



Informe de Investigación

TÍTULO: GARANTÍA DEL ESTADO RESPECTO A LOS BANCOS ESTATALES

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Responsabilidad del Estado
Palabras clave: Estado, Responsabilidad, Banco Estatal, Garantía, Resopaldo, Entidades Financieras.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05/05/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. NORMATIVA.....	1
a) Constitución Política.....	1
b) Ley Órgánica del Sistema Bancario Nacional.....	2
c) Ley General de la Administración Pública.....	2
3. JURISPRUDENCIA.....	3
a) Limitaciones a la garantía del Estado.....	3
b) Sustento legal de la garantía estatal a favor de los bancos.....	6
c) El alcance de la garantía.....	10
d) La garantía de la deuda subordinada.....	13

1. RESUMEN

A lo largo del presente informe se incorpora una recopilación sobre la normativa y jurisprudencia administrativa aplicable a la garantía estatal sobre el funcionamiento de los bancos estatales. A los efectos se examinan sus principales presupuestos jurídicos, así como criterios legales sostenidos por la Procuraduría General de la República, respecto a los alcances y limitaciones de esta garantía.



2. NORMATIVA

a) Constitución Política¹

Artículo 9.- (*)

El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. (*)

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5704 de 5 de junio de 1975.

(*) El primer párrafo del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8364 de 1 de julio del 2003. LG# 146 de 31 de julio del 2003

b) Ley Órgánica del Sistema Bancario Nacional²

Artículo 4.- (*)

Los bancos comerciales del Estado contarán con la garantía y la más completa cooperación del Estado y de todas sus dependencias e instituciones. La garantía estatal establecida en este artículo no será aplicable a los instrumentos financieros subordinados o préstamos subordinados que emitan o contraten los bancos comerciales del Estado, tampoco a las obligaciones o los derechos que de ellos emanen. Los instrumentos financieros subordinados o los préstamos subordinados, así como las obligaciones y los derechos que de ellos emanen solo podrán ser adquiridos o contratados por bancos multilaterales de desarrollo o por organismos bilaterales de desarrollo.

Ningún tenedor de deuda subordinada emitida o contratada por los bancos comerciales del Estado podrá poseer, individualmente, un monto que supere el veinticinco por ciento (25%) del capital primario de cada banco emisor.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8917 de 16 de diciembre del 2010. LG# 39 de 24 de febrero del 2011.

c) Ley General de la Administración Pública

Artículo 190.-

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.

3. JURISPRUDENCIA

a) Limitaciones a la garantía del Estado

[PROCURADURÍA GENERAL]³

“B-. LA GARANTIA DEL ESTADO DEBE SER AUTORIZADA POR LA LEY

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dispone:

"Los Bancos del Estado contarán con la garantía y la más completa cooperación del Estado y de todas sus dependencias e instituciones".

En lo que concierne al Instituto Nacional de Seguros, dispone el artículo 7 de la Ley N. 12 de 30 de octubre de 1924:

"El capital que adquiera el Instituto, así como sus reservas, garantizan especialmente sus operaciones de seguro, pero, además todas esas operaciones tienen la garantía y responsabilidad plena del Estado". (Así reformado conforme al artículo 1 de la Ley N° 4183 de 4 de setiembre de 1968).

En estos supuestos, el Estado garantiza las operaciones que realicen las entidades públicas en razón del monopolio que explotan, actividades que en su momento han sido consideradas trascendentales para la vida del Estado y de la sociedad. Ciertamente, ya los bancos estatales no actúan en situación de monopolio, pero la norma sigue vigente y, por ende, el Estado continúa asegurando la solvencia y estabilidad de sus bancos.

Ahora bien, dado el carácter excepcional de la garantía estatal y que ésta sólo puede ser otorgada si la ley lo permite (principio de legalidad), se sigue necesariamente que el deber de garantía debe ser interpretado en forma restringida. El artículo 4° de la Ley del Sistema Bancario Nacional debe ser interpretado dentro del contexto de esta Ley, contexto que está determinado por la regulación de la actividad bancaria y concretamente, por las operaciones bancarias que cada banco realiza en su condición de tal. Podría pretenderse que como los bancos pueden tener participación en otras entidades financieras de "orden público o semipúblico", éstas podrían beneficiarse de la garantía del Estado. No obstante, en el tanto se trate de otras entidades financieras habría que concluir que sólo en el tanto en que éstas sean también bancos del Estado podría beneficiarse de la garantía estatal.

