán cooperar entre sí con el fin de lograr una eficiente vigilancia de los sistemas de pagos de la*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 47

Región. A tal fin, podrán firmar acuerdos de entendimiento y otros instrumentos de cooperación”.

Sin embargo, por más que la competencia del Banco Central en la materia sea incontrovertida, el principio de jerarquía normativa (artículo 6 LGAP), como corolario del principio de legalidad, al que está sujeto toda la Administración Pública central y descentralizada, de la que dicho ente público es parte (artículos 11 constitucional y 11, 12 y 13 LGAP), supone que en el ejercicio de su potestad reglamentaria al actuar esa competencia que le es propia, el BCCR debe ajustarse a las normas legales y reglamentarias de rango superior. Es decir, el Reglamento del Sistema de Pagos no puede contradecir el bloque normativo al que hicimos referencia en las páginas precedentes. Particularmente, el aludido reglamento no puede desconocer las reservas de actividad dispuestas por el legislador para ciertas entidades financieras, pues de lo contrario sería ilegal, nulo e inaplicable *"ipso facto"* a futuro (véanse nuestros pronunciamientos C-311-2019, de 24 de octubre, C-360-2019, del 3 de diciembre y PGR-C-103-2022, del 13 de mayo).

Bajo ese entendido, tenemos que en esa línea de consolidar la política de Diligencia debida en el conocimiento del cliente y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), el Poder Ejecutivo mediante el citado Decreto Ejecutivo n.º 39000-MP-SP-JP-H-S, del 22 de abril del 2015, adicionó el artículo 16 *bis* al *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, para establecer las CES, debido al riesgo real que representa la exclusión financiera en la prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo y otras actividades ilícitas, al facilitar que más personas debidamente identificadas puedan acceder a los servicios financieros formales. Dice así el mencionado precepto:

*"Artículo 16 bis.—**Cuentas de Expediente Simplificado.** Las Cuentas de Expediente Simplificado (CES) son cuentas de fondos, abiertas por las entidades financieras a las personas físicas que califiquen con un perfil de riesgo bajo, a quienes se les aplicará una debida diligencia simplificada.*

El Banco Central de Costa Rica, como ente regulador del sistema de pagos reglamentará la estructura, características y demás condiciones de apertura y funcionamiento de las CES.

Se autoriza a las entidades financieras para abrir CES y trasladar las cuentas de sus clientes al esquema de CES, siempre y cuando cumplan con las características y requisitos establecidos para las CES, observando todos los componentes de prevención de la legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo.

Para la apertura de una CES y en sustitución del formulario conozca a su cliente, las entidades financieras deberán cumplir con los requerimientos de identificación e información de los clientes que defina reglamentariamente el Banco Central de Costa Rica. Salvo lo dispuesto reglamentariamente, el formulario conozca su cliente relacionado con cuentas CES, no requiere la firma del cliente.

Las entidades financieras que administren CES, deberán validar la información de la identidad de sus clientes, por medio de los servicios del SINPE que provean acceso a las fuentes oficiales de información. El caso de los clientes que únicamente cuenten con pasaporte, se deberá verificar que el mismo se encuentra con vigencia y autorización de permanencia al día.

La calificación de riesgo bajo por medio de la cual un cliente es titular de una CES, deberá ajustarse a la metodología de valoración de riesgo con que cuenta la entidad financiera.

Ninguna entidad financiera podrá activar una CES a su cliente sin que antes la haya registrado en el padrón de CES, administrado por el Banco Central de Costa Rica”(el subrayado no es del original).

A propósito del padrón de CES a que hace referencia el párrafo *in fine* del precepto transcrito, el artículo 39 del mismo reglamento –objeto de modificación también por el Decreto Ejecutivo n.º39000-MP-SP-JP-H-S– dispone:

*"Artículo 39.-**De la utilización de la plataforma del SINPE.** En su labor de investigación, análisis o supervisión, las autoridades judiciales y administrativas competentes y supervisoras definidas en la Ley N° 8204 citada, utilizarán la plataforma del SINPE, para obtener información oportuna y fidedigna de las transacciones que se realizan por medio del Sistema de Pagos, desarrollado por el Banco Central de Costa Rica. Dicha información deberá permitir identificar a las personas físicas o jurídicas que intervengan en las transacciones, tanto en las que se liquiden con fondos como las que se realicen con valores.*

El Banco Central de Costa Rica, deberá garantizar que en las operaciones que se tramiten por medio del SINPE, se consigne el número de cédula de identidad para las personas físicas nacionales, el número de documento de identificación válido y el número de cédula jurídica para las personas jurídicas, para ello realizará los ajustes tecnológicos en el SINPE y las reformas necesarias a la normativa aplicable.

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 49

La información recabada por medio del SINPE tendrá el carácter de confidencial y no podrá hacerse pública salvo solicitud expresa de las autoridades competentes, mediante solicitud fundamentada, esto en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N°8204 citada.

El Banco Central de Costa Rica, deberá desarrollar sobre la plataforma del SINPE las herramientas tecnológicas que le faciliten a las autoridades judiciales y administrativas competentes y de supervisión sus labores, debiendo también, proveerles asesoría y capacitación sobre el funcionamiento de dicha plataforma.

El Banco Central de Costa Rica deberá desarrollar un padrón de Cuentas de Expediente Simplificado (CES) sobre la plataforma del SINPE, el cual funcionará como un registro centralizado de todas las CES abiertas por las entidades financieras a sus clientes y como herramienta de control para asegurar el buen uso del sistema CES (el subrayado no es del original).

Tal y como se desprende del tenor literal de las disposiciones reglamentarias recién transcritas, las CES únicamente pueden ser abiertas por entidades financieras y solo a personas físicas, no jurídicas. También le corresponde a la entidad financiera registrar en el padrón administrado por el Banco Central esta clase de cuentas como paso previo a su activación. Además, el artículo 16 bis bajo estudio es claro en establecer que las CES son "cuentas de fondos".

En coherencia con lo dispuesto por estos artículos del *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, el Reglamento del Sistema de Pagos en su artículo 476 define las CES como "**las cuentas de fondos que pueden abrir las personas físicas mediante un trámite simplificado**". Inmediatamente, el artículo 477 precisa que las entidades financieras "*emisores de CES*" en las monedas ahí indicadas, son las supervisadas según lo indicado por el artículo 14 de la Ley n.º7786, es decir, las que regulan, supervisan y fiscalizan alguna de las cuatro superintendencias existentes (y cita como ejemplo, a los bancos, mutuales, entidades financieras no bancarias, cooperativas de ahorro y crédito, asociaciones solidaristas, entre otras). Por fin, le corresponde a la entidad financiera asignar al cliente alguno de los tres tipos de CES previstos en la normativa según el nivel de ingreso manifestado y las condiciones que se regulan en los artículos 478 a 485 del mismo reglamento.

Cabe aclarar que el propio Reglamento del sistema de pagos define una **cuenta de fondos** así: "*cuentas corrientes, cuentas de ahorros, cuentas virtuales, cuentas electrónicas*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 50

o cualquier otra denominación de cuenta de fondos a la vista, **administradas** por los afiliados al SINPE”(el subrayado y la negrita no son del original).

