

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: PERICULUM IN MORA Y FUMUS BONI IURIS

RESUMEN: El presente informe de investigación estudia los conceptos de Periculum in mora y Fumus boni iuris, desde la doctrina se presentan sus conceptos y análisis de su aplicación dentro de las medidas cautelares y desde la jurisprudencia se estudia su aplicación dentro de casos concretos.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Conceptos.....	1
Fumus Boni Iuris.....	2
Periculum.....	2
b)El periculum in mora como presupuesto principal de la medida cautelar.....	2
La tutela judicial efectiva como parámetro de la medida cautelar.....	2
La nueva interpretación jurisprudencial al amparo del derecho a la eficacia material de la sentencia como parte esencial del debido proceso.....	4
Conclusión.....	5
2JURISPRUDENCIA.....	6
a)La definición de Fumus Boni Iuris en la Jurisprudencia.....	6
b)Fumus Boni Iuris y Periculum in mora como presupuesto para el dictado de medidas cautelares.....	11

1 DOCTRINA

a) *Conceptos*

Fumus Boni Iuris

[NICOLIELLO]¹

“Apariencia de buen derecho. Hechos que permiten presumir el derecho del peticionante.”

Periculum

[CABANELLAS]²

“Voz lat. Peligro. En algunos casos, responsabilidad derivada de la destrucción, pérdida o deterioro de una cosa o proveniente de mala administración o gestión torpe.”

b) El periculum in mora como presupuesto principal de la medida cautelar

[ORTIZ ZAMORA]³

La tutela judicial efectiva como parámetro de la medida cautelar

Al hacer investigación científica sobre cualquier tema, el primer paso a seguir debe ser siempre remitirse a los orígenes de lo que se pretende investigar. Bajo esta inteligencia, los preceptos formulados magistralmente por G. Chiovenda deben ser siempre los pilares anquilosados, por eminentes, del devenir actual y futuro de la medida cautelar, sin desviar la atención a premisas que por separarse de la sustancia misma del instrumento precautorio pierden el norte de las mismas.

Con base en la sustancia pura de la medida cautelar, la sentencia N° 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda tiene la enorme virtud de centrar el análisis del proceso cautelar sobre la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva. Con base en ello, concluye que existe un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho instrumental complejo que se manifiesta no sólo en la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia y obtener una decisión bien fundada de Juez predeterminado por la Ley; sino aún más importante, de ejecutar en tiempo razonable y de forma adecuada la resolución que el Tribunal dicta, de lo que se desprende asimismo, un derecho a la tutela cautelar efectiva.

Este derecho fundamental finalmente formulado con carácter veraz y concreto garantiza un valor mucho más amplio que el simple ejercicio del derecho de acceso a la justicia, toda vez que tal protección no existe sin la consecución real de lo concedido en sentencia; todo lo cual aboga por la adopción de cautelas precisas que preserven la eficacia de lo resuelto. Es con este sentido que Chiovenda formuló el fundamento axiológico y teleológico de la medida cautelar en la clásica frase: "la necesidad de acudir a un proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón", mediante la cual se esgrimieron con tinta indeleble los que debían considerarse daños de imposible o difícil reparación, a saber: el menoscabo en el valor justicia como virtud de poner en práctica el derecho que asiste a toda persona a que le sea reconocido lo suyo, lo cual no puede cumplirse de causarle, el necesario proceso, un daño a quien legítimamente acciona para recuperar lo que por Derecho es suyo.

Por ello, los daños de imposible o difícil reparación lejos de constituirse en daños materiales, son daños axiológicos a la justicia, y más concretamente al debido proceso, para cuya protección basta el temor de un daño jurídico pues "si este daño es o no en realidad inminente y jurídico resultará de la declaración definitiva. " Lo importante a determinar no es ya si el daño al bien jurídico tutelado puede ser reversible o no, por cuanto el bien jurídico a tomar en consideración deja de ser esa situación jurídica sustancial, para reposar en la posibilidad o imposibilidad de lograr la satisfacción de la tutela judicial efectiva, y más específicamente, si la sentencia que finalmente proteja el derecho de quien acciona puede ser materialmente efectiva.

La nueva interpretación jurisprudencial al amparo del derecho a la eficacia material de la sentencia como parte esencial del debido proceso

Siendo que en el Derecho Comparado el concepto de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se ha convertido en la cimiento principal de la justicia cautelar en razón de su tendencia a posibilitar la consecución de justicia pronta y cumplida en los términos del artículo 41 de la Constitución Política, la motivación del otorgamiento de las medidas cautelares sobre la base única de la irreparabilidad de los daños y perjuicios como requisito principal se ha desplazado para considerar con carácter prevalente la apariencia de buen derecho como medio profiláctico para evitar la frustración de la efectividad de la sentencia final. Más claro y más simple: el perjuicio justificante de la medida cautelar debe ser el riesgo de frustrar la tutela judicial efectiva -artículo 41 C.P. - que debe satisfacerse mediante la sentencia de fondo.

Bajo las premisas acotadas, es menester resaltar igualmente, que a partir del clásico voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia N° 1739-92, el debido proceso se redefine y desglosa en varias aristas que componen lo que conocemos como tutela de los derechos instrumentales o procesales, tal que garantías para asegurar la vigencia y eficacia de los intereses del ser humano. Así, dentro de sus elementos ocupa un lugar de primigenia importancia lo que se concibe como el derecho a la eficacia material de la sentencia, por cuya garantía el debido proceso como derecho fundamental da vida y eficacia a todos sus postulados. Sin este, todas las garantías del Derecho se estrellarían ante una realidad política, económica o social que imposibilitaría el acatamiento de los fallos judiciales y la Justicia se tornaría en "flatus vocis".

Así, en lo que nos interesa, se incluye como parte integral del debido proceso, tanto adjetivo como sustantivo, al derecho a la eficacia material de la sentencia, que se convierte en el parámetro a considerar para el acogimiento de la medida cautelar y viene a posibilitar la aceptación de las nuevas doctrinas del Derecho Comparado en nuestro ámbito forense, "mutatis mutandi" para su aplicación. Tan intrincada labor deviene el objeto del presente discurso, en el que pretendemos concretar en el *periculum in mora* todo presupuesto hasta ahora conocido o por conocerse de la medida cautelar y ajustados a la legislación y tradición jurisprudencial que nos rige.

Es por ello que los daños de imposible o difícil reparación que la

doctrina, jurisprudencia y legislación han tenido como presupuesto principal ya no deben comprenderse como daños y perjuicios materiales. Antes bien, debe tenerse como parámetro objetivo la imposibilidad de ejecutar la sentencia de fondo, es decir de efectivizar la tutela judicial. Debe entenderse que el perjuicio de imposible o difícil reparación acaecido al justiciable que justifica la medida cautelar, no son ya los tradicionales daños y perjuicios materializables, sino la misma tardanza de la justicia que ciega la legitimidad del proceso como medio para conseguirla, siendo la lesividad de ello para el que tiene la razón, el daño de imposible o difícil reparación por excelencia.

Concebimos que no es el riesgo de causarle a una situación jurídica sustancial del justiciable un daño de imposible o difícil reparación lo que justifica el otorgamiento de una medida cautelar, sino simplemente causarle un daño, cualquiera que esté sea, a un aspecto tan objetivo y claro como lo es la mera satisfacción de la tutela judicial mediante la efectivización total de la sentencia y con absoluta satisfacción para quien lleva razón y debe soportar el iter procesal para revertir una decisión unilateral de la Administración Pública.

Cuando se verifica la existencia del *periculum in mora*, hablamos indudablemente de daños a la efectividad material de la sentencia, no de cualquier daño, sino de daños al debido proceso entendido en su arista de derecho a la efectividad material de la justicia y a su satisfacción; supuestos ellos que sólo pueden encajar en quien lleva razón en un proceso judicial. En razón de ello, el *fumus boni iuris* deviene casi que redundante y abundante, toda vez que el *periculum in mora* correctamente entendido significa el peligro de entorpecer, obstaculizar o menoscabar el derecho a la eficacia material de la sentencia y a la satisfacción plena de la justicia, daños que sólo pueden concebirse y producirse en quien lleva la razón en el proceso, valga aclarar, aunque ello sólo sea corroborado preliminarmente.

Por añadidura, el equilibrio de intereses debe también sucumbir, porque quien ostenta en su situación jurídica *periculum in mora*, no tiene el deber jurídico de soportar una lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no obstante que con ello afecte otros intereses, habida cuenta que los derechos fundamentales no pueden estar sujetos a cláusulas generales de apoderamiento del interés público.

Conclusión

La justicia cautelar yace somnolienta, pero más pareciera que así quisiera estar, pues en sus propios sueños ha dejado escapar rayos de luz que apuntan al amanecer. Sin embargo, no basta el esfuerzo aislado de dos o tres sentencias ejemplificantes, cuando la jurisprudencia como fuente del derecho, aísla los preceptos acuñados para someterse a la inercia de la tradición.

El contencioso administrativo costarricense está enfermo porque su legitimidad se agota en procesos que se convierten en letra muerta, sin eficacia y por lo tanto, sin justicia. Es por ello, que la tutela cautelar cimentada sobre el parámetro de un derecho fundamental a la eficacia material de la sentencia incrustada perennemente en el periculum in mora debe aplicarse, no sólo en los considerandos, sino con mayor fuerza y severidad en los por tantos. Porque crear obras jurídicas con verdades imperecederas que sirven sólo a la academia mas no en la práctica, es materia reservada para quienes osamos, a veces, plantear nuevas herejías que con el tiempo puedan tornarse verdad; pero al Juez le corresponde impartir justicia, de la verdadera, de la efectiva.”

