

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: UTILIDADES DE LOS BANCOS POR BIENES ADJUDICADOS EN REMATE

RESUMEN: La presente recopilación de Normativa y Jurisprudencia, incorpora la información relacionada con el destino que deben dar los entes financieros a las utilidades generadas por bienes adjudicados en remate, adjuntándose la jurisprudencia constitucional y consideraciones de la Procuraduría General de la República atinentes al tema.

Índice de contenido

1	NORMATIVA.....	1
	a) Destino Utilidades Obtengan Bancos por Bienes Adjudicados en Remate.....	1
	b) Reglamento sobre la Distribución de Utilidades por la Venta de Bienes Adjudicados (artículo 1 de la Ley N° 4631).....	3
2	JURISPRUDENCIA.....	8
	a) Jurisprudencia Constitucional.....	8
	b) Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.	14

1 NORMATIVA

a) Destino Utilidades Obtengan Bancos por Bienes Adjudicados en Remate

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

Artículo 1.- Las utilidades netas que obtengan los bancos y las demás entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras derivadas de la explotación y la venta de

los bienes que, posteriormente a la vigencia de la presente ley, les sean adjudicados en remates, serán aplicadas una vez vendidos esos bienes y hasta donde alcancen, al cumplimiento de los siguientes fines y en este orden:

a) Cancelar la obligación a favor del banco o la entidad que motivó el remate, si el banco o la entidad ha aparecido como ejecutante, incluyendo capital, intereses corrientes y moratorios, seguros y gastos de administración.

b) Cancelar obligaciones del ex propietario o del ex deudor, en favor del mismo banco o entidad, según la imputación que este resuelva.

c) Cancelar obligaciones de plazo vencido al ex propietario, en los demás bancos o entidades supervisadas por la Superintendencia General, en forma proporcional al monto de los créditos de cada banco o entidad supervisada, dando preferencia a las que estuvieren garantizadas exclusivamente con fianza.

d) El saldo le será entregado al ex propietario.

La Superintendencia General de Entidades Financieras dictará las normas relativas a la aplicación de este artículo.

(Así reformado por el artículo 167, inciso g), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica N° 7558 de 3 de noviembre de 1995)

Artículo 2°.- Los bancos del Estado no podrán ser responsabilizados por los ex propietarios de los bienes rematados, por causa de la tenencia, administración, explotación o vigilancia de esos bienes.

Artículo 3°.- Derógase la ley N° 3483 de 26 de enero de 1965

(Beneficio a los deudores bancarios que han sido rematados), y su reforma según ley N° 4014 de 1° de diciembre de 1967.

Artículo 4°.- Rige a partir de su publicación.

Transitorio.- En cuanto a los bienes adquiridos en remate por los

bancos con anterioridad a la vigencia de la presente ley, y que aún conservaren en su poder, continuarán aplicándose las disposiciones de la legislación derogada en el artículo 3° anterior, siempre que el expropietario solicitare al respectivo banco la aplicación de esas disposiciones, dentro de un plazo de tres meses, a partir de la vigencia de esta ley. Transcurrido ese plazo sin haberse presentado al banco gestión alguna, esos bienes se regirán por las disposiciones de los artículos 1° y 2° de la presente ley.

b) Reglamento sobre la Distribución de Utilidades por la Venta de Bienes Adjudicados (artículo 1 de la Ley N° 4631)

[CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO]²

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, mediante artículo 5 del acta de la sesión 544-2005, celebrada el 8 de diciembre del 2005,

Considerando:

1. que mediante Artículo 1 de la Ley 4631 del 18 de agosto de 1970, reformada a través del Artículo 167 de la Ley Orgánica de Banco Central de Costa Rica, Ley 7558, se encarga a la Superintendencia General de Entidades Financieras para que dicte las normas relativas a la aplicación de dicho Artículo.

2. que las normas relativas a la aplicación del Artículo 1 de la Ley 4631 deben referirse a la forma de cálculo, distribución y liquidación de las utilidades netas que obtengan los intermediarios financieros supervisados por la Superintendencia General de Entidades Financieras, derivadas de la explotación y venta de bienes adjudicados en remates judiciales, así como a los mecanismos de comunicación que deben utilizar las partes involucradas, dispuso:

Aprobar el Acuerdo SUGEF 6-05, "Reglamento sobre la Distribución de Utilidades por la venta de Bienes adjudicados (Artículo 1 de la Ley 4631)", conforme al texto que se copia de inmediato:

Acuerdo SUGEF 6-05

Reglamento sobre la distribución de utilidades por la venta de bienes adjudicados (artículo 1 de la ley 4631)

Artículo 1º–Objetivo y alcance. Conforme con lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley 4631, el presente reglamento tiene como objeto regular el cálculo y la aplicación de las utilidades netas que obtengan las entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), derivadas de la explotación y la venta de los bienes que les sean adjudicados en remate, así como los mecanismos de comunicación que deben utilizar las partes involucradas.

La transferencia de derechos de cobro o bienes adjudicados en remate judicial a un fideicomiso, no exime del cumplimiento de este Reglamento.

Artículo 2º–Utilidades netas. Para efectos de este Reglamento, la utilidad neta, es el resultado positivo que se obtiene de restar a los ingresos por explotación y venta del bien, los gastos necesarios e indispensables incurridos para su explotación, conservación y venta, computados desde la fecha en que la autoridad judicial ponga a la entidad en posesión del bien y hasta la fecha de venta.

Las indemnizaciones por liquidación de seguros u otras coberturas sobre el bien se consideran como ingresos.

Artículo 3º–Definiciones. Para la aplicación de las utilidades netas conforme lo indicado en el Artículo anterior debe entenderse lo siguiente:

a) Venta del bien y materialización de las utilidades netas: El bien se tendrá por vendido a partir de la fecha en que las partes convienen cosa y precio. Las utilidades netas que existieren se tendrán por devengadas en ese mismo momento.

b) Gastos de administración: Los gastos de administración incurridos pendientes de cobro, comprenden los siguientes rubros:

i) Gastos por gestión de cobro administrativo: comprende los gastos identificables y razonablemente medidos por la entidad, asociados a la gestión de cobro de la operación crediticia que originó el proceso de remate judicial.

ii) Gastos de adjudicación: comprende los gastos por concepto de costas personales y procesales en que incurrió la entidad durante el proceso de cobro judicial.

Tratándose de gastos en moneda extranjera o en Unidades de Desarrollo, se computarán por su equivalente en colones calculados al tipo de cambio de compra de referencia del Banco Central de Costa Rica o la referencia correspondiente a las Unidades de Desarrollo, vigente a la fecha en que se incurrió el gasto.

c) Obligaciones de plazo vencido: Obligaciones con al menos una cuota de principal o de intereses vencida, según los términos contractuales pactados.

d) Capital e intereses de la obligación que originó el remate: Monto del principal y de los intereses devengados y no cobrados derivados de la operación que motivó el remate, acumulados hasta la fecha del remate.

Tratándose de obligaciones pactadas en moneda extranjera o en Unidades de Desarrollo, el principal y los intereses se computarán por su equivalente en colones, calculados al tipo de cambio de compra de referencia del Banco Central de Costa Rica o la referencia correspondiente a las Unidades de Desarrollo, vigente a la fecha del remate.

Artículo 4º–Aplicación de las utilidades netas. Las utilidades netas serán aplicadas, hasta donde alcancen, al cumplimiento de los siguientes fines y en este orden:

a) Cancelar la obligación a favor de la entidad que motivó el remate y que funge como ejecutante (en adelante: entidad adjudicataria).

El monto de la obligación incluye capital, intereses corrientes y moratorios, seguros y gastos de administración.

Se contempla dentro de estas obligaciones las sumas correspondientes al bono familiar de vivienda cuando en el contrato respectivo se estipula la devolución del bono en caso de ejecución del bien.

b) Cancelar obligaciones de plazo vencido del expropietario o del

exdeudor, en favor de la misma entidad adjudicataria, según la imputación que esta resuelva.

c) Cancelar obligaciones del expropietario, de plazo vencido a la fecha de notificación por parte de la entidad adjudicataria a otras entidades supervisadas (en adelante: entidades acreedoras), que estuvieren garantizadas exclusivamente con fianza, en forma proporcional al monto de esas obligaciones, que mantenga el expropietario en cada entidad acreedora.

d) Cancelar obligaciones del expropietario, de plazo vencido a la fecha de notificación por parte de la entidad adjudicataria en otras entidades acreedoras, que no estuvieren garantizadas exclusivamente con fianzas, en forma proporcional al monto de esas obligaciones, que mantenga el expropietario en cada entidad acreedora.

e) El saldo remanente le será entregado al expropietario.

