



EL PROCESO DE SUPERVISIÓN Y EL PROCESO SANCIONATORIO DE LA SUGEF

Rama del Derecho: Derecho Bancario.	Descriptor: Banco Central de Costa Rica.
Palabras Claves: Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo Sancionatorio, SUGEF, Entidad Financiera.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 12/09/2013.

Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
El Procedimiento de Supervisión Ejercido por la SUGEF (Superintendencia de General de Entidades Financieras)	2
JURISPRUDENCIA	15
1. Las Competencias de la SUGEF Durante la Supervisión de Entidades Financieras.....	15
2. Sobre el Plazo de Intervención de una Entidad Financiera y la Declaratoria de Quiebra	34
3. La Declaratoria de Entidad Financiera de Primer Orden	36
4. Trámite Administrativo Supervisor de la SUGEF y la SUGEVAL	44
5. Junta Liquidadora en el Proceso de Quiebra de Entidades Financieras. Papel de la SUGEF	46
6. Funcionario de la SUGEF nombrado como Interventor en la Quiebra de Entidades Financieras	48
7. Remate de los Bienes de la Entidad Financiera Intervenido	51
8. El Delito de Administración Fraudulenta en Entidades Financieras	54
9. La Quiebra de Cooperativas.....	55

RESUMEN

El presente informe de investigación recopila información sobre el Procedimiento Administrativo de Supervisión ejercido por la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) hacia las Entidades Financieras y el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, aplicable por tal institución. Por ende la normativa y jurisprudencia aportadas se refieren a la aplicación de tales procedimientos a las Entidades Financieras, tomando como marco normativo la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

NORMATIVA

El Procedimiento de Supervisión Ejercido por la SUGEF (Superintendencia de General de Entidades Financieras)

[Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica]¹

Artículo 134. **Supervisión y vigilancia.** La Superintendencia realizará sus operaciones de supervisión y vigilancia sobre los entes fiscalizados, de la siguiente forma:

- a) El Superintendente, por sí o por medio de los funcionarios de la Superintendencia, podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión o de vigilancia en las entidades fiscalizadas, en el momento que lo considere oportuno, independientemente de la contratación que se hubiere hecho, de conformidad con el inciso i) del artículo 128, con el fin de ejercer las facultades que le otorgan esta ley, las leyes conexas y sus reglamentos. Las entidades fiscalizadas quedan obligadas a prestar total colaboración a la Superintendencia, para facilitar las actividades de supervisión. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia ejercerá sus funciones de fiscalización de acuerdo con lo establecido en los incisos siguientes.
- b) La Superintendencia podrá contratar por su cuenta supervisores auxiliares en sus labores de fiscalización, de conformidad con las siguientes disposiciones:
 - i) El Superintendente definirá los requisitos técnicos que deben cumplir los supervisores auxiliares, con el fin de garantizar la calidad, confiabilidad e imparcialidad de los servicios. La Superintendencia podrá elaborar una lista de las personas, grupos o empresas que reúnan estos requisitos.

ii) El Superintendente dictará las normas de supervisión y los programas mínimos que deban ejecutar los supervisores auxiliares, así como la frecuencia, el formato, el contenido y los plazos de entrega de los informes que deban emitir.

Además, el Superintendente y los funcionarios de la Superintendencia tendrán plenas facultades para revisar, sin restricción alguna, todos los documentos que respalden el trabajo de los profesionales o grupos de profesionales que actúen como supervisores auxiliares.

iii) Los supervisores auxiliares podrán ser sancionados, conforme al capítulo de procedimiento, infracciones, sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera que se establece en esta ley.

iv) La Superintendencia vigilará el trabajo de los supervisores auxiliares, en forma selectiva o total, según determinación del Superintendente.

v) Los supervisores auxiliares deberán rendir garantía ante la Superintendencia, de acuerdo con las normas que establezca el Consejo Directivo.

(Así reformado por el artículo 84 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000).

Artículo 135. Límites de las operaciones. El Consejo Directivo de la Superintendencia establecerá los límites de las operaciones activas, directas o indirectas, que los intermediarios financieros podrán realizar con cada persona natural o jurídica, en cada una de las modalidades de sus operaciones y en el conjunto de todas ellas

El límite máximo será de la suma equivalente al veinte por ciento (20%) del capital suscrito y pagado, así como de las reservas patrimoniales no redimibles de la entidad financiera. Sin exceder los límites máximos que establezca el Consejo Directivo, dentro de los parámetros anteriores, las entidades podrán fijar, internamente, sus propios máximos. En el caso del Banco Hipotecario de la Vivienda (Banhvi), la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef) podrá autorizar que el límite máximo sea del cuarenta por ciento (40%). En este caso, la Superintendencia fiscalizará que el aumento del cuarenta por ciento (40%) no implique que el Banhvi pueda discriminar entre las diferentes mutuales del país.

Se exceptúan del límite del máximo establecido en el párrafo anterior, las operaciones y las inversiones que realicen los intermediarios financieros en el Banco Central, el Ministerio de Hacienda y en deuda soberana de países con calificación de grado de inversión igual o superior a AA.

Las operaciones activas, directas e indirectas, realizadas con grupos de interés económico deberán computarse dentro de los límites establecidos, según estas disposiciones. El Consejo Directivo de la Sugef definirá, mediante reglamento, el concepto de grupo de interés económico y establecerá sus regulaciones.

Se exceptúan del límite establecido en el párrafo anterior, las operaciones activas, directas e indirectas, realizadas con el grupo de interés económico en el que participe el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), las que tendrán como límite máximo el treinta por ciento (30%) del capital suscrito y pagado, así como de las reservas patrimoniales no redimibles de la entidad financiera.

El total del financiamiento a empresas o a grupos de interés económico vinculados a la entidad financiera, por propiedad o gestión, según los criterios que el reglamento defina, no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del capital social suscrito y pagado y las reservas patrimoniales no redimibles de esta.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley N° 8770 del 2 de setiembre de 2009).

Artículo 136. Reglamento para las entidades financieras. El Consejo Directivo de la Superintendencia, a propuesta del Superintendente y con el voto de por lo menos cuatro de sus miembros, deberá dictar un reglamento que le permita a la Superintendencia juzgar la situación económica y financiera de las entidades fiscalizadas, para velar por la estabilidad y la eficiencia del sistema financiero. Ese reglamento incluirá lo siguiente:

- a) Definición de grados de riesgo de los activos, grados de riesgo de liquidez, grados de riesgo por variaciones en las tasas de interés, grados de riesgo cambiario y de otros riesgos que considere oportuno evaluar.
- b) Requerimientos proporcionales de capital adicional, cuando sea necesario para que los entes fiscalizados puedan enfrentar los riesgos mencionados en el inciso anterior. Estos requerimientos serán adicionales a los establecidos por ley o por reglamento, que deben entenderse como los mínimos necesarios para iniciar operaciones.
- c) Descripción de los supuestos que impliquen la existencia de situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera de los entes fiscalizados. Las situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera se clasificarán en tres grados, de acuerdo con la gravedad de la situación. El grado uno se aplicará a situaciones de inestabilidad leve que, a criterio de la

Superintendencia, puedan ser superadas con la adopción de medidas correctivas de corto plazo. El grado dos se aplicará a situaciones de inestabilidad de mayor gravedad que, a criterio de la Superintendencia, solo pueden ser superadas por la adopción y la ejecución de un plan de saneamiento. El grado tres, que requerirá la intervención de la entidad, se regirá por lo dispuesto en el inciso siguiente.

d) Se considerará que existe una situación de inestabilidad o irregularidad financiera de grado tres en los siguientes casos:

i) Cuando la entidad que se encuentre en situación de inestabilidad o irregularidad financiera de grado dos incumpla con el plan de saneamiento a que se refiere el inciso b) del artículo 139.

ii) Cuando la entidad lleve a cabo operaciones fraudulentas o ilegales.

iii) Cuando la entidad suspenda o cese sus pagos, será obligación del Gerente o del Administrador de las entidades fiscalizadas comunicar, inmediatamente, al Superintendente cualquier estado de suspensión o cesación de pagos, total o parcial.

iv) Cuando directores, gerentes, subgerentes o auditores internos de la entidad, debidamente requeridos por la Superintendencia, rehúsen presentarse a rendir declaración ante ella o se nieguen a suministrarle información sobre el estado económico y financiero o sobre las operaciones realizadas por la entidad.

v) Cuando la entidad administre sus negocios en forma tal que ponga en peligro su seguridad y solvencia.

vi) Cuando la Superintendencia determine, con base en sus propias investigaciones o en informes del Ministerio Público o de autoridad judicial competente, que la entidad está involucrada en operaciones de lavado de dinero.

vii) Cuando la entidad haya sufrido pérdidas que reduzcan su patrimonio a una suma inferior a la mitad.

viii) Cuando la entidad incumpla las normas de suficiencia patrimonial establecidas por la Superintendencia.

Artículo 137. Modificación de definiciones. Cuando el Consejo Directivo de la Superintendencia modifique sus definiciones de inestabilidad o irregularidad financiera de grados uno y dos, otorgará un plazo prudencial a los entes fiscalizados para ajustarse a las nuevas regulaciones.

Artículo 138. **Procedimiento en situaciones de inestabilidad financiera.** Es obligación de la Superintendencia constatar la existencia de situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera. Para ello, los supervisores auxiliares de la Superintendencia, a que se refiere el artículo 134, estarán obligados a informar inmediatamente a esta sobre cualquier grado de inestabilidad o irregularidad financiera que detecten. Igualmente, los auditores internos y externos de los entes fiscalizados estarán obligados a informar de inmediato a la junta directiva del respectivo ente sobre cualquier grado de irregularidad financiera que detecten. Esta información deberá hacerse constar en las actas de la sesión en que se conozca.

Los auditores externos de las entidades fiscalizadas están obligados a informar, a la Superintendencia, de cualquier situación que ponga en grave riesgo la estabilidad financiera de la entidad auditada o de la existencia de operaciones gravemente ilegales, como resultado del dictamen que realicen de los estados financieros.

La ubicación individualizada de entidades fiscalizadas en situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera, estará protegida por la confidencialidad establecida en el artículo 132 de esta ley.

La determinación de la existencia de situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera será, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en esta ley, por faltas cometidas por las entidades fiscalizadas.

Artículo 139. **Disposiciones aplicables a entes en situación irregular.** A los entes fiscalizados que se encuentren en alguna situación de inestabilidad o irregularidad financiera se les aplicarán las siguientes disposiciones:

- a) En casos de inestabilidad o irregularidad financiera de grado uno, el Superintendente convocará, de inmediato, a la junta directiva, al auditor interno y al gerente de la entidad para informarlos de la situación y establecerá un plazo prudencial para que la entidad corrija la situación de inestabilidad o irregularidad financiera. El Superintendente podrá recomendar la remoción de cualquier funcionario, empleado o director de la entidad, dando las razones para tal recomendación.
- b) En casos de inestabilidad o irregularidad financiera de grados dos, el Superintendente convocará, de inmediato, a la junta directiva, al auditor interno y al gerente de la entidad para informarlos de la situación y ordenará la presentación de un plan de saneamiento en un plazo

prudencial, el cual deberá plantear soluciones a los problemas señalados por el Superintendente, con fechas exactas de ejecución de las diversas acciones que se propongan, a efecto de que la Superintendencia pueda dar un seguimiento adecuado al plan. El plan deberá ser sometido a la aprobación del Superintendente y, una vez aprobado por este, será de acatamiento obligatorio para la entidad.