Los **afiliados** a la plataforma SINPE, de acuerdo al referido artículo 2 de definiciones comprende al "asociado, asociado regional, organizador de mercados y proveedor de servicios de pago". Este último, de acuerdo al mismo precepto, es conceptualizado como "persona jurídica nacional que realiza **actividades de transferencias de fondos, remesas, procesamiento de pagos y cobros comerciales** o cualquier otra actividad que requiera la movilización de fondos propios o de terceros" (el subrayado y la negrita en ambas transcripciones no son del original).

Luego, su artículo 6 precisa que este tipo de empresas "deberán estar inscritas ante la Sugef para efectos de cumplir con lo establecido en el artículo 15 y artículo 15 bis) de la Ley 7786; además, deben de cumplir con los requisitos de seguridad de la información para la protección de la plataforma del Sinpe, de conformidad con lo establecido en la Serie de Normas y Procedimientos del Sinpe. Esto constituye una condición necesaria para que el BCCR otorgue y mantenga la autorización de proveedor de servicios de pago" (el subrayado no es del original).

Por su parte, el **asociado** es la "entidad que participa en servicios del SINPE y mantiene cuentas de fondos y/o de valores en el BCCR para la liquidación de transacciones propias o de terceros"³⁹; mientras que el **asociado regional** consiste en la "entidad no domiciliada en Costa Rica que participa en servicios del SINPE y mantiene cuentas de fondos en el BCCR para la liquidación de transacciones propias o de terceros"⁴⁰. Por fin, el **Organizador de mercados**⁴¹ es la "entidad que provee a los asociados al SINPE algún mercado financiero que implique un proceso de compensación y liquidación sobre las cuentas de fondos y/o de valores mantenidas en el BCCR por los asociados o proveedores

³⁹ El artículo 3 del Reglamento del sistema de pagos precisa que los **asociados** se refieren "a los bancos, empresas financieras no bancarias, mutuales de ahorro y préstamo, cooperativas de ahorro y crédito, cooperativas de servicios públicos, asociaciones solidaristas, cajas y juntas de ahorro, entidades financieras creadas por leyes especiales, puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión (y los fondos que administran), operadoras de pensiones (y los fondos que administran), casas de cambio, sociedades de seguros, organizadores de mercados, las instituciones públicas y operadores de redes de telefonía móvil residentes en Costa Rica, que cumplan con el proceso de suscripción al SINPE y se mantengan conectados directamente a su plataforma de servicios".

⁴⁰ El artículo 4 del Reglamento del sistema de pagos precisa que los **asociados regionales** aluden "a los bancos centrales, organismos financieros regionales o internacionales, cámaras de compensación, así como entidades financieras o centrales de valores no domiciliadas en Costa Rica, supervisadas por una autoridad competente en su país".

⁴¹ El artículo 5 del reglamento de cita aclara que los **Organizador de Mercados** son "las bolsas de valores, centrales de valores, procesadores y compensadores de redes de cajeros automáticos y redes de puntos de venta, la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), empresas propietarias de marcas de pago (VISA, MasterCard, American Express, otros) y cualquier otro que opere un mercado en el que participan asociados del SINPE que requieren la liquidación de ese mercado sobre las cuentas de fondos o valores que esos asociados mantienen en el BCCR. El inicio de operación en el SINPE del Organizador de Mercados y los participantes de este mercado estará sujeto a la puesta en marcha de la liquidación en el BCCR del mercado respectivo".

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 51

de servicios. En caso de que el Organizador, sea un participante más de ese mercado, requerirá una cuenta de fondos en el BCCR, para efectos de liquidar su posición o la de un tercero” (artículo 2, ejusdem; el subrayado y la negrita en los textos transcritos no son del original).

Podemos afirmar, entonces, que los PSP como afiliados al SINPE –definido a su vez por el artículo 2 del Reglamento del sistema de pagos, como el *"Portal financiero que integra y articula el sistema de pagos costarricense"*– pueden llevar a cabo actividades de transferencias de fondos, remesas, procesamiento de pagos y cobros comerciales o cualquier otra actividad que requiera la movilización de fondos propios o de terceros, **en la medida que ello no suponga abrir y mantener cuentas corrientes o de ahorros a la vista** de sus clientes; pues como ya se analizó en el epígrafe anterior, esos servicios financieros forman parte de la reserva legal de actividad que el legislador estableció a favor de los bancos y demás entidades financieras autorizadas por ley y bajo la supervisión de la SUGEF.

La Procuraduría entiende de una interpretación armónica del conjunto del ordenamiento jurídico financiero analizado hasta ahora, que las operaciones anteriores son las que comprenden las actividades de *"administración de recursos"* o *"administración del dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos del cliente"* a que hacen referencia los artículos 15 y 15 bis de la Ley n.º7786. Ello supone que el PSP como gestor de esos recursos tendría acceso a esas cuentas del cliente para efectos del servicio de pago –como vimos del Derecho comparado– o bien, podría recibir el dinero de este para efectuar la transferencia de fondos o el pago respectivo, atendiendo a la orden que le haya dado al momento en que se lo depositó.

En ese sentido, el Reglamento del sistema de pagos facilita la operación de los PSP con su inclusión en la *Cuenta de fondos SINPE* –como parte de los servicios obligatorios que los afiliados deben suscribir para participar de esta plataforma de acuerdo al artículo 7– por cuyo medio se administran las cuentas mantenidas por los afiliados en el BCCR utilizadas para la liquidación de las transacciones propias y de terceros que realiza en el *Sistema de Pagos*⁴² (artículo 60), para lo que se les autoriza para abrir y mantener solo una cuenta en moneda nacional y una cuenta por tipo de moneda extranjera, salvo cuando medie autorización expresa de la Dirección de la División Sistemas de Pago para abrir cuentas adicionales (artículo 62). Además, se establece la inembargabilidad de las cuentas de fondos mantenidas por los afiliados en el BCCR (artículo 63), la irrevocabilidad de las instrucciones de pago tramitadas por medio del SINPE frente a sus ordenantes o terceros y la firmeza de las negociaciones y transacciones de fondos realizados a través de dicha plataforma,

⁴² Definido por el artículo 2 de repetida cita como el: «*"conjunto de instrumentos, procedimientos bancarios y sistemas de transferencia de fondos interbancarios que aseguran la circulación del dinero"* (Banco de Pagos Internacionales). Para efectos del presente reglamento, está referido al sistema de pagos costarricense».

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 52

haciéndolos exigibles y oponibles frente a terceros e imposibilitando su anulación o reversión (artículos 64 y 65), en aras de garantizar la seguridad jurídica de todos los usuarios.