Artículo 5º–Comunicación a las entidades acreedoras. Durante los primeros diez días hábiles posteriores a la venta del bien, la entidad adjudicataria deberá notificar a todas las entidades supervisadas, sobre la existencia de sumas afectas a la aplicación de lo dispuesto en los incisos c) y d) del Artículo 4 de este Reglamento.

Para tales efectos, la entidad adjudicataria deberá utilizar alguno de los medios dispuestos en la “Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales” que garantice la notificación personal al gerente o representante legal de cada una de las entidades.

Artículo 6º–Solicitud de las entidades acreedoras para acogerse a los incisos c) y d) del Artículo 4 de este Reglamento. Para acogerse a lo dispuesto en los incisos c) y d) del Artículo 4 de este Reglamento, las entidades acreedoras, en un plazo no mayor a 10 días hábiles después de haber recibido la notificación indicada en el Artículo anterior, deberán presentar a través de sus Representantes Legales formal solicitud ante la entidad adjudicataria y adjuntar una certificación de un contador público autorizado sobre el estado de la obligación y el saldo adeudado.

La entidad adjudicataria deberá calcular la distribución que

corresponda según lo indicado en los incisos c) o d) citados.

Artículo 7º–Cancelación a entidades acreedoras y al expropietario. Durante los cinco días hábiles después de vencido el plazo mencionado en el Artículo 6, la entidad adjudicataria trasladará a las entidades acreedoras que se acogieron y demostraron la facultad de ejercer el derecho mencionado en el Artículo anterior, las sumas que le correspondan conforme lo indicado en el Artículo 4 de este Reglamento.

En caso de existir algún remanente que deba ser entregado al expropietario conforme lo indicado en el inciso e) del Artículo 4, la entidad adjudicataria, dentro de los diez días hábiles después de vencido el plazo mencionado en el Artículo 6, deberá cancelar efectivamente al expropietario la suma que le corresponda. Para tales efectos la entidad adjudicataria deberá agotar todos los medios legalmente establecidos para localizar y notificar al expropietario o sus sucesores de la existencia de una suma a su favor.

En caso de resultar imposible la localización y notificación del expropietario o sus sucesores, la entidad adjudicataria deberá, cuando el monto a entregar sea suficiente, realizar una publicación en un diario de circulación nacional notificando al expropietario para apersonarse ante la entidad a efectuar el reclamo correspondiente. La entidad deberá mantener registrada una obligación a la vista a favor del expropietario, la que devengará la tasa de interés legal o realizar el depósito judicial de dicha suma ante el juez civil que corresponda, a nombre del expropietario.

Simultáneamente al traslado de las sumas indicadas en este artículo, la entidad adjudicataria suministrará a las entidades acreedoras y al expropietario un detalle del cálculo y la liquidación realizada.

Artículo 8º–Registro y documentación. La entidad adjudicataria y las entidades acreedoras que se beneficien de la liquidación, deberán mantener a disposición de la Superintendencia General de Entidades Financieras, un expediente con toda la documentación que evidencie el proceso de gestión y liquidación de los bienes y de la aplicación y liquidación de las utilidades netas producto de la explotación y venta de bienes adjudicados.

Artículo 9º–Vigencia. El presente reglamento rige a partir de su

publicación en el diario oficial La Gaceta.

Transitorio único

Las entidades supervisadas que a la fecha de entrada en vigencia de este Reglamento mantengan recursos originados en la venta de bienes adjudicados en proceso de aplicación y liquidación, según lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley 4631, tendrán un plazo no mayor a 30 días naturales para concluirlos, aplicando la práctica dispuesta por la respectiva entidad para esos efectos.

2 JURISPRUDENCIA

a) *Jurisprudencia Constitucional*

[SALA CONSTITUCIONAL]³

Exp: 04-010500-0007-CO

Res: 2004-13616

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas con treinta y siete minutos del treinta de noviembre del dos mil cuatro.-

Recurso de amparo interpuesto por Víctor Joel Valverde Rodríguez, cédula de identidad N°5-223-283, apoderado especial judicial de Norberto Enrique Arias Torres, cédula de identidad N°3-202-325; contra la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:00 hrs. de 21 de octubre de 2004 (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo y manifiesta que la vivienda del amparado fue rematada por un préstamo hipotecario que suscribió con la Mutual recurrida, de cuya ejecución quedó un saldo a su favor de ¢ 1.600.000,00. Por oficio N°BA-102-2004 la entidad accionada informó la posibilidad

de reclamar ese monto; con ese propósito, el tutelado debía observar los requisitos contemplados en el " Procedimiento para la devolución de utilidades por venta de bienes adjudicados ". Con ocasión del oficio aludido, la Mutual recurrida le impuso al afectado la obligación de presentar una certificación de cada una de las entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, hasta el 29 de octubre de 2004. Alega que existen más de 100 entidades en el país, quienes además de encontrarse por todo el territorio nacional, cobran una suma por cada certificación de ₡ 3.000,00 aproximadamente. El ofendido no tiene ninguna posibilidad material de solventar esa prevención. En su criterio, dicha obligación constituye un requisito desproporcionado, que tiene por objeto impedir la recuperación de las utilidades. En este sentido, la Mutual recurrida se negó a recibir una certificación emitida por la Superintendencia General de Entidades Financieras, en cuanto a que no tiene ninguna deuda con otra entidad fiscalizada por la SUGEF. Dicho trámite, según el actor, no sólo constituye un obstáculo insalvable, sino también lesiona el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como los derechos protegidos en los artículos 27, 33, 34, 41 y 45 de la Constitución Política. Solicita que se declare con lugar el amparo y que se restituya al agraviado en el pleno goce de sus derechos fundamentales.

2.- En memorial que obra a folios 28 a 32, la apoderada generalísima de la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo, Eugenia Meza Montoya, y el Jefe de la Dirección de Bienes Adjudicados de esa entidad, Dagoberto Hidalgo Cortés, contestan la audiencia concedida e indican que el amparado suscribió una operación de crédito con la Mutual accionada, N°10022101. Sostienen que el tutelado incumplió su obligación, razón por la cual la garantía hipotecaria fue ejecutada, siendo adjudicado el inmueble por la recurrida. Por oficios N°BA-057-2004 de 12 de mayo de 2004, N°BA-090-2004 de 14 de julio de 2004 y N°BA-102-2004 de 29 de julio de 2004, se comunicó al agraviado la existencia de un remanente a su favor. Consideran que la actuación de la entidad recurrida se sustenta en el artículo 1° inciso c) de la Ley N°4631 " Destino utilidades que obtengan los Bancos por bienes adjudicados en remate", así como en el " Procedimiento para la devolución de utilidades por venta de bienes adjudicados", publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°119 de 23 de junio de 2003, según el cual el expropietario debe presentar una certificación de todas las entidades fiscalizadas por la SUGEF. El 21 de octubre de 2004 el tutelado presentó el oficio N°SUGEF-4194-2004, que fue contestado por medio de la nota N°GG-

336-2004 de 30 de octubre de 2004. No es irrazonable la pretensión de exigir la información de todas las entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, dado que la suministrada por la SUGEF es incompleta. Consideran que la actuación de la autoridad recurrida se adecua a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como a los derechos protegidos en los artículos 27, 33, 34, 41 y 45 de la Constitución Política. Solicitan que se declare sin lugar el recurso.

3.- En posterior escrito (folio 53), el recurrente se refiere a la contestación efectuada por la Mutual recurrida y amplía sus argumentos. Solicita que se declare con lugar el amparo.