2 JURISPRUDENCIA

a) La definición de Fumus Boni Iuris en la Jurisprudencia

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁴

Nº 481-2007

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las nueve horas cuarenta minutos del veintitrés de noviembre de dos mil siete.

Incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo, promovido por la parte actora dentro del proceso ordinario de FABIO VINCENZI GUILA , mayor de edad, casado una vez, abogado y Notario, vecino de San José, con cédula de identidad número 1-455-918, contra BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL, representado por el apoderado especial judicial Mauricio Muñoz Valverde , mayor, soltero, abogado, vecino de San José, con cédula número 1-633-830.

RESULTANDO:

1. El actor, señor Vincenzi Guilá, solicitó decretar la suspensión de los actos administrativos emitidos por la Junta Directiva del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, tomados en sesión ordinaria 4396 del veintinueve de mayo de dos mil seis y sesión ordinaria 4436 del diecisiete de noviembre de dos mil seis, por medio de los cuales se procedió a dar por concluido el contrato de servicios como abogado y notario externo del Banco Popular.

2. Conferido el respectivo traslado, la parte incidentada se pronunció en forma negativa.

3. El juez de la materia, Otto González Vílchez, mediante resolución N° 333-07, dictada a las ocho horas del dieciséis de marzo de dos mil siete, dispuso: "POR TANTO: Se declara sin lugar el presente incidente de suspensión del acto administrativo promovido por el señor Fabio Vincenzi Guilá contra el Banco Popular y de Desarrollo Comunal . Se prescinde de la evacuación de la prueba testimonial propuesta por la parte incidentada. Se condena al incidentista al pago de las costas del presente incidente."

4. Inconforme con lo resuelto, apela la parte actora e incidentista, recurso que le fue admitido y en virtud del cual conoce esta Sección del Tribunal en alzada.

5. En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el juez Gutiérrez Freer; y

CONSIDERANDO:

I.- Se incorporan los siguientes hechos demostrados :
(a) Que el aquí incidentista fue notificado de la resolución contenida en el oficio GGC-368-05, dictado en fecha diez de marzo, el quince de marzo de dos mil cinco, en el cual se le comunicaba por parte del Banco incidentado que se daba por concluido su contrato (ver hecho 79 visible a folio 9 del principal y contestación al presente incidente a folio 34 del legajo de segunda instancia); (b) Que el señor Vincenzi Guilá interpone el presente incidente de suspensión en fecha primero de febrero de dos mil siete (ver folio 9 del incidente); (c) Que el aquí incidentista presta sus servicios profesionales como abogado externo del Banco Crédito Agrícola de Cartago en los procesos de cobro judicial, habiendo sido nombrado por la Junta Directiva General el día dos de julio de mil novecientos noventa y dos, cumpliendo sus funciones de manera satisfactoria y sin sanciones a la fecha, encontrándose actualmente activo (ver constancia de folio 4 del incidente); (d) Que el incidentista obtiene la mayor parte de sus ingresos del ejercicio de la función de abogado y notario externo de instituciones públicas y no sólo bancarias (ver afirmación en el hecho cuarto del incidente); (e) Que el incidentista tuvo egresos importantes por concepto de pago de universidades y colegio de sus tres hijos en fechas veintisiete de noviembre, dieciocho y veintiuno de diciembre todos del año dos mil seis (ver recibos a folios 1 y 2 del incidente y certificaciones de nacimiento a folios 6, 7 y 8 ibídem).

II.- Como indemostrados se incorporan los siguientes hechos de relevancia: (a) Que la sanción impuesta por el Banco Popular le hubiere generado una disminución considerable de sus ingresos (Los autos se muestran ayunos de prueba en el sentido apuntado); (b) Que el incidentista hubiese sido afectado en su honor, el buen nombre y el prestigio en el ejercicio de la función notarial y el ejercicio liberal de la profesión, ocasionándole un daño moral grave (no hay prueba que sustente esa simple afirmación)

III.- Agravios: El apelante expresa en lo sustancial, que la resolución recurrida pide pruebas de lo que de por sí es obvio o notorio. Agrega que la medida adoptada por el Banco Popular afectó su reputación como profesional por la sanción impuesta en su

contra que lo dejó abruptamente por fuera como abogado y notario externo del referido Banco, señala que la notoriedad es un medio de prueba de tal forma que no lleva razón el a quo cuando insiste en la falta de prueba para demostrar su afectación, cuando la realidad es evidente o notoria.

IV.- Fondo: La suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, como toda medida cautelar, presenta una serie de características estructurales y de presupuestos para su procedencia. Deben concurrir, concomitantemente el denominado *periculum in mora* (temor razonable y objetivamente fundado de la parte accionante de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal. Artículo 91.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa). Por otra parte está el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es decir, traducido en un juicio hipotético de verosimilitud acerca de la situación jurídica sustancial y su correspondiente éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva. No puede obviarse el hecho de que los actos de la administración tienen una presunción de legalidad al estar destinados a preservar el fin público para el que fueron dictados, de forma tal que acceder a la suspensión significa interrumpir la tutela del interés público que le sirve de fundamento y procede o debe proceder al demostrarse que su ejecución causa daños y perjuicios de muy difícil o bien imposible reparación y que el interés público de por medio aconseja su procedencia. En el sub examine, en primer término consta que mediante el oficio GGC-368-2005 de fecha 10 de marzo de 2005 se le comunicó que se daba por concluido el contrato de interés, aun y cuando interpuso un incidente de suspensión en esa vía administrativa, el mismo resultó rechazado (f. 9 del principal). Significa lo anterior que entre el 10 de marzo 2005 y el 1º de febrero de 2007, fecha esta última en la cual interpone el presente incidente de suspensión, han transcurrido poco menos de dos años en los cuales el incidentista no ha percibido los ingresos derivados del contrato de servicios profesionales con el Banco incidentado. Aunado a lo anterior, manifiesta expresamente que posee otros ingresos provenientes del ejercicio de la función de abogado y notario externo de otras instituciones públicas - no sólo bancarias - y como prueba aporta una constancia de fecha 30 de enero del año en curso (f. 4 del incidente) sobre los servicios profesionales que le presta al Banco Crédito Agrícola de Cartago, nombramiento que data del 2 de julio de 1992 y que se encuentra vigente a la fecha. Igualmente,

durante ese período de casi dos años a partir del momento en que fue excluido por el Banco Popular, el mismo incidentista demuestra que le ha hecho frente - sin evidenciar problema alguno - a sus obligaciones de educación de sus tres hijos. Con ese cuadro fáctico expuesto, estima el Tribunal que los autos se muestran absolutamente ayunos de prueba que demuestre fehacientemente la alegada afectación a su reputación como profesional, o lo que es lo mismo, daños de difícil o imposible reparación. Por otra parte, la notoriedad puede ser obvia cuando se publicita (en medios de prensa por ejemplo) y en el caso bajo examen no existe prueba alguna de que se hubiere dado tal publicidad negativa que afectara notoriamente su honor, buen nombre y/o prestigio profesional, ni en el ejercicio de la función notarial ni en el del ejercicio liberal de su profesión. Todo lo contrario, pues la constancia que ofrece como prueba de sus servicios prestados durante catorce años al Banco Crédito Agrícola de Cartago se expresa en lo de interés lo siguiente: "...Hago constar que durante estos catorce años siempre se ha distinguido como un excelente profesional. En la parte de Cobro Judicial ha logrado la recuperación de casos con sus gestión, cumpliendo sus funciones de una manera satisfactoria y que a esta fecha no ha sido sancionado, actualmente se encuentra activo. Es reconocido como una persona honesta, de excelente trato con el personal..." En el mismo orden de ideas, lo que el incidentista señala como "disminución considerable de sus ingresos", aparte de tratarse de un concepto indeterminado, no lo demuestra con prueba idónea, como lo sería sus declaraciones del impuesto sobre la renta, prueba que se echa de menos. Corolario de lo expuesto, no fue demostrada la existencia de un temor razonable y objetivamente fundado de la parte accionante de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal, se impone confirmar la resolución conocida en grado. De manera que deberá quedar para el proceso ordinario principal toda la valoración del cuadro fáctico a fin de determinar la procedencia o no de lo pretendido por el demandante.

POR TANTO:

Se confirma la resolución apelada.

b) *Fumus Boni Iuris y Periculum in mora* como presupuesto para el dictado de medidas cautelares

[TRIBUNAL AGRARIO]⁵

VOTO N° 0960-F-07

TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las ocho horas del veintitrés de noviembre de dos mil siete.