Conviene recordar que la incorporación de los PSP a la plataforma SINPE ocurre con el acuerdo del artículo 6 de la sesión n.º5825-2018 del 2 de mayo de 2018, de la Junta Directiva del BCCR, "[c]on el objetivo de lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios electrónicos del SINPE y en línea con las tendencias internacionales de apertura de los sistemas de pago a nuevos participantes, se habilita la posibilidad de ingreso al SINPE de empresas "proveedores de servicios de pagos" (considerando E). El antiguo artículo 6 aprobado en esa oportunidad, amén de remitir a la legislación protección de datos, limitaba el campo de acción de estas empresas, al disponer:

*"Artículo 6. **Proveedores de servicios de pago.** Se refiere a las empresas jurídicas nacionales que brindan servicios de pago y cobro producto de transacciones propias o de terceros, siempre que cumplan con las regulaciones nacionales vigentes en materia de prevención de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, protección de datos y cualquier otra legislación aplicable a los servicios ofrecidos. Participan únicamente en los servicios: Transferencia de Fondos a Terceros, Compensación de Créditos Directos, Débito en Tiempo Real, Compensación de Débitos Directos, Sinpe Móvil, Reclamación de Fondos y Autorización de Débitos Automáticos.*

Los proveedores de servicios de pago deberán suministrar a la División de Sistema de Pagos información relacionada con el tipo de servicio, canales e instrumentos de pago que ofrecerá a sus clientes, nicho de mercado al que se dirige, esquema de operación, controles y medidas de seguridad a implementar, esquemas de continuidad del negocio, estadísticas transaccionales y otros datos de interés desde la perspectiva del desarrollo del sistema de pago, según lo especificado en las normas complementarias" (el subrayado no es del original).

Vemos que –a diferencia del texto vigente– el precepto anterior contenía una regulación más detallada de la operación de esta clase de afiliados al SINPE. En la penúltima versión de la norma, se amplía más la gama de servicios que pueden ofrecer, entre los que destaca el registro al Padrón Único de Cuentas (PUC). Decía así el numeral en cuestión:

"Artículo 6. Proveedores de servicios de pago. Se refiere a las empresas jurídicas nacionales que realizan actividades de transferencias de fondos, remesas, pagos y cobros a comercios o cualquier otra actividad que requiera la movilización de fondos propios o de terceros, siempre que cumplan con las regulaciones nacionales vigentes en materia de prevención de legitimación de

capitales y financiamiento al terrorismo, protección de datos y cualquier otra legislación aplicable a los servicios ofrecidos.

Estas empresas deberán estar inscritos ante la SUGEF para efecto de cumplir con lo establecido en el artículo 15 y artículo 15 bis) de la Ley 7786, además, esta Superintendencia deberá comunicar al BCCR que dichos sujetos obligados cuentan con adecuados marcos de gobierno corporativo para gestionar los riesgos asociados a la prevención de la legitimación de capitales y que cuentan con plataformas robustas para salvaguardar la información de los usuarios de los servicios financieros que utilizan los servicios de pago de esos sujetos obligados. Lo anterior es una condición necesaria para que el BCCR otorgue la autorización de proveedor de servicios de pago.

*Los proveedores de servicios de pago deberán suministrar a la División Sistemas de Pago información relacionada con el tipo de servicio, canales e instrumentos de pago que ofrecerá a sus clientes, nicho de mercado al que se dirige, esquema de operación, controles y medidas de seguridad a implementar, esquemas de continuidad del negocio, estadísticas transaccionales y otros datos de interés desde la perspectiva del desarrollo del sistema de pago, según lo especificado en la Serie de Normas y Procedimientos del SINPE. **En caso de que producto de su giro de negocio, administren cuentas de fondos, deberán asignarles a estas, un número de cuenta IBAN y registrarlas en el Padrón Único de Cuentas (PUC),** cumpliendo con los requerimientos definidos en la Serie de Normas y Procedimientos del SINPE.*

Asimismo, deberán indicar al BCCR los mecanismos y procedimientos para la publicidad y ofrecimiento de sus productos a los usuarios de sus servicios, lo anterior para garantizar transparencia y claridad” (el subrayado y la negrita no son del original).

El texto transcrito contemplaba que, como parte de la administración de cuentas de fondos, los PSP podían aperturarlas, asignándoles un número de cuenta IBAN y registrarlas en el PUC, lo que ciertamente podría considerarse como un exceso de sus atribuciones, dada la condición de estas cuentas en general como “fondos a la vista”, con lo que estarían invadiendo el ámbito reservado a las entidades financieras supervisadas por la SUGEF.

El artículo 6 vigente, según vimos antes, eliminó la frase destacada objeto de comentario. Las consideraciones que en su momento externó la Junta Directiva del Banco Central en el artículo 4 de la sesión n.º6099-2022, del 21 de diciembre de 2022, para adoptar la redacción actual, en lo que aquí interesa, fueron las siguientes:

"E. Sobre la relevancia de empresas como los "proveedores de servicios de pago", en el informe económico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos titulado Estudios Económicos de la OCDE: Costa Rica. Julio 2020, se destacó que la inclusión, "de las nuevas empresas fintech permitiría incrementar los resultados de inclusión financiera en Costa Rica."; además, de que, "la penetración de las empresas fintech también puede aumentar la competencia en el sistema financiero." y que, "una mejor competencia en los mercados financieros reduciría los márgenes de Uso Interno intermediación y los costos de transacción, lo que resultaría en un mayor bienestar de los consumidores."

F. La Ley 7786, en sus artículos 15 y 15 bis, dispone que empresas como los "Proveedores de Servicios de Pago" deberán someterse a la supervisión de la Sugef, respecto de la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, de modo que, el requerimiento de contar con un adecuado marco de gobierno corporativo para gestionar riesgos asociados a la prevención de dichas actividades es una competencia propia de la Sugef, razón por la cual resulta redundante y por lo tanto innecesario incluir esta disposición en el Reglamento del Sistema de Pagos.

G. El Banco Central de Costa Rica tiene la responsabilidad de promover por la eficiencia y seguridad del sistema de pagos, razón por la cual se considera adecuado que sea el propio Banco Central el que asuma la labor de seguimiento y verificación de que estos nuevos participantes del Sinpe cumplan con los requisitos de seguridad de la información que se definan para la protección de la plataforma del Sinpe" (el subrayado no es del original).

El problema que observa la Procuraduría es que, aun con esa última reforma, diversas disposiciones del Reglamento del Sistema de Pagos en vigor mantienen la posibilidad para los PSP, en su calidad de afiliados, de abrir cuentas de fondos –y por añadidura fondos a la vista–, asignándoles un número IBAN para cada uno de sus clientes; empezando por la misma definición que del IBAN hace la norma en su artículo 2, al indicar:

"IBAN (International Bank Account Number): estructura estandarizada del número de cuenta utilizado por los afiliados para identificar las distintas líneas de negocio (cuentas de fondos, tarjetas de crédito, operaciones de crédito, cuentas virtuales y cualquier otro producto financiero o servicio) de sus clientes, utilizadas como ruta de movilización de fondos para realizar transacciones de pago o cobro y que se constituye en el estándar único y exclusivo para realizar transacciones en los servicios del SINPE. Esta estructura

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 55

de cuenta constituye el domicilio financiero del cliente” (el subrayado y la negrita no son del original).