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Armijo Sancho ; y,

Considerando:

I.- Cuestión previa. Amparo contra sujetos privados. Tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos privados, dispone el artículo 57 Ley de la Jurisdicción Constitucional, que esta clase de amparos procede contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2º, inciso a) de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente se constata una situación de poder frente al recurrente por parte de la Mutual recurrida, por el tipo de actividad que realiza, que le permite retener los dineros obtenidos a causa del remate de un inmueble dado en garantía, obligándole a aportar una certificación de todas las entidades supervisadas por la SUGEF para acreditar otros saldos adeudados. No existe ningún remedio jurisdiccional expedito en el cual el agraviado pueda cuestionar esta obligación que considera injustificada y contraria al principio de razonabilidad y proporcionalidad, razón por la cual es atendible el recurso, en los términos del artículo 48 de la Constitución Política, 29 y 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.- Objeto del recurso. El recurrente reclama la violación de los derechos fundamentales del amparado, en particular de los derechos protegidos en los artículos 27, 33, 34, 41 y 45 de la Constitución Política, por cuanto la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo, con motivo de la gestión formulada para obtener las utilidades que se desprenden por el remate de un inmueble dado en garantía, de modo arbitrario le impuso la obligación de aportar una certificación de todas las entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras para constatar la existencia de otras obligaciones pendientes de cobro. En su criterio, lo anterior es injustificado y lesiona el Derecho de la Constitución, en virtud de las siguientes razones: en primer lugar, porque se trata de una prevención de imposible cumplimiento, puesto que existen más de 100 personas jurídicas fiscalizadas por la SUGEF; en segundo, en tanto sendas instituciones cobran una suma superior a los ₡ 3.000,00 por cada certificación; finalmente, pues la Mutual recurrida no aceptó la constancia expedida por la SUGEF con esa información, con lo que dicha prevención sólo tiene por fin impedir la devolución de los montos aludidos.

III.- Hechos probados. De relevancia para la decisión de este asunto se tiene por acreditado que:

a) la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo, por oficio N°BA-102-2004, de 29 de julio de 2004, comunicó al amparado su obligación de aportar una certificación de todas las entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras donde se indique la existencia o no de saldos adeudados, si desea recuperar las utilidades obtenidas por el remate del inmueble que dio en garantía a esa Mutual; esa información debe ser presentada antes del 29 de octubre de 2004 (folios 6 y 7);

b) el 21 de setiembre de 2004 la Superintendencia General de Entidades Financieras emitió un reporte de información crediticia, en cuya virtud el tutelado no tiene deudas en el sistema financiero fiscalizado por la SUGEF (folio 5);

c) el Departamento de Inspección de Bancos Públicos y Mutuales de la Superintendencia General de Entidades

Financieras, por oficio N°SUGEF-4194-2004 de 21 de octubre de 2004, pidió al recurrido información sobre los hechos alegados por el promovente, y los requisitos impuestos por la Mutual accionada para determinar si procede la entrega del remanente en cuestión (folio 38);

d) la Gerente General de la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo, por oficio N°GG-336-2004 de 30 de octubre de 2004, comunicó al recurrente que la " MUCAP siguió expresamente el procedimiento indicando en el artículo 1° de la Ley 4631 del 18 de agosto de 1970, reformado mediante el inciso g) del artículo 167 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. MUCAP normó el procedimiento de devolución y realizó una publicación en el Diario Oficial La Gaceta el día 23 de junio del 2003, por lo que se cumple a cabalidad con estos aspectos formales (folios 50 a 52).

IV.- De la relación de hechos probados de esta sentencia, como de la contestación efectuada por las autoridades de la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo, la Sala considera que la actuación de la entidad accionada, de exigir al amparado que aporte una certificación de todas las entidades fiscalizadas por la SUGEF para obtener el remanente generado por el remate de su antiguo inmueble, constituye una grosera violación de sus derechos fundamentales, que desde todo punto de vista debe ser reparada en esta Jurisdicción. En este sentido, si bien alegan los recurridos, por una parte, que la situación impugnada se sustenta en lo dispuesto en el artículo 1° inciso c) de la Ley N°4631 -según el cual dichas utilidades se deben emplear para cancelar otras obligaciones de plazo vencido al expropietario en los demás bancos o entidades supervisadas por la SUGEF- y, por otra, que este documento es el único que permite acreditar la existencia de otros créditos vencidos, ello en modo alguno justifica el contenido de la prevención realizada al actor, habida cuenta que, en primer lugar, la SUGEF actualmente fiscaliza más de 100 entidades (folios 44 a 47) y, por otra, la Mutual recurrida dispone de mejores elementos para lograr por sí misma esa información, sin necesidad de requerirla al afectado.

V.- Ciertamente, aunque el artículo 1° de la Ley N°8220 de 4 de marzo de 2002, Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N°49 de 11 de marzo de 2002, claramente señala que es aplicable a toda la Administración Pública, central y

descentralizada, incluso instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad jurídica instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas, mientras que la Mutual accionada en su contestación alega que se trata de una entidad de derecho privado; por el interés público que reviste la actividad de intermediación financiera desplegada por estas instituciones, le son aplicables las disposiciones de la Ley N°8220, razón por la cual no puede la recurrida exigir al tutelado que suministre la certificación aludida, cuando dispone de mayores oportunidades de conseguir por sí misma esa información, con lo cual el agraviado es colocado en una situación injustificada e irrazonable que lesiona, a toda luz, sus derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 8° de la Ley N°8220 de 4 de marzo de 2002, estipula:

“Artículo 8.- Procedimiento de coordinación inter-institucional

La entidad u órgano de la Administración Pública que para resolver requiera fotocopias, constancias, certificaciones, mapas o cualquier información que emita o posea otra entidad u órgano público, deberá coordinar con esta su obtención por los medios a su alcance, para no solicitarla al administrado.

Las entidades o los órganos públicos que tengan a su cargo la recaudación de sumas de dinero o el control de obligaciones legales que deban satisfacer o cumplir los administrados, deberán remitir o poner a disposición del resto de la Administración, mensualmente o con la periodicidad que establezcan por reglamento, los listados donde se consignen las personas físicas o jurídicas morosas o incumplidas. Esta obligación únicamente se refiere a las entidades que requieran esa información para su funcionamiento o para los trámites que realizan.”

No obstante, en el caso concreto no sólo se tiene por acreditado que la Mutual recurrida le impuso al ofendido la obligación injustificada y desmedida de aportar una copia certificada de todas las entidades vigiladas por la Superintendencia General de Entidades Financieras si desea recuperar las utilidades originadas por el remate de su antiguo bien, sino también que se negó a recibir la constancia expedida por la SUGEF con el fin aludido, todo ello con menoscabo del Derecho de la Constitución. Consecuentemente, lo procedente es declarar con lugar el recurso, no sin antes advertir a los recurridos que no vuelvan a incurrir a

futuro en los actos u omisiones que dieron mérito a la acogida del amparo.

Por tanto :

Se declara con lugar el recurso y, en consecuencia, se deja sin efecto el oficio N°BA-102-2004, de 29 de julio de 2004, dictado por la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo. Se ordena a Eugenia Meza Montoya, y a Dagoberto Hidalgo Cortés, o a quienes ocupen sus cargos de Gerente General y de Director de Bienes Adjudicados, respectivamente, de la Mutual recurrida, que adopten las medidas pertinentes a fin de que la entidad accionada pueda acreditar, por sí misma, la información que exigió al amparado y, si es del caso, entregar al ofendido las utilidades generadas por el remate de su antiguo inmueble, prescindiéndose de lo contemplado por el artículo 8° del Procedimiento para la devolución de utilidades por venta de bienes adjudicados , publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°119 de 23 de junio de 2003; lo anterior, dentro del plazo improrrogable de quince días a partir de la notificación de esta sentencia y bajo apercibimiento de las consecuencias penales que se desprenden por la desobediencia a las órdenes dictadas por esta Jurisdicción; artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se condena a la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo al pago de costas, daños y perjuicios, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo civil. Notifíquese esta sentencia a la Gerente General y al Director de Bienes Adjudicados de la Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo en forma personal. Comuníquese.

b) Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.

[Procuraduría General de la República]⁴

C-206-2005

26 de mayo de 2005

Licenciado

José Manuel Solano Méndez
Auditor Interno
Banco Crédito Agrícola de Cartago
Presente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, doy contestación a su consulta, planteada por oficio AUD-381/2004, de fecha 25 de octubre de 2004, mediante la cual solicita pronunciamiento de esta Procuraduría, en relación con lo siguiente: "... si en el caso de bienes recibidos en dación de pago por el banco, las utilidades que se obtengan de éstos deben ser tratadas como lo dispone el artículo 1º de la Ley No. 4631".