MEDIDAS CAUTELARES; dentro del PROCESO ORDINARIO, planteado por LUCILA FLORES GUILLÉN, mayor, unión libre, ama de casa, cédula de residencia número cero dieciocho - RE - cero cero mil setecientos setenta y dos - cero cero - mil novecientos noventa y nueve, y vecina de San Carlos; contra LUIS BARRANTES QUESADA, mayor, casado, empresario agrícola, cédula dos - cuatrocientos cincuenta y cuatro - trescientos veintinueve, y vecino de San Carlos, LUZ MILA PÉREZ CHAVARRÍA, mayor, casada una vez, empresario agrario, cédula de identidad número dos - quinientos treinta y seis - seiscientos treinta y cinco, y vecina de San Carlos, VALLE DEL TARSO SOCIEDAD ANÓNIMA, cédula jurídica número tres - ciento uno - cuatrocientos cuatro mil doscientos noventa y cinco, representada por sus apoderados generalísimos sin límite de suma, Leonidas Rojas Boza, mayor, divorciado, administrador de empresas, cédula dos - trescientos setenta y cuatro - cuatrocientos setenta y seis, y Evelio Chaves Chaves, mayor, divorciado, empresario, cédula cuatro - ciento treinta y cuatro - seiscientos setenta y cinco, y vecino de Heredia, ORLANDO SEVILLA WILSON, de nacionalidad nicaragüense, agricultor, cédula de residencia doscientos setenta - cero doce treinta y tres treinta y cuatro ochenta y uno ochenta y seis, y vecino de San Carlos, y BANCO IMPROSA SOCIEDAD ANÓNIMA, cédula de persona jurídica tres - diez diecisiete noventa cero seis, representado por Álvaro Emilio Castro Garnier, mayor, casado, abogado, cédula de identidad número uno - seiscientos treinta y seis - ciento treinta, vecino de San José, y en su condición de apoderado general judicial, LEONIDAS ROJAS BOZA, de calidades antes señaladas. Tramitado ante el Juzgado Agrario de Liberia, Actúa como apoderado especial judicial de la actora la licenciada María del Milagro Cantillano Villalobos, mayor, soltera, abogada,

cédula de identidad número cuatro - ciento dieciséis - ciento noventa y seis, y vecina de Heredia, y como abogados directores, de los codemandados, Pérez Chavarría el licenciado Raúl Muñoz Álvarez, del Banco Improsa Sociedad Anónima el licenciado Álvaro Emilio Castro Garnier , de calidades antes mencionadas, y como apoderado especial judicial de los codemandados, Valle del Tarso Sociedad Anónima y de Leonidas Rojas Barboza el licenciado Andrés Martínez Chaves , mayor, casado una vez, abogado, cédula de identidad número uno - novecientos setenta y siete - setecientos cincuenta y siete, y vecino de San José.

Redacta el juez ULATE CHACÓN; y,

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal comparte lo dispuesto en la relación de hechos probados por tener sustento en los autos.

II.- En la resolución recurrida, entre otras cosas, la a-quo rechazó la medida cautelar solicitada por la actora en la cual solicita se le ponga en posesión del inmueble.

III.- La actora aduce que los demandados presentaron como táctica dilatoria un incidente de nulidad, luego de que fuera confirmada la sentencia en el interdicto, por voto del Tribunal No. 222-F-07. Aduce que la a-quo no quiso realizar la inspección de las parcelas pese a que estuvieron en tiempo y más bien el Juez mandó a llamar a la parte demandada, que se opuso a realizar la diligencia. Señala que antes de que el Tribunal resolviera el interdicto los demandados le impidieron el paso para sacar las cosechas sembradas, y no ha podido ejercer la posesión, siendo que el 31 de marzo del 2007 entraron a las parcelas y cortaron las cosechas, a sabiendas de que la sentencia estaba confirmada. Por ello solicita se le otorgue la medida para no producir mas daños y perjuicios en su contra, (folio 1267)

IV.- Este Tribunal ha señalado reiteradamente lo siguiente: " IV.- Como el capítulo de la Ley de Jurisdicción Agraria sobre medidas cautelares contempla solo algunas medidas típicas, debemos remitirnos a lo dispuesto en las disposiciones generales del proceso agrario. El artículo 26 párrafo segundo autoriza a los jueces agrarios a aplicar por analogía otros cuerpos procesales,

con el fin de proveer la debida celeridad y eficacia al proceso. Por ello se ha establecido que es perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo 242 del Código Procesal Civil al disponer: "Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas , cuando hubiere fundado temor de q ue una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación . Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos , ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución."En la explicación del contenido de dicho artículo, los redactores del Código señalaban: "Se trata del denominado poder cautelar general del juez autorizando a ésta a utilizar medidas no especificadas o innominadas, no previstas expresamente. El presupuesto para ello es el fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave y de difícil reparación. Desde luego que ello debe ocurrir, para que se tome la medida cautelar, antes del dictado de la sentencia, porque si ocurre después, el procedimiento a observar será el de ejecución de sentencia. Obsérvese que tratándose de "determinados actos", sin especificación alguna, se usan las palabras autorizar o prohibir, en cambio, para el depósito de bienes se usa el vocablo ordenar, y para las cauciones el vocablo imponer. El criterio de que la medida cautelar debe tomarse en el proceso de conocimiento, es discutido por algunos al afirmar que bien puede acordarse una medida cautelar durante la ejecución." Por su parte, la doctrina procesal civil ha conceptualizado la tutela cautelar atípica como: "aquellas medidas de aseguramiento o conservación ordenadas por el juez ordinario, a solicitud de parte, antes o después de iniciado el proceso, con la finalidad de evitar que desde el inicio del proceso y al dictado de la sentencia, el derecho reclamado se pueda tornar incierto o se dañe gravemente, por un acto u omisión del demandado o de un tercero, que implique, entre otras cosas, un perjuicio irreparable o irreversible, el dictado de una sentencia inocua o ineficaz, un peligro inminente, o actos u omisiones similares, o reducir la eficacia práctica de la futura sentencia e incluso alterar lo pretendido". (ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Derecho Procesal Civil, Tomo II, 1995, pág. 227).La elasticidad permitida por la norma, permite adoptar diversos tipos de medidas, que en principio tienen a asegurar la efectividad de la sentencia de fondo.En materia agraria la norma contenida en el artículo 242 del Código Procesal Civil tiene particular interés, porque muchas veces se pone en peligro la continuidad de la producción, o bien, la destrucción de los recursos naturales. Pero los alcances de la tutela cautelar va más allá del mero interés de las partes litigantes. La doctrina ha desarrollado, dentro del principio de

los amplios poderes del Juez, el "Poder Cautelar del Juez Agrario", cuya finalidad estriba precisamente en proteger esas situaciones para satisfacer un interés, no de la parte, sino un interés de la colectividad. Evidentemente, es importante el poder cautelar del Juez Agrario para tomar medidas tendientes a proteger la producción, ya sea prohibiendo o autorizando determinado tipo de actos. La doctrina procesal agraria, ha postulado la facultad del Juez Agrario de dictar, además de las medidas preventivas típicas, medidas cautelares provisionales, propias del derecho agrario, cuya finalidad sería: 1) La protección de los derechos de los productores rurales; 2) La protección de los fines de la reforma agraria, y 3) La protección de fines superiores agrarios, de interés social..." (Argüello Landaeta, Israel "El poder cautelar del Juez Agrario", en Temática Agraria, impreso en la Fundación CIARA, págs. 32 a 34)." Derecho Procesal Agrario", págs. 136 y 137). En concreto, al Juez Agrario, de acuerdo a lo expuesto, se le permite dictar providencias, resoluciones, autos de cautela conservativos o de garantía del proceso definitivo, autónomo, sustancial y tendientes igualmente a la protección de los fines señalados". (Argüello Landaeta, Israel "El poder cautelar del Juez Agrario", en Temática Agraria, impreso en la Fundación CIARA, págs. 32 a 34)." Derecho Procesal Agrario, págs. 136 y 137.) En consecuencia, son medidas fundamentalmente de carácter conservativo o asegurativo porque están en función directa de la protección de la producción agraria y de los recursos naturales renovables. Pueden hacer posible una ejecución, pero no para adelantar la ejecución, por ello no deben confundirse con la ejecución misma. V.- Requisitos y presupuestos: Para que pueda decretarse una medida preventiva o conservativa como la descrita, debe tomarse en consideración lo siguiente, para efectos de validez:

1. Si se trata de medidas previas al proceso, luego requieren de la iniciación del mismo dentro del plazo legalmente establecido.
2. Puede dictarse de oficio por el Juez, no es necesario la instancia de la parte, pero bien podría gestionarlo. También a través de la gestión de órganos públicos interesados.
3. Debe acreditarse o demostrarse la amenaza de desmejoramiento, ruina o destrucción, para lo cual el juez puede asesorarse de peritos o evacuar las pruebas necesarias. Por ejemplo hacer un reconocimiento en el lugar de los hechos.
4. No se trata de medidas definitivas, sino provisionales, pues cesan al terminar el proceso.
5. En cualquier momento el juez puede revocar, también de oficio, la medida si considera que ha desaparecido el riesgo o amenaza. La doctrina procesal ha señalado como presupuestos o condiciones de estas medidas la apariencia de buen derecho y el peligro de demora. Para otros debe exigirse además una caución o fianza, como paliativo del riesgo propio de

la sumariedad y urgencia de la medida. JINESTA LOBO, op. cit., pág. 145. CALDERON CUADRADO, María Pía. Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil, op. cit., pág. 175, ANGELES JOVE, María. Medidas cautelares innominadas en el proceso civil, op. cit., pág. 69. Igualmente, se citan como características las de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, homogeneidad con las medidas ejecutivas y la ejecución inmediata. También se señalan como características estructurales la Urgencia y la Summaria cognitio. 1.- Presupuestos: El Tribunal Agrario ha desarrollado importantes criterios jurisprudenciales, al reconocer los presupuestos necesarios para que pueda acogerse una medida cautelar: "II. La medida cautelar atípica se basa en tres presupuestos básicos: 1.- La residualidad, es necesario constatar que el derecho que se busca tutelar judicialmente está seriamente amenazado, sin posibilidad de protegerse mediante una medida cautelar típica, y de ahí la urgencia de tomar la medida. Es fundamental para ello practicar un reconocimiento judicial, o bien hacerse acompañar de un perito con el fin de valorar el verdadero peligro o riesgo inminente. Esto es fundamental por cuanto quien solicita la medida podría utilizar el trámite para atrasar el procedimiento o sin ningún sentido práctico. Lógicamente, tales medidas cautelares, por no tener una tipicidad en la ley, deben tomarse con parámetros valorativos ciertos y verificables por el Juzgador, no siendo suficiente la simple manifestación de una de las partes para ordenar la medida. 2.- La apariencia de buen derecho, en el sentido de que la pretensión de la demanda principal, o del derecho o bien público que se quiera asegurar, tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico, sea, en la sentencia de fondo. Ello no significa entrar a descubrir el fondo del asunto, sino, por el contrario, lograr la sencillez procesal, pues de lo contrario, si se incurre en audiencias, o en pruebas desmedidas, se estaría desnaturalizando el fin para el cual fueron concebidas. 3.- El peligro de demora, por la urgencia de tomar la medida y evitar daños irreparables a alguna de las partes, o al interés de la colectividad, antes de que se falle el asunto. Así lo establece el artículo 242 del Código Procesal Civil al indicar que la medida cautelar debe tomarse para evitar que se cause una lesión grave, previo al dictado de la sentencia.- (T.S.A., voto N° 193 de las 14:40 horas del 23 de abril de 1997.) Conviene precisar, con base en dicho criterio jurisprudencial, y con fundamento en la doctrina procesal, los citados presupuestos: a.- La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris): Significa que la medida cautelar debe fundarse en un juicio de probabilidad o verosimilitud, fundado en pruebas obtenidas "prima facie", de que la pretensión de la demanda es fundada o seria. Tal verificación del fundamento serio