En el caso del INS, la norma podría generar dudas, ya que se indica que todas las operaciones tienen la garantía y responsabilidad plena del Estado. En consecuencia, esa garantía podría ser solicitada para operaciones distintas del seguro y reaseguro. Debe ser claro, sin embargo, que es el accionar del Instituto como persona jurídica lo que debe generar la responsabilidad y, por ende, obligar a que se haga efectiva la garantía prevista en el artículo 7°. El INS puede ser considerado una entidad financiera (no bancaria), pero el giro normal de su actividad como intermediario financiero difiere –más sensiblemente que en el caso de los bancos- de aquél que desempeñaría como intermediario bursátil.

Los puestos de bolsa de los bancos estatales y del INS son personas jurídicas independientes de los entes autónomos que los constituyen. En razón de esa personalidad y de la titularidad de un patrimonio propio responden por su accionar. Como los bancos y el INS son propietarios de su capital social, los puestos pueden ser considerados como propiedad de los entes, pero no se confunden jurídicamente con ellos. La circunstancia misma de que el artículo 55 de la Ley del Mercado de Valores establezca en lo que interesa que:

"En tales casos, los puestos, las sociedades administradoras de fondos de inversión y las operadoras de pensiones, deberán mantener sus operaciones y su contabilidad totalmente independientes de la institución a la que pertenezcan",

impide asimilar unos y otros para efectos patrimoniales y de responsabilidad. La relación que corre entre el banco o el INS y el puesto es derivada de la detención del capital social, es decir, de la calidad de socio único del puesto, sin que puedan considerarse una única unidad económica o financiera para los efectos que aquí interesan. Sobre este punto cabe recordar que, recientemente, la Procuraduría ha concluido en la imposibilidad jurídica de aplicar a los bancos del Estado las normas relativas a los grupos de interés financiero regulados en la Ley Orgánica del Banco Central, aún cuando en la realidad actúen y puedan considerarse

grupos financieros:

"No obstante lo anterior, no basta que una entidad bancaria pública esté organizada como un grupo financiero para derivar de ese hecho que las normas que regulan este tipo de fenómeno puedan ser extendidas a él, es necesario que el ordenamiento jurídico autorice a los órganos de supervisión y de fiscalización a tratarlo como tal(...).

Dicho lo anterior, aunque los bancos públicos puedan actuar como grupos financieros, las normas que regulan este fenómeno no les son aplicables, ya que no existe ninguna norma jurídica que autorice a los órganos de supervisión y de fiscalización a actuar en esa dirección". Dictamen N. C-203-2000 de 1 de setiembre de 2000.

De modo que tampoco podría argüirse que los puestos de bolsa y, en su caso, las operadoras de sistemas voluntarios de pensiones complementarios, propiedad de los bancos forman parte de un mismo grupo financiero, para pretender con ello extender los efectos de la garantía estatal.

En ese mismo sentido, cabe recordar que en el dictamen N. N. 202-2000 de 1 de setiembre último, se indicó en torno a la garantía del Estado a las operadoras del sistema obligatorio de pensiones complementarias:

"Conforme el principio de legalidad, el Estado no puede otorgar una garantía a favor de terceros salvo si una ley lo autoriza. Y si lo autoriza, la garantía es en los términos en que la ley lo dispone. Aspecto que nos lleva a concluir que en el presente caso, el deber de reparar que corre a cargo del Estado está limitado a los aportes, sin que pueda interpretarse ampliativamente la ley de manera de cubrir también los rendimientos. Cabe agregar que a favor de una interpretación restringida, el hecho mismo del mecanismo de financiamiento de los gastos del Estado. Imponerle al Estado asumir la responsabilidad de las operadoras en forma plena entraña imponer a la generalidad de los contribuyentes el deber de cubrir la insuficiencia patrimonial de la operadora y quizás, también su ineficiencia, su abuso. El Estado no responde íntegramente porque su deber de reparar es excepcional y externo a él".