El contenido de la consulta se fundamenta, como sigue:

"los bancos estatales en algunas oportunidades (no pocas), deben recurrir a las instancias judiciales para recuperar los créditos que han otorgado, ya sea para procurar un embargo de ingresos o un remate judicial de la garantía o de cualquier otro bien del deudor y así resarcirse el crédito otorgado. En estos casos y cuando se trate de bienes adjudicados en remates, la Ley N° 4631, del 18 de agosto de 1970 y su reforma (art. 167, inc. g, Ley 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, del 03 de noviembre de 1995), define el destino que debe dársele a las utilidades que se obtengan por la venta de esos bienes. En algunas oportunidades, los deudores solicitan a los bancos, antes de llegar a un remate judicial, que reciban algún bien en dación en pago, con lo cual aquellos pretenden cumplir con su obligación de forma tal que el banco quede satisfecho por la atención de su acreencia y ese deudor muestra su disposición a cumplir la obligación contraída. En estos casos, el banco, siguiendo los trámites establecidos, procede a realizar las valoraciones correspondientes y si considera pertinente el planteamiento lo acepta con lo cual libera al deudor de su obligación, asumiendo la entidad el riesgo por el bien adquirido en pago de la deuda ".

ANALISIS:

El artículo 1 de la ley No 4631 del 18 de agosto del año 1970, reformado por ley No 7558 del 3 de noviembre del año 1995 (Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica), dispone expresamente:

"Artículo 1.- Las utilidades netas que obtengan los bancos y las demás entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras derivadas de la explotación y la venta de los bienes que, posteriormente a la vigencia de la presente ley, les sean adjudicados en remates, serán aplicadas una vez vendidos esos bienes y hasta donde alcancen, al cumplimiento de los siguientes fines y en este orden: a-) Cancelar la obligación a favor del banco o la entidad que motivó el remate, si el banco o la entidad ha aparecido como ejecutante, incluyendo capital, intereses corrientes y moratorios, seguros y gastos de administración. b-) cancelar obligaciones del ex propietario o del ex deudor, en favor del mismo banco o entidad, según la imputación que este resuelva. c-) Cancelar obligaciones de plazo vencido al ex propietario, en los demás bancos o entidades supervisadas por la Superintendencia General, en forma proporcional al monto de los créditos de cada banco o entidad supervisada, dando preferencia a las que estuvieren garantizadas exclusivamente con fianza. d-) El saldo le será entregado al ex propietario. La Superintendencia General de Entidades Financieras dictará las normas relativas a la aplicación de este artículo". (lo destacado no es del original).

Como se desprende de la transcripción supra, el Legislador dispuso regular, en forma expresa, las utilidades netas que obtengan los bancos estatales por la posterior venta de bienes que ingresaron su patrimonio, por la vía del remate judicial, en procesos de ejecución de créditos contra sus clientes deudores. En esta forma, la Ley No. 4631 vino a establecer una forma especial de imputación de pagos en relación con la distribución del dinero producto de la subasta, estipulándose además, que, cubiertos los montos que corresponden al banco, cualquier saldo debe ser devuelto al expropietario.

Este tratamiento legal, de evidente tinte social, tiende a proteger al exdeudor moroso de una obligación crediticia, ante un procedimiento forzoso, como lo es la ejecución hipotecaria en donde, no siempre (o mejor dicho, casi nunca), la base del remate coincide con el valor actual del bien a rematar. Ello por cuanto, generalmente, la base del remate está constituido por el monto del

crédito o, en su defecto, el saldo deudor. Y es que, además de ello, el Código Procesal Civil, en los artículos 652 y siguientes, faculta al juzgador para reducir la base primitiva, en un 25% para un segundo remate, y aún eliminarla en un tercer remate, que se efectúa "...sin sujeción a tipo", es decir, sin base.

La imputación especial de pagos que prevé la Ley No. 4631 viene a garantizarle al banco la recuperación total del crédito, incluyendo su ganancia, por lo que el Legislador consideró impropio que los bancos estatales se reserve, para sí mismos, un monto sobrante cuya pertenencia, de haberlo, le corresponde al ex deudor.

La dación en pago, por su parte, tiene una naturaleza distinta. En primer término, el deudor concurre al banco en forma voluntaria, y haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, ofrece el banco saldar la deuda con el bien garantizado, otros de su propiedad, o aún de terceros. En tal caso, como así lo menciona el contenido mismo de la consulta, se realizan "...las valoraciones correspondientes..." para, posteriormente, determinar el banco si acepta o no la proposición. Si se llega a aceptar la dación, ésta se pacta con fundamento en el valor actual del bien, previa determinación pericial. Cualquier diferencia que exista el banco debe requerírsela al moroso con el propósito de que la relación crediticia quede finiquitada, en forma definitiva.

Es evidente, entonces, la distinción entre el despojo forzoso de un bien, vía remate, con la transmisión voluntaria del mismo, vía dación de pago. En el primer caso el bien se subasta por la base que responde, y aún sin sujeción a tipo, mientras que, en el segundo, se recibe por su valor actual, en caso de anuencia del banco. Es palpable, entonces, la preocupación que motivó al Legislador a promulgar la Ley No. 4631: amparar al ex propietario, garantizándole que cualquier sobrante o remanente le sería devuelto. De manera, pues, que el tratamiento que la ley prevé para el dinero producto de un remate no podría resultar de aplicación para un instituto diverso, como lo es el de la dación en pago.

No está demás advertir, en todo caso, que en la especie, por lo ya expuesto, no procede la analogía como medio interpretativo, referida por el artículo 12 del Código Civil, por cuanto la naturaleza propia del remate no coincide con la de la dación.

CONCLUSION:

La Ley No. 4631, de 18 de agosto de 1970 (reformada por el artículo 167, inciso g) de la Ley No. 7558, de 3 de noviembre de 1995 -Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica-), no resulta de aplicación en tratándose de las utilidades netas que obtengan los bancos del Estado por la venta de los bienes recibidos en dación de pago por parte de sus exdeudores.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA]⁵

OJ-167-2005

24 de octubre del 2005

Licenciada

Rocío Barrientos Solano

Jefa de Área

Comisión Permanente de Gobierno y Administración Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Procuradora General de la República, doy respuesta a la audiencia conferida acerca del Proyecto de "Reforma del Artículo 4° de la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico del Golfo Papagayo"; N° 6758 de 4 de junio de 1982, Expediente N° 15.049.

I.-ALCANCE DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

La asesoría jurídica brindada por la Procuraduría a los miembros de la Asamblea Legislativa, para el ejercicio de sus atribuciones parlamentarias, lo es con carácter de opinión jurídica no vinculante.

Esto en virtud de que la consulta proviene de otro Poder de la

República, cuyas funciones son insustituibles por esta Institución, vía dictamen.

Se reitera la improcedencia de asumir nuestra conformidad con el Proyecto consultado, ante una eventual falta de respuesta. Efecto que no atribuye la legislación costera, ni la Ley 6758, para el Desarrollo Turístico Papagayo.

Por lo demás, la Procuraduría General de la República no se encuentra comprendida dentro de los órganos y entidades que enuncia el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

II.-PROYECTOS ANTECEDENTES PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 6758

Ha de tenerse en cuenta que estuvo en trámite legislativo otro Proyecto de Ley, expediente N° 14.998, para reformar, entre otras normas, el artículo 4° de la Ley 6758, archivado el 29 de julio del 2004 mediante dictamen negativo unánime de la Comisión Especial de Turismo.

Acerca del mismo nos pronunciamos en la Opinión Jurídica O. J.-074-2003, remitida a la Licda. Elvia Navarro Vargas, Secretaria de la Comisión de Asuntos Económicos.

Con relación al texto original de este Proyecto de Reforma, emitimos criterio en la Opinión Jurídica O. J.-121-2003, a consulta del MSc. Jorge Luis Alvarez Pérez, Presidente de la Comisión Especial de Turismo.

III. -OBJETO DEL PROYECTO

El Proyecto regula ciertos aspectos de la ejecución de las garantías constituidas sobre los derechos de concesión dentro del Proyecto Turístico de Papagayo, lo que se afirma está reglamentado en forma incompleta por Decreto Ejecutivo (N° 29794-MP-TUR).

Dispone que la cancelación de la concesión por incumplimiento del concesionario no afectará el gravamen; la prioridad del acreedor de primer grado para asumir en esa hipótesis la administración temporal de los derechos y obras, hasta que el ICT adjudique aquella de nuevo; la notificación a éste del remate, etc.