Después, el mencionado artículo 7 cita entre los servicios que obligatoriamente deben suscribir los afiliados para operar en la plataforma del SINPE, a las Cuentas de Fondos y el PUC, de este último hace la siguiente precisión: *“afiliados nacionales que abren cuentas de fondos a sus clientes”*. Con lo que, de nuevo, se da a entender que los PSP, sin ser entidades financieras supervisadas pueden abrir cuentas de fondos que, según se vio líneas atrás del concepto que de estas maneja el Reglamento del sistema de pagos, su común denominador es ser fondos a la vista (incluidas las cuentas corrientes y de ahorros).

El artículo siguiente reafirma la facultad de los afiliados –entre ellos, los PSP– para administrar cuentas de fondos, para lo que deben brindar a sus clientes los servicios interbancarios del SINPE en los que participen, relacionados con la posibilidad de movilizar fondos entre su entidad y cualquier otro participante en el sistema, para lo cual, deben preparar sus plataformas tecnológicas para que los servicios de pago de dicho portal ofrecidos al público y los sistemas de información relacionados garanticen a los ciudadanos sus derechos de accesibilidad. Más determinante aún, el artículo 9 dispone *que “los afiliados dispondrán de un código de entidad para operar en el SINPE y para asignar cuentas IBAN a los productos financieros o servicios proveídos a sus clientes”* (el subrayado y la negrita no son del original).

De tal suerte que, si uno de esos servicios es, como vimos, las cuentas de fondos, vemos, de nuevo, que los PSP dada su calidad de afiliados, están autorizados por la normativa bajo estudio para abrir y mantener cuentas IBAN a sus clientes, con lo que se podría estar vulnerando la reserva legal de actividad respecto a las cuentas corrientes y de ahorro a la vista.

Nótese, además, que el artículo 12 del aludido reglamento exige a los afiliados mantener en sus cuentas los fondos y valores necesarios para atender satisfactoriamente las obligaciones financieras derivadas de los resultados de la compensación y liquidación de las transacciones procesadas a su cargo a través del SINPE, haciéndolos directamente responsables (ver también el artículo 16).

En desarrollo de las disposiciones anteriores, el artículo 24 señala que tanto los asociados, como los PSP, deberán relacionar el código IBAN *“para identificar de forma única a todas las cuentas de fondos, tarjetas de crédito y operaciones crediticias que administren de sus clientes, siendo obligatorio aceptar las transacciones de pago que se realicen contra éstas. El IBAN también podrá ser asociado a cualquier otro producto financiero o servicio que genere transacciones de movilización de fondos de sus clientes. Además, deberá ser*

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 56

utilizado con las transacciones intrabancarias e interbancarias que realicen los clientes o en transacciones nacionales o transfronterizas”.

Sin embargo, en su párrafo *in fine*, se ajusta lo ya indicado respecto a que el *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, restringe la apertura de CES a las entidades financieras, al indicar: **"Toda entidad financiera que emita cuentas de fondos a clientes debe asociar el estándar IBAN a dichas cuentas, para lo cual dispondrá de un código de entidad en SINPE"** (el subrayado y la negrita no son del original).

Asimismo, como parte de estos servicios, el artículo 25 del Reglamento del Sistema de Pagos prevé que se brinden a los clientes de los afiliados estados de cuenta respecto a los movimientos de las cuentas de fondos que son gestionadas por estos.

Acerca de la gestión de cuentas IBAN –que no apertura o administración de fondos de cuentas– se refiere el libro XIV del Reglamento del Sistema de Pagos dedicado a un servicio intrínsecamente relacionado con los PSP de base tecnológica, como lo es el SINPE Móvil, definido así por su artículo 142: *"el servicio de liquidación multilateral neta por medio del cual las entidades asociadas al SINPE procesan pagos de sus clientes, con acreditación de los fondos en tiempo real sobre una cuenta IBAN del cliente físico o jurídico asociada a un número de teléfono móvil"*.

En efecto, el artículo 143 relativo a los participantes de este tipo de servicios, preceptúa que *"podrán operar aquellos asociados y proveedores de servicios de pago que administren cuentas IBAN, en colones, de clientes físicos o jurídicos. En el caso de los clientes físicos, los participantes deben habilitarle la funcionalidad de envío y recepción de transacciones. En el caso de los clientes jurídicos, los participantes deben proveerle la funcionalidad de recepción de transacciones y pueden brindarle el servicio de envío de transacciones"* (el subrayado no es del original).

Por último, tratándose del PUC, el artículo 472 retoma la idea de que los PSP, en su condición de afiliados, puede abrir cuentas de fondos (a la vista) a sus clientes, cuando define este servicio así: *"registro centralizado de la **totalidad de cuentas de fondos abiertas a sus clientes por parte de los afiliados al SINPE**"* (el subrayado y la negrita no son del original).

Las disposiciones citadas del Reglamento del Sistema de Pagos generan dudas de su compatibilidad con las normas de rango legal del orden financiero que restringen la captación de recursos de terceros en cuentas corrientes y de ahorros a la vista a las entidades bancarias y financieras autorizadas por la SUGEF; al habilitar a los PSP para abrir y mantener bajo su administración

"cuentas de fondos" –que en última instancia son fondos a la vista– como parte de su operación o giro empresarial, a los que les pueden asignar un código IBAN para cada cliente.

Cabe aclarar que, la Procuraduría no encuentra problema en la posibilidad de los PSP de conectarse al SINPE, como reflejo natural de la innovación tecnológica que está experimentando el sector financiero, entre muchos otros sectores económicos, ni el empleo del IBAN en el trazado del trayecto de los fondos dinerarios movilizados; tan solo en que mantengan a la vista recursos percibidos de sus clientes en una suerte de cuenta corriente o de ahorros, en lugar de proceder al pago inmediato conforme a la orden de pago girada por estos al PSP.

En ese sentido, este órgano superior consultivo es consciente de que la actividad de administración de recursos, dinero y cuentas bancarias de terceros está reconocida por la Ley n.º7786 y abierta a la libre iniciativa empresarial, si bien su regulación legal se limita a la materia de prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo; lo que puede comportar que las personas físicas y jurídicas que se dediquen a esa actividad tengan acceso a las cuentas corrientes y ahorros de sus clientes con el consentimiento de ellos, que mantienen abiertas en las entidades financieras supervisadas por la SUGEF.

Por tanto, aun cuando la frontera entre esa forma de negocio (**actividad no reservada**) y la apertura de cuentas corrientes y de ahorros a la vista (**actividad reservada** y sujeta a requerimientos legales, como el encaje mínimo legal) puede ser difícil de identificar en la práctica, lo cierto es que cualquier intento de brincarla para ofrecer en la realidad los productos o servicios sobre los que existe una reserva de actividad establecida por ley, valiéndose de las facilidades que ofrece la plataforma SINPE a sus afiliados, podría considerarse un fraude de ley en los términos del artículo 22 del Código Civil, determinando su ilicitud.

Sirva lo dicho, para el caso de que se afirme que las cuentas a la vista que mantenga un PSP de sus clientes no tiene la misma naturaleza de un depósito bancario, bajo el argumento de que los recursos continúan siendo del depositante y no de la empresa a la que se le transfieren; siendo el elemento determinante en realidad, si los dineros captados se mantienen o no a disposición inmediata de aquél para ser usados con el destino y en el momento que él desee.