- c) En casos de inestabilidad o irregularidad financiera de grado tres, el Consejo Directivo ordenará, mediante resolución fundada, la intervención de la entidad fiscalizada y designará a los interventores que asumirán la administración de la entidad, quienes podrán ser funcionarios de la propia Superintendencia u otras personas designadas al efecto.

De acuerdo con la gravedad de los hechos, a juicio exclusivo del Consejo Directivo, este fijará el plazo de la intervención y podrá disponer, de inmediato, la toma de posesión de los bienes de la entidad intervenida, con el fin de administrarlos en la forma que más convenga a los intereses del establecimiento y de sus ahorrantes e inversionistas.

Los interventores designados por el Consejo Directivo tendrán, en la forma en que este lo disponga, la representación judicial y extrajudicial de la entidad intervenida, con las mismas facultades que ostentaban los anteriores administradores y órganos directivos. Deberán presentar un plan de regularización financiera de la entidad, dentro del plazo que les fije el Consejo Directivo. Este plan, una vez aprobado por el Consejo Directivo, será de acatamiento obligatorio.

Al aprobar el plan de regularización financiera o incluso antes, si por motivos de urgencia, el Consejo Directivo así lo acordare, este podrá:

- a) Prohibir, total o parcialmente, la suscripción de nuevas operaciones de crédito o el otorgamiento de prórrogas de las operaciones vencidas.
- b) Convocar a asambleas de accionistas o asociados y proponer aumentos de capital en la entidad, para garantizar su recuperación financiera.
- c) Disponer la suspensión o limitación en el pago de las obligaciones a cargo de la entidad. Durante el tiempo que dure la intervención, no podrá decretarse ni practicarse embargo sobre los bienes de la entidad intervenida, que se encuentren garantizando las obligaciones cuyo pago haya sido suspendido o limitado.
- d) Restringir o prohibir la distribución de utilidades o excedentes salvo con autorización previa de la Superintendencia.

- e) Ordenar la reorganización de la entidad intervenida, incluyendo la separación temporal o definitiva de cualquier funcionario o empleado.

Artículo 140. **Reglas para la intervención.** La intervención a que se refiere el inciso c) del artículo anterior se regirá, además, por las siguientes reglas:

- a) La resolución en la que se ordene tendrá recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación, pero será ejecutoria a partir de la notificación al personero legal de la entidad de que se trate. Si no hubiere personero legal a quien notificarle la resolución, esto no será motivo para impedir la práctica de la intervención. La resolución del recurso de reconsideración o la resolución inicial, si el recurso no fuere interpuesto en tiempo y forma, agotará la vía administrativa. Contra la resolución que ordene la intervención de una entidad fiscalizada no procederá la suspensión de los efectos en vía judicial.
- b) La representación judicial y extrajudicial de la entidad, en la forma acordada por el Consejo Directivo, se acreditará mediante la publicación del acuerdo respectivo en el Diario Oficial. Además, el Consejo Directivo ordenará dar aviso de inmediato al Registro Mercantil para que, de oficio, practique los asientos registrales que correspondan.
- c) Mientras dure el estado de intervención, ningún bien de la entidad intervenida podrá ser embargado ni rematado; tampoco podrá ser declarado ningún procedimiento concursal contra ella.
- d) La intervención no podrá exceder de un año. Treinta días naturales antes de vencer el plazo por el que se haya ordenado la intervención, el Consejo Directivo deberá decidir, previa consulta a los interventores designados, si permite a la entidad continuar con sus operaciones o si solicita, al juez competente, la liquidación o quiebra.
- e) Todos los gastos que demande la intervención de una entidad financiera correrán con cargo a los activos de esta. Los interventores designados deberán presentar al Superintendente un informe mensual pormenorizado de todos los gastos en que se haya incurrido. El Superintendente estudiará la razonabilidad de estos y tendrá la potestad de improbar los que no considere pertinentes; asimismo, determinará el monto de la remuneración de los interventores, si fuere del caso. Los gastos de la

intervención serán cancelados mensualmente, conforme lo permita el flujo de caja de la entidad.

En caso de quiebra, los gastos de la intervención que fueren aprobados y no hubieren sido cancelados serán considerados a cargo de la masa, conforme a los artículos 886 y 887 párrafo segundo del Código de Comercio. La legalización de tales créditos corresponderá a los interventores designados.

- f) El Superintendente deberá vigilar el proceso de intervención y velar por el cumplimiento de las condiciones de la intervención acordadas por el Consejo Directivo. Este podrá, en cualquier momento, previa consulta al Superintendente, sustituir al interventor o a los interventores, si considera que no cumplen adecuadamente sus funciones.
- g) Las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras, no estarán sujetas a los procedimientos de administración por intervención judicial o a convenios preventivos, sino exclusivamente a los previstos en esta ley.

Procedimiento, infracciones, sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera

[Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica]ⁱⁱ

Artículo 151. **Obligatoriedad del procedimiento.** El procedimiento que se establece en este capítulo será de observancia obligatoria cuando el acto final adoptado por el Superintendente o el Consejo Directivo conlleve a la imposición de sanciones administrativas.

Artículo 152. **Procedimiento.** El Superintendente, de oficio o por denuncia, iniciará el procedimiento administrativo que corresponda y podrá designar un órgano director. El presunto infractor será impuesto de los hechos que se le atribuyen, otorgándole un plazo no menor de tres días ni mayor de ocho días, todos hábiles, para que se refiera por escrito a los hechos y ofrezca la prueba que considere oportuna. El emplazamiento deberá notificarse en el domicilio que, para tal efecto, las entidades fiscalizadas deberán tener señalado en el registro de la Superintendencia.

La prueba deberá ser evacuada, cuando así corresponda, en una audiencia convocada al efecto con ocho días de anticipación, en la cual podrán estar presentes las partes. La ausencia injustificada de la parte no impedirá que la comparecencia para la evacuación de la prueba se lleve a cabo.

Artículo 153. **Procedimiento posterior a la audiencia.** Terminada la audiencia señalada en el artículo anterior, el expediente quedará a la orden del Superintendente, para que adopte la resolución final, en un plazo de quince días. Dicha resolución será apelable ante el Consejo Directivo, el cual deberá resolver en un plazo improrrogable de quince días.

Artículo 154. **Expediente previo a sanciones.** Los supervisores auxiliares podrán ser sancionados por el Superintendente, previo expediente levantado por la Superintendencia, de la siguiente forma:

- a) Amonestación escrita cuando, por responsabilidad propia, no entreguen a tiempo y en forma completa sus informes a la Superintendencia.
- b) Suspensión del registro por un período de tres meses a un año cuando, por responsabilidad propia y en dos oportunidades consecutivas o cinco alternas, no entreguen a tiempo y en forma completa sus informes a la Superintendencia.
- c) Suspensión del registro por un período de uno a cinco años cuando, por negligencia, no informen de la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera a la Superintendencia.
- d) Exclusión definitiva del registro, cuando en sus informes omitiera información o suministrara o avalara información confusa o falsa de una entidad fiscalizada con el fin de ocultar la situación financiera real o los riesgos de la entidad, evadir los encajes u ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera.

Los supervisores auxiliares serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de las faltas a que se refiere este artículo.

(Así reformado por el artículo 84 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000).

Artículo 155.- **Sanciones.** Una entidad fiscalizada podrá ser sancionada por el Superintendente cuando cometiera alguna de las siguientes infracciones:

a) Con la prohibición de participar en el mercado cambiario, por un período de uno a noventa días, o con la obligación de encajar, en el Banco Central, el ciento por ciento (100%) de todos los recursos provenientes del incremento de sus pasivos por un período de uno a noventa días cuando:

i) Apercebida por escrito, persistiere en alterar los registros contables o presente en ellos información falsa, imprecisa o incompleta.

ii) Apercebida por escrito, no registrare las operaciones de acuerdo con las normas dictadas por la Superintendencia, según lo establecido en el artículo 128, inciso g) de esta ley.

iii) Se negare a proporcionar a la Superintendencia o al público, en los plazos o en la forma establecidos, la información sobre su situación jurídica, económica y financiera y sobre las características y costos de sus servicios y operaciones activas y pasivas, según lo establecido en el artículo 128, inciso k) de esta ley.

iv) No publicare nuevamente, en los plazos establecidos para ello, los estados financieros con las correcciones o ajustes sustanciales ordenados por el Superintendente, según lo dispuesto en el artículo 128, inciso k) de esta ley.

b) Con la prohibición para realizar operaciones activas por un período de uno o noventa días, cuando:

i) Altere los registros contables o presente información falsa o incompleta, con el propósito de ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136.

ii) Sobrepase los límites máximos establecidos para las operaciones activas, directas o indirectas, que puede realizar con una persona natural o jurídica o con un grupo de interés económico o vinculado, según lo dispuesto en el artículo 135.

iii) Sobrepase los límites de sus posiciones propias en moneda extranjera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 135.

c) Con una multa igual al uno por ciento (1%) de su patrimonio, la cual ingresará a la Tesorería Nacional, cuando:

i) Efectúe operaciones, activas o pasivas, con sus accionistas, representantes, directivos, gerentes o los parientes de estos hasta el tercer grado por consanguinidad o segundo grado por afinidad o con las empresas vinculadas a estos, según lo dispuesto en el artículo 135, en condiciones diferentes a las aplicadas en las operaciones del giro normal con terceros independientes, cuando ello implique un riesgo para la liquidez o la solvencia de la entidad.

ii) Efectúe operaciones, activas o pasivas, con otras empresas integrantes del mismo grupo financiero, en condiciones diferentes a las aplicadas en las operaciones del giro normal con terceros independientes.

iii) Permita que, en sus instalaciones, se realicen actividades de intermediación financiera no autorizada, por parte de personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación.

iv) Los directores, gerentes, subgerentes, representantes o auditores internos se rehusaren a prestar declaración sobre el estado financiero y las operaciones del establecimiento.

d) Con una multa igual al cinco por ciento (5%) de su patrimonio, cuyo monto ingresará a la Tesorería Nacional, cuando:

i) No comuniquen a la Superintendencia de inmediato, cualquier cesación o suspensión de pago.

ii) Impida u obstaculice la inspección o supervisión de sus operaciones, mediante actos tales como impedir el acceso al personal de la Superintendencia a las instalaciones de la entidad.

e) Con la suspensión, por el término de quince años, del acceso al redescuento, a la captación de recursos en cuentas corrientes y a la posibilidad de mantener secciones de ahorro, a las entidades financieras privadas que incumplieren con los requisitos establecidos en los artículos 52 y 162, incisos c) y g) de esta ley.

No procederá la aplicación de las multas previstas en este artículo cuando una entidad fiscalizada se encuentre intervenida por la Superintendencia.

(Así reformado por el artículo 84 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000).