IV. -PRINCIPALES INNOVACIONES DEL TEXTO SUSTITUTIVO

Como innovaciones de mayor relevancia, se comentan las siguientes:

IV.1) ENTIDADES FINANCIERAS

El texto vigente de la Ley 6758, artículo 4º, autoriza a los Bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones del Estado para conceder préstamos a los concesionarios a que se refiere esa ley, con garantía de la respectiva concesión, edificaciones, mejoras e instalaciones.

El Proyecto modifica la redacción, indicando que los concesionarios pueden otorgar en hipoteca sus derechos de concesión, construcciones, instalaciones y mejoras, en garantía de préstamos para desarrollo de los proyectos turísticos.

Con atinencia a este punto, en la Opinión Jurídica OJ-121-2003 dijimos:

" La reforma quiebra el principio seguido por la legislación costera en la materia, que recoge la Ley 6043, artículo 67:

"Los bancos del Sistema Bancario Nacional e Instituciones del Estado quedan autorizados para conceder préstamos a los concesionarios de la zona restringida en la Zona Marítimo Terrestre, con garantía de la respectiva concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones".

La Ley 6043 y su Reglamento se aplica, en lo compatible, al Proyecto de Desarrollo Turístico de Papagayo. Véase artículo 93 in fine del Decreto N° 7841-P.

También el Decreto Ejecutivo N° 22163-MP-H-TUR (artículo 1°), derogado por el Decreto N° 29794-MP-TUR (art. 7°), facultaba a los Bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones estatales a conceder préstamos a los concesionarios para el desarrollo de los proyectos turísticos en el Golfo de Papagayo, con garantía de la concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones".

Es importante que los señores diputados ponderen la conveniencia para el interés público de esta sustitución.

Como el Informe de Subcomisión (fs. 347 a 351) circunscribe sus comentarios a las garantías contraídas con los bancos del Sistema Bancario Nacional, en concordancia con el principio de legalidad, que permea el actuar administrativo, no se recomienda suprimir la referencia a los bancos e instituciones estatales.

Igualmente ha de ser motivo de valoración la posibilidad de que cualquier persona privada, física o jurídica, figure como entidad prestataria, de cara a las ejecuciones forzosas que puedan producirse por incumplimiento de la deuda y al carácter de administradores plenos de la concesión que líneas después se reconoce a los acreedores.

Por su nexo de interdependencia, no sería viable otorgar en garantía las construcciones, instalaciones o mejoras separadas del derecho de concesión. El Proyecto no lo aclara y podría prestarse a torcidas interpretaciones. (Opinión Jurídica O. J.- 121-2003, pg. 14). En los puntos IV.3 y IV.5 se cuestiona la hipoteca de mejoras.

IV.2) SUBSISTENCIA DEL GRAVAMEN ANTE LA CANCELACIÓN DE LA CONCESIÓN

Desde su origen, el Proyecto establece que la cancelación de la concesión por incumplimiento del concesionario no afectará los gravámenes que pesen sobre ella.

En nuestros pronunciamientos anteriores objetamos esa pervivencia del gravamen. Así en la Opinión Jurídica O. J.-

121-2003, pg. 16, se expresó:

" VI.5) SUBSISTENCIA DEL GRAVAMEN AL SOBREVENIR LA CANCELACIÓN DE LA CONCESIÓN: objeciones

'En la Opinión Jurídica O. J.-

074-2003, pgs. 32-33, externamos que: "No parece razonable alargar más allá del plazo legal las posibles consecuencias impositivas y traslaticias (gravámenes y anotaciones) de un derecho extinto, por acciones de los acreedores y anotantes. Si el derecho real de concesión expira por vencimiento del plazo fijado, no resulta lógico prolongar en el tiempo los derechos accesorios que de él derivan y dependen. (...).

En un sentido análogo se pronuncia la Ley del Suelo de España Nº 1/1992, en el artículo 289.4 y, en nuestro país, el Decreto 29794-MP-TUR, Reglamento regulador del otorgamiento de las garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico Golfo Papagayo:

'Artículo 3º.- Si la concesión fuere cancelada o se extinguiere, se tendrá por vencida la obligación garantizada y si no se diere el pago correspondiente se rematarán los bienes y derechos gravados.

El Instituto Costarricense de Turismo formalizará con el rematario el correspondiente contrato, a fin de que se continúe el proyecto concesionado o bien se reformule...'

Con tal propósito, el artículo 4º ibid obliga al ICT a notificar 'inmediatamente al acreedor cualquier acción que el Instituto inicie contra el concesionario y que pueda afectar la concesión'.

Lo propio es que la expiración del contrato ponga fin a los derechos reales de garantía constituidos por el concesionario.

Sirve de referencia adicional el artículo 107, número 6, de la Ley Hipotecaria española, que autoriza la hipoteca de ciertas concesiones administrativas, prescribiendo que la hipoteca queda pendiente 'de la resolución del derecho del concesionario'.

De donde deduce la doctrina que las hipotecas sobre concesiones administrativas, con trascendencia inmobiliaria, se extinguen automáticamente ante la resolución del derecho del concesionario hipotecante, por cualquier causa (expirar el plazo de la concesión, rescate, caducidad por incumplimiento de las obligaciones, etc).

Esto por cuanto el concesionario hipoteca la concesión con sus condicionamientos y contingencias, como derecho real y revocable. En caso de resolución del derecho, 'las obras o construcciones revierten al Estado o entidad pública concedente'. (ROCA SASTRE, Ramón Ma. Derecho Hipotecario. Sexta Edición. T. IV. Bosch, Casa Edit. Barcelona, pg. 439. Idem, T. VI, pg. 437-39. Idem, T. VI, pg. 440-442).

De ahí que 'al hipotecarse una concesión administrativa, deberá tenerse muy en cuenta la duración de la misma, ya que en el juego del gravamen no puede pretenderse una prórroga en los derechos del concesionario'. RIERA AISA, Luis: Hipoteca, en NEJS, T. XI, pg. 68).

Por el principio de accesoriedad, el derecho de garantía se supedita a la existencia del derecho de concesión que le da soporte objetivo, contenido y de la que no puede desligarse. El fenecimiento de éste apareja el de la hipoteca.

Lo procedente es que la extinción de la concesión, por vencimiento del plazo, acto firme declaratorio de la caducidad, o cualquier otro motivo (Ley 6758, arts. 13 y 14), acarree la del derecho garante, y si la obligación estuviere sin cancelar, el acreedor pueda hacer efectivo el crédito por los mecanismos legales que se prevean".

En palabras llanas: no puede haber hipoteca sobre un derecho de concesión que no tiene existencia jurídica, por haberse cancelado.

La duración del derecho de concesión hipotecado es su límite infranqueable. Si éste finaliza, por cualquier causa, debe producir, de pleno derecho, como efecto natural, la extinción de la hipoteca.

La tesis que se sostiene es pacífica en la doctrina administrativista, y aún civilista. A las citas de autores hechas se agregan otros ejemplos, entre muchos:

“Las hipotecas constituidas sobre concesiones administrativas están sujetas a la restricción de quedar extinguidas automáticamente en caso de resolución del derecho del concesionario hipotecante. El derecho real administrativo que la concesión comporta se extingue, arrastrando la hipoteca constituida”. (GARCÍA PÉREZ, Marta. La utilización del dominio marítimo terrestre. Marcial Pons EDICA Jurídicas S. A. Madrid. 1995, p. 299)

El concesionario está obligado a poner el inmueble del dominio público que utiliza “a la libre disposición de la Administración si la concesión caducase o se extinguiese”. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, pg. 505).

“No es posible que una garantía sobreviva al crédito que garantiza, en virtud del principio *accessorium sequitur principale*”. TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1967, pg. 160).

Nótese que al cancelarse la concesión por incumplimiento grave del concesionario, las construcciones pasan a manos del ICT. (art. 13 in fine; Ley 6758).

El Proyecto, al extender la hipoteca sobre el derecho concesional, pese a haberse éste cancelado, crearía una situación contradictoria a lo interno de ley en torno a la reversión de las construcciones al ente estatal.

IV. 3) Figura del ADMINISTRADOR PLENO

Para el evento de que llegue a cancelarse el derecho de concesión, por incumplimiento de las obligaciones del concesionario, se

atribuye al acreedor de primer grado y así sucesivamente el carácter de "administrador pleno", facultándoles para "explotar los derechos y potestades de la concesión, sus construcciones, instalaciones y mejoras en tanto se genere una nueva adjudicación definitiva por parte del Instituto Costarricense de Turismo, el que deberá velar porque se cumplan los requisitos legales y reglamentarios establecidos".