de la pretensión deducida debe realizarla el Juez Agrario antes de concederse la medida, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria. b-. El peligro de demora (*periculum in mora*): Se deriva de la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia definitiva y de la inevitable duración del proceso. Por eso se basa en el fundado temor de que "...la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal". (JINESTA LOBO, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, 1995, págs. 127-128.) Por ello coincidimos con la opinión que expresa: "...es mejor cautelar ese derecho, es decir, asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a ser inoperante, inútil o inocua. La demora en la sentencia es un vicio que se da en todos los países, por lo que tal peligro no debe demostrarse, bastará entonces con manifestar el daño que tal demora va a producir, para ordenar la medida; pues es una presunción humana que el retraso en la decisión es, por sí mismo productor de una lesión en los derechos de la parte, suficiente para dudar de la efectividad de la sentencia". (ARTAVIA BARRANTES, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, op. cit., pág. 234.). Dos elementos configuran, en consecuencia, el presupuesto del peligro de demora. Por un lado, la demora en la obtención de una sentencia definitiva, por otro, el daño marginal que se produce, justamente, a causa de ese retraso, entre los cuales existe una indudable relación causal. El Tribunal Agrario, se ha referido expresamente a éste presupuesto al afirmar lo siguiente: "...el hecho de determinar si se es propietario registral o poseedor no es lo determinante para establecer una medida cautelar. Lo esencial es establecer si se cumplen los presupuestos de la misma. Una medida cautelar atípica, para ser declarada, debe garantizar la solución al problema que implica la demora inherente en proceso, para resolver la situación jurídica de las partes. Esta demora, puede causar un daño de imposible o difícil reparación, siendo que la sentencia dictada a posteriori, carecería de toda eficacia. La medida cautelar garantiza entonces, la eficacia de la sentencia." (T.S.A., N° 450, de las 10:30 horas del 24 de julio de 1998.) VI.- Por otra parte, en relación con las características de las medidas cautelares, es necesario recalcar lo siguiente: La provisionalidad consiste en la duración temporal limitada de la eficacia de la medida cautelar. Sus efectos nacen con una vida temporal limitada, y se mantienen hasta que adquiera firmeza la sentencia del proceso principal. Por ello su eficacia no puede ser nunca definitiva. Es provisional al estar fundada en una cognición sumaria. Su carácter provisional las hace susceptibles de ser modificadas y revocadas, si varían las circunstancias o presupuestos por los cuales fueron ordenadas, sin

que ello implique negar su eficacia de cosa juzgada formal.

V. Las medidas cautelares han sido previstas para garantizar a la parte, generalmente la actora, una tutela judicial efectiva, y se otorgan cuando se reúnen los presupuestos indispensables para obtener dicha protección por parte del ordenamiento jurídico. Del análisis de los autos se desprende, efectivamente, que la actora presentó un interdicto de amparo de posesión y restitución contra Luis Barrantes Quesada y Luz Mila Pérez Chavarría, teniéndose en el mismo como parte interesada a Valle del Tarso S.A., en el cual el Juzgado Agrario de Liberia acogió la demanda sumaria, y declaró a la actora Lucila Flores Guillén como poseedora actual y momentánea del área en litis, ordenando a los demandados restituirla en la posesión del fundo (ver folio 1153). Dicha resolución fue confirmada por este Tribunal en voto No. 222-F-07 de las 11:31 horas del 14 de marzo del 2007 (ver folios 1152 a 1162). De ahí que si el interdicto agrario es en sí mismo un proceso sumario por el cual se busca la tutela judicial efectiva, lo que debe hacer la parte interesada es gestionar la ejecución del fallo, tal y como bien lo indica la a-quo, pues ya existe una sentencia judicial que adquirió firmeza y por ende es ejecutiva. Las actuaciones de hecho, o puramente materiales (denunciadas por la actora) que realicen las partes al margen de la contienda judicial deben impugnarlas por los medios que correspondan. La tutela cautelar no puede sustituir la eficacia y ejecución de una sentencia firme, salvo en casos muy calificados que justifiquen una tutela en pro de la producción agraria y se rindan las contracautelas necesarias para poder ejercerlas. En consecuencia, siendo que en este caso ya existe un pronunciamiento judicial, deberá confirmarse lo resuelto.

POR TANTO:

En lo que fue objeto de apelación, se confirma lo resuelto por la a-quo.

c) Naturaleza de las medidas cautelares

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁶

C-221-2005

17 de junio de 2005

Señor

Luis Diego Vargas Chinchilla

Presidente

Consejo Nacional de Supervisión del

Sistema Financiero

S.O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° PDC-081-2005 de 22 de abril último, mediante el cual consulta el criterio de la Procuraduría en relación con los problemas que se suscitan por falta de integración del CONASSIF. Falta de integración debida a la tardanza en la ratificación del nombramiento del directivo del Banco Central de Costa Rica por parte de la Asamblea Legislativa.

Considera el Consejo que existen competencias que no admiten dilaciones, como la imposición de medidas cautelares, suspensión o revocación de la autorización para funcionar. Por lo que consulta:

"1-. ¿Ante una situación de urgencia, puede el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema financiero, sesionar válidamente estando en principio desintegrado el mismo?

2-. En caso de que la Procuraduría considere que no puede sesionar válidamente ante una situación de urgencia, por no estar nombrado uno de sus miembros, ¿qué responsabilidad incumbe a este Consejo o a sus miembros, al no cumplir con las funciones que le han sido asignadas por la ley en la regulación y supervisión del sistema financiero?".

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica PDC-080-2005 de 21 de abril del mismo año. Señala dicho criterio que la Ley Reguladora del Mercado de Valores creó el Consejo como órgano colegiado de dirección superior de la Superintendencia General de Entidades Financieras, Superintendencia General de Valores y

Superintendencia de Pensiones. De acuerdo con el artículo 169 de dicha Ley, el Consejo está integrado por 7 miembros. De acuerdo con el artículo 35 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, cuando se discuten asuntos relacionados con la Superintendencia de Pensiones, se agrega un miembro y el Ministro de Hacienda es sustituido por el de Trabajo o su representante. Añade que el ejercicio de las actividades financieras es de interés público por las consecuencias que tiene en el orden económico y social del país y la regulación y fiscalización es necesaria para mantener la confianza del público inversionista en el sistema financiero y para la estabilidad del mismo (resoluciones de la Sala Constitucional N° 9236-1999 de 23 de noviembre de 1999, 6692-1994 de 15 de noviembre de 1994 y 6675-2001 de 11 de julio de 2001). Por ello, existen competencias del CONASSIF que no deben admitir dilaciones. Por lo que el Consejo puede sesionar en forma válida aún ante la ausencia de uno de sus miembros, en los casos en que la urgencia en el cumplimiento de sus funciones así lo demande y con el fin de evitar daños de imposible o difícil reparación para el público inversionista y el sistema financiero en general. Un criterio que implica ampliar el criterio de la Procuraduría, ya que el órgano asesor no analiza cómo debe procederse en casos de urgencia cuando el colegio se encuentre desintegrado por no estar nombrado uno de sus miembros. Interpretación que "debe aplicarse únicamente en casos de urgencia, y no en casos de normalidad". Agrega que la situación de urgencia es fuente de derecho, tal como ha reconocido la doctrina. Por lo que la legislación justifica la variación en los procedimientos que ella misma establece ante situaciones de urgencia. Los artículos 52, 53, 54 y 55 de la Ley General de la Administración Pública plantean excepciones ante casos de urgencia. Lo que en su criterio se complementa con la teoría del funcionario de hecho, prevista en los artículos 115 a 119 de la misma Ley y que ha sido aceptada por la Sala Constitucional: resolución N° 6701 de 21 de diciembre de 1993. Por lo que aún ante su desintegración por renuncia de uno de sus miembros, el órgano puede sesionar válidamente y ejercer sus competencias en situación de urgencia en la que se debe actuar para proteger los intereses de los inversionistas. La responsabilidad que asumen sus miembros ante una sesión por urgencia y como funcionario de hecho no varía en relación con la responsabilidad que enfrenta actuando como colegio legalmente integrado e investido. La Administración es responsable por la conducta del funcionario de hecho y queda obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos. Por otra parte, estima que la inercia del Consejo en el ejercicio de sus funciones podría tener consecuencias perniciosas en el sistema financiero, al no actuar con la debida diligencia y oportunidad

que se amerita. Considera aplicable lo señalado por la Procuraduría General en la Opinión Jurídica N° OJ-067-2004 de 7 de junio de 2004. Concluye que la autorización para sesionar es una medida excepcional ante la imposibilidad legal de nombrar el sustituto. Por lo que el CONASSIF podría sesionar bajo estas circunstancias sólo durante el tiempo que se encuentre desintegrado el órgano competente para nombrar al nuevo miembro del Consejo y ante situaciones de urgencia a criterio del mismo.