Al autorizar a entes públicos a participar en el mercado bursátil por medio de sociedades anónimas expresamente creadas al efecto, el legislador no previó que esa actividad fuera a requerir la garantía del Estado. Empero, estima la Procuraduría que esa circunstancia no justifica el afirmar la existencia de un vacío normativo. Vacío que eventualmente podría ser solucionado, en sentido positivo o negativo, por el operador jurídico. Estimamos que no existe vacío normativo porque simplemente un reconocimiento de la garantía estatal a los puestos de bolsa públicos no se conforma con los intereses que informan la Ley del Mercado de Valores. Y es que, a pesar de la diferencia jurídica en el mecanismo de

creación, es lo cierto que en la Ley 7732 de 17 de diciembre de 1997 está presente el interés de la competitividad. Puestos de bolsa públicos y privados se deben someter a las mismas disposiciones y es por ello que se elimina la prohibición que tenían con anterioridad los entes públicos de efectuar sus operaciones exclusivamente con entidades públicas (artículo 55, in fine). Es evidente, sin embargo, que la garantía del Estado a dichos puestos podría afectar sensiblemente la libre concurrencia dentro del mercado bursátil, haciendo más atractiva la negociación con los referidos puestos de bolsa "públicos". Circunstancia que no se aviene, repetimos, con los intereses que pretendió tutelar el legislador.

Como último elemento, podría recordarse que la intermediación financiera que normalmente realizan el INS y los bancos estatales se diferencia de la intermediación bursátil, en cuanto al riesgo. El artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central establece que el intermediario financiero asume el riesgo del destino final de los fondos (actúa por cuenta y riesgo propio), por lo que cobra particular importancia la solvencia y liquidez de la entidad financiera. Ciertamente, el artículo 54 de la Ley del Mercado de Valores obliga al puesto de bolsa a constituir una garantía de cumplimiento, en función del volumen de su actividad y los riesgos que asume, garantía que responde exclusivamente por las operaciones de intermediación bursátil y demás servicios prestados a su cliente. Empero, esa garantía no asegura el pago del título o valor, que es el objeto de la intermediación. Para efectos de recobrar la inversión, importa no la solvencia del intermediario, sino la del emisor, que normalmente es una persona diferente del intermediario. Y resulta claro que como protección del inversionista, puede justificarse que el Estado garantice la solvencia y liquidez del intermediario, pero no la del emisor. Además, por el mecanismo de financiamiento del Estado, si éste tuviera que garantizar el funcionamiento de los puestos de bolsa públicos, ello implicaría trasladar al contribuyente la responsabilidad del emisor. ”

b) Sustento legal de la garantía estatal a favor de los bancos

[PROCURADURÍA GENERAL]⁴

“2-. La garantía del Estado: responsabilidad política e institucional

Se afirma que la garantía del Estado a favor de los bancos estatales no sólo es plena y absoluta, sino que deriva tanto del artículo 9 constitucional como del régimen de responsabilidad administrativa establecido por la Ley General de la Administración Pública. Como fundamento de dicha afirmación se cita el artículo 190 de dicha Ley.

La responsabilidad del Gobierno de la República es establecida, efectivamente, en el artículo 9 de la Constitución Política. El carácter de esa responsabilidad no es,

empero, establecido en la Constitución. Dicha naturaleza y el alcance de la responsabilidad deben ser establecidas por las diversas leyes. Importa, destacar, empero, que la Constitución establece la garantía de reparación en caso de responsabilidad del Estado. Lo cual actúa como una garantía institucional para todo habitante del país.

Una de las normas que desarrollan el principio de responsabilidad del Estado es la Ley General de la Administración Pública, que establece la responsabilidad administrativa.

El régimen de responsabilidad administrativa tiene un fin retributivo. Ante un daño causado por conducta lícita o ilícita, la Administración deviene obligada a reparar. El contenido de la reparación es de índole patrimonial. Se trata de una responsabilidad patrimonial que incumbe a la Administración Pública y que se satisface haciendo efectiva la obligación de reparar. Dispone el artículo 190 de dicha Ley:

"Artículo 190.-

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente".

Dicha norma establece los elementos fundamentales de la responsabilidad administrativa. Para nuestros efectos, es fundamental la relación de causalidad. La Administración responde por los daños que cause. En ese sentido:

"La responsabilidad de la persona contra quien se demanda la reparación no puede ser comprometida si el hecho que se le imputa no es la causa del daño". R, CHAPUS: Droit Administratif général. Dalloz, 1984, p.. 795.