La figura del "administrador pleno" sustituye la del depositario, a que aludía la redacción anterior y criticamos en la Opinión Jurídica O. J.-

121-2003, pgs. 18 y 19, habilitándole ahora a la explotación de los derechos de concesión y obras erigidas.

Con todo, se hacen varios reparos.

Primero. Es incorrecto que la hipoteca subsista a la concesión cancelada.

Segundo. La Ley 6758, artículo 13 in fine, estatuye que en todos los casos de cancelación de una concesión, "las instalaciones o edificaciones pasarán a formar parte del patrimonio del Instituto, sin perjuicio de los daños y perjuicios causados al proyecto".

Ello, acabamos de decir, suscita un conflicto sobre la propiedad de las mismas entre el Instituto Costarricense de Turismo y el rematante que se las adjudique en subasta.

Tercero. De lo anterior se infiere que la hipoteca de las instalaciones, edificaciones o mejoras envuelve un problema de pertenencia, que ha de resolverse de previo a nivel legislativo.

"La constitución del gravamen únicamente sería posible si son propiedad del concesionario, aunque sometidas al Derecho Público; no si revierten gratuitamente a la Administración al finalizar el contrato, con el uso y disfrute de la parcela concedida". (Opinión Jurídica OJ.-

121-2003, p 14).

Cuarto. No se clarifica si la administración es a título personal o ajeno; ni los derechos y responsabilidades u obligaciones del administrador (conservación, rendición de cuentas, depósito de rendimientos, etc.), forma de constituirse, de entrar en posesión y devolución de los bienes, vigilancia y controles, etc.

Quinto. El cargo de gestor provisional, por tiempo indeterminado, mientras se adjudica la nueva concesión, al facultarle a explotar los derechos y potestades de ésta, implica en la realidad el ejercicio de la calidad de concesionario, sin sujetarse a los requisitos legales que se exigen para ello (Decreto N° 25439-MP-TUR, art 4° sigts y concordantes), lo que es impropio, y rebasa la simple administración.

IV.4) ADJUDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCESIÓN SOPORTANDO GRAVAMEN QUE PESE SOBRE ÉSTA

Para la subsistencia del gravamen ante la cancelación de la concesión, por causa de incumplimiento, el nuevo concesionario que se adjudique en firme "los derechos de concesión y el inmueble con sus mejoras", dispone el Proyecto, debe "soportar el gravamen que pese sobre la concesión".

Contra el hecho de que perdure la hipoteca tras la cancelación de la concesión, se remite a las razones anotadas en el punto IV.2) supra.

A la concesión con gravamen hipotecario se opone su carácter excluyente y la estabilidad en el aprovechamiento que debe gozar su titular durante el período de vigencia, siempre que no medien incumplimientos graves del concesionario. Bajo ese supuesto, la Administración debe garantizarle el uso y disfrutes pacíficos del bien demanial. (Dictamen C- 186-88).

El derecho real administrativo que surge de la concesión demanial está protegido en el goce del bien, tanto frente a la Administración, como frente a terceros. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol II. Edit. Tecnos S. A. 1992, pg. 464. VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo. T. IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1952, pg 252. DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo.

T. IV. Bibliográfica Ameba. Editores. Buenos Aires. 1969, pg. 530-31, entre otros).

La imposición del gravamen crearía inestabilidad al nuevo titular, al depender su permanencia en el inmueble de la voluntad de terceros, e implicaría un trato desigual frente a los demás concesionarios que no lo soportan.

IV.5) NOTIFICACIÓN AL ICT DEL REMATE Y FIRMEZA DE ESTE

Se establecen los deberes judiciales de notificar: a) al Instituto Costarricense de Turismo "el remate de hipotecas"; y b) Solicitar a éste, una vez realizada la "diligencia de adjudicación", un pronunciamiento, dentro del plazo de treinta días naturales, acerca de la observancia de los requisitos legales y reglamentarios en el nuevo adjudicatario. "Transcurrido dicho término, el remate quedará firme".

(Se recomienda sustituir la expresión "remate de hipotecas" por "el proceso ejecutivo hipotecario", y "Transcurrido dicho término" por "Transcurrido dicho plazo", que es lo correcto. Término es el día y hora concreta fijados para llevar a cabo una actuación. Plazo es el espacio de tiempo -conjunto de horas, días, meses, años- en que se debe realizar válidamente un acto jurídico. Y aclarar que la notificación ha de practicarse a la Junta Directiva del ICT, órgano otorgante de concesión y encargado de autorizar su traspaso. Ley 6758, art 12. Ley 6758, art 12. Decreto Ejecutivo N° 25439-MP-TUR, art 12).

La facultad atribuida a los concesionarios de otorgar en garantía hipotecaria de préstamos, los derechos de concesión, sus construcciones, instalaciones y mejoras, para el desarrollo de los proyectos turísticos, entraña la posibilidad de subastarlos por impago.

Un problema se presenta con el mecanismo apropiado para asegurar por una parte la observancia de requisitos legales en el adjudicatario, sujetos a control administrativo, y, por otra, hacer efectiva la enajenación judicial, sin crear derechos anticipados en el rematante.

La decisión del ICT en torno a la concurrencia de tales requisitos sólo podría darse con vista de la persona (física o jurídica) que resulte mejor postor en la subasta, cuya identidad y condiciones son inciertas con antelación.

De ahí que ese pronunciamiento administrativo debe producirse, por lógica, entre el lapso que transcurre desde que concluye el remate hasta su aprobación en firme, traslativa de la titularidad.

Acotado lo anterior, cabe hacer varias consideraciones al Proyecto:

Primero. Relativo a la hipoteca sobre las instalaciones, edificaciones o mejoras, se insiste en la necesidad de uniformar en el plano legislativo el tema de la propiedad de éstas. (Vid pto. IV.3, apte. tercero).

Segundo. Con la vigencia del artículo 13 in fine de la Ley 6758, ha de hacerse reserva de la reversión ahí prevista a favor del Instituto Costarricense de Turismo.

Las concesiones administrativas -escribe Giménez Arnau- "se otorgan siempre con la condición de reversión al Estado (ICT en el caso); por lo cual éste, al recabar la concesión, no debe tener que soportar la hipoteca constituida sobre la misma". (GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Tratado de Legislación Hipotecaria. Tomo II. Ediciones españolas, S. A. Madrid. MCMXLI, pg. 63).

Si bien la doctrina admite que las concesiones demaniales sean hipotecables, no los bienes de dominio público en sí, precisa que la hipoteca y su posible ejecución recae sobre los rendimientos que el concesionario obtenga con el disfrute o explotación de la concesión y las indemnizaciones o precios que le puedan corresponderle ante una extinción anticipada. (GARCÍA PÉREZ, M., Ob. cit., pg. 297).

Tercero En punto a la posibilidad de hipotecar los derechos de concesión del Proyecto Turístico Papagayo, de gravarlos con autorización administrativa, condiciones o calidades que deben

reunir los concesionarios, cfr.: Ley 6043, art 45; su Reglamento, arts. 59 y 93 in fine; Decreto N° 25439-MP-TUR, arts. 4°, 7, 12 sigtes. y Opinión Jurídica O. J.-121-2003, pg. 7 sigts, y antecedentes judiciales ahí citados. Vid., en consonancia: Reglamento del ICT N° 5349 del 1° de marzo del 2005; Gaceta N° 54 del 17 de marzo del 2005, para cesiones de concesión.

Cuarto. "Conlleva una diferencia de trato, no suficientemente justificada en parámetros objetivos, el libre ejercicio del derecho de enajenación en unos casos, en los que la Administración se desentiende de las condiciones personales y disponibilidad del cesionario o adquirente a sujetarse al contrato, y subordinarlo en otros a la previa autorización administrativa. La subasta judicial de una concesión, por sí, no confiere al adjudicatario privilegios que excedan de los traspasos comunes.

Amén de soslayar el cumplimiento de requisitos, con la autorización automática la autoridad judicial sustituiría al administrativa (Instituto Costarricense de Turismo) en asuntos de su competencia, que ésta ha de valorar casuísticamente". (Opinión Jurídica O, J.-

121-2003).