De lo anterior se desprende la responsabilidad del BCCR, en el marco de sus competencias legales e internacionales derivadas del Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana (artículo 11), de regular el funcionamiento del SINPE de forma acorde con lo dispuesto en las leyes 7558 y 1644, brindando seguridad jurídica a todos los participantes de esta plataforma de los servicios

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 58

financieros que están sujetos a reserva de actividad y, consecuentemente, que no pueden ser prestados por las entidades que carecen de la respectiva autorización legal.

Mientras que a la SUGEF le corresponde actuar las potestades de supervisión conferidas principalmente por la LOBCCR sobre las actividades mencionadas reservadas a los bancos y entidades financieras, así como poner en conocimiento del Banco Central si alguna persona o empresa está empleando la plataforma SINPE con ese propósito sin contar con la respectiva autorización legal, ni la autorización previa de la Superintendencia, a efectos de que se le suspenda de dicho servicio de así constatarlo y sin perjuicio de las demás responsabilidades legales que acarree tal actuación.

Huelga decir, la importancia de que entre el BCCR y la SUGEF prevalezca una **estrecha cooperación** (artículo 12 del citado Tratado sobre sistemas de pagos) y **labor de coordinación** entre ambas; máxime al constituir una sola estructura organizacional, dada la interconexión existente en las materias de sistemas de pagos, supervisión financiera y prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo, para el adecuado funcionamiento y desarrollo de los sistemas financieros, brindando solidez y suficiente seguridad jurídica con los cuales promover la estabilidad financiera del país, pero también protección a los usuarios de los servicios financieros.

A propósito de estos últimos, interesa hacer una reflexión final en clave de *lege ferenda*, sobre la relevancia de que se regule la actividad de los PSP y Fintech en general, sobre todo en los aspectos que requieran normas con rango de ley, como así lo puso de manifiesto la referencia al Derecho comparado efectuada en el apartado II-A de este pronunciamiento, habida cuenta de los relevantes intereses en juego presentes, tanto desde la perspectiva de la estabilidad y desarrollo del sistema financiero, como desde la perspectiva de las personas que buscan acceder y recibir los beneficios de los servicios de esta naturaleza, a partir de un enfoque basado en riesgos, que sea proporcional, proteja los derechos fundamentales de las personas usuarias y fomente la modernización del sector financiero mediante el empleo de nuevas tecnologías⁴³.

De cualquier forma, y según lo advertimos ya también, el hecho de que la actividad de los PSP esté huérfana de una regulación especial a su medida no significa que no les sean aplicables o deban cumplir con otras disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico que resulten pertinentes; verbigracia, de la *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa*

⁴³ A este respecto, consta la existencia en la corriente legislativa desde julio del año en curso de un proyecto de *Ley Marco Fintech*, expediente n.º24.429, cuyo objeto consiste en “*la promoción, regulación y desarrollo de las empresas Fintech como actividad productiva y comercial dentro del territorio costarricense, con el fin de dinamizar la economía y diversificar los modelos de trabajo*” (artículo 1), regida bajo los siguientes principios rectores: “*inclusión e innovación financiera, la adecuada protección de los datos personales, promoción de la competencia, integridad y estabilidad financiera, protección al cliente financiero, prevención del lavado de activos y financiamiento del narcotráfico*” (artículo 2).

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 59

Efectiva del Consumidor o de la *Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales* (n.º8968 del 7 de julio del 2011), tal y como lo hacía, según vimos, las versiones anteriores del actual artículo 6 del Reglamento del Sistema de Pagos; en particular, respecto a las exigencias de información de los servicios o productos financieros ofrecidos⁴⁴ y el ejercicio pleno del derecho a la autodeterminación informativa, comprensivo del consentimiento informado.

III. RESPUESTA PUNTUAL A LAS INTERROGANTES PLANTEADAS POR LAS CONSULTANTES

Con fundamento en las consideraciones de fondo analizadas, damos respuesta a las preguntas formuladas de manera conjunta por el BCCR y la SUGEF en los siguientes términos:

- ***¿Cuál es el alcance de actuación lícita de los proveedores de servicios de pago, de frente a las actividades que las leyes reservan a cierto tipo de entidades financieras supervisadas (bancos comerciales, cooperativas de ahorro y crédito, mutuales)?***

La captación de recursos dinerarios de terceros en cuentas corrientes o de ahorro a la vista constituye en sí misma una actividad reservada exclusivamente a favor de los bancos y entidades financieras facultadas legalmente y que hayan obtenido la preceptiva autorización previa de la SUGEF, al igual que lo es la intermediación financiera de conformidad con la LOBCCR y la LOSBN.

Fuera de ese ámbito, los PSP en ejercicio de su libertad de comercio y libre iniciativa empresarial pueden ofrecer los servicios reconocidos por los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786, denominados "*administración de recursos*" o "*administración del dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos*", lo que puede suponer tener acceso a las cuentas que sus clientes mantienen en el sistema bancario nacional, con el consentimiento de ellos, así como captar recursos de estos para llevar a cabo las actividades de transferencias de fondos, remesas, procesamiento de pagos y cobros comerciales o cualquier otra actividad que requiera la movilización de fondos propios o de terceros, en los términos del Reglamento del Sistema de Pagos, acatando lo ordenado por el dueño de esos fondos.

⁴⁴ La importancia de la información a los usuarios de los servicios financieros fue destacada por la Sala Primera en la citada sentencia n.º1247-F-S1-2011, al señalar: "*la actividad financiera implica intermediación y por ende, captación de recursos financieros del público. Un público que muchas veces carece de información o de conocimientos para apreciar y evaluar el desempeño de esas entidades, a fin de determinar si la colocación que hace de sus ahorros es la más beneficiosa y conocer el estado financiero de la empresa*".

- ***¿Podría considerarse que la operación actual de los proveedores de servicios de pago invade actividades comerciales reservadas por ley a entidades financieras supervisadas?***

La pregunta es inadmisible, pues supone pronunciarnos sobre una situación concreta que extralimitaría los alcances de nuestra función consultiva (al respecto, ver el dictamen PGR-C-044-2024, del 11 de marzo, que resume nuestra jurisprudencia sobre ese criterio de admisibilidad).

- ***¿Pueden los proveedores de servicios de pago utilizar cuentas de fondos o cuentas de expediente simplificado (CES) para la realización de sus actividades?***

Según se indicó en las páginas precedentes, la definición que maneja el Reglamento del Sistema de Pagos de las cuentas de fondos abarca un ámbito reservado expresamente por el legislador a las entidades bancarias y financieras autorizadas por ley, consistente en las cuentas corrientes y de ahorros a la vista.

Por consiguiente, los PSP no pueden abrir, ni mantener cuentas de fondos de esa naturaleza a sus clientes –o que en la realidad cumplan esa misma función– para llevar a cabo su actividad de provisión servicios de pagos o transferencia de recursos con los alcances explicados en la respuesta a la primera pregunta.