Debe, entonces, la Procuraduría determinar si la urgencia justifica una derogación de las reglas sobre integración de los órganos colegiados. Nos referiremos en primer término a la integración del CONASSIF para luego analizar la posibilidad de la urgencia como fuente del ordenamiento.

A.- EL CONASSIF: UN ORGANO COLEGIADO

En tanto órgano colegiado, encargado de la regulación del sistema financiero, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero requiere estar debidamente integrado para funcionar. Los problemas de integración derivados de factores externos inciden en el ejercicio de la competencia, impidiéndole incluso la actuación, con riesgo de la estabilidad del sistema.

1.- Un órgano regulador del sistema financiero

El CONASSIF es un órgano desconcentrado del Banco Central de Costa Rica (dictámenes Ns. C-214-2004 de 2 de julio y C-248-2004 de 27 de agosto, ambos de 2004). Por su estructura constituye un órgano colegiado.

Al crear el CONASSIF, la Ley Reguladora del Mercado de Valores atribuye al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiera un conjunto de funciones en relación tanto con los órganos de supervisión del sistema financiero como de los diversos entes que intervienen en los mercados financieros. Se está en presencia de una competencia externa, de potestades de imperio, que implica un poder de decisión a título propio. El CONASSIF es titular de esa competencia a nombre propio. El artículo 171 de dicha Ley expresamente señala que es función del Consejo realizar actos como determinados nombramientos, un poder normativo sobre la regulación y supervisión que corresponden a las distintas Superintendencias,

para normar los procedimientos, así como los requisitos para la fusión o transformación de entidades financieras; en igual forma, para normar lo relativo a los grupos financieros así como la organización de las Superintendencias y ordenar la intervención de los sujetos regulados. Es el Consejo el que agota la vía administrativa en relación con las Superintendencias, así como respecto de las resoluciones emitidas por las bolsas de valores. Se le reconoce un poder sancionador. Estas competencias externas se atribuyen para que el CONASSIF las ejerza en nombre propio y, por ende, se imputan directamente a él en tanto órgano, no a la organización de que forme parte, sea el Banco Central. Se ha producido en su favor una desconcentración de competencias.

Esa desconcentración afecta un órgano cuya titularidad corresponde a un conjunto de personas físicas, colocadas en situación de igualdad. La voluntad del órgano colegiado se forma por el concurso de la voluntad de sus distintos miembros y se expresa a través de un acto simple. El Consejo, en efecto, está integrado por varias personas según lo dispuesto en el artículo 169 de su Ley de creación, que dispone al efecto:

“ARTÍCULO 169.- Integración La Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionarán bajo la dirección de un órgano denominado Consejo nacional de supervisión del sistema financiero, también llamado el Consejo nacional, el cual estará integrado en la siguiente forma:

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

b) El Ministro de Hacienda o, en su ausencia, un Viceministro de esa cartera.

c) El Presidente del Banco Central de Costa Rica o el Gerente.

El Superintendente General de Entidades Financieras, el Superintendente General de Valores y el Superintendente de Pensiones, asistirán a las sesiones del Consejo nacional, con voz pero sin voto. No obstante, el Consejo nacional podrá sesionar únicamente con la presencia de sus miembros, cuando así lo

acuerde".

Empero, esa integración se modifica cuando el Consejo debe discutir o resolver sobre asuntos relacionados con la Superintendencia de Pensiones. El artículo 35 de la Ley de Régimen Privado de Pensiones Complementarias dispone que en dicho supuesto el Ministro de Trabajo o su representante sustituye al Ministro o Viceministro de Hacienda y el órgano se adiciona con "un miembro nombrado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, con base en una terna propuesta por la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal; a este miembro se le aplicarán los requisitos, impedimentos, incompatibilidades y las causas de cese, responsabilidad, prohibición y remuneración establecidos en los artículos 18 a 24 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica".

Puesto que se está en presencia de un órgano colegiado, se sigue como consecuencia lógica que las competencias que la ley otorga al Consejo deben ser ejercidas por este en tanto cuerpo, no pueden ser asumidas por un grupo de sus integrantes ni por los miembros individualmente considerados. El ejercicio de la competencia corresponde al colegio conforme los procedimientos legalmente establecidos. Es en esa medida que importa la integración del órgano.

2.- Los problemas de integración

La consulta a la Procuraduría se originó en el hecho de que al no estar debidamente integrada la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, esta no podía proceder a hacer el nombramiento del sustituto de un directivo que renunció. Ante la renuncia y la imposibilidad del Banco Central de Costa Rica de nombrar, al momento de plantear la consulta el Consejo no estaba integrado por la totalidad de los miembros dispuestos por los artículos antes citados.

En los supuestos de falta de nombramiento de un miembro del órgano colegiado, la Procuraduría ha centrado su análisis en la integración del Consejo, identificando la debida integración de éste con su existencia jurídica.

En efecto, la jurisprudencia administrativa que parte del dictamen N° C-195-90 de 30 de noviembre de 1990, desarrollado luego en los Ns. C-015-97 de 27 de enero de 1997, C-025-97 de 7 de febrero y C-055-97 de 15 de abril del mismo año; C-094-99 del 20 de mayo de

1999, C-138-2001 de 18 de mayo de 2001 y C-351-2003 de 10 de noviembre del 2003, entre otros, reafirma que la integración del órgano es fundamental para considerar que éste existe jurídicamente y por ende, considera que esa integración es presupuesto indispensable para que pueda funcionar. Señaló la Procuraduría en el primero de dichos dictámenes:

"...considera la Procuraduría General que la posibilidad de sesionar debe examinarse, en primer término, respecto de la integración del órgano. Ello en la medida en que si el órgano no se encuentra debidamente integrado, no puede funcionar en forma válida. En efecto, si el órgano no está integrado no puede ejercer su competencia y, por ende, los actos que se emitan no serán válidos. Así que sólo en el tanto en que el órgano esté constituido, puede plantearse este segundo aspecto del quórum. Problema que se refiere al funcionamiento concreto del órgano colegiado ya constituido. Las posibilidades de funcionar, cuando el quórum legal no se reúne, constituyen excepciones a la regla general, que en todo caso, lo que plantean, es el problema de la asistencia de los miembros directores --sea de los titulares del órgano-- a las sesiones de Junta Directiva y a la necesidad de que ese órgano constituido continúe funcionando. Por consiguiente, se trata de una situación diferente a la provocada por los Recursos de Amparo que penden ante la Sala Constitucional. Simplemente, como bien señala el criterio legal que se acompaña, no puede realizarse válidamente una convocatoria a sesiones, si no es posible establecer quiénes son los destinatarios de esa convocatoria; la convocatoria a tres miembros directivos y no al resto, viciaría el acto correspondiente".

En consecuencia, en caso de que uno de los puestos de director esté vacante, y la ley no haya previsto el supuesto de suplencia, el órgano no está integrado, y por consiguiente, no puede sesionar. Se enfatiza en la necesidad de que exista una correcta constitución del órgano, para lo cual los distintos miembros deben estar investidos conforme la ley. Por ello para que una junta sesione válidamente, no es suficiente que concurra el número de miembros necesario para integrar el quórum estructural (número legal de miembros del órgano colegiado que debe estar presente para que éste sesione válidamente), ya que éste presupone la existencia de un colegio debidamente integrado o constituido conforme la ley. Antes bien, se requiere que el quórum integral esté reunido, de manera que cada miembro que es un "centro de poder determinante", en tanto contribuye a conformar la decisión del colegio (dictamen N° 025-97 de cita) tenga la posibilidad de manifestar su voluntad, una voluntad que repercute en la voluntad

del colegio. Y esa posibilidad no existe sin el acto de nombramiento e investidura.

El problema de la falta de nombramiento de uno de los directores del CONASSIF se une al hecho de que el legislador no ha previsto el nombramiento de un suplente para el caso de ausencia total o parcial del titular. Va de suyo que en ausencia de una disposición en concreto en ese sentido, resulta improcedente la prorrogatio a efecto de que no se afecte la prestación del servicio. En el dictamen N° C-025-97 de cita indicamos al respecto:

"Es de advertir, por otra parte, la imposibilidad de utilizar figuras ideadas por la doctrina para impedir la afectación de la continuidad del servicio. Concretamente, la prorrogatio se reconoce para evitar una solución de continuidad, de manera que se permite que la autoridad administrativa que ha perdido su competencia continúe ejercitándola parcialmente hasta la instalación de su sucesor. Se trata de un régimen transitorio aplicable también a los órganos colegiados y cuyo presupuesto es la pérdida de la competencia, circunstancia que no se da en el supuesto que nos ocupa. Por otra parte, la prorrogatio no es admitida en algunos supuestos: cuando el cese del cargo se produce por un motivo de interés público; cuando la función puede ser interrumpida sin perjuicio alguno, por no tener "efectivo carácter de continuidad", entre otros. Esta continuidad debe ser ponderada tratándose de la Junta del Ente Rector y dada la regulación de sus sesiones en el artículo 24 de su Ley Orgánica".

Criterio aplicado por la Procuraduría en otros dictámenes. Así, en el dictamen N° C-130-2001 de 3 de mayo de 2001 a propósito de la vacante del Defensor de los Habitantes de la República, se manifestó:

"No ignora este despacho que la "prorrogatio" es un instituto jurídico que permite la continuidad del órgano y que su receptabilidad en el Derecho Público obedece a razones de interés público, ya que tanto la discontinuidad de la función administrativa, como la falta del ejercicio de atribuciones claves para el buen desempeño de la institución, podrían provocar un deterioro o un daño importante al interés público. No obstante ello, tampoco podemos dejar de lado o desconocer que este instituto jurídico entraña riesgos o situaciones de peligro no sólo para el buen ejercicio de la función administrativa, sino para la institucionalidad del país, las cuales, a toda costa, se hace necesario evitar. Lo que venimos afirmando encuentra sustento en el hecho de que el análisis jurídico tiene, necesariamente, que trascender el asunto puntal que se le ha planteado a la

Procuraduría General de la República y proyectarse a todo el conjunto de situaciones que podrían darse, si aceptáramos la receptabilidad, en el ordenamiento jurídico costarricense, de la "prorrogatio".