Quinto . Aunque el Proyecto parece decantarse por el carácter reglado de la autorización administrativa, y la tiene por operada por silencio administrativo, ha de recordarse que: a) En el silencio positivo de la Administración el plazo requerido comienza a correr desde que se reciba la solicitud de autorización con todos los requisitos legales. Ley General de la Administración Pública, artículo 331, aparte 1°). "De lo que deduce, a contrario sensu, y en esto se sigue la doctrina predominante, que no se da para legitimar actuaciones inválidas o con flagrante infracción de ley", como ocurriría si se omiten requisitos esenciales, máxime que está en juego el interés público inmerso en el goce de un bien demanial. (Dictamen C-138-88). b) Tampoco opera el silencio positivo por el transcurso del plazo dentro del cual la Administración debe pronunciarse tratándose de la explotación de bienes medioambientales, como es el demanio marítimo terrestre. (SALA CONSTITUCIONAL, sentencias 1730-94, 6836-93, 1731-94, 2954-94, 5506-94, entre otras).

Sexto. Acorde al carácter previo de la técnica autorizatoria, los términos "diligencia de adjudicación" deben referirse a la "provisional", que no produce por sí el efecto traslativo de la propiedad, y queda sujeta a la condición suspensiva ex lege, a

cargo del rematante, de cumplir los requisitos legales necesarios para convertirse en nuevo concesionario, a más de completar el resto del precio ofrecido, en el plazo que le fije el Juez. (Código Procesal Civil, arts. 652 y 657).

Llenado esto, tendrían lugar los actos judiciales posteriores que consuman la transmisión definitiva de los bienes, con disposición de las medidas consecuentes (protocolización de piezas, entrega de bienes, etc.).

En cuanto a la naturaleza del remate, la doctrina pone de relieve que es un acto procesal complejo, en el que convergen varios actos provenientes de distintos sujetos del proceso, constituidos por el ofrecimiento del Juez, las ofertas de terceros y la adjudicación al mejor postor. (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil. Procesos Civiles. Tomo IV. 2º edición. Editorial Temis S. A. Colombia. 1994, pg. 216).

En otro sentido, la jurisprudencia nacional conceptúa el remate como un acto de carácter complejo, integrado de tres elementos: el edicto, que fija las condiciones de la subasta; la diligencia de remate, documentada por medio del acta que extiende el Juez, y la resolución aprobatoria, en la que tiene por bien efectuado el remate, por ajustarse a las formalidades legales, y la oferta legalmente admisible, no mejorada por los demás oferentes. (SALA PRIMERA DE LA CORTE, resoluciones 012-F-90, 8 de 1991 y 016-F-98. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, voto N° 382-L-2003. TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIION PRIMERA, resoluciones números 463, 477 y 479, las tres del 2002. TRIBUNAL AGRARIO, votos 94-F-05, 0173-F-05, 192-F-05, 227-F-05).

Sétimo. Indicar que con la adjudicación firme el rematante se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior concesionario, en los términos de la concesional original.

IV.6) INAPLICACIÓN DE NORMAS

Por último, para los préstamos en cuestión se declaran inaplicables las restricciones de la Ley 1644, artículo 61, inciso 2º, y lo estipulado en la Ley 4631, artículo 1º, inciso d.

Tocante a lo primero, en la Opinión Jurídica O.J.-

121-2003 expresamos:

“ IX.-LIBERACIÓN DE RESTRICCIONES A EMPRESAS PRESTATARIAS CON CAPITAL EXTRANJERO

En su parte final, el Proyecto dispone que para préstamos a los concesionarios del desarrollo turístico de Papagayo 'no regirá la limitación en cuanto (a) la proporción de capital nacional definida en el artículo 61 inciso 2) de la Ley 1644, de 26 de setiembre de 1953, y sus reformas, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional'.

Esta, en lo que interesa, faculta a los bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional a financiar operaciones de crédito a empresas nacionales de servicios de turismo cuando prueben que la propiedad mayoritaria es de costarricenses.

Al eliminarse esa cortapisa, los expresados bancos comerciales podrían conferir préstamos para el desarrollo de proyectos turísticos en Papagayo a empresas nacionales, o constituidas de acuerdo con nuestras leyes, en las que predominen socios o titulares foráneos.

Es de notar que la reforma es de poca utilidad porque las concesiones del demanio marítimo terrestre no son de libre obtención por quienes tengan otra nacionalidad, toda vez que siempre existirían restricciones para otorgarlas a personas físicas o jurídicas extranjeras, según los artículos 4° del Decreto 7814-P, 47 de la Ley 6043 y 25 de su Reglamento (Decreto 7814-P), los últimos dos de aplicación supletoria al sector de Papagayo, a tono con el artículo 93 de ese Reglamento.

De manera específica, el Reglamento a la Ley para el Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Decreto 25439-MP-TUR, establece:

“Artículo 4°.- Sólo se otorgarán concesiones en las áreas del Proyecto a entidades constituidas y domiciliadas en el país.

Los concesionarios, personas físicas, los directores y representantes de las entidades deberán acreditar su solvencia moral y económica ante el Consejo Director”.

El artículo 47 de la Ley 6043 impide dar concesiones a entidades constituidas en el país por extranjeros, y a entidades cuyas acciones o cuotas o capital correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros. Prohíbe también a las entidades que tuvieren concesiones y a sus socios, ceder o traspasar cuotas o acciones a extranjeros. Y declara nulos los contratos que lo contravengan.

El numeral 25 del Decreto 7814-P, inciso d), amplía la prohibición de otorgar concesiones 'a cualquier otro tipo de entidad, no comprendida en los incisos anteriores, en que más de la mitad de sus miembros no sean costarricenses'.

Aparte de ese escollo de legalidad, el punto requeriría una prudente valoración por parte de la Asamblea Legislativa sobre la conveniencia de atraer desarrolladores foráneos que financiarán sus proyectos con créditos de los bancos comerciales nacionales, fundamentalmente estatales, y no extranjeros que vengán a invertir recursos propios en el país. Por lo cuantioso de los proyectos que se impulsan en la zona, podrían incluso desfinanciar la cartera crediticia para inversionistas o prestatarios nacionales".

Atinente al segundo aspecto, la Ley N° 4631, de 18 de agosto de 1970 (Destino de Utilidades que Obtengan los Bancos por Bienes Adjudicados en Remate, reformada por el artículo 167 de la Ley 7558), artículo 1°, fija la forma de imputar las utilidades netas que obtengan los bancos y demás entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia General de Entidades Financieras, derivadas de la explotación y venta de los bienes que se adjudiquen en remate, hasta donde alcancen:

Cancelar la obligación a favor del banco o entidad ejecutante, las obligaciones del ex propietario o ex deudor a favor de los mismos y las de plazo vencido que tuviere con los demás bancos y entidades supervisadas por la SUGEF, en proporción al monto de los créditos de cada uno (incs. a, b, c).

En lo que interesa, el inciso d) *ibid* dispone que "El saldo le será entregado al ex propietario".

A ese orden de preferencia para la satisfacción de los créditos debidos ha de ajustarse el Banco, como entidad de Derecho Público.

Es normativa reglada y tiene fundamento en el principio de racionalidad de las leyes. (SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 2000-04454, en conexidad con el voto N° 2003-11923 de la misma Sala).

La alusión al "ex propietario", y no "ex concesionario", podría justificar una enmienda legislativa para incluir éste de modo expreso, pero a nuestro juicio no sería suficiente para desaplicar el inciso d) de mérito a los derechos de concesión sobre los que se constituye hipoteca. Primero: porque el derecho de concesión forma parte del derecho constitucional de propiedad en su titular. Comprende los derechos patrimoniales de una persona, con valor económico. (SALA CONSTITUCIONAL, votos 2001-01246 y 07792-98. Opinión Jurídica O. J.-

121-2003, pg. 7). Segundo: porque la ambigua redacción con que se norma el punto permite también la hipoteca sobre las construcciones, instalaciones y mejoras que introduce el concesionario, extremo que objetamos líneas arriba (apartes IV.3 y IV.5 supra).

Y tampoco puede darse por sentado, a priori, que no habrán saldos a restituir.