En lo referente a las CES, vimos también que el *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, y el mismo Reglamento del Sistema de Pagos, limitan la facultad para aperturar este tipo de cuentas a únicamente las entidades financieras que son supervisadas por alguna de las cuatro superintendencias existentes (SUGEF, SUGEVAL, SUGESE y SUPEN). En consecuencia, el uso que un PSP pueda hacer de una CES de un cliente dependerá del acceso que él expresamente le dé para la gestión de algún servicio de pago.

- ***¿Es deber del Banco Central ejercer la debida diligencia (Ley 7786) a las empresas del artículo 15 y 15 bis a las que ha autorizado cuentas de fondos en el SINPE, para operar como proveedor de servicios de pago, dado que, al no pasar esos fondos por el sistema financiero, quedan fuera de toda supervisión en esa materia?***

A tenor precisamente de los referidos artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786, las empresas que llevan a cabo las actividades contempladas en ambos preceptos –concretamente, la administración y transferencia de recursos, las remesas, la gestión de dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos– devienen en sujetos obligados

de no solo inscribirse ante la SUGEF y sujetarse a su supervisión en materia de prevención de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y a la proliferación de armas de destrucción masiva, acatando la normativa prudencial que establezca el CONASSIF sobre el particular; sino también ejercer ellos la identificación y la debida diligencia de sus clientes al momento de entablar relaciones comerciales con estos, como así lo manda la letra a) del segundo párrafo del aludido artículo 15 y el primer párrafo del artículo 15 bis, al igual que los artículos 6 y 16 del *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*, y 7, inciso a), de la Reglamentación a los artículos 15 bis y 15 ter de la Ley n.º7786. Cabe transcribir lo que al efecto indica dicho artículo 16 del primer reglamento recién mencionado:

*"Artículo 16.- **Diligencia debida en el conocimiento del cliente.**- Al momento de establecerse una relación de negocios con un cliente habitual, sea persona física o jurídica, las entidades y los sujetos obligados deberán mantener en sus archivos un perfil de dicho cliente, basado en un enfoque de riesgo de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.*

Los procedimientos que adopten cada entidad o sujeto obligado para cumplir con este artículo, deberán permitir la recopilación de información necesaria para completar adecuadamente el perfil de cada cliente, al momento de iniciar la relación y durante el tiempo que ésta dure y, dar seguimiento a sus operaciones. Para efectos de la identificación del cliente será necesario utilizar los documentos válidos, establecidos en el presente reglamento.

El formulario de la política conozca a su cliente únicamente debe ser firmado al inicio de la relación comercial.

Lo anterior no aplica a los clientes ocasionales, entendidos estos como aquellas personas físicas que compran o venden divisas, en forma no organizada ni habitual y cuyo volumen individual o acumulado o la frecuencia con la que se efectúa no representa un riesgo relevante para la entidad o el sujeto obligado. Para efectos de lo anterior, las entidades y los sujetos obligados deben definir las políticas pertinentes, en función del monto transado. En estos casos se requerirá, como mínimo el documento de identificación" (el subrayado no es del original).

Conviene recordar que la herramienta de **Identificación y debida diligencia del cliente** responde a una forma especial de supervisión que busca prevenir la presencia de personas físicas o jurídicas que podrían utilizar las entidades que operan en el sistema financiero con fines ilícitos, al comprender el "[c]onjunto de procedimientos y directrices

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 62

para que los sujetos obligados puedan, de manera efectiva, identificar a sus clientes, verificar y monitorear las operaciones y transacciones en las que participen, en relación con los riesgos y prácticas de prevención de la legitimación de capitales, financiamiento de terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva” (artículo 2.10 de la Reglamentación a los artículos 15 bis y 15 ter de la Ley n.º7786, el subrayado es añadido).

En el mismo sentido, el artículo 2 del Reglamento del Sistema de Pagos define la Política conozca a su cliente, como el *"conjunto de medidas que aplican los afiliados con el fin de identificar con debida diligencia, a las personas físicas y jurídicas con las que mantienen una relación de negocios. Es además un instrumento que permite identificar y administrar los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, para prevenir la presencia de clientes que podrían utilizar las entidades financieras con fines ilícitos"*(el subrayado no es del original).

Como se recordará, los afiliados comprenden a los PSP, quienes aun cuando gestionen o tengan acceso a cuentas de fondos de la plataforma SINPE en los términos explicados antes para prestar sus servicios, la supervisión sobre ellos se ejerce por la SUGEF, no por el Banco Central, en materia de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y otras actividades ilícitas, al realizar las actividades comprendidas en los artículos 15 y 15 bis de la Ley n.º7786. De esa forma, los PSP pasan a ser sujetos obligados de aplicar la debida diligencia a sus clientes.

Por consiguiente, no es correcto afirmar que los fondos administrados por los PSP *"quedan fuera de toda supervisión en esa materia"*, pues como lo señala el párrafo *in fine* del ya citado artículo 6 de la Reglamentación a los artículos 15 bis y 15 ter de la Ley n.º7786: *"Las cuentas o servicios financieros que utilicen todos los sujetos obligados, que desempeñen las actividades indicadas en los incisos anteriores, deberán ser de uso exclusivo de la actividad por la que se inscribió en el ente supervisor, y estar a nombre del sujeto inscrito. Se faculta a la Superintendencia General de Entidades Financieras para que a través de la Normativa Prudencial emitida por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, tomando como fundamento la metodología de enfoque basado en riesgos, determine la cuantía significativa de las operaciones objeto de supervisión y control"*(el subrayado no es del original).

- ***¿Puede el Banco Central ampliar el espectro para realizar operaciones en el Sistema de Pagos a otro tipo de empresas no supervisadas por ninguna superintendencia?***

Tal y como se ha explicado a lo largo de este pronunciamiento, en la medida en que esas operaciones en el Sistema de Pagos o en la plataforma SINPE no invadan el ámbito reservado por el legislador a las entidades financieras del artículo 14 de la Ley n.º7786, no habría impedimento jurídico al corresponderle al Banco Central la competencia para organizar y reglamentar su funcionamiento; operaciones estas que podrían considerarse cobijadas por la libertad fundamental al comercio y la industria (artículo 46 constitucional); siempre y cuando las empresas de que se traten cumplan las obligaciones de los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 si su giro de negocios u operación se enmarca dentro de las actividades contempladas por esos preceptos.

Claro está, lo afirmado no riñe con la importancia de que esas otras operaciones o servicios sean oportunamente regulados por el legislador en los aspectos que requieran normas con rango de ley, debido al interés público existente en promover la eficiencia y normal funcionamiento del sistema de pagos, en relación con la estabilidad del sistema financiero en general y la protección de quienes son sus clientes.

- ***¿Cuál es el alcance de las competencias de la Sugef con respecto a la captación de recursos del público con fines de administración y no de intermediación financiera? ¿Hasta qué punto pueden ser limitadas las actividades de los proveedores de pago por parte de la Sugef y el Conassif?***

Sin perjuicio del mayor desarrollo que se hizo en las páginas precedentes acerca de las competencias de la SUGEF, las facultades de dicho órgano sobre los sujetos que captan recursos del público con fines de administración a que hace referencia los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 son las de inscripción, supervisión y fiscalización en materia de prevención de la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos de acuerdo a la normativa prudencial emitida por el CONASSIF.