(...).

En segundo lugar, cuando la designación del funcionario corresponde a un órgano político, como es la Asamblea Legislativa, la "prorrogatio" podría constituirse en un instrumento para no designar al titular del órgano y, a través de este subterfugio, prorrogar, en forma indefinida, el nombramiento de quien ha venido desempeñado el cargo, pese a que se le venció el plazo. En otras palabras, la "prorrogatio" se convertiría en un mecanismo que coadyuvaría a no designar al titular del órgano".

La ausencia de integración del órgano le impide sesionar regularmente y, por ende, adoptar las decisiones que le corresponden. Se ha considerado que un funcionamiento bajo las condiciones indicadas no es conforme con el ordenamiento jurídico, lo que repercute en la validez de las decisiones adoptadas. En efecto, la ausencia de completa integración del colegio - por falta de nombramiento de uno de sus miembros- entraña un vicio de constitución del órgano, que implica una infracción sustancial del ordenamiento; un vicio que afecta la competencia para actuar y que determinan la nulidad de pleno derecho de lo actuado y trae aparejada la nulidad de sus actos, aún si el quórum estructural está asegurado por los miembros presentes. Es decir, el problema de integración del órgano tiene incidencia en la legalidad del acto, pudiendo provocar su nulidad absoluta (dictamen C-138-2001 antes citado).

Esa invalidez se predica, precisamente por la falta de integración del órgano, por lo que el vicio es de nulidad absoluta. Consecuentemente, no procede la conversión de los actos que hayan llegado a adoptarse, salvo norma expresa en contrario.

3.- Responsabilidad por la no actuación

Se consulta sobre la responsabilidad del Consejo y de sus miembros al no cumplir con las funciones que le han sido asignadas en la regulación y supervisión del sistema financiero. Se afirma que la falta de actuación puede originar graves problemas para el sistema financiero y para los inversionistas. De allí la inquietud en orden a la responsabilidad.

En diversos pronunciamientos la Procuraduría ha señalado la responsabilidad del órgano o ente llamado a nombrar y que omite dicha actuación. Lo cual es importante en virtud de la situación del CONASSIF.

El CONASSIF es un órgano colegiado. El titular de la competencia es el colegio, no los miembros individualmente considerados. La competencia es el conjunto de potestades y deberes atribuidos por el ordenamiento a un determinado organismo. Cada miembro individualmente considerado contribuye a la adopción de los acuerdos y disposiciones del CONASSIF. En esa medida es responsable. La omisión en el ejercicio de la competencia puede generar responsabilidad. Pero esa responsabilidad deriva de que la competencia puede ser ejercida, no obstante lo cual no se actuó. En el supuesto que nos ocupa, la competencia no podía ser ejercida.

El CONASSIF no funcionaba por falta un miembro en su integración. Ese miembro debe ser nombrado por la Junta Directiva del Banco Central. El Consejo estuvo impedido de actuar por cuanto los organismos llamados a nombrar e investir sus miembros no lo habían hecho. El retardo en el nombramiento no se debía a una omisión del CONASSIF, sino a que la Asamblea Legislativa no ha procedido a ratificar el directivo del Banco Central, completando su integración.

La dificultad de un consenso político para tal ratificación es tal, que en su lugar la Asamblea Legislativa procedió a completar el procedimiento legislativo para modificar la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, de manera que el artículo 17 disponga:

“ARTICULO 17.- Integración

El Banco Central funcionará bajo la dirección de una Junta Directiva, la cual estará integrada por los siguientes miembros:

a) El Presidente del Banco Central, designado por el Consejo de Gobierno, por un plazo que se iniciará y terminará con el período constitucional del Presidente de la República. Si el Presidente del Banco Central cesare en el cargo, antes de haber cumplido el período para el cual fue nombrado, quien lo sustituya también terminará sus funciones al finalizar el citado período

constitucional. Podrá ser removido de su cargo por decisión del Consejo de Gobierno, sin derecho a indemnización laboral alguna.

La remoción acordada por el Consejo de Gobierno implicará también la de miembro de la Junta Directiva de la Institución.

b) El Ministro de Hacienda o quien ejerza temporalmente esa cartera en ausencia del titular. En ningún caso podrá delegarse esta representación en terceras personas.

c) Cinco personas de absoluta solvencia moral y con amplia capacidad y experiencia en materia económica, financiera, bancaria y de administración.

Estos miembros serán nombrados por el Consejo de Gobierno; pero los nombramientos deberá ratificarlos la Asamblea Legislativa. La duración de los nombramientos será por períodos de noventa meses. Se nombrará un miembro cada dieciocho meses.

Los miembros de la Junta Directiva podrán ser reelegidos. Quien sustituya en el cargo cesante a un miembro de la Junta Directiva, antes de haberse cumplido el período respectivo, será nombrado por el plazo que le falte por cumplir al director sustituido.

Durante el proceso de ratificación de directores por parte de la Asamblea Legislativa, la Junta Directiva podrá sesionar, válidamente, con la presencia de cinco de sus miembros, como mínimo". La cursiva no es del original.

Aun cuando el texto se refiere a la presencia de cinco miembros como mínimo, lo que haría pensar que se trata de una regulación sobre el quórum estructural, no existe duda de que la norma tiene como objeto autorizar al Banco Central a sesionar y funcionar válidamente aún cuando no esté debidamente conformado el colegio. Ergo, la ausencia de total integración de la Junta no impide que ésta pueda considerarse como existente y que consecuentemente pueda sesionar. La reforma legal permite obviar en el Banco Central las consecuencias normales que se producen por falta de integración del órgano colegiado en orden a la validez de las sesiones y la toma de decisiones.

La validez de una actuación en los términos preceptuados por el artículo 17 está condicionada al proceso de ratificación del

directivo por parte de la Asamblea. Se produce, así, uno de los supuestos excepcionales que es que la ley autorice al órgano a funcionar aún cuando no esté debidamente integrado (supuesto analizado en el dictamen N° 138-2001 de cita respecto de la Junta Directiva de la Editorial Costa Rica).

Conforme lo expuesto, si de omisión en el cumplimiento de deberes puede hablarse esta es imputable a los entes y órganos llamados a nombrar el miembro de CONASSIF. Por otra parte, a partir de la publicación de la reforma al artículo 17, no podría considerarse que la Asamblea y el Estado son responsables por la no integración regular del CONASSIF. Responsabilidad que sólo podría predicarse si se produjeran vacantes múltiples en el seno de la Junta Directiva del Banco Central, que afecte su integración por cinco miembros. Asimismo, a partir de esa reforma y el tanto la Junta Directiva del Banco Central esté integrada por al menos cinco directivos, dicha Junta sería responsable por la omisión en el nombramiento del directivo del Consejo.

Se reafirma que existe incumplimiento de deberes de parte de quien se ha visto investido de la competencia para nombrar y no lo hace en el plazo establecido o en su defecto, en un plazo razonable (Dictamen C- 138-2001 de cita y Opinión Jurídica N° 081-2001 de 25 de junio de 2001)

Se sigue de lo expuesto que el CONASSIF no omitió la actuación requerida por el ordenamiento. Simplemente tenía un impedimento jurídico para actuar. De manera que la no adopción de medidas en el supuesto que nos ocupa, no puede equiparse a la omisión de la conducta debida.

Consecuentemente, no puede estimarse que el no cumplimiento de las funciones que han sido asignadas por ley al CONASSIF origine, en el supuesto concreto que se plantea, la responsabilidad de éste como órgano y la de cada uno de los miembros integrantes.

No obstante que el Consejo cuenta con debida integración considera importante la Procuraduría referirse a la posibilidad de que un órgano "desintegrado" pueda sesionar.

B.- LA URGENCIA COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO

Se consulta si ante una situación de urgencia, puede el CONASSIF sesionar válidamente estando desintegrado el órgano. Es criterio de la Asesoría Jurídica que tanto la urgencia como la teoría del funcionario de hecho autorizan la actuación del Consejo en situaciones de urgencia. Por lo que corresponde analizar la aplicación de estos institutos al caso de falta de integración del CONASSIF.

1.- La urgencia como fuente del ordenamiento

La Administración Pública está sujeta al principio de legalidad de acuerdo con la jerarquía de las normas. Pero, el ordenamiento no sólo se compone de normas jurídicas, sino también de principios y valores. Estos también son fuente del ordenamiento y pueden, consecuentemente, fundar la adopción de decisiones administrativas.

Uno de los principios que informan el ordenamiento es precisamente el del mantenimiento de éste y del Estado: "salus populi suprema lex est", que obliga a la Administración a actuar para responder efectivamente a la situación excepcional. La necesidad de preservar la institucionalidad y el orden jurídico regular obligan a aplicar otras reglas que se adecuen a las nuevas y excepcionales circunstancias. Con base en lo cual se admite que la necesidad puede ser fuente del ordenamiento. Se permite con ello que ante situaciones o circunstancias excepcionales la legalidad ordinaria sea sustituida por una legalidad extraordinaria o de crisis.