"...es necesario que exista entre éste (daño) y un hecho por el cual debe responder el demandado un vínculo de causa a efecto de modo tal que ese hecho sea el real generador del daño". M, PAILLET: La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 85.

Ergo, si el Estado a través de uno de sus actos causa un daño, surge a su cargo el deber de reparación. La responsabilidad es de carácter reparador, no sancionador. Es de notar que la relación de causalidad debe establecerse entre el acto que causa el daño y éste. Si el daño no puede ser imputado a la Administración, ésta no deviene responsable. La Administración emite diversos actos o incurre en

determinadas actividades, pero si éstos no son los causantes del daño, no se genera la obligación de reparar.

La obligación de reparar surge en cabeza de la Administración a quien corresponde el ejercicio de las competencias a las cuales se vincula el acto dañoso. Importa, entonces, establecer cuál es el acto que causa el daño, así como si los daños son imputables, directa o indirectamente a ese acto.

De acuerdo con el artículo legal la causa generadora de responsabilidad puede ser variada. Se responde por conducta ilegítima, lo que va de suyo, pero también en determinados supuestos por conducta legítima y normal. En ambos casos, debe existir la relación de causalidad. Además, el artículo de mérito establece las causas eximientes de responsabilidad.

Por demás, producto de la evolución que el instituto de responsabilidad administrativa sufrió en Francia, ésta es de carácter objetivo. Por lo que el Estado responde en ausencia de toda culpa. Como fundamento de la responsabilidad importa sobre todo el riesgo del accionar o bien la quiebra del principio de igualdad ante las cargas públicas. En orden al riesgo importa la probabilidad de la producción de un daño sobreviviente, del alea inherente a la actividad humana, o en este caso del ente público.

De lo anterior se desprende que la obligación de garantía de las operaciones pasivas de los bancos estatales no puede subsumirse en el régimen de responsabilidad administrativa de la Ley General de la Administración Pública. El incumplimiento de las obligaciones del banco estatal es, obviamente, un hecho susceptible de causar un daño. Pero ese incumplimiento es imputable al propio banco. Conforme los principios que informan la responsabilidad administrativa, el deber de reparar es propio del banco estatal. Ergo, es su patrimonio el que responde.

Para que la responsabilidad administrativa del Estado pudiese intervenir, se requeriría que el incumplimiento bancario en tanto causa de los daños pudiese ser imputado directa o indirectamente al Estado. Este sería el caso cuando el Estado toma decisiones que conducen a la insolvencia del banco o bien, afectan su liquidez. Reside aquí la diferencia con la garantía del artículo 4 de mérito: la garantía estatal se debe en ausencia de toda relación de causalidad entre el incumplimiento del banco estatal, su ausencia de liquidez y solvencia y el daño causado al depositante o acreedor. El Estado asume las obligaciones a pesar de que no ha adoptado ninguna decisión que afecte el desenvolvimiento del banco como tal.

Por ende, la garantía estatal a los bancos estatales no constituye una manifestación de la responsabilidad administrativa, sino que es consecuencia de que el Estado ha creado estos bancos. Estos son entes institucionales de carácter



instrumental, en el sentido de que han sido creados para desarrollar un fin que es propio del Estado y que se encuentra claramente plasmado en el Decreto de Nacionalización bancaria. El Estado concibió a los bancos como motores en el proceso de desarrollo del país, ya que les correspondía otorgar el crédito necesario para las distintas actividades agrícolas, industriales y comerciales; de allí el interés de nacionalizar la captación de depósitos y los bancos existentes a la época. Por estos mismos motivos se mantuvo la nacionalización bancaria en el texto original de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. El Estado nacionaliza los bancos, la captación de los depósitos y decide mantener la estabilidad del sistema y los principios esenciales de la actividad financiera otorgando su garantía al desenvolvimiento y funcionamiento de los bancos que crea. Puesto que el banco estatal es un instrumento del Estado se sigue que éste puede modificar la estructura y funciones del banco e incluso decidir sobre su disolución. La definición del patrimonio del banco deriva de un acto estatal. Esa definición puede también ser objeto de modificaciones por vía legal. Elementos que justifican que el Estado haya decidido otorgar su garantía de solvencia ilimitada a los bancos estatales.