Artículo 156.- **Deber de la Superintendencia.** La Superintendencia deberá velar porque en el territorio costarricense no operen personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación, que de manera habitual y a cualquier título realicen actividades de intermediación financiera, de captación de recursos de terceros u operaciones cambiarias sin autorización. Como medida precautoria, la Superintendencia, cuando así lo autorice una autoridad judicial, dispondrá la clausura de las oficinas en donde se estuviese realizando esa clase de actividades, para lo cual podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública.

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

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

Artículo 157. **Penas de prisión.** Será sancionado, con pena de prisión de tres a seis años, el que:

- a) Realice intermediación financiera sin estar autorizado.
- b) Permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.

La entidad autorizada que permita o autorice los hechos a que se refiere el inciso b) será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados.

Artículo 158. **Reducción de la pena.** Se impondrá pena de prisión de tres a seis años al que:

- a) Registrare, alterar, permitiere o consintiere la alteración de registros, para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas o para afectar la composición de activos, pasivos, contingentes o resultados.
- b) Proporcione, a la Superintendencia General o a los órganos supervisores auxiliares, datos o informes falsos o inexactos, con el propósito de ocultar la verdadera situación financiera o los riesgos de la entidad, de evadir los encajes u ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera.

Cuando los hechos a que se refieren los dos incisos anteriores se realizaren por culpa grave inexcusable, la pena se reducirá a la mitad.

Artículo 159.- **Penas para funcionarios de entidades fiscalizadas.** Los directores, administradores, gerentes o apoderados de una entidad sujeta a la fiscalización de la

Superintendencia, que incurrieren en las conductas a que se refiere el artículo 241 del Código Penal (autorización de actos indebidos), serán sancionados con pena de prisión de tres a seis años.

Artículo 160. Trámite de denuncias. El Superintendente e Intendente Generales serán responsables de denunciar, al Ministerio Público, los actos ilícitos de que tuviere conocimiento, para que se impongan las sanciones señaladas en la presente ley y otras leyes conexas, por medio de los tribunales competentes, a las entidades fiscalizadas, así como a los directores, apoderados, funcionarios y empleados que infrinjan las disposiciones legales respectivas.

Al momento de sentar la denuncia, las entidades fiscalizadas deberán constituir una provisión contable, por un monto equivalente al de la posible responsabilidad estimada por el Superintendente, hasta que se dicte sentencia.

Los actos ilícitos denunciados por la Superintendencia al Ministerio Público, relacionados con una entidad fiscalizada o sus directores, apoderados, funcionarios o empleados, deberán ser puestos en conocimiento de la asamblea de sus miembros, la cual deberá ser convocada de inmediato.

Artículo 161. Situación especial de entidades estatales. Cuando se trate de entidades financieras pertenecientes al Estado y a los bancos organizados como entidades de Derecho Público, se entenderá que la asamblea de miembros está integrada por el Consejo de Gobierno, salvo en el caso del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, en el cual dicho órgano será la Asamblea de los Trabajadores, definida en su ley orgánica. La Superintendencia ejercerá sus atribuciones de igual forma que con los entes privados, excepto que no podrá pedir su quiebra ni su liquidación. En su lugar, deberá informar a la Asamblea Legislativa.

JURISPRUDENCIA

1. Las Competencias de la SUGEF Durante la Supervisión de Entidades Financieras

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

“VIII. REGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. Antes de cualquier otra consideración sobre la responsabilidad que se reclama, es pertinente hacer algunas observaciones sobre el tema. Desde que el Estado es persona sometida al Derecho y parte esencial del engranaje democrático, es **responsable**. En abandono ha quedado aquella inmunidad absoluta de quien ejerce el poder. La conocida expresión del “ *Estado soy yo*”, fue pulverizada con la reelaboración del sistema político moderno, en tanto sojuzga con el bloque de legalidad a todo aquel que ostenta posición de poder público, y le otorga como contrapartida, responsabilidad por su conducta antijurídica. El deber de reparación que hoy se impone al Estado y a la Administración por los daños que cause, es principio ineludible de cualquier estructura constitucional. Es verdad que para la concreción de tal instituto, hubo necesidad inicialmente de echar mano al régimen jurídico común (Código Civil). Sin embargo, avanzado el siglo pasado en sus primeros pasos, puede afirmarse que quedó superado el régimen exclusivamente subjetivo de la responsabilidad de la Administración Pública. Atrás han quedado los esfuerzos de una interpretación ampliativa, que con loable tesón (pero con débil resultado técnico-jurídico), buscaba el acomodo de la responsabilidad aquiliana de la autoridad pública en los conceptos de la culpa y el dolo. Desde la segunda mitad del siglo XIX (1873), quedó claro en el régimen jurídico francés, que las normas del Código Civil no se avienen a este particular espectro de conductas públicas, pues desde un inicio resulta insuficiente su perspectiva bidireccional en el fenómeno de la lesión extracontractual. El desprendimiento (que no abandono) del régimen jurídico común, fue tan claro como necesario. La estructura normativa civil no daba ni da explicación suficiente y satisfactoria al compromiso del patrimonio público por virtud de una conducta individualizada o global (conjunta), de aquél o aquellos que, en el anonimato de la organización, integran y ejercitan la función pública; en tales supuestos, las más de las veces resulta inviable la tradicional figura de la culpa *in eligendo* o bien *in vigilando*. Esto dio pie, entre otras cosas, a la construcción de las **faltas de y del servicio**, para ingresar con posterioridad en el cúmulo de ellas, lo que amplió aún más la distancia ya creada con el origen común de la reparación civil en este campo. Es a través del **cúmulo de faltas**, que se logra enlazar la conducta del funcionario o servidor con la responsabilidad directa y solidaria de la Administración, aún y cuando se trate de una ilicitud o anormalidad íntegra del sujeto que actúa en ejercicio de sus funciones (ello

ha permitido la creación de la **falta impura**, elaborada bajo el enfoque del sujeto “activo” o productor del daño y su conexión con la autoridad pública). Las particularidades de un régimen propio quedan sentadas luego, cuando se compromete al órgano o ente público en aquellos supuestos en los que el titular directo en la causación del daño, viene representado por un sujeto físico o jurídico, en calidad de “tercero”, vinculado tan sólo al ente por medio de circunstancias o instrumentos públicos que le permiten o facilitan la producción del hecho dañoso (aspecto que se cubre con el desarrollo de la figura del **nexo de ocasionalidad causal**). A dicha interrelación se aproxima con iguales resultados (la solidaridad en la obligación indemnizatoria), aunque no con identidad sustancial de la figura, la hipótesis de la responsabilidad de la Administración ocasionada a tercero por acción u omisión del co-contratista de aquélla (*la transferencia de la actividad o servicio público a un tercero, se ha dicho, no enerva la responsabilidad del órgano o ente como titular originario*). Frente a tal estado de cosas, no fue difícil prever y formular el extraordinario salto cualitativo en esta materia, que permitió alcanzar la responsabilidad de la Administración y del Estado frente a conductas tanto administrativas como de orden legislativo, que aunque conformes con las normas jurídicas de rango superior (y por tanto válidas), producen una lesión en la esfera jurídica de la persona, ya sea directa o colateral, en su origen o en su resultado (responsabilidad por **conducta lícita y normal**, así como por **actuación legislativa**). De esta evolución e independencia de la materia ha dado cuenta ya la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al señalar lo siguiente:

"... V. Los conceptos de responsabilidad de la Administración Pública y del deber de indemnizar han evolucionado mucho en el derecho occidental. En la antigüedad no se concebía la responsabilidad estatal proveniente del daño o el perjuicio que la actividad de la Administración o de sus agentes pudiera producir a los administrados. Más tarde, se admitió, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos al individuo, frente al Estado. Luego aparecieron las teorías de los actos de gestión y actos de autoridad. En los primeros, las actividades caen en la esfera del derecho privado por existir una igualdad de derecho entre las partes; los otros se refieren a las actividades regladas por el derecho público, donde hay una desigualdad de derechos que caen en el dominio de las relaciones de poder, para determinar así que, si el acto perjudicial es un acto de autoridad, entonces el Estado no es responsable, porque las decisiones nacen de su soberanía y no de un derecho de carácter patrimonial. Posteriormente fueron abandonadas estas teorías, para entrarse a analizar la responsabilidad del Estado, merced a lo cual se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar una responsabilidad estatal, pero ella se subordinó a la existencia de una falta de servicio. Se estableció que existía falta de servicio si al cumplirse la función se causaba un daño. Ello aún cuando el funcionario ejerciera su labor como tal, si al hacerlo, actuó con negligencia, o incurriendo en

omisiones, o errores vinculados al servicio, o cuando no se cumplía la función debiendo realizarse, o se efectuaba en forma tardía. Quedó establecida además, la falta del funcionario o falta personal, que es aquella en que se incurre cuando éste se extralimita en sus atribuciones. Luego se aceptó que ambas faltas podían coexistir, y aunque diferentes, podían concurrir a la producción de un daño si la falta personal estaba ligada a la ejecución de un servicio público. Por último, se arriba a la última etapa de la evolución para reconocer la responsabilidad de la Administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin necesidad de probar la culpa del funcionario encargado de su prestación ..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. 263 de las 15:30 hrs. del 22 de agosto de 1990.

IX. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, se enmarca, por tanto, dentro de un régimen objetivo, que engloba en su fundamento en la existencia del daño antijurídico causado por la conducta administrativa, en tanto es comprensiva de la actuación formal material y la disfunción administrativa y en el principio del equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura esencialmente, la reparación indemnizatoria a quien ha sufrido una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere), si es que lo pretende. Esto ocasiona, sin duda, un giro copernical en el enfoque mismo de su fundamento, ya que habrá responsabilidad de la Administración siempre que la víctima no tenga el deber de soportar el daño, ya sea este de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. A partir de allí, es patente la reversión de los componentes y efectos del instituto en pleno. Tanto los presupuestos esenciales como la carga de la prueba, adquieren un nuevo matiz, que libera al afectado no solo de amarras sustanciales sino también procesales, y coloca a la Administración en la obligada descarga frente a los cargos y hechos que se le imputan. En todo caso, el carácter objetivo de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, fue definido con claridad en la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 132 de las 15 horas del 14 de agosto de 1991, para un hecho posterior a la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública, en la que dijo: "VI. Nuestra Ley General de la Administración Pública N° 6227 de 2 de mayo de 1978, vigente desde el 26 de abril de 1979, conforme lo señala la sentencia de esta Sala N° 81 del año 1984, al resolver la polémica sobre su vigencia, en el Título Séptimo del Libro Primero recogió los principios más modernos, fundados en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad

de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo -artículo 196-. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero -artículo 190-; y la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión -artículo 191-...". (Lo subrayado no es del original). En este mismo sentido, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias de esa misma Sala números 138 de las 15:05 hrs. del 23 de agosto; 192 de las 14:15 hrs. del 6 de noviembre, ambas de 1991; 48 de las 14:10 hrs. del 29 de mayo de 1996 y 55 de las 14:30 hrs. del 4 de julio de 1997.) A la luz de lo dispuesto en dichos precedentes, y como bien lo dispuso del A-quo, nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Ley General de la Administración Pública, adopta el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración Pública. Por ello, no es necesaria la existencia -y, por ende, su demostración-, del dolo o la culpa o, en general, una falta subjetiva imputable a los servidores o funcionarios públicos para que surja el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por su funcionamiento. Además establece, en forma taxativa, como causas eximentes de esa responsabilidad, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, correspondiéndole a la Administración acreditar su existencia, lo cual no sucedió en el sub- júde. (sentencia de SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 025-F- 99, a las catorce horas quince minutos del veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve). (En igual sentido puede verse las sentencias de esta misma Sala N° . 589-F-99 de 14:20 hrs del 1º octubre de 1999 y N° 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). No debe olvidarse que tres son los elementos que determinan el régimen de la responsabilidad pública, la cual, es de carácter esencialmente objetivo: 1) La existencia de un daño antijurídico; 2). La conducta de la administración; y 3). El nexo causal entre estos dos elementos los cuales se analizarán en detalle posteriormente.

X. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.-

Esa evolución del instituto de comentario, que desemboca en la responsabilidad objetiva indicada, encuentra asidero pleno en la normativa constitucional vigente (numerales 9, 11, 33, 41, 45 y 50 de la Constitución Política), de la que se obtienen las reglas y principios de lo que puede denominarse como el derecho de resarcibilidad plena del daño. Este axioma jurídico quedó claramente plasmado, con fundamentación expresa, clara y profunda, en la sentencia de la Sala Constitucional. N° 5207-2004, de las 14 horas y 55 minutos del 18 de mayo del 2004, que literalmente indicó: "Nuestra Constitución Política no consagra explícitamente el principio de la responsabilidad

patrimonial de las administraciones públicas por las lesiones antijurídicas que, en el ejercicio de la función administrativa, le causen a los administrados. Empero, este principio se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales. En efecto, el artículo 9°, párrafo 1°, de la Carta Política dispone que “El Gobierno de la República es (...) responsable (...)”, con lo cual se da por sentada la responsabilidad del ente público mayor o Estado y sus diversos órganos –Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. El ordinal 11°, de su parte, establece en su párrafo primero la “(...) responsabilidad penal (...)” de los funcionarios públicos y el segundo párrafo nos refiere la “(...) responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes (...)”. El artículo 34 de la Constitución Política ampara los “derechos patrimoniales adquiridos” y las “situaciones jurídicas consolidadas”, los cuales solo pueden ser, efectiva y realmente, amparados con un sistema de responsabilidad administrativa de amplio espectro sin zonas inmunes o exentas cuando sean vulnerados por las administraciones públicas en el despliegue de su giro o desempeño público. El numeral 41 ibidem, estatuye que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, este precepto impone el deber al autor y responsable del daño de resarcir las lesiones antijurídicas efectivamente sufridas por los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa a través de conductas positivas por acción o negativas por omisión de los entes públicos, con lo cual se convierte en la piedra angular a nivel constitucional para el desarrollo legislativo de un sistema de responsabilidad objetiva y directa en el cual el resarcimiento no depende del reproche moral y subjetivo a la conducta del funcionario público por dolo o culpa, sino, única y exclusivamente, por habersele inflingido o recibido, efectivamente, “(...) injurias o daños (...) en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, esto es, una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar y, por consiguiente, debe serle resarcida. El numeral 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio a favor del administrado que haya sufrido una lesión antijurídica por un ente –a través de su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita- y la obligación correlativa, de éste de resarcirla o repararla de forma integral, el acceso a la jurisdicción previsto en este mismo precepto constitucional, se convierte, así en un derecho instrumental para asegurar, forzosamente, el goce y ejercicio del derecho resarcitorio del damnificado cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la obligación referida. El artículo 45 de la Carta Magna acoge el principio de la intangibilidad del patrimonio al disponer que “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (...)”, se reconoce, de esta forma, por el texto fundamental que los sacrificios especiales o las cargas singulares que el administrado no tiene el deber de soportar o tolerar, aunque devengan de una

actividad lícita –como el ejercicio de la potestad expropiatoria- deben resarcirse. El artículo 49, párrafo 1º, de la Constitución Política en cuanto, de forma implícita, reconoce la personalidad jurídica y, por consiguiente, la posibilidad de demandar en estrados judiciales a los entes públicos, cuando incumplan con sus obligaciones constituye un claro basamento de la responsabilidad administrativa. De su parte el párrafo in fine del ordinal 49 ya citado dispone que “La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”, siendo que una de las principales formas de garantía de éstos lo constituye un régimen de responsabilidad administrativa objetivo, directo, amplio y acabado. El párrafo final del artículo 50 de la Constitución Política, en materia del daño ambiental, establece que “La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”, régimen de responsabilidad del que, obviamente, no pueden abstraerse los entes públicos de carácter económico (denominados empresas públicas-ente público) y empresas públicas (llamadas también empresas públicas-ente de Derecho privado) cuando contaminan al desplegar una actividad industrial, comercial o de servicios y, en general, el Estado cuando incumple sus obligaciones de defensa y preservación del medio ambiente a través de una deficiente actividad de fiscalización o de control de las actividades públicas y privadas actual o potencialmente contaminantes. En la hipótesis de los miembros de las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas, el artículo 188 de la norma fundamental dispone que “Sus directores responden por su gestión”. En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, el Título X del texto constitucional contiene un Capítulo V cuyo epígrafe es “Responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo”, siendo que el artículo 148 consagra la responsabilidad del Presidente por el “uso que hiciera de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva”, la conjunta de éste con el respectivo Ministro del sector “respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos” –la cual es especificada por el artículo 149 ibidem- y la del Consejo de Gobierno por los acuerdos que adopte. El principio de responsabilidad administrativa de los entes públicos y de sus funcionarios resulta complementado con la consagración constitucional del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33) que impide imponerle a los administrados una carga o sacrificio singular o especial que no tienen el deber de soportar y el principio de la solidaridad social (artículo 74), de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, es ésta la que debe soportar las lesiones antijurídicas causadas a uno o varios administrados e injustamente soportadas por éstos. Finalmente, es menester tomar en consideración que la Constitución Política recoge un derecho fundamental innominado o atípico que es el de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, el que se infiere claramente de la relación de los numerales, interpretados, a contrario sensu, 140, inciso 8º, 139, inciso 4º y 191 de la Ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el “buen funcionamiento de los servicios y

dependencias administrativas”, “buena marcha del Gobierno” y “eficiencia de la administración”. Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional. De esta forma, queda en evidencia que el constituyente originario recogió de forma implícita el principio de la responsabilidad de las administraciones públicas, el que, como tal, debe servir a todos los poderes públicos y operadores del Derecho como parámetro para interpretar, aplicar, integrar y delimitar el entero ordenamiento jurídico. Bajo esta inteligencia, un corolario fundamental del principio constitucional de la responsabilidad administrativa lo constituye la imposibilidad para el legislador ordinario de eximir o exonerar de responsabilidad a algún ente público por alguna lesión antijurídica que le cause su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita a la esfera patrimonial y extramatrimonial de los administrados.”

XI. PARÁMETROS DE IMPUTACIÓN LEGAL. EL CONCEPTO DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL Y SU DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES.-

Las particularidades propias de la responsabilidad de la Administración Pública, generadas a través de su evolución gradual, así como el carácter objetivo alcanzado (todo ello con claro fundamento constitucional), no puede interpretarse tampoco como un deber resarcitorio, irrestricto y permanente, aplicable siempre y para todas las hipótesis de lesión. Sería inaudito un régimen de tal naturaleza y materialmente insoportable para cualquier Estado con recursos financieros limitados. Por ello, se ha acudido a criterios de imputación que de alguna forma dimensionan (siempre dentro de la objetividad dicha) ese deber indemnizatorio originado por la conducta pública. De esta manera, el numeral 190 de nuestra Ley General de la Administración Pública refiere a “funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal”, de donde la legitimidad o su antítesis, hace referencia básicamente a las conductas jurídicas de la Administración, mientras que lo normal o anormal, apunta, ante todo (pero no en exclusiva), a la conducta material de la Administración, representada entre otras, por la actividad prestacional que se atribuye al Estado como parte de la categoría social que también se le asigna en procura del bienestar general del colectivo. Nótese como el artículo 194 de la indicada ley, hace referencia a los “*actos lícitos*”, bajo la concepción de actividad jurídica, distinguiéndolos en la misma norma, de lo que califica como “*funcionamiento normal*”, entendido como actividad material. De esta manera, la *anormalidad* atiende a aquellas conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto

permite señalar que la anormalidad se manifiesta a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento. **Anormalidad e ilicitud, no deben por tanto adoptarse como conceptos equivalentes**, ni siquiera en lo que corresponde a la hipótesis de aquel funcionamiento que siendo debido o conforme con las reglas antedichas, produce un resultado dañoso (denominado por algún sector doctrinal como “*funcionamiento anormal por resultado*”), pues en tal caso, lo que opera es una responsabilidad por **funcionamiento normal con efecto o resultado lesivo**, indemnizable, claro está, siempre que se cubran los requisitos preestablecidos expresamente por el propio Ordenamiento Jurídico (véase el mismo artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública). Tampoco debe confundirse esta “*anormalidad*” del funcionamiento y la “*ilegitimidad*” de éste, con la antijuricidad genérica y de base, imprescindible en toda reparación civil. En efecto, la responsabilidad civil nace de la antijuricidad, que a su vez se constituye en su fundamento (derivado algunas veces de una norma positiva, mientras que en otras, del principio básico traducido en *el deber de no dañar a otro*), y que para esta materia particular se concreta en la inexistencia de ese deber para soportar el daño. Así las cosas, si no existe el deber de sobrellevar la lesión (entendida como la consecuencia final ablativa de la conducta pública), es porque la Administración debía evitarla, o, en caso contrario y bajo ciertas circunstancias, asumir las consecuencias reparadoras de aquella que no pudo impedir, bien por imprevisible, bien por inevitable. Se produce entonces, *el incumpliendo al deber de indemnidad patrimonial de la persona*, y en ese tanto, habrá que reputar la lesión a la esfera jurídica de la víctima como antijurídica, y por ende, de obligada reparación. De esta manera, puede afirmarse que sólo es indemnizable la lesión que confrontada con la globalidad del Ordenamiento, pueda reputarse como antijurídica en su base, pues lo contrario sería afirmar la compensación por acción dañosa frente a un menoscabo que el Ordenamiento no reprocha y que, por el contrario, tolera y conciente como normal y justificado. Ha de reiterarse entonces, que para la existencia en Derecho de una reparación debida, debe existir antijuricidad antecedente y de base, lo que en modo alguno apunta a la naturaleza (legítima o ilegítima) de la conducta desplegada por el agente productor del daño, ni por el resultado que produce dicha acción u omisión. En efecto, aún en los supuestos de funcionamiento legítimo y normal, (en los que no existe ilicitud en el comportamiento), pero en los que se produce una consecuencia dañosa, que con determinadas características (intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados), se reputa como de obligada reparación, lo cual dice de su antijuricidad, tanto así, que con la lesión misma surge la obligación civil y su consecuente derecho de accionar. Se puede sostener entonces, que la antijuricidad de base, a la que se hace referencia como sustrato y presupuesto global e imprescindible para la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, es cosa distinta e independiente del parámetro de imputación utilizada por el Sistema Jurídico, pues aún en el evento de un régimen objetivo (que excluya los elementos subjetivos de la culpa

y dolo, para dar paso a una simple transferencia económica dirigida a restaurar el desequilibrio producido en la igualdad de las cargas públicas), hay antijuricidad, en la medida en que la norma declara la obligación existente bajo el presupuesto implícito de una lesión contraria a Derecho, que no debe ser soportada por la víctima. Esa reiterada antijuricidad estará siempre presente en el daño indemnizable, bien sea por funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo.