Asimismo, a la Superintendencia le corresponde velar porque ninguna empresa o persona –sea o no, PSP – realice sin la debida autorización legal las actividades reservadas por ley a las entidades bancarias y financieras supervisadas.

Por tanto, es respecto a los campos de acción anteriores que la SUGEF puede intervenir en la operación de los PSP, hasta tanto no se produzca una reforma legal que amplíe sus poderes de supervisión y control en materia financiera sobre dichos sujetos.

- ***¿Es la captación de recursos de terceros con fines de administración para la realización pagos, una actividad limitada únicamente para las entidades que están sujetas a la supervisión financiera de la Sugef en atención a la Ley Orgánica del Banco Central?***

Negativo. Según se analizó igualmente en el presente dictamen, con la promulgación de la Ley n.º7786 hubo un reconocimiento legal expreso a las actividades de administración de recursos de terceros desarrolladas por personas distintas a los intermediarios financieros o bajo la supervisión financiera de la SUGEF, en el tanto esas personas o empresas no aperturen y mantengan cuentas corrientes o de ahorro a la vista de quienes perciben esos recursos, ni los usen con el propósito de colocarlos en cualquier modalidad de crédito.

- ***¿Se limitan las competencias de Sugef, para todas aquellas entidades que no captan fondos con fines de intermediación sino con fines de administración o de proveer servicios de pago, a la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos? ¿Qué alcance tiene esta competencia?***

Efectivamente, en coherencia con la respuesta dada en la pregunta trasanterior, el ámbito competencial de la SUGEF respecto a las entidades o empresas que llevan a cabo las actividades reguladas por los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786, como sería la gestión o captación de recursos con el propósito de prestar servicios de pagos, es en lo concerniente a la prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo y a la proliferación de armas de destrucción masiva bajo un enfoque basado en riesgos de acuerdo a la normativa prudencial emitida por el CONASSIF, con los alcances ya explicados para proceder a la inscripción, supervisión y fiscalización de dichos sujetos en esa materia.

- ***¿Puede la Sugef, para fines de artículo 15 y 15 bis de la Ley 7786 imponer requisitos para acceder al Sinpe?***

La Ley n.º7786 no faculta a la Superintendencia para imponer requisitos de acceso al SINPE; siendo, como en efecto es, una competencia retenida por el Banco Central al estar integrada esa plataforma en el sistema de pagos costarricense.

Sin perjuicio de que, si la SUGEF detecta alguna irregularidad en sus potestades de inscripción, supervisión y fiscalización de los sujetos obligados por dicha ley, la ponga en conocimiento de dicha institución autónoma a efectos de que proceda a suspender su participación en cualquiera de los servicios del SINPE, en caso de que constituya un incumplimiento a las disposiciones del marco normativo o ponga en riesgo el funcionamiento del sistema (ver el artículo 10 del Reglamento del Sistema de Pagos).

- ***¿Puede la Sugef, para fines de artículo 15 y 15 bis de la Ley 7786, exigirle al Banco Central que supervise en las cuentas del Sinpe la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento***

al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva?

Negativo. La Ley n.º7786 tampoco contempla una potestad de esa índole en manos de la Superintendencia, ni le encarga al BCCR una competencia de supervisión en materia de prevención de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

La inscripción ante la SUGEF de los sujetos obligados por los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786 precisamente busca cumplir con ese cometido legal, aunado a la obligación de ellos de implementar la herramienta de Identificación y debida diligencia del cliente respecto a las transacciones que gestionen de este a través del SINPE.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones generales es criterio de la Procuraduría General de República que:

1. Como cuestión formal previa, nuestra Ley Orgánica no contempla la participación de ningún particular durante el ejercicio de la función consultiva, en tanto está destinada exclusivamente a la Administración Pública (central y descentralizada), como única legitimada para requerir el criterio técnico jurídico de la Procuraduría y solicitar, eventualmente, la reconsideración del dictamen emitido.
2. Con lo cual se descarta que se pueda tener como partes, coadyuvantes o terceros interesados en los términos de la LGAP a las organizaciones privadas (OCF, ASOFINTECH y CAMTIC), que sometieron a conocimiento de la Procuraduría sus posiciones sobre los temas consultados; las que, en todo caso, no piden nada para sí mismas o sus afiliados, en una suerte de colaboración o *amicus curiae* de este órgano superior consultivo.
3. Por el fondo, el fenómeno Fintech no se agota en la prestación de los servicios de pago que realizan los PSP, al englobar una serie de realidades y categorías que se caracterizan por el uso intenso de la innovación tecnológica en el sector financiero, con el consiguiente efecto disruptivo en los mercados bancario, de valores y de los seguros, al redefinir los servicios financieros tradicionales o dando lugar a nuevos productos y servicios de esta naturaleza.
4. Siendo el mercado de los servicios de pago uno de los que más ha sentido el impacto de la transformación digital con la aparición de las empresas tecnológicas y la consiguiente aplicación intensiva de la tecnología en su prestación, las que concurren

con las entidades financieras que realizan actividades reservadas –objeto de un régimen prudencial de autorización y supervisión por las autoridades públicas– pero que por su novedad no se encuentran incluidos en el ámbito estricto de la reserva de actividad financiera, pues actúan en algún punto de la cadena de valor del servicio financiero aportando un nivel diferencial de innovación.

5. Esa reserva de actividad en el Derecho comparado consiste, básicamente, en la prohibición a las entidades de pago para captar depósitos u otros fondos reembolsables del público o emitir dinero electrónico; de forma que, únicamente pueden recibir fondos de los clientes o usuarios para ser utilizados exclusivamente en la prestación de servicios de pago.
6. Aun así, se reconoce la importancia de regular legalmente la actividad de los PSP de base tecnológica y la oferta de servicios de pago digital con motivo de los riesgos inherentes a la actividad, al igual que los bienes jurídicos e intereses públicos en juego, más allá de prevenir la legitimación de capitales y el financiamiento de actividades ilícitas, al estar de por medio la protección de los usuarios de estos servicios sobre sus datos y contra fraudes o la desinformación, así como resguardar la ciberseguridad e integridad de todo el sistema financiero; pero siguiendo un enfoque equilibrado que fomente al mismo tiempo el desarrollo de las soluciones Fintech y la innovación tecnológica en el sector y garantice la seguridad jurídica de las empresas participantes, mediante el empleo de instrumentos regulatorios avanzados (caso de los *espacios controlados de prueba* o "*regulatory sandbox*").
7. Este panorama del entorno Fintech revela, de un lado, la capacidad de estas empresas –gracias al uso intensivo y sistemático de las nuevas tecnologías digitales – para desarrollar servicios financieros similares a los que actualmente se despliegan dentro del perímetro de las actividades reguladas o reservadas a través de la típica autorización administrativa; de otro, la necesidad de un marco normativo que regule y supervise estos servicios innovadores ayunos de regulación, en donde las obligaciones relativas al acceso y ejercicio de la actividad, la seguridad, protección del usuario, responsabilidad, control y sanción deben contemplarse en una norma con rango legal.
8. En ese contexto, la organización, operación y regulación del sistema de pagos constituye una atribución esencial y no desconcentrada del BCCR, que resulta determinante para mantener la estabilidad monetaria y financiera en el país a que está llamada dicha institución autónoma como uno de sus cometidos primordiales.
9. Mientras que la potestad de supervisión en materia de intermediación financiera sí fue trasladada en grado de desconcentración máxima a la SUGEF.