Podría considerarse que al crear los bancos estatales el Estado está incurriendo en un riesgo y que de ese hecho la garantía es una manifestación del régimen de responsabilidad administrativa. En relación con ese criterio, debe tomarse en cuenta que la actividad bancaria presenta un riesgo. Pero el riesgo presente en la actividad bancaria no puede considerarse constitutivo de responsabilidad administrativa para el Estado. Los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional revelan claramente que el Estado a través de la ley ha asumido que el riesgo normal de la actividad bancaria no genera el deber de reparar. En efecto, para que haya deber de reparar se requiere que el banco incurra en un riesgo desproporcionado en relación con la actividad. Supuesto, por ejemplo, de operaciones atípicas o altamente especulativas o que de cualquier forma resulten incompatibles con el carácter público del banco. Lo que implica que el riesgo normal de la actividad bancaria no genera responsabilidad, máxime si no hay culpa. Ergo, el riesgo inherente a la actividad bancaria no es en sí mismo causa de responsabilidad para el Estado. Por demás, la creación de un establecimiento público ente institucional no puede considerarse por sí mismo un riesgo para la actividad económica.

Ahora bien, si el Estado decide proceder a cerrar un banco estatal, eliminando la posibilidad de su funcionamiento, esa decisión sí puede entenderse como causante de responsabilidad administrativa del Estado (responsabilidad por la emisión de ley). Es de advertir que bajo ese supuesto, la responsabilidad del Estado podría ser establecida en los términos en que se deriva de la ley que acuerde la supresión del banco y el cese de su funcionamiento y no

necesariamente con base en lo dispuesto por la Ley General de Administración Pública. Ese fue el caso de la Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense, N° 7471 de 20 de diciembre de 1994.

Cabe recordar, por demás, que la responsabilidad por conducta legítima es excepcional: debe ser un daño especial "por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión":

"...el artículo 194 de la LGAP anuncia dos criterios de distinción del daño indemnizable y no únicamente de pequeña proporción de los afectados, cuando alude a la "intensidad excepcional de la lesión". Esta debe ser especial y no producir la obligación del damnificado de cumplir con la sujeción o la pérdida que impone al acto, y el artículo 194 define en qué sentido ha de entenderse como especial: o porque son pocas e individualizables las víctimas o porque, aunque el daño sea universal presente una intensidad o gravedad excepcionales. ..." E, ORTIZ ORTIZ: Tesis de Derecho Administrativo, III, Stradtman Editorial, 2002, pp. 285-286.

En el caso de cierre de los bancos, el Estado responde por la totalidad de los clientes del banco, independientemente del porcentaje de población de que se trate y responde frente a cada cliente con total independencia del carácter del daño que éste sufra. De allí que no pueda considerarse que las reglas sobre funcionamiento normal de la Administración Pública sean suficientes para reglar la situación que se presenta en caso de supresión legal de un banco estatal. En esa hipótesis se requiere una ley especial que regule los distintos efectos que produce la decisión de cierre."

c) El alcance de la garantía

[PROCURADURÍA GENERAL]⁵

"A efecto de mantener el sistema bancario estatal, el Estado otorga a los bancos estatales su garantía por las operaciones bancarias pasivas legalmente permitidas (dictamen N° C-212-2000 de 5 de setiembre de 2000), cuyo límite cuantitativo estaría dado en último término por la solvencia y liquidez del propio Estado. Puesto que una operación pasiva lícita es el endeudamiento, tanto interno como externo (artículo 56 en relación con el 58 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional) cabe cuestionarse si procede o no la garantía ante tal tipo de operación. Además, si esa garantía hace innecesario otorgar la garantía en un contrato de crédito externo. Manifestó la Procuraduría en el dictamen de mérito:

"2-. El alcance de la garantía

La garantía que se otorga en relación con las operaciones pasivas de los bancos es de carácter especial. Lo que explica que en los ordenamientos en que opera, se

emitan leyes especiales que la regulan.

Esa especialidad debe también predicarse cuando el Estado es el garante. La naturaleza y alcance de la garantía es diferente a la que corrientemente se otorga en operaciones comerciales y civiles. Incluso, cabe admitir que se está en presencia de una garantía distinta a la que el Estado presta en tratándose de contratos de crédito externo. En estos, dada la sujeción a la legislación mercantil, cobra particular sentido el determinar si la garantía es subsidiaria y o solidaria.