Diversos institutos pretenden reflejar esa necesidad y determinan el margen de actuación de las autoridades públicas. Lo importante es que la emergencia o la urgencia, el estado de necesidad pueden autorizar que el Poder Ejecutivo emita decretos de urgencia que desaplican la ley ordinaria en virtud de la propia situación excepcional que se presenta. Una ley ordinaria que responde a una situación de normalidad, carente de respuestas para la situación que se presenta:

"El "estado de necesidad" permite al Poder Ejecutivo excepcionar cualquier área de actividad del trámite ordinario y ese ejercicio conlleva, en algunos casos, un desplazamiento y otros un acrecentamiento de competencias; el derecho excepción -formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- deviene en inconstitucional en caso de normalidad, precisamente por ello,

esta Sala estima que debe ser reflejo cierto de una realidad fáctica excepcional; otra de las características esenciales del estado de emergencia es su transitoriedad, no es admisible un trámite de excepción para realizar actividad ordinaria de la administración, aunque ésta sea de carácter urgente; además, la medida de emergencia para que se entienda como de desarrollo constitucional debe tener como propósito el bien común, debe ser justa y razonable(proporcionada en sentido estricto). Es decir, no basta con que se justifique el accionar administrativo en un estado de necesidad, la actuación material o normativa de la administración -en casos de necesidad- siempre podrá ser enjuiciada a luz de los principios que se han señalado y de ello nos ocuparemos a continuación" . Sala Constitucional, resolución N° 6503-2001 de 9:25 hrs. del 6 de junio de 2001.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha tenido particular cuidado en diferenciar el estado de necesidad y urgencia de la mera urgencia. La mera urgencia sería la necesidad de satisfacer una necesidad apremiante ("la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma", resolución de la Sala Constitucional N° 1369-2001 de 14:10 hrs. de 14 de febrero de 2001). El criterio mantenido desde la resolución 3410-92 de las 14:45 hrs. de 10 de noviembre de 1992 es que la mera urgencia no autoriza desconocer el ordenamiento jurídico. En tratándose de la afectación de la prestación de los servicios se considera que la situación sólo configura un estado de necesidad y de urgencia, cuando se presentan hechos naturales que califican como fuerza mayor o caso fortuito (resolución N° 1369-2001 de 14:30 hrs. del 14 de febrero de 2001). Los problemas que pueda presentar un servicio público en virtud de la falta de inversión o bien, por la falta de prevención, aún cuando arriesguen la continuidad y la eficiencia del servicio no justifican una legalidad de excepción.

Al respecto, no puede olvidarse que la emergencia y urgencia en tanto permiten una legalidad de crisis constituyen la vulneración más grave que el principio de juridicidad pueda sufrir. Por ende, su admisión no puede ser sino verdaderamente excepcional.

Es a partir de ese carácter excepcional que corresponde analizar un funcionamiento del CONASSIF en la situación consultada.

2.- La adopción de medidas cautelares por el CONASSIF

La función de regulación del sistema financiero permite a los órganos reguladores y supervisores una intervención directa e inmediata en la actividad jurídica y económica de las entidades fiscalizadas, tanto públicas como privadas. El poder de policía confiado a dichos órganos tiene como objeto mantener el orden público económico en lo referente al sector financiero. El objetivo último: la estabilidad y solvencia de los distintos agentes financieros y del sistema en general.

La consulta ha sido planteada en relación con medidas cautelares que tendría que adoptar el CONASSIF para mantener ese orden público. Medidas que obviamente afectarán la esfera jurídica de las entidades reguladas y autorizadas.

Es claro para la Procuraduría que los motivos que ameritan la adopción de esas medidas no corresponden a los supuestos que autorizan la emisión de una legislación de urgencia, sino que constituyen situaciones anormales que el legislador ha previsto que son susceptibles de afectar el orden público, ante lo cual se requiere de las autoridades una actuación determinada, prevista y autorizada por el propio ordenamiento. Puede decirse, en ese sentido, que el legislador autoriza una actuación administrativa previendo que una situación anormal afecte el sistema financiero y con ello el orden público. Lo anterior no implica una derogación del orden legal existente, ya que la situación anormal puede ser controlada, manejada o dominada con los medios que el propio ordenamiento otorga al CONASSIF.

El CONASSIF se refiere a la hipótesis de que ante una situación anormal el órgano que es llamado a actuar y por ende, ejecutar las normas ordinarias que pretenden remediar dicha situación se vea impedido para actuar. Y es ante esa hipótesis que pretende recurrir a la urgencia como justificante de su actuación. Esa hipótesis trataría de una "mera urgencia" en los términos de la jurisprudencia constitucional a partir de la resolución 3410-92 de cita. La necesidad de dar una respuesta ante una actuación de la entidad regulada susceptible de afectar sus inversionistas o incluso el sistema financiero.

La Sala Constitucional se ha referido a la urgencia en la adopción de medidas cautelares. Empero, del contexto de lo resuelto se deriva que la urgencia se refiere a la necesidad de adoptar una solución en forma más rápida que de ordinario, más que como motivo

justificante de una actuación, es decir, no como fuente legitimante de la actuación. En la resolución N° 3171-2005 de 14:36 hrs. de 29 de marzo de 2005 manifestó la Sala:

"III.- Sobre la naturaleza de las medidas cautelares. La tutela cautelar, flexible y expedita, es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, puesto que, los órganos administrativos deben garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos. La Sala Constitucional ha hecho referencia a la función de la tutela cautelar al señalar que:

"...Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptuar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". (Sentencia No. 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto No. 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995).

Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o summaria cognitio, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del periculum in mora y del fumus boni iuris.

IV-. Sobre el particular, es preciso señalar que el carácter urgente de las medidas cautelares determina la posibilidad, excepcional, de los órganos administrativos de disponer las mismas antes del procedimiento administrativo principal (ante causam). Sin embargo, el ejercicio de esa potestad está condicionado, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del procedimiento principal en un término perentorio relativamente breve. De lo contrario, la medida precautoria deviene, ineluctablemente, ineficaz por la presunción de desinterés del

beneficiario de la medida, y la necesidad de evitarle perjuicios al sujeto pasivo de la misma. Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la Administración Pública para incoar el procedimiento administrativo aparte de ser decretada la medida cautelar ante causam es de un mes. En consecuencia, la Administración, al haber mantenido la medida cautelar que decomisó el vehículo del amparado sin iniciar el procedimiento administrativo respectivo en un plazo razonable, violentó los artículos 39 y 41 de la Constitución Política”.

En los términos indicados, la urgencia como apremiante necesidad permite derogar las normas procedimentales. En esa medida, la Administración puede adoptar una medida cautelar sin el procedimiento ordinario, en el entendido de que el término de un mes debe iniciar el procedimiento administrativo establecido por el ordenamiento.

Ahora bien, si se analizan las competencias atribuidas al CONASSIF por el artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores tenemos que entre lo que la Asesoría Jurídica llama adopción de medidas cautelares se encuentran aquellas expresión clara de una potestad de imperio, más sensibles de incidir en la actividad de la entidad regulada. Por ejemplo, la suspensión de las operaciones y la intervención de los sujetos regulados por las Superintendencias, decretar la intervención de las citadas entidades; suspender o revocar la autorización otorgada a los sujetos regulados por las diferentes Superintendencias o la autorización para realizar la oferta pública, cuando el sujeto respectivo incumpla los requisitos de ley o los reglamentos dictados por el Consejo Nacional “o cuando la continuidad de la autorización pueda afectar los intereses de ahorrantes, inversionistas, afiliados o la integridad del mercado”. Situación esta última que es expresión de una amplia potestad discrecional, que obliga al órgano a valorar la conveniencia de suspender o mantener la operación de la entidad regulada y los efectos que sobre su patrimonio causará.

Las medidas cautelares se adoptan ante una apremiante necesidad y por ende, mera urgencia. Es decir, esos actos son posibles porque la actuación de la entidad regulada exige que en un plazo perentorio el CONASSIF adopte una decisión de manera de mantener la estabilidad del sistema. No se trata de una medida que únicamente sea posible en un contexto de excepcionalidad. Observamos que esa necesidad puede presentarse siempre, con independencia absoluta de que existan problemas en la integración

del CONASSIF.

No obstante la importancia que esas medidas tengan para la preservación del sistema financiero, es lo cierto que no puede considerarse que la adopción de estas medidas autorice la actuación del CONASSIF aún cuando no esté bien integrado. Es decir, que la apremiante necesidad justifique obviar las reglas de competencia.

Por ello, estima la Procuraduría que la posición debe orientarse hacia otros institutos más relacionados con la regla de competencia.

3.- La teoría del funcionario de facto

Una derogación a las reglas de la competencia se produce con la teoría del funcionario de hecho.

El funcionario de hecho es un funcionario incompetente, normalmente un individuo no investido o irregularmente investido, cuyos actos son declarados válidos.

Elaborada por la doctrina francesa, esta teoría es recogida por el Consejo de Estado para fundar la validez de actos administrativos adoptados por un órgano incompetente, incompetencia en grado absoluto o con problemas de investidura. La teoría se aplica en dos supuestos: bajo el fundamento de la "apariencia" y en período de circunstancias excepcionales.

En período de circunstancias excepcionales la aplicación de la teoría se funda en la necesidad del propio funcionamiento de los servicios públicos. Los actos realizados por personas incompetentes dirigidos a asegurar la continuidad en la prestación del servicio son entonces considerados válidos (C. E. ASS. 7 janv. 1944, Lecocq y C.E. Sect 5 mars 1948, Marion).

No obstante, la teoría admite también aplicación en períodos normales bajo la fórmula de "apariencia" y es esta forma que recoge nuestro ordenamiento. El funcionario de hecho presenta toda la apariencia de un agente regular, ante lo cual se considera que el público ha podido razonablemente ignorar las irregularidades de la investidura, por lo que sus actos deben ser mantenidos.

Dispone el artículo 115 de la Ley General de la Administración Pública:

“Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y

b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho”.