Se aprecia el expediente legislativo que la duda acerca de la devolución de los excedentes (al ex concesionario o al ICT), si los hubiere, la planteó el Director Jurídico del Banco Nacional de Costa Rica en la Comisión Especial de Turismo (Acta N° 30 del 13-11-03, folio 302), quien sugirió regular el tema de la Ley de Excedentes, como se le conoce a la Ley 4631, igual que la Ley 1644, artículo 61, inciso d).

El Informe de Subcomisión acogió la recomendación, en marzo del 2004, a folio 351, donde se lee: "...para el caso de los excedentes producto de un remate, se excluye de aplicación lo establecido en el inciso d) del artículo 1 de la Ley 4631, de 18 de agosto de 1970 y sus reformas, con el fin de que si quedara un remanente, éste pase a formar parte del patrimonio del Banco, en vista del riesgo del proyecto y como un incentivo para las entidades bancarias".

Sin embargo, la supresión elude el problema de la titularidad sobre los excedentes.

V.-CONCLUSIONES

Resumiendo lo expuesto, se concluye:

A) La posibilidad de asumir, ante una falta de respuesta de la Procuraduría General de la República, su conformidad con un Proyecto para modificar la Ley N° 6758, de Desarrollo Turístico de Papagayo, no se prevé en ésta, ni en la normativa costera, y resulta improcedente.

Tampoco la Procuraduría se encuentra comprendida dentro de los órganos que enumera el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

B) Como la aprobación o desestimación de un proyecto de reforma de ley es un acto de exclusivo resorte de la Asamblea Legislativa e insustituible por esta Institución, a modo de una opinión jurídica no vinculante se anotan las siguientes observaciones al texto consultado:

1) En primer término, se advierte que estuvo en el trámite legislativo otro Proyecto de Ley, expediente N° 14.998, para modificar varias normas de la Ley 6758, incluyendo el artículo 4° de la Ley 6758, acerca del cual nos pronunciamos en la Opinión Jurídica O. J.-

074-2003. Fue archivado por dictamen unánime de la Comisión de Turismo.

2) Ante la necesaria legalidad del actuar administrativo y posibilidad de asumir el carácter de administrador pleno en las ejecuciones forzosas de la hipoteca del derecho de concesión, conviene que los señores diputados ponderen la reforma de suprimir la autorización a los bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones financieras del Estado para conceder préstamos a los concesionarios del desarrollo turístico de Papagayo, con garantía de la respectiva concesión, sus edificaciones e instalaciones. Quiebra el principio seguido por la normativa costera en la materia, que recoge la Ley 6043 en el artículo 67.

3) Aclarar la forma de resolver el eventual conflicto de titularidades que puede presentarse con las mejoras entre el ICT, al que revierten (artículo 16), y el rematante de la garantía. (Opiniones Jurídicas O. J.-

074-2003 y O. J.-121-2003).

4) Revisar los términos según los cuales "la eventual cancelación de la concesión por incumplimiento del concesionario no afectará los gravámenes que pesen sobre ella".

La garantía está supeditada a la existencia del derecho de concesión que le da soporte objetivo y contenido. Lo propio es que al extinguirse la concesión, por declaratoria firme de caducidad o cualquier otra causa, lleve consigo, de pleno derecho, el fenecimiento de la hipoteca constituida.

5) Contra la figura del administrador pleno se hacen varios reparos: a) Es incorrecto que la hipoteca subsista a la concesión cancelada. b) La hipoteca de las construcciones, instalaciones y mejoras suscita un conflicto sobre la propiedad de las mismas entre el Instituto Costarricense de Turismo, al que reviertan cuando se cancela la concesión, y el rematante que se las adjudica en la subasta. c) No se aclara si la administración es a título personal o ajeno; ni los derechos y responsabilidades u obligaciones del administrador, la forma de constituirse, de entrar en posesión y devolución de los bienes, vigilancia y controles, etc. d) El cargo de gestor provisional, por tiempo indeterminado, mientras se adjudica la nueva concesión, al facultarle a explotar los derechos y potestades inherentes a ésta, comporta el ejercicio de la calidad de concesionario, sin sujetarse a los requisitos legales que se exigen para ello, lo que es impropio, y rebasa la simple administración.

6) A la adjudicación de la concesión soportando el gravamen que pese sobre ésta se opone: a) El hecho de que persista la hipoteca tras la cancelación de aquella. b) La inestabilidad que crea al nuevo titular, al depender su permanencia en el inmueble de la voluntad de terceros, contra el carácter excluyente de la concesión. c) El deber de la Administración de garantizar al concesionario el uso y disfrute pacíficos del bien demanial, siempre que no medien incumplimientos graves. d) E implica un trato desigual frente a los demás concesionarios que no soportan el gravamen.

7) En cuanto a la notificación al ICT, se recomienda: sustituir la expresión "remate de hipotecas" por "el proceso ejecutivo hipotecario"; "Transcurrido dicho término" por "Transcurrido dicho plazo", que es lo correcto; referir los términos "diligencia de adjudicación" a la "provisional"; y aclarar que la notificación ha

de practicarse a la Junta Directiva del ICT, órgano otorgante de concesión y encargado de autorizar su traspaso. (Ley 6758, art 12. Decreto Ejecutivo N° 25439-MP-TUR, art 12).

Además, se hacen varias consideraciones: a) Respecto de la hipoteca sobre la edificación, instalaciones o mejoras, se insiste en la necesidad de uniformar el tema de su propiedad. b) Con la vigencia del artículo 13 in fine de la Ley 6759, debe dejarse a salvo la reversión ahí prevista a favor del ICT. c) Conlleva una diferencia de trato, no justificada en parámetros objetivos, exigir en unos casos de enajenación de la concesión el cumplimiento de los requisitos y condiciones que deben cumplir los nuevos concesionarios, y obviarlos en otros. La subasta judicial de una concesión, por sí, no confiere al adjudicatario privilegios que excedan de los traspasos comunes. d) Para la autorización por silencio positivo de la Administración la solicitud debe cumplir todos los requisitos legales (Ley General de la Administración Pública, art. 331, apte. 1°), y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional no opera tratándose de la explotación de bienes medioambientales, como el demanio marítimo terrestre. e) Indicar que con la adjudicación firme el rematante se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior concesionario, en los términos de la concesión original.

8) Eliminar la limitación que establece el artículo 61 inciso 2), de la Ley 1644, que faculta a los bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional a financiar operaciones de crédito a empresas nacionales de servicios de turismo cuando prueben que la propiedad mayoritaria corresponde a costarricenses, es de poca utilidad porque las concesiones del demanio marítimo terrestre no son de libre obtención por los nacionales de otros países, toda vez que siempre existirían restricciones para otorgarlas a personas físicas o jurídicas extranjeras, según los artículos 4° del Decreto 7814-P, 47 de la Ley 6043, y 25 de su Reglamento (Decreto 7814-P), los últimos dos de aplicación supletoria al sector de Papagayo, a tono con el artículo 93 del mismo Reglamento.

Aparte de lo anterior, el punto requeriría una prudente valoración por parte de la Asamblea Legislativa sobre la conveniencia de atraer desarrolladores foráneos que financien sus proyectos con créditos de los bancos comerciales nacionales, fundamentalmente estatales, y no extranjeros que vengan a invertir en el país recursos propios. Por lo cuantioso de los proyectos que se impulsan en la zona, podrían incluso desfinanciar la cartera

crediticia para inversionistas o prestatarios nacionales. (Opinión Jurídica O. J.-121-2003).

9) La inaplicación del artículo 1º, inciso d), de la Ley 4631 elude el problema de la titularidad de los excedentes. El derecho de concesión forma parte del derecho constitucional de propiedad en su titular, y la ambigua redacción con que se norma el punto permite también la hipoteca sobre las construcciones, instalaciones y mejoras introducidas por el concesionario, extremo que objetamos en los apartes IV.3 y IV.5.

FUENTES CITADAS

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Destino Utilidades Obtengan Bancos por Bienes Adjudicados en Remate. Ley : 4631 del 18/08/1970
- 2 Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Reglamento sobre la Distribución de Utilidades por la Venta de Bienes Adjudicados (artículo 1 de la Ley Nº 4631). Fecha de vigencia desde: 29/12/2005
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004-13616. San José, a las diecisiete horas con treinta y siete minutos del treinta de noviembre del dos mil cuatro.
- 4 Procuraduría General de la República. Dictamen: C-206-2005. 26 de mayo de 2005
- 5 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica: OJ-167-2005. 24 de octubre del 2005