Sabido es que la garantía subsidiaria sólo puede exigirse cuando el deudor principal no cumple: ante el incumplimiento del deudor puede compelerse al garante a asumir la obligación. Carácter que es propio de las obligaciones civiles, en las que el garante paga en defecto del deudor (así, para la fianza civil artículo 1312 del Código Civil). Por el contrario, en las obligaciones comerciales lo propio es la garantía solidaria, de manera que el acreedor puede dirigirse contra el garante sin el imperativo de la excusión de los bienes del deudor. El garante solidario responde en las mismas condiciones que el deudor principal y normalmente por la totalidad de la obligación. El acreedor no está obligado a dirigirse contra el deudor principal.

Empero, en tratándose de la garantía por las operaciones bancarias pasivas de los bancos estatales, el problema del carácter subsidiario o solidario carece de sentido. En primer término, la garantía tiene su origen en una ley y es de carácter general. Se impone la garantía fuera de toda relación obligatoria. Luego, no se trata de garantizar una determinada operación pasiva: se garantiza el conjunto de las operaciones pasivas que el banco realiza. En el fondo es el funcionamiento del banco en tanto realiza operaciones pasivas lo que se está garantizando. En tercer término, está el fin de la garantía. La garantía estatal tiene como objeto proteger al depositante y mantener la estabilidad del sistema financiero, que se ve altamente afectado en situación de crisis de uno de sus integrantes. El fin es más amplio que en la garantía solidaria o subsidiaria propias del Derecho Civil y Comercial. Podría decirse que en estas ramas del Derecho lo que importa es exclusivamente el interés del acreedor. En cuarto lugar, el fin de la garantía del Estado a los bancos está unido con el carácter excepcional de la garantía. El Estado no responde por cualquier situación de incumplimiento que tenga la entidad bancaria estatal. Puesto que se trata de evitar situaciones de crisis, el Estado responde ante una situación de crisis en que existen graves problemas de solvencia y liquidez del banco estatal, que impiden hacer frente a las obligaciones contraídas: retiro de depósitos y obligaciones corrientes e incluso la continuidad misma del operar bancario. La entidad bancaria evidencia deficiencia patrimonial o indicios de irregularidades que la ponen en peligro o está en una situación en que su funcionamiento es casi imposible. Por lo cual se acude al Estado para que haga efectiva la garantía.



Ergo, el Estado interviene para detener factores que impiden la continuación de la operación bancaria y lo hace asumiendo las obligaciones del banco. Asume los incumplimientos de éste. Pero también podría suceder, hipótesis a la que nos referiremos al analizar la responsabilidad del Estado, que éste intervenga para hacer cesar la operación bancaria porque considera recomendable para la estabilidad del sistema y de la economía del país que el banco no continúe funcionando. Y al adoptar su decisión, debe asumir los daños que ocasione, entre los cuales pueden estar la imposibilidad del banco de cumplir sus obligaciones. Si partimos de que el Estado satisface las obligaciones no cumplidas del banco ante una situación de crisis y dada la imposibilidad de éste de cubrirlas con su propio patrimonio, se podría considerar que es dable hablar de una garantía subsidiaria. Pero es claro que el operar de la garantía del Estado es diferente al de la garantía subsidiaria en las operaciones civiles y comerciales.

Por demás, en el tanto en que esa situación de crisis no se presente, la garantía estatal actúa como un elemento de protección de los bancos y en particular de la confianza del ahorrante en éstos, ya que es pública la existencia de esa garantía y de su correlato: el principio de la plena solvencia del Estado. La garantía tiende a dar seguridad a las operaciones de los bancos comerciales del Estado.