El funcionario que presenta un problema de competencia puede actuar en situaciones de normalidad en tanto no sea declarado el vicio de competencia que le afecta y sobre todo desarrolle su actuación en forma pública, continua y normalmente conforme con el ordenamiento. La actuación del funcionario de hecho debe fundarse en el interés general. Una actuación que provoca a pariencia de regularidad o continuidad en el funcionamiento de la Administración y de legitimidad. Es así como debe percibirse dicha actuación por parte del administrado.

Ahora bien, la norma se refiere al servidor público. El interés de CONASSIF no es obtener una respuesta en relación con algún miembro que presente problemas de investidura, sino que el Consejo en tanto órgano pueda actuar ante un problema de integración. Al no estarse ante el supuesto de actuación de un servidor sino del órgano colegiado, podría cuestionarse la aplicación de la referida teoría. Es de advertir, sin embargo, que la Sala Constitucional al aplicar dicha figura lo ha hecho respecto de órganos colegiados, precisamente de órganos de naturaleza jurisdiccional, no administrativa:

“Desde que los funcionarios de hecho actúan sin nombramiento o designación efectuados por el Estado, o sin estar vigentes dichos nombramientos o designaciones, es dable pensar que los actos que emitan o realicen, carecen de validez. Pero la doctrina mayoritaria reconoce validez a esos actos, en tanto se cumplan determinados requisitos o condiciones. Tal posición obedece a la

lógica necesidad de preservar el interés general, principal objetivo que debe atender el orden jurídico. Los requisitos esenciales que deben tener los actos emanados por los funcionarios de hecho, para que se les pueda reconocer su validez son:

a) Que exteriormente se presenten como si emanaran de funcionarios de jures, es decir, deben producir, respecto de terceros, al público, los efectos jurídicos propios de los actos que emanan de agentes verdaderamente regulares.

b) Es necesario que los terceros afectados por tales actos hayan podido creer razonablemente y de buena fe que el autor del mismo estaba a derecho en cuanto a su función. Esto se debe dilucidar en el caso concreto y en el que nos ocupa, nadie dudó ni cuestionó la investidura de los jueces superiores de Heredia.

c) El reconocimiento de la validez de estos actos en favor de los terceros, debe ser de "interés público", en busca de la seguridad jurídica y a la certidumbre del derecho. La anulación de todos los actos y sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Heredia desde 1986 causaría muy serias lesiones a los derechos adquiridos y a las situaciones consolidadas derivadas de sus fallos, afectando a las partes y a terceros por igual y lesionaría principios de capital importancia, como la seguridad jurídica.

d) También es necesario que lo actuado por el funcionario de hecho se haya realizado dentro de los límites de la competencia de la autoridad oficial que dicho funcionario pretende tener...", Sala Constitucional, resolución N° 6701-93 de las 15:06 hrs. del 21 de diciembre de 1993.

Se ha considerado que dicha figura es susceptible de cubrir situaciones que se presentan con los órganos colegiados:

"Consideración aparte merece el caso de los órganos colegiados, que presentan algunas características. Ha de distinguirse dos hipótesis: vicios atinentes a la constitución del colegio como órgano y vicios atinentes a los componentes del órgano. En la primera hipótesis se aplican las reglas atinentes a los órganos individuales, dado que la existencia de varios miembros no entra en consideración. Ocurren frecuentemente casos de este tipo, por ejemplo: desintegración transitoria del órgano por vacancia

definitiva de uno de los miembros, cuando no hay suplentes, sin que deje de funcionar el colegio; inobservancia de trámites y audiencias necesarias para el nombramiento o elección de los integrantes del mismo, defectuosa reacción legal de órgano por la índole de la norma creadora, falta de quórum estructural para sesionar (número insuficiente de miembros del colegio al efecto), etc: en la hipótesis de que los vicios toquen exclusivamente a uno o varios componentes del colegio; se discute si la aplicación de la doctrina es subsidiaria o principal; frente al llamado principio de la prueba de la resistencia...". E, ORTIZ ORTIZ, Tesis de Derecho Administrativo, II, Editorial Stradtman, 2002, p. 176.

Para el sistema financiero y el desarrollo normal de la economía costarricense es importante que se mantenga la continuidad en el funcionamiento de un órgano como el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Por lo que de presentarse problemas de integración transitoria, estima la Procuraduría procedente la aplicación de la teoría del funcionario de hecho, a efecto de que ante una situación apremiante se pueda satisfacer el interés general y, sobre todo mantener la estabilidad del sistema financiero, mediante la adopción del acto previsto por el ordenamiento.

Cabe recordar que el artículo 116 de la Ley General de Administración Pública dispone la preservación de los actos dictados por el funcionario de hecho, aún cuando perjudiquen al administrado y éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura. Por lo que el conocimiento de la falta de integración no sería un motivo para desconocer el acto emitido. Conforme dicho artículo, los actos dictados inciden, favorable o negativamente, al CONASSIF como órgano frente a terceros.

Sobre la validez de los actos adoptados por un servidor irregularmente nombrado la Sala Constitucional ha indicado:

"III.- Sobre el fondo (artículo 32 del Estatuto de Servicio Judicial).- La consulta pide que se examine, también, la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto de Servicio Judicial, que dispone textualmente: "Artículo 32.- Será nulo cualquier nombramiento que se haga en contra de esta ley; pero si el empleado o funcionario hubiese desempeñado el cargo o función, sus actuaciones que se ajusten a la ley serán válidas." No encuentra la Sala que sobre esta norma exista cuestionamiento de constitucionalidad alguno. Es de principio que todo acto

administrativo debe conformarse con el ordenamiento jurídico (principio de legalidad) y los nombramiento del personal del Poder Judicial no están exentos de tal requisito, de tal manera que aun cuando la norma no existiera, el necesario control de legalidad y sus efectos, tendrían las mismas consecuencias sobre los actos de nombramiento que sean irregulares. Y es normal, también, que en relación a un nombramiento nulo, sobre las actuaciones y funciones que pudiera haber desempeñado quien ostentó el cargo, se den los efectos del funcionario de hecho, que es lo que dispone el artículo en su parte segunda. De manera que en cuanto a este extremo, debe evacuarse la consulta en el sentido de que ese artículo no es inconstitucional", resolución N° 1561-99 de 16:30 hrs. de 3 de marzo de 1999.

Las reglas sobre responsabilidad son establecidas por los artículos 118 y 119 de la referida Ley General:

"Artículo 118.- 1. El funcionario de hecho será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta.

2. La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.

Artículo 119.- La responsabilidad penal del funcionario de hecho que fuere usurpador se regulará por el Código Penal".

El funcionario es responsable ante la Administración y ante los terceros, pero la Administración asume responsabilidad por la actuación del funcionario, debiendo entenderse (puesto que se trata de responsabilidad) que responde por los daños que esa actuación provoque.

Se parte, en todo caso, en que la actuación que se realiza se funda en el interés general y es necesaria para mantener el orden público económico, lo que supone la estabilidad del sistema financiero.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

- 1.- El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero es un órgano colegiado de naturaleza desconcentrada del Banco Central de Costa Rica.
2. El funcionamiento del Consejo como órgano colegiado debe ser la consecuencia del nombramiento y regular investidura de la totalidad de sus miembros.
- 3.- La ausencia de completa integración del colegio afecta la competencia para actuar y, por ende, la validez de la actuación.
- 4.- Si el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero está imposibilitado para sesionar por falta de nombramiento de uno de sus directivos, no puede considerarse que ha incurrido en incumplimiento de deberes. Consecuentemente, se considera que dicho órgano no ha incurrido en responsabilidad por incumplimiento de deberes.
- 5.- Los motivos que ameritan la adopción de los actos autorizados en el artículo 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores por parte del CONASSIF no configuran una situación de urgencia, que permita el desconocimiento de la legislación en vigor.
- 6.- En ese sentido, es el propio ordenamiento el que establece cómo debe actuar el CONASSIF ante situaciones anormales que pongan en riesgo al inversionista, la entidad regulada o al sistema financiero en su conjunto.
- 7.- La apremiante necesidad de una actuación no justifica obviar las reglas sobre competencia y, por ende, el principio de legalidad.
- 8.- No obstante, la Ley General de la Administración Pública admite la figura del funcionario de hecho.
- 9.- En situaciones en que está en evidente riesgo la estabilidad del sistema financiero, elemento del orden público económico, y se presenten problemas en su integración, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero puede recurrir a dicha figura a efecto de emitir el acto previsto por la Ley ante tales situaciones.

10.- Lo anterior permitir la continuidad en el funcionamiento del Consejo, mantener el orden público económico y por ende, salvaguardar la confianza en el sistema y los intereses de los inversionistas y de la colectividad en su conjunto.

De Ud. muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

PROCURADORA ASESORA

FUENTES CITADAS

- 1 NICOLIELLO, Nelson. Diccionario del Latín Jurídico. España. Editorial B. de F.Ltda. 1999. p 106.
- 2 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI Argentina. Editorial Heliasta. 2001. p 208.
- 3 ORTIZ ZAMORA, Luis A. La nueva interpretación del Periculum in mora como presupuesto esencial de la medida cautelar en el último lustro de jurisprudencia contencioso administrativa. Artículo de revista publicado IVSTITIA N° 179-180. Noviembre-Diciembre 2001. Año 15.
- 4 Tribunal Contencioso Administrativo. SECCIÓN TERCERA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. N° 481-2007. Goicoechea, a las nueve horas cuarenta minutos del veintitrés de noviembre de dos mil siete.
- 5 TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ VOTO N° 0960-F-07. Goicoechea, a las ocho horas del veintitrés de noviembre de dos mil siete.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen C-221-2005. Del 17 de junio de 2005