10. La captación de recursos dinerarios de terceros que tenga como destino la intermediación financiera (esto es, colocarlos o emplearlos en operaciones de inversión o crédito de otras personas) está reservada a las entidades habilitadas por ley y que hayan obtenido la preceptiva autorización previa de la Superintendencia. Lo que significa que esta actividad está vedada a su libre ejercicio por lo particulares.
11. Asimismo, la captación de fondos del público en cuentas corrientes o de ahorros a la vista constituye una actividad reservada legalmente a las entidades bancarias y aquellas otras autorizadas expresamente por el legislador, más allá que se destinen o no a operaciones de préstamos de terceros, cuya supervisión está a cargo también de la SUGEF.
12. Con la promulgación de la Ley n.º7786 y su normativa de desarrollo –incluido el Reglamento CONASSIF n.º1450-2018– se reconoce la captación de recursos de terceros para fines que no son objeto de reserva legal, como sucede con la administración de esos recursos para prestar servicios de pago atendiendo la orden del dueño de los fondos, por parte de otras personas que no sean entidades supervisadas por alguna de las superintendencias (SUGEF, SUGEVAL, SUGESE y SUPEN), cuya actividad estaría amparada por la libertad fundamental de comercio o industria.
13. En estos otros supuestos de captación de recursos del público previstos por la Ley n.º7786, los requisitos para operar y la supervisión que la Superintendencia proyecta sobre las personas que la llevan a cabo, no es en el ámbito financiero, sino en materia de prevención de la legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y a la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos, y de acuerdo a la normativa prudencial que emita la CONASSIF.
14. Por virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 6 LGAP), como corolario del principio de legalidad, el Reglamento del Sistema de Pagos no puede desconocer las reservas de actividad anteriores dispuestas por el legislador para únicamente ciertas entidades financieras, pues de lo contrario sería ilegal, nulo e inaplicable "*ipso facto*" a futuro.
15. En consecuencia, los PSP en la concepción que de estos maneja el Reglamento del Sistema de Pagos como afiliados al SINPE, pueden llevar a cabo actividades de transferencias de fondos, remesas, procesamiento de pagos y cobros comerciales o cualquier otra actividad que requiera la movilización de fondos propios o de terceros, en la medida que ello no suponga abrir y mantener cuentas corrientes o de ahorros a la vista de sus clientes.

16. Una interpretación armónica del conjunto del ordenamiento jurídico financiero permite entender que las operaciones anteriores son las que comprenden las actividades de "*administración de recursos*" o "*administración del dinero, cuentas bancarias, ahorros, valores u otros activos del cliente*" a que hacen referencia los artículos 15 y 15 *bis* de la Ley n.º7786; lo que supone que el PSP como gestor de esos recursos tendría acceso a esas cuentas del cliente –con su consentimiento expreso– abiertas en alguna entidad bancaria o financiera autorizada para efectos del servicio de pago o bien, podría recibir el dinero de aquél para efectuar la transferencia de fondos o el pago respectivo según la orden que le instruya al momento de serle transferido.
17. De conformidad con el artículo 16 *bis* del *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada* y el Reglamento del Sistema de Pagos, las CES son "*cuentas de fondos*" que solo pueden ser abiertas por las entidades financieras del artículo 14 de la Ley n.º7786 a personas físicas, no jurídicas.
18. A la luz de lo expuesto, resulta cuestionable que diversas disposiciones del Reglamento del Sistema de Pagos contemplen la posibilidad para los PSP de abrir y mantener cuentas de fondos –que en su misma concepción son "*fondos a la vista*"– asignándoles un número IBAN para cada uno de los servicios brindados a sus clientes como parte de su operación o giro comercial (ver en especial los artículos 2, 7, 8, 9, 12, 24, 25 y 472).
19. No existe problema en la posibilidad de los PSP de conectarse al SINPE, como reflejo natural de la innovación tecnológica que está experimentando el sector financiero, entre muchos otros sectores económicos, ni el empleo del IBAN en el trazado del trayecto de los fondos dinerarios movilizados; tan solo en que mantengan a la vista recursos percibidos de sus clientes en una suerte de cuenta corriente o de ahorros, en lugar de proceder al pago inmediato conforme a la orden de pago girada por estos al PSP.
20. El Banco Central en el marco de sus competencias legales e internacionales (artículo 11 del Tratado sobre sistemas de pagos) debe regular el funcionamiento del SINPE de forma acorde con lo dispuesto en las leyes 7558 y 1644, brindando seguridad jurídica a todos los participantes de esta plataforma de los servicios financieros que están sujetos a reserva de actividad y, consecuentemente, que no pueden ser prestados por las entidades que carecen de la respectiva autorización legal.
21. La SUGEF, por su parte, debe actuar las potestades de supervisión conferidas principalmente por la LOBCCR sobre las actividades mencionadas reservadas a los

Rocío Aguilar Montoya
Superintendente General
Superintendencia General de Entidades Financiera

05 de setiembre de 2024
PGR-C-196-2024
Página 69

bancos y entidades financieras, así como poner en conocimiento del Banco Central si alguna persona o empresa está empleando la plataforma SINPE con ese propósito sin contar con la respectiva autorización legal.

22. Siendo importante que ambos organismos mantengan una estrecha cooperación (artículo 12 del Tratado sobre sistemas de pagos) y labor de coordinación; máxime al constituir una sola estructura organizacional, dada la interconexión existente en las materias de sistemas de pagos, supervisión financiera y prevención de la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo, para el adecuado funcionamiento y desarrollo del sistema financiero.
23. Finalmente, el hecho de que la actividad de los PSP esté huérfana de una regulación legal especial no significa que no les sean aplicables o deban cumplir con otras disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico que resulten pertinentes; verbigracia, de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor o de la Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales; en particular, respecto a las exigencias de información de los servicios o productos financieros ofrecidos y el ejercicio pleno del derecho a la autodeterminación informativa, comprensivo del consentimiento informado.

Atentamente,



Signed by ALONSO ARNESTO
MOYA (FIRMA)
C=CR
OU=CIUDADANO
O=PERSONA FISICA
Issuer=CA SINPE - PERSONA
FISICA v2

Procuraduría General de la República

Dr. Alonso Arnesto Moya
Procurador

AAM/hsc

- C: Danilo Montero Rodríguez, Director General, Oficina del Consumidor Financiero.
Roberto Eduardo Ponce Romay, Presidente, ASOFINTECH.
Paul Fervoy, Presidente, CAMTIC.