En situaciones normales no podría concebirse que en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 antes transcrito, el acreedor del banco estatal pueda dirigirse contra el Estado, reclamando la garantía. Y ello aún cuando se pretendiera que la garantía es solidaria. La garantía estatal no puede hacerse efectiva en situaciones normales, no sólo por la responsabilidad del banco por su operar y la titularidad de un patrimonio propio sino, fundamentalmente, porque al hacerse efectiva la garantía del Estado, se está transfiriendo el riesgo tanto del ahorrante como de la propia entidad bancaria al contribuyente. De modo que la ausencia o insuficiencia de solvencia y liquidez del banco serán cubiertas en último término por el contribuyente del Estado. Transferencia que debe ser excepcional y, por ende, fundarse en circunstancias excepcionales. Ergo, la garantía estatal sólo debería hacerse efectiva si se presenta la situación de crisis y se acredita la situación de insolvencia del banco estatal. No puede desconocerse que admitir la exigibilidad de la garantía del Estado ante cualquier incumplimiento del banco estatal podría conducir al banco a asumir riesgos innecesarios y desconocer la disciplina bancaria establecida por la normativa prudencial. En efecto, amparado en que el Estado responde, el banco estatal podría tener interés en asumir riesgos excesivos, aumentando sus pasivos o realizando operaciones especulativas que afecten su liquidez y solvencia. Comportamiento y supuestos que no se compaginan con el contexto en que hoy se desenvuelve la actividad bancaria y en la regulación prudencial que la enmarca. Aspecto que está relacionado con la responsabilidad del banco". (La negrilla no es del original).

Puesto que la garantía del Estado dispuesta en el artículo 4 opera en situaciones de crisis, para amparar la actividad total del banco de que se trate, dicha garantía no puede entenderse como el instrumento jurídico propio a garantizar una operación comercial concreta. La garantía del artículo 4 no ampara el cumplimiento de la obligación de pago, de la amortización de capital, intereses y comisiones propios de la operación comercial. Su objeto no es eliminar o atemperar el riesgo de impago de la operación a que queda obligado el prestatario.

A efecto de garantizar la efectividad de un crédito determinado, se requiere el otorgamiento específico de la garantía dispuesta en el Derecho Comercial. En ausencia de una garantía comercial, el acreedor del banco estatal no podría forzar al Estado al cumplimiento de la obligación contractual.

Se sigue de lo expuesto que un contrato de crédito externo suscrito por un banco estatal solo puede considerarse garantizado por el Estado cuando el Ministro de Hacienda ha comparecido a otorgar la garantía, suscribiendo el documento correspondiente. De lo contrario, el Gobierno no será garante de las obligaciones contraídas por el banco prestatario en el contrato de préstamo. Ergo, en un contrato de crédito externo no va implícita la garantía del Estado respecto a su cumplimiento. En razón de los alcances del artículo 4, para garantizar un contrato de crédito externo se requiere la manifestación de voluntad expresa del Estado, dirigida precisamente a garantizar la obligación de la entidad bancaria.”

d) La garantía de la deuda subordinada

[PROCURADURÍA GENERAL]⁶

“Uno de los aspectos que genera duda respecto de la obligación subordinada es si su pago puede ser garantizado. Se requiere conocer si la garantía es incompatible con la subordinación. Un punto que ha sido objeto de discusión.

Sobre el tema se presentan dos posturas. Por un lado, se ha indicado que como la subordinación debe ser producto del acuerdo entre el prestamista y el deudor y en ausencia de disposiciones legales imperativas, el contenido del acuerdo queda librado al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que nada impide que la deuda sea simultáneamente subordinada y garantizada. Por otro lado, se ha dicho que la deuda garantizada no es deuda subordinada si la garantía implica substraer de la masa común los activos que deberían ser considerados en la liquidación. Consecuentemente, el deudor no puede garantizar su propia deuda salvo que la garantía esté sujeta a condición. Es decir, se aplicaría siempre que la entidad no entre en proceso de liquidación.

La deuda subordinada no excluye toda garantía. Esta está excluida cuando se



otorga sobre un activo determinado. Es decir, cuando la garantía podría implicar excluir de la masa el activo que garantiza. Supuesto que no podría presentarse en tratándose de la garantía estatal que es distinta a la garantía civil y comercial. Por ende, que no puede tener como objeto excluir de los activos de la entidad bancaria un bien determinado. Reiteramos, el artículo 4 garantiza las operaciones pasivas de los bancos en su conjunto y para el caso de que hubiere un proceso de crisis que lleve a la liquidación del banco.

Precisamente porque la garantía estatal no es susceptible de extraer de la masa de activos uno determinado, esta garantía no incide sobre el patrimonio de la entidad y en concreto, no ofrece una visión irreal sobre dicho patrimonio. Simplemente, no hay un bien estatal sobre el que se otorgue una garantía concreta, por una parte y los patrimonios son separados, de otra parte. En consecuencia, el acreedor no puede pretender dirigirse directamente y en cualquier momento contra un bien del Estado.