XII. LA OMISIÓN COMO CRITERIO DE ANORMALIDAD. LA OBLIGATORIEDAD DEL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS.

*En el presente caso, se reclama la responsabilidad civil extracontractual de la Administración con ocasión de la omisión del Banco Central de Costa Rica, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela, y supervisión y control, sobre el Banco Federado y demás entidades que constituían ese grupo financiero, que de haberlo ejercido, no hubiesen ocasionado los daños y perjuicios, alegados por los actores en este proceso. Además, se acusa la omisión de esa entidad de promulgar varios reglamentos dentro de los términos otorgados por la ley que los sustenta, ocasionando de igual manera, los daños y perjuicios solicitados. Ello obliga a establecer si dicha inactividad se corresponde con un funcionamiento anormal o ilegítimo de la Administración, a tenor de lo preceptuado por el numeral 190 de la citada Ley General de la Administración Pública, para lo cual es primaria la necesidad de analizar tales conceptos. En la actualidad es pacíficamente aceptado que la conducta administrativa abarca no solo el comportamiento activo de la Administración (y dentro de él, el acto administrativo) sino además, la conducta omisiva, ese “no hacer” que se ha dado en llamar inactividad de la Administración, tanto en su vertiente formal (en la medida en que se revierte en un acto presunto por silencio administrativo) como material (referida básicamente al ámbito prestacional de la organización administrativa). De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o por cualquier otro mecanismo de autovinculación (como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales), con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, **hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos.** Se trata de esa “culpa in ommittendo” en la que se incumple por inacción el deber funcional de actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más*

graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. De ahí que, ha de afirmarse de manera contundente (con fundamento y de acuerdo con lo dicho en considerandos anteriores) que la Administración Pública también es responsable por los daños y perjuicios ocasionados con su inactividad administrativa. Esa pasividad frente al cumplimiento de obligaciones preexistentes se enmarca, para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, como funcionamiento anormal de la Administración (en tanto se corresponda con una actividad material debida) y con una conducta ilegítima, que para este caso puede ser concurrente, en la medida en que el incumplimiento de lo debido no sólo atenta contra las reglas de buena administración, sino que infringe la juricidad en tanto incumple las potestades administrativas funcionales que dimanar del propio Ordenamiento Jurídico. Esto es tanto más acentuado cuanto de servicios públicos se trata, pues el incumplimiento de una actividad u obra de titularidad pública, las más de las veces, también de interés general, potencia el nivel de riesgo inherente al servicio y agudiza la afectación del colectivo, con eventual lesión directa de particulares situaciones subjetivas. (ver Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 211F- 2005 de las nueve horas con cuarenta minutos del siete de abril del año 2005).

XII - EL NEXO CAUSAL COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD.- Establecida en términos generales, que la anormalidad e ilicitud del comportamiento omisivo puede producir la responsabilidad civil de la Administración, resta por establecer si esa patológica inacción administrativa fue o no causa de la lesión reclamada, y en concreto, de las pérdidas financieras solicitadas por los actores, pues para la estimación de la demanda resulta imprescindible comprobar la existencia del nexo causal, en su tradicional noción de causa-efecto. Al respecto cabe recordar que en la producción del daño, suelen concurrir con frecuencia múltiples factores, dentro de los cuales es preciso determinar aquellos que directa o indirectamente son causa **eficiente y adecuada** del mal causado (sobre la causa próxima, adecuada y eficiente, puede consultarse la sentencia ya citada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N° 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). En esa confluencia de elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, habrá necesidad de establecer la acción u omisión apta que provocó la consecuencia; desplazando aquéllas que no han tenido ninguna influencia en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber tenido lugar, hubiesen evitado el menoscabo. Se trata de una especie de prognosis objetiva, a través de la cual se pueda afirmar que con tal acción u omisión es lógico o probable que se produzca el daño específico. Bajo esta inteligencia, la inacción que acusan los recurrentes como productora de la responsabilidad administrativa del Banco Central por motivos de anormalidad e ilicitud, consiste en la supuesta falta de fiscalización adecuada y el incumplimiento en el ejercicio de sus deberes y atribuciones legales, de fiscalización y control, en virtud de los cuales, estiman, debió haber controlado las transacciones del grupo financiero al cual pertenecía el Banco Federado y por otra parte, omitió el deber de promulgar los reglamentos dentro de los plazos

estipulados en la ley, causando con ello el descalabro económico de el Banco Federado. Dentro de un análisis del nexo de causalidad que debe asociar la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular, en el marco explicitado en los considerandos precedentes, es de estimar si esta conducta administrativa (omisiva en la especie), puede considerarse como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama.

XIII. DE LA NO PROCEDENCIA DE CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CASO CONCRETO.-

Con fundamento en las normas constitucionales y legales citadas; una vez constatada la falta u omisión de la Administración, se está ante un caso de responsabilidad por funcionamiento anormal, en el cual, no resulta posible aplicar las causales de exclusión de la responsabilidad administrativa establecidas en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, sea, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o hecho de un tercero, como lo argumentó el representante de la accionada, por cuanto los mismos fueron concebidos por el legislador para funcionar dentro del marco de la responsabilidad sin falta.(por conducta lícita o funcionamiento normal). En este sentido, debe recordarse que la responsabilidad pública por falta de servicio se deriva automáticamente del cumplimiento de los tres presupuestos señalados anteriormente, esa la existencia de un daño ilegítimo, la conducta (actuación u omisión de la Administración), y la relación de causalidad entre los dos primeros elementos. Además, este sistema está directamente relacionado con las funciones y cometidos encomendados a la Administración para la satisfacción del interés público encomendado, con lo cual, se deriva o estatuye un catálogo de obligaciones jurídicas, determinado no sólo de las normas jurídicas, según su escala normativa (Constitución Política, Tratados Internacionales, Leyes en sentido formal y material, leyes en sentido formal- Leyes de Presupuesto)-, (leyes en sentido material- planes reguladores-, normas reglamentarias y directrices), sino también de las normas técnicas, de la ciencia y la lógica (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), y por supuesto, también de los principios y valores generales, entre los que se incluyen los estándares jurídicos de continuidad, eficiencia, regularidad e igualdad (artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública), que rigen la función pública, por lo que debe derivarse la exigencia para las Administraciones, de un nivel medio en la prestación de los servicios públicos. La doctrina del Derecho Público sostiene que el término de *“buen servicio público”*, es equivalente al de *“buen padre de familia”*, propio del derecho civil. Con lo cual, demostrada la falta de servicio de la Administración Pública, automáticamente se produce el mecanismo reparador, en tanto es con ocasión de un funcionamiento anormal- esto es, por un incumplimiento tardío, negligente, omisión, o con infracción del ordenamiento jurídico- que se produce una lesión antijurídica. Aquí no importa la intensidad del daño, así como tampoco la proporción de afectados por cuanto comprobado los tres presupuestos de la responsabilidad objetiva (daño,

conducta de la Administración y relación de causalidad) habrá responsabilidad administrativa que el juez contencioso está obligado a declarar. Y en este sentido, es claro que cuando [sic] se presenta alguno de los supuestos de exclusión de la responsabilidad pública, se rompe el nexo de causalidad, lo cual es contrario a todo el régimen ideado por nuestros constituyentes y legisladores- objetivo-; de donde la única exclusión posible en estos momentos es que la Administración acredite que hubo *“buen funcionamiento”* o *“buen servicio público”*. Así, todo funcionamiento anormal convierte en antijurídico el daño que produce en la esfera del administrado, y por ello se debe declarar la responsabilidad administrativa. Nótese al efecto que al tenor del artículo 49 de la Constitución Política se creó la jurisdicción contenciosa *“con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público”*; competencia que viene a ser desarrollada en la respectiva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con lo cual, ante la constatación de un funcionamiento anormal de la Administración, por incumplimiento de los deberes jurídicos que le atañen, ya sea por atraso, negligente prestación, omisión en los mismos o infracción del bloque de legalidad, a esta instancia sólo le resta el análisis de esa falta de servicio, lo cual se traduce en la determinación de si fue grave o leve, lo cual va en relación directa con el tipo de servicio de que se trata, si es de alto, medio o bajo riesgo, de manera que, ante las faltas graves, que son aquellos errores groseros, manifiestos y de fácil constatación, siempre debe de producir la responsabilidad administrativa, pues se está ante una violación de un derecho fundamental, el relativo al buen funcionamiento de los servicios públicos. En el caso en estudio, la omisión causada es evidente, no obstante las cuantiosas advertencias del BANHVI (57), la SUGEF, como órgano contralor de las empresas que realizaban actividad de intermediación financiera, no tomó ninguna acción positiva o de prevención, lo que produjo la quiebra que motiva esta demanda.

XIV. EL MARCO LEGAL APLICABLE AL CASO CONCRETO. DEBERES Y ATRIBUCIONES DE LA SUGEF Y DEL BANCO HIPOTECARIO PARA LA VIVIENDA EN EL CASO DE LAS FUNCIONES LLEVADAS A CABO POR POR EL BANCO FEDERADO. Con la promulgación de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995), se crea una entidad adscrita al Banco Central de Costa Rica, llamada Superintendencia General de Entidades Financieras, con el fin de de llevar a cabo la fiscalización de aquellas entidades financieras que, dentro de nuestro territorio nacional realicen la actividad de la intermediación financiera. (ver artículo 115 de la citada ley), previa la autorización respectiva de dicho órgano. El mismo artículo mencionado, define qué debe entenderse por intermediación financiera, e indica: *“Para efectos de esta ley, se entiende por intermediación financiera, la captación de recursos financieros del público en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de*

documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones...". Por su parte, el numeral 117 de ese mismo cuerpo legal, define cuales son los organismos que se encuentran fiscalizados a través de la Superintendencia y expresa: "Están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia y las potestades de control monetario del Banco Central, los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito, y las asociaciones solidaristas. Además, toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera...". Esta supervisión y fiscalización debe realizarse con el fin de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional, y la Superintendencia ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización, sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera, con estricto apego a las disposiciones legales y reglamentarias, con el fin de que se cumplan a cabalidad con los preceptos que les sean aplicables; para lo cual las normas y directrices dictadas por ella, serán de observancia obligatoria para tales entidades. Para llevar a cabo tal cometido, (el de supervisión y vigilancia sobre los entes a los que debe fiscalizar), el numeral 134 de ese precepto legal faculta a la Superintendencia para que: a) El superintendente, por sí o por medio de los funcionarios de la Superintendencia, podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión o de vigilancia en las entidades fiscalizadoras, en el momento en que lo considere oportuno, independientemente de la contratación que se hubiere hecho, de conformidad con el inciso i) del artículo 128, con el fin de ejercer las facultades que le otorgan esta ley, las leyes conexas y sus reglamentos. Las entidades fiscalizadoras quedan obligadas a prestar total colaboración a la Superintendencia, para facilitar las actividades de supervisión. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia ejercerá sus funciones de fiscalización de acuerdo con lo establecido en los incisos siguientes., b) La Superintendencia podrá contratar por su cuenta supervisores auxiliares en sus labores de fiscalización, de conformidad con las siguientes disposiciones: i) El Superintendente definirá los requisitos técnicos que deben cumplir los supervisores auxiliares, con el fin de garantizar la calidad, confiabilidad e imparcialidad de los servicios. La Superintendencia podrá elaborar una lista de las personas, grupos o empresas, que reúnan estos requisitos. ii) El superintendente dictará las normas de supervisión y los programas mínimos que deban ejecutar los supervisores auxiliares, así como la frecuencia, el formato, el contenido y los plazos de entrega de los informes que deban emitir. Además el Superintendente y los funcionarios de la Superintendencia tendrán plenas facultades para revisar, sin restricción alguna, todos los documentos que respalden el trabajo de los profesionales o grupos de profesionales que actúen como supervisores auxiliares. iii). Los supervisores auxiliares podrán ser sancionados, conforme al capítulo o procedimiento, infracciones, sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera que se establece en esta ley. iv). La Superintendencia vigilará el trabajo de los supervisores auxiliares, en forma selectiva o total, según determinación del Superintendente. V) Los supervisores auxiliares deberán rendir garantía ante la

Superintendencia, de acuerdo con las normas que establezca el Consejo Directivo....”.

Esta normativa que data del año 1995, reformó la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, N° 7052 del 13 de noviembre de 1986, transfiriendo las potestades de control, fiscalización que ejercía el Banco Hipotecario de la Vivienda sobre las entidades financieras que componían el sistema financiero de la vivienda a la Superintendencia, encomendándole a aquél únicamente la condición de ente supervisor auxiliar de la Superintendencia, en relación con la fiscalización de las entidades autorizadas, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley; de conformidad con el reglamento que dictará la SUGEF, previa consulta al BANHVI, ello con base en el artículo 90 de la Ley del Sistema Financiero para la Vivienda, y transitorio III, de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de la ley, donde regulará la participación del BANHVI como ente supervisor auxiliar. Posteriormente, de la aprobación de ésta ley, se emite el Reglamento para la Supervisión Auxiliar que se publica en el diario oficial La Gaceta el 28 de octubre de 1996, sea once meses después de promulgada la ley. Dicho reglamento, establece una reforma esencial en el control y fiscalización del sector vivienda, pues establece y define, que el ente supervisor auxiliar, es el responsable ante la SUGEF, de la fiscalización auxiliar de las entidades autorizadas, asimismo **será responsable de recomendar ante la SUGEF, la adopción de medidas correctivas aplicables a dichas entidades.** Es evidente por lo tanto, que con la reforma supra citada, el BANHVI, pasa de ser el titular de la supervisión de las entidades que componen el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, a ser un ente colaborador de la SUGEF en dicha supervisión, y con las facultades y atribuciones que le conferiría esta última institución al aprobar el reglamento señalado, ello como se dijo con base en el transitorio III de la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995. Así de la transferencia de competencia operada por ley, el BANHVI, contribuirá, asistirá y ayudará a la SUGEF en la labor de fiscalización de aquellas entidades financieras autorizadas, pero a esta última función se la atribuye la ley en exclusiva a la SUGEF.

XV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL GRUPO FEDECRÉDITO. De conformidad con los numerales 141 y siguientes de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, los grupos financieros, se encuentran constituidos por una sociedad controladora y por empresas dedicadas a prestar servicios financieros organizadas como sociedades anónimas, tales como bancos, empresas financieras no bancarias, almacenes generales de depósito, puestos de bolsa, sociedades de inversión, empresas en arrendamiento financiero, así como bancos o financieras domiciliados en el exterior, acreditados como tales por la autoridad foránea correspondiente. Además, la Junta Directiva del Banco Central (hoy al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, órgano creado por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7732 de 17 de diciembre de 1997), podrá autorizar a otras empresas nacionales o extranjeras como parte del grupo, siempre y cuando se dediquen a la actividad financiera exclusivamente. Como

excepción, el grupo financiero podrá tener una o varias sociedades propietarias o administradoras de los bienes muebles o inmuebles del grupo [sic]. En el caso de cooperativas de ahorro y crédito la empresa controladora podrá ser un organismo de naturaleza cooperativa. En autos, el Grupo Fedecrédito era la casa matriz con un Consejo Directivo, y se encontraba formado por varias cooperativas, entre otras por Unicoop, Vivierendacoop, Bancoop, anteriormente Unicoop, el Banco Federado R.L., Coovivienda, Audicoop, y de Caja Central, por lo que de acuerdo con el tránsito XI, debían encontrarse regulados por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en lo que interesa a ellos, y además por el reglamento sobre grupos financieros, que debía dictar la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica. Dicho reglamento, conforme a la Ley Orgánica del Banco Central debió ser dictado por la SUGEF, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esa norma. Sin embargo, no fue así, pasaron dos años y cinco meses desde que se inició la supervisión de la SUGEF sobre las entidades autorizadas del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, sin que se hubiese emitido dicho reglamento, provocando un vacío legal a todas luces contraproducente para el buen funcionamiento de las entidades financieras del sector vivienda. Ello ocasionó desorden económico dentro del Grupo Fedecrédito, pues se transfirieron fondos sin control alguno del Banco Federado a otras entidades pertenecientes al Grupo Fedecrédito para solventar su déficit crediticio y cancelar deudas contraídas, y por otra parte se otorgaron créditos sin garantías suficientes, a lo que también había que hacerle [sic] frente; provocando la crisis económica del Banco Federado, de la cual no pudo recuperarse, y ante esta situación se tuvo que solicitar la quiebra de éste. Cabe señalar también, que la SUGEF, conocía de estas irregularidades y pese a ello no actuó conforme a las potestades que la propia ley le otorgaba, y pese al conocimiento de que la crisis económica venía años atrás, sea a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, al no ejercer adecuadamente la SUGEF, sus facultades de supervisión y control, y al no emitir oportunamente los dos reglamentos que con base en los tránsitorios III y XI de esa misma normativa debía emitir. Estas anomalías financieras y la crisis económica era de conocimiento de la SUGEF a través de los informes que el BANHVI le envió y pese a ello hizo caso omiso a tal situación provocando el descalabro financiero y ante esta situación fue cuando en el año de 1998, la Superintendente en la Sesión 27-98, artículo 4 del día 10 de agosto de 1998, le informa al Consejo Nacional sobre la precaria situación financiera por la que atravesaba Coovivienda. Las irregularidades de Coovivienda, llegaron a una situación que es calificada como de grado tres, antes de la solicitud de quiebra, y pese a ello la SUGEF omitió realizar el control y fiscalización que la propia ley le confería, a través de acciones directas y contundentes pese a la inexistencia del reglamento. Una vez más omite la SUGEF, el deber jurídico contemplado en la Ley de supervisar y controlar a estas entidades financieras, sobre todo en este caso que se trataba del sector vivienda. El numeral 135 de la Ley Orgánica del Banco Central le otorgaba las herramientas necesarias para actuar; sin embargo no

lo hizo, facilitando la crisis del sector cooperativo. Esta crisis económica de Coovivienda, trajo como consecuencia, la falta de liquidez del Banco Federado, y por ende su quiebra, al tenerlo desprovisto de capital necesario para su funcionamiento.

XVI. LA EMISIÓN TARDÍA DEL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN POR PARTE DE LA SUGEF.- La SUGEF debía dictar dentro de los siguientes seis meses posteriores a la entrada en vigencia de esa norma, el reglamento, donde se determinaría la participación del BANHVI como ente supervisor auxiliar de ella, y cuáles serían sus atribuciones y potestades. Sin embargo, la SUGEF no emitió tal reglamento dentro del plazo otorgado por la ley, sino que lo emitió el 24 de septiembre de 1996, comenzando a regir el 28 de octubre de ese mismo año, cuando se publicó en el diario oficial. Es decir once meses después de estar vigente la ley. En consecuencia, de haberse emitido este reglamento dentro del plazo establecido en la ley, el BANHVI hubiese tenido la posibilidad de frenar el endeudamiento de las entidades autorizadas mediante la eliminación de la garantía del Estado o en su defecto suprimirle a dichas entidades la condición de entidad autorizada; sin embargo al no existir tal instrumento legal, lo único que pudo hacer el Banco Hipotecario de la Vivienda, fue advertir a la SUGEF de la crisis en que se encontraba el grupo Fedecrédito. Tan es así que se le enviaron cincuenta y siete informes por parte del BANHVI a la SUGEF, en los cuales se le indicaban las irregularidades que se estaban cometiendo concretamente en Coovivienda, entidad perteneciente al grupo fedecrédito. (ver el informe de minoría de la fracción del PUSC a folios 421 y siguientes del expediente judicial).

XVII. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES FINANCIERAS EN EL CASO CONCRETO. De conformidad con lo antes expuesto, ha quedado demostrado a todas luces, dos incumplimientos graves por parte de la SUGEF. Primero: El promulgar tardíamente el Reglamento de Supervisión Auxiliar, que regularía la participación del BANHVI al ser, a partir de ese momento, un órgano auxiliar de control de la Superintendencia. Segundo: Entre tanto se promulgaba el citado reglamento, con un retraso de once meses en su promulgación y entrada en vigencia, la SUGEF tampoco, cumplió con los deberes que la propia Ley le encomendó a partir del 3 de noviembre de 1995, sea la supervisión y fiscalización del Banco Federado, ello con base en el numeral 119. Es decir incumplió un deber jurídico que la ley le atribuyó como órgano fiscalizador y supervisor con respecto a las entidades financieras que se encontraban autorizadas para ejercer tal actividad. En consecuencia, bien puede concluirse que existiendo reglamento o sin él, hubo evidente incumplimiento de los deberes que la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica le encomendó a la SUGEF, lo que produjo la quiebra del Banco Federado, ocasionando con ello graves daños a sus acreedores como miembros de la colectividad. Es necesario insistir en este sentido, pues la normativa legal facultaba a ese órgano a ejercer un control directo y efectivo sobre las

entidades financieras autorizadas del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, aún sin que existiese reglamento. En este sentido recordar que la función reglamentaria es subsidiaria y complementaria de la ley. Sin embargo, la entidad con competencia contralora no lo hizo, pese a lo regulado en el numeral 119 de la citada norma; por tal motivo es clara entonces, la responsabilidad en que incurrió la SUGEF, por omisión de los deberes jurídicos encomendados concretados en dos direcciones a saber: En primer lugar, le atribuye la supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera, y en segundo lugar, la facultad de dictar normas reglamentarias oportunas para el buen funcionamiento de estas entidades; competencias no excluyentes entre sí, pues de no promulgar a tiempo el reglamento que determinó la ley, en nada obstaculizaba la posibilidad de ejercer las facultades otorgadas por la norma, sean de fiscalización y de supervisión. (artículo 119). Por otra parte, la fiscalización realizada por ese órgano fue tardía, pues dejó transcurrir más de dos años desde que el BANHVI, le advirtió acerca de la crisis económica que afrontaba Coovivienda y de la transferencia irregular [sic] del patrimonio del Banco Federado a ella, con el fin de poder solventar sus deudas. Esto trajo como consecuencia que el Banco, cesara en sus pagos y fuese necesario solicitar la quiebra del mismo.

XVIII. CONCLUSIÓN. Con base en lo dicho en los considerandos anteriores, este Tribunal por mayoría, concluye que a partir del mes de noviembre de 1995, el responsable directo de supervisar las entidades del Ssistema [sic] Financiero Nacional para la Vivienda, es la Superintendencia General de Entidades Financieras, órgano adscrito al Banco Central de Costa Rica. Que a partir de ese momento dicho órgano incurrió en dos omisiones de especial gravedad, las cuales acarrearón una crisis económica de Coovivienda, y por lo tanto la quiebra del Banco Federado. La primera omisión, se refiere al no ejercicio de las potestades de control y fiscalización otorgadas por la propia Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, con base en el numeral 138 y siguientes, y; la segunda, la omisión en la promulgación dentro de los términos conferidos por los transitorios III y XI de ese mismo precepto legal, de los reglamentos que debían regular la participación del BANHVI como órgano supervisor auxiliar y el Reglamento que regularía la actividad de los grupos económicos. A este respecto, es necesario resaltar que al contestar la demanda, el Superintendente aceptó la existencia de los informes que envió el BANHVI a la superintendencia, (ver hechos IX de la contestación de la demanda; y así como también la omisión en la debida prontitud de ambos reglamentos. (ver hecho X de la misma contestación). Ante tal situación no resta más que acoger la demanda interpuesta en todos sus extremos, motivo por el cual debe condenarse al accionado al pago de los daños y perjuicios ocasionados con ocasión de las omisiones en que incurrió en su actuar.

XIX - DE LOS DAÑOS RECLAMADOS. Los actores piden una indemnización por los daños y perjuicios causados, con ocasión de la conducta omisiva de la SUGEF. Respecto

de los primeros, estima la mayoría de este Tribunal, que los mismos son procedentes, en tanto [sic] se refieren al capital que adeuda la quiebra del Banco a los actores, y el perjuicio referido a los intereses legales a partir del 2 de septiembre de 1998, fecha en que se acordó la quiebra del Banco Federado R.L., los cuales deberán ser liquidados en la [sic] vía de ejecución de sentencia. Respecto del daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección), se advierte que este se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral “subjetivo”, “puro”, o de afección, y daño moral objetivo, u “objetivado”. El daño moral subjetivo se produce, cuando se ha lesionado un bien extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir etc., vg., el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño en la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido etc). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicas valiables (vg. El caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc), del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo, al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño, óbice para fijar su importe. La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud), y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se repunte como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados. (Ver Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No 360-02, de las once horas diez minutos del tres de mayo del año dos mil dos). En cuanto al punto a la resarcibilidad del daño moral, cabe indicar que no es válido el argumento

conforme al cual el resarcimiento del daño moral implica la dificultad de lograr una equivalencia entre el daño y la indemnización pecuniaria (“pecunia doloris”); por cuanto en el supuesto del daño moral objetivo la reparación resulta ser más fácil de cuantificar, y si bien en la hipótesis del daño moral subjetivo resulta un poco más difícil, de ello no cabe inferir la imposibilidad, además también en los supuestos del daño patrimonial se plantean serios problemas en su tasación. Es preferible compensarle al damnificado, de alguna forma, su dolor físico y aflicción de ánimo que obligarlo a soportar su peso y otorgarle así un beneficio al causante del daño, dejándolo impune. Si bien el dinero, en el caso del daño material, reintegra la esfera patrimonial lesionada de la víctima al estado anterior a la causación del mismo (“restituo in integrum”), es igualmente cierto que en los casos de daño moral cumple una función o rol de satisfacción de la aflicción o dolor padecido, operando como compensación del daño infligido, sin resultar por ello moralmente condenable, pues no se trata de pagar el dolor con placer, ni de ponerle un precio al dolor. Tan sólo se busca la manera de procurarle al damnificado satisfacciones equivalentes a las que se vieron afectadas. Como se ve, la reparación del daño moral resulta ser consecuente con los más altos principios de justicia (*neminem laedere*), y según se verá, con la correcta hermenéutica de nuestros textos de derecho positivo, no pudiendo anteponerse para justificar su irresarcibilidad el valor de la seguridad jurídica, ante la imposibilidad de prever con cierto margen de certeza el cuántum indemnizatorio, ni la idea de concebirse como un daño metajurídico afincado en el ámbito de la moral o razones pseudo éticas como el intercambio del dolor por el hedonismo, pues el ordenamiento jurídico lo que hace es brindar una solución ante el conflicto de intereses, dándole al damnificado la posibilidad de procurarse otras satisfacciones sustitutivas a él y a su familia. Por último, precisa indicar que la reparación del daño moral también encuentra su piedra angular en el reconocimiento de la persona humana como el eje alrededor del cual gira el Derecho, persona con el derecho a un equilibrio en su estado psíquico y espiritual, cuyas alteraciones deben repararse. En el caso bajo estudio, los actores, realizaron depósitos de dinero, ante el Banco Federado, confiando en él y en la SUGEF, como ente regulador de él; dineros que fueron en algunos casos los ahorros de toda una vida, o fondos provenientes de sus actividades comerciales con el fin, de que generaran una ganancia lícita y que de la noche a la mañana fueron despojados de ellos, en virtud de la falta de regulación y control que no ejerció en forma debida la entidad fiscalizadora antes dicha. Ello trajo como consecuencia, la existencia de un daño moral subjetivo, el cual deberá ser indemnizado por la accionada. Ante tal situación, será en la fase de ejecución de sentencia que se determinará este tipo de daño causado a los actores.”

2. Sobre el Plazo de Intervención de una Entidad Financiera y la Declaratoria de Quiebra

[Sala Segunda]^{iv}
Voto de mayoría

"I. Por los problemas que acarrea la declaratoria de quiebra de un comerciante, persona física o jurídica, han surgido instituciones que, pretenden evitar la liquidación mediante el saneamiento de la empresa. Sin embargo, se requiere que el comerciante que se va a someter a control, por parte de la autoridad judicial, tenga posibilidades de recuperarse, porque no tienen por objeto las instituciones preconcursales, dilatar la declaratoria de una quiebra inevitable, sino que, una empresa con dificultad temporaria, supere un momento crítico en sus finanzas y vuelva a desenvolverse normalmente en sus negocios. Debe tratarse en todo caso, de una empresa saneable; que no haya caído en estado de insolvencia. En nuestro ordenamiento legal, el Código Procesal Civil regula, en el artículo 709 y siguientes, la Administración por intervención judicial. Una normativa de carácter general, para evitar la quiebra a deudores con situación económica y financiera difícil y que tengan la posibilidad de impedir la quiebra o el concurso civil. Por su parte, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, establece un sistema de control de las entidades financieras a cargo de la Auditoría General de Entidades Financieras, que tiene entre sus fines, conforme lo establece el artículo 133 de la relacionada ley, cuando así lo decida previamente la Junta Directiva del Banco, intervenir entidades financieras privadas, que se encuentran en una situación de dificultad financiera o económica. El artículo 134 de la relacionada Ley Orgánica, regula el procedimiento a seguir, en caso de que el Banco Central ordene la intervención de una entidad financiera. Es importante establecer que, si pasado el plazo de la intervención, que no puede exceder de 180 días, al tenor de lo que dispone el inciso 4) del artículo 134, el Banco Central, por medio de su Junta Directiva, debe decidir si permite a la entidad continuar con su actividad o sí solicita autorización al juez, para pedir la declaratoria de quiebra. Sin embargo, esta solicitud, estará implícita en la solicitud de quiebra que haga el Auditor General de Entidades Financieras al juez competente, porque el acto de pedir la quiebra, implica la solicitud de la autorización. Lo anterior, encuentra apoyo en los artículos 137 y 138 de la Ley General de Administración Pública.-

II. Los representantes de las sociedades que promovieron la intervención judicial del Banco Germano Centroamericano, recurren ante esta Sala de Casación, del pronunciamiento del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, planteando el problema de si las disposiciones del Código Procesal Civil, artículos 709 y siguientes son o no aplicables a una sociedad mercantil que se desempeña como banco comercial. Alegan como motivos del recurso, la violación del artículo 709 del Código Procesal Civil por distinguir donde la ley no distingue. También alegan violación, por no aplicación,

del artículo 133 incisos 4º, 5º y 6º de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, incisos b) y g) del artículo 851 del Código de Comercio, 852, 856 y 868 del mismo Código. Alega como violado por falta de aplicación el artículo 722 del mismo cuerpo de leyes. El Código de Comercio, es la normativa que viene citando, pero por los argumentos, debe entenderse que es del Código Procesal Civil y su inconformidad se origina, en la falta de audiencia al deudor, para que propusiera un convenio preventivo.-

III. Analizados los argumentos del recurso, concluye esta Sala que, no le asiste la razón a los recurrentes. Debe aclararse que los procedimientos concursales judiciales, no constituyen un requisito indispensable, necesario, para decretar la quiebra de un comerciante. Es erróneo el argumento de que, de previo a decretar la quiebra, el comerciante deba ser sometido a los procedimientos de intervención judicial y al convenio preventivo y en el caso de entidades financieras privadas, después de la intervención de la Auditoría General, tenga que someterse a intervención judicial y al convenio preventivo. No violentó, conforme a lo expuesto el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, por decretar la quiebra y desestimar la intervención judicial, los artículos 709 y 722 del Código Procesal, al omitir aplicarlos, porque, si la situación del Banco Germano Centroamericano, no es posible sanarla por medio de esos procedimientos, lo que se deduce del informe que al pedir la quiebra presentó la Auditoría General de Entidades Financieras, someterlo a una intervención judicial o a convenio preventivo, no tiene ningún fundamento, porque sería dilatar la declaratoria de quiebra, sin beneficio alguno y los procedimientos concursales, estarían destinados al fracaso desde su inicio. No son pasos o procedimientos ineludibles, la administración por intervención judicial y el convenio preventivo, para decretar la quiebra de una entidad bancaria, como pretende el recurrente; si no se dan las condiciones requeridas para los mismos, la quiebra se decreta, excepto en los casos de intervención administrativa de las entidades financieras. Por las razones ya indicadas, no se han violentado los artículos 133 incisos 4º, 5º y 6º y 134 incisos 3º y 4º de la Ley Orgánica del Banco Central por aplicación indebida. El Auditor General de Entidades Financieras, solicitó a la jurisdicción civil la quiebra del Banco Germano Centroamericano S. A., petición en la que implícitamente, solicitó la autorización a que alude el artículo 134 inciso 3) y 4), porque se trata de una autorización a la misma autoridad y resultaría carente de sentido exigir, en forma expresa y por separado dicha autorización, exigencia que además sería contraria a los artículos 137 y 138 de la Ley General de Administración Pública, que regulan el acto implícito. El Juez, al decretar la quiebra, implícitamente está concediendo la autorización, la que está subsumida en el pronunciamiento que decreta la quiebra. No resulta acertada la afirmación de los recurrentes de que se violentó el artículo 133 incisos 4º, 5º y 6º de la relacionada Ley Orgánica del Banco Central, ya que esas normas regulan el procedimiento anterior a la declaratoria de quiebra y consta en autos que se cumplió, sin que hayan dejado de

aplicarse por el Tribunal Superior Civil que conoció el asunto en grado. No hay por lo dicho, violación por falta de aplicación de los artículos 851 incisos b) y g); 852, 856, 863 y 868 del Código de Comercio, ya que del informe de la Auditoría General de Entidades Financieras, queda clara la cesación de pagos en que incurrió el Banco Germano Centroamericano y el procedimiento se ha respetado. La actuación del Tribunal al decretar la quiebra del Banco Germano Centroamericano S. A., también encuentra fundamento en el principio que contiene el párrafo tercero del artículo 162 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que regula la actuación del Juez, ante un estado que justifique la declaratoria de quiebra de un Banco.-

IV. Argumentan ante esta Sala los recurrentes que, no está implícita en la petición de quiebra la autorización que se debe pedir al juez civil y que no es un paso innecesario. No resultan de recibo esos argumentos. Lo del acto implícito, por las razones dadas en considerandos anteriores. No se violento el debido proceso, porque se trata de una autorización que carecería de recurso de Casación, porque no es un presupuesto analizable en esta vía, ya que es un requisito procesal, procediendo únicamente la apelación contra la resolución que decretó la quiebra, que tiene plenitud de efectos, la que pueden impugnar los interesados, en forma restringida, alegándose que no es sujeto de quiebra la persona que se esta declarando fallida y, que no hay cesación de pagos. Lo procedente en este caso, es, desestimar el recurso de casación."

3. La Declaratoria de Entidad Financiera de Primer Orden

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]'

Voto de mayoría

VI. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LAS ENTIDADES QUE EL BANCO CENTRAL DE COSTA RICA RECONOCE COMO DE PRIMER ORDEN Y SU INCIDENCIA EN EL OTORGAMIENTO DE LA EXENCIÓN PREVISTA EN EL PÁRRAFO 8º DEL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA : Debe considerarse que el objeto de este proceso, ya fue debidamente analizado por esta misma Sección del Tribunal Contencioso Administrativo, mediante la sentencia número 3918-2010 de las siete horas con treinta minutos del veinte de octubre del dos mil diez. Precisamente, en ese sentido se indicó que el párrafo 8º de l artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece:

"...No se pagarán impuestos por los intereses, comisiones y otros gastos financieros pagados por empresas domiciliadas en el país a bancos en el exterior -o a las entidades financieras de éstos-, reconocidos por el Banco Central de Costa Rica como instituciones que normalmente se dedican a efectuar operaciones internacionales, incluidos los pagos efectuados por tales conceptos a proveedores del exterior por la importación de mercancías. Tampoco se pagará el impuesto por los arrendamientos de

bienes de capital y por los intereses sobre préstamos, siempre que éstos sean utilizados en actividades industriales o agropecuarias por empresas domiciliadas en el país, pagados a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, dedicadas a este tipo de operaciones. Cuando se trate de arrendamiento por actividades comerciales, se pagará una tarifa del quince por ciento (15%) sobre los pagos remesados al exterior. La Dirección General de la Tributación Directa reglamentará, en todo lo concerniente, este tipo de financiamiento, por arrendamiento...”

Justamente, el análisis de este Tribunal se centrará en determinar, si en los supuestos de arrendamiento de bienes de capital que estén destinados al desarrollo directo de actividades agropecuarias e industriales, constituye o no un requisito sine qua non para aplicar la exención en el pago del impuesto sobre remesas al exterior dispuesta en dicha norma legal, y sí el interesado debe o no pagar a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, dedicadas a este tipo de operaciones, los montos derivados de ese arrendamiento. En ese sentido, este Tribunal considera lo siguiente: **1) La función del Banco Central de Costa Rica y de la Superintendencia de Entidades Financieras en el Sistema de Intermediación Financiera** : El Banco Central de Costa Rica constituye una institución autónoma de derecho público, con personalidad jurídica que tiene como uno de sus objetivos secundarios promover un sistema de intermediación financiera estable, eficiente y competitivo (artículos 1 y 2 inciso d) de la Ley Orgánica del BCCR). En consecuencia, una de sus funciones esenciales es el establecimiento de las regulaciones para la creación, el funcionamiento y el control de las entidades financieras (artículo 3 inciso j de la Ley Orgánica del BCCR) y para tal efecto, a la Junta Directiva de dicha entidad bancaria le compete –entre otras- reglamentar de modo general y uniforme, las normas a que los intermediarios financieros deberán ajustarse; determinar los niveles de los encajes mínimos legales, el margen máximo de intermediación financiera, el límite máximo global de las colocaciones e inversiones de las instituciones financieras y los recargos arancelarios, de acuerdo con la ley; ejercer todas las funciones y atribuciones que, respecto de las entidades financieras, le confieren las leyes (artículo 28 incisos c), g) y h) de la Ley Orgánica del BCCR). Ahora bien, dado que la fiscalización de las entidades financieras del país, es de interés público, se creó la Superintendencia General de Entidades Financieras, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica, a efecto de fiscalizar a los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas, además de toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera. Dichas entidades también estarán sujetas a las potestades de control monetario del Banco Central (artículo 117 párrafo 1º de la Ley Orgánica del BCCR) ; **2) Concepto y alcances de la actividad de intermediación financiera** : De conformidad

con lo establecido en el párrafo 2º del artículo 116 párrafo 2º de la Ley Orgánica del Banco Central, se indica:

“...se entiende por intermediación financiera la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones...”

Ahora bien, dado el interés público que reviste la fiscalización de las entidades financieras, únicamente podrán realizar intermediación financiera en el país las entidades públicas o privadas, expresamente autorizadas por ley para ello, previo cumplimiento de los requisitos que la respectiva ley establezca y previa autorización de la Superintendencia (artículos 115 y 116 párrafo 1º de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica). Cabe resaltar que entre los requisitos que deben cumplir las entidades financieras están: mantener en el Banco Central, en forma de depósitos en cuenta corriente, una reserva proporcional al monto total de sus depósitos y captaciones, que constituirá el encaje mínimo legal (artículo 62 de la Ley Orgánica del BCCR); respetar los límites establecidos por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Entidades Financieras, para las operaciones activas, directas o indirectas, que los intermediarios financieros podrán realizar con cada persona natural o jurídica, en cada una de las modalidades de sus operaciones y en el conjunto de todas ellas (artículo 135 de la Ley Orgánica del BCCR), entre otras ; **3) El reconocimiento de entidades financieras de primer orden y de instituciones que normalmente se dedican a realizar operaciones internacionales de índole financiero :** Conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley Orgánica del BCCR, le corresponde al Banco Central de Costa Rica otorgar el reconocimiento de bancos extranjeros de primer orden :

“...a aquellas instituciones o corporaciones legalmente constituidas, con domicilio en el exterior, gubernamentales o privadas, que se dediquen a actividades de naturaleza financiera, de reconocida solvencia económica en el medio financiero de que se trate, de acuerdo con los términos establecidos en las presentes normas...” (artículo 1º de las Normas para el Reconocimiento de Bancos de Primer Orden, publicadas en el Diario Oficial La Gaceta número 199 del 17 de octubre del dos mil cinco).

Dicho reconocimiento también se podrá otorgar a otras instituciones financieras de naturaleza diversa, siempre que cumplan los requisitos previstos en las Normas para el Reconocimiento de Bancos de Primer Orden, como por ejemplo:

“...a. Entidades supranacionales. b. Agencias gubernamentales y entidades oficiales. c. Entidades bancarias: bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, y otros intermediarios financieros. d. Entidades en las que el Estado costarricense tiene

participación accionaria. e. Instituciones de desarrollo...” (artículo 2 de las Normas para el Reconocimiento de Bancos de Primer Orden y Lista de Entidades Financieras del Exterior reconocidas por el BCCR al 7 de mayo del 2010, visible en la página web: www.bccr.fi.cr).

Entre los requisitos que deben cumplir las entidades financieras que soliciten que el BCCR les otorgue el reconocimiento de bancos de primer orden están: las calificaciones de riesgo y de grado de inversión mínima para corto y largo plazo; contar con un patrimonio mínimo de US\$1.000.0 millones o bien con activos totales iguales o superiores a US\$8.000.0 millones; contar con una calificación soberana AA- o superior (ver artículos 4, 5 y 9 de las Normas para el Reconocimiento de Bancos de Primer Orden). En este punto cabe destacar, que el Banco Central de Costa Rica, también otorga un reconocimiento como *“institución que normalmente se dedica a efectuar operaciones internacionales”*, con la finalidad de llevar un registro de las instituciones que originan flujos de capitales con el país y la posibilidad de medir el impacto que dichos recursos generan en nuestra economía, el cual a su vez también es utilizado para lo preceptuado en el artículo 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta (artículo 1 de las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales”, publicadas en el Diario Oficial La Gaceta número 18 del 25 de enero del 2006). Ahora bien, cabe resaltar que conforme a lo dispuesto en los artículos 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 5 párrafo 1º, 6 párrafo 1º y 7 de las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales”, dichas entidades también tienen como actividad la intermediación financiera (ver lista de entidades reconocidas actualizada al 28 de setiembre del 2009, en la página web: www.bccr.fi.cr), ya que algunos de los requisitos que deben cumplir para obtener el reconocimiento dicho por parte del BCCR, son: contar con un capital social mínimo de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$20 millones), para lo cual, deberá presentar estados financieros auditados correspondientes al cierre del año fiscal previo a la solicitud; presentar una certificación extendida por el organismo o agencia de supervisión prudencial correspondiente en su país de origen en donde indique que efectivamente está bajo su supervisión, y que, además realiza operaciones activas y está autorizado para captar ahorros del público en el mercado local. En este punto, cabe destacar dos aspectos importantes: **i)** que los bancos reconocidos por el Banco Central como de primer orden, no serán reconocidos de oficio como *“institución que normalmente se dedica a efectuar operaciones internacionales”*; **ii)** que de conformidad con lo dispuesto en la parte inicial del párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no se pagará el impuesto sobre remesas al exterior por los intereses, comisiones y otros gastos financieros pagados por empresas domiciliadas en el país a bancos en el exterior -o a las entidades financieras de éstos-, reconocidos por el Banco Central de Costa Rica como instituciones que normalmente se dedican a

efectuar operaciones internacionales, incluidos los pagos efectuados por tales conceptos a proveedores del exterior por la importación de mercancías. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 inciso d), 3 inciso j), 28 incisos c), g) y h), 62, 107, 115, 116 párrafos 1 y 2, 117 párrafo 1, 135 de la Ley Orgánica del BCCR; 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 1, 2, 4, 5 y 9 de las Normas para el Reconocimiento