Al postular que la garantía estatal es un obstáculo al carácter subordinado, se está postulando que dicha garantía tiene el efecto de enervar la ley del concurso y, por ende, que su eficacia es similar a la que tiene una garantía para efectos del concurso, con lo cual se desnaturaliza la garantía estatal.

Qué consecuencias tendrá la deuda subordinada en caso de que la garantía del Estado tenga que ser efectiva? De darse las circunstancias excepcionales que ameritan la aplicación del artículo 4, las obligaciones del banco concernido serán atendidas por el Estado según su contenido y características. De modo que si existe deuda subordinada, tendríamos que el Estado deberá tomar en cuenta el contenido y alcance de esa deuda y, por ende, las condiciones bajo las que se pactó. Esas condiciones son parte de la obligación. Por consiguiente, no podría imponérsele al Estado condiciones distintas. El Estado cubrirá derechos del titular de deuda subordinada en último término. Lo que significa que dicho titular tendrá que esperar a que sean cubiertos los otros pasivos o aprovisionado el cumplimiento de otras obligaciones.

Recuérdese que el proceso de liquidación de un banco estatal se sujeta a un procedimiento que busca respetar, entre otros aspectos, el cumplimiento de todas las obligaciones del banco y ello, en primer término, con los activos de este. Para lo que en principio se debe respetar el orden de prelación, especialmente en los créditos. Solo cuando los activos no alcanzan, se aplica la garantía estatal. Y si el Estado asume obligaciones del banco en proceso de liquidación, lo hace en los mismos términos y las condiciones en que hayan sido contraídas.

Plantear la incompatibilidad absoluta de la garantía estatal, entendida en los términos señalados, con la suscripción de deuda subordinada nos sitúa en otro ámbito que es el de los riesgos que asume o corre la entidad bancaria.



Normalmente, la deuda subordinada es a un plazo de cinco años. Se argumenta como si el banco estatal fuera a entrar en una situación de crisis que amerite su disolución y liquidación. Ciertamente, la actividad del banco incluido el estatal está sujeta a muchas circunstancias que pueden afectar su situación financiera. La correcta definición de la política del banco, la debida sujeción a las normas prudenciales, la asunción de la responsabilidad que le incumbe por su accionar, artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y una correcta información al público sobre su situación financiera, deben ser los factores que guíen el operar del banco a efecto de que pueda continuar funcionando y la garantía del Estado no se haga efectiva. Es decir, que las políticas, incluida la decisión de realizar deuda subordinada y la fijación de las condiciones de esta, no impliquen un mayor riesgo para la estabilidad, solvencia y liquidez del banco, al punto de que pueda entrar en una crisis que obligue a su liquidación.

Resulta claro que si la suscripción de la deuda subordinada genera un riesgo mayor para el banco estatal, la garantía del Estado no debería ser el mecanismo para contener dicha suscripción. Por el contrario, la decisión debe fundarse en la disciplina bancaria, tal como resulta de las reglas técnicas y de la normativa prudencial cuyo fin es que las entidades no incurran en riesgos indebidos que puedan afectarla o afectar la estabilidad del sistema. En ese sentido, el banco no puede pretender la asunción de un riesgo innecesario o excesivo, que lleve a un aumento desproporcionado de los pasivos o la realización de operaciones especulativas aludiendo a la garantía estatal. Máxime que la ausencia o insuficiencia de solvencia y liquidez del banco serán cubiertas en último término por el contribuyente del Estado. El banco que decida suscribir deuda subordinada debe partir del principio de responsabilidad que le incumbe y, por ende, analizar razonablemente cuáles son las condiciones en que puede pactar la obligación; qué riesgos puede razonablemente asumir; ergo, no puede ofrecer una tasa de interés que afecte su solvencia. ”

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

- 1 Constitución Política, 7 de noviembre de 1949.
- 2 Ley No. 1644 de 25 de setiembre de 1953.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 212-2000, del cinco de setiembre de dos mil.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 24-2004 del veinte de enero de dos mil cuatro.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 177-2005, del doce de mayo de dos mil cinco.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 349-2008, del veinticinco de setiembre de dos mil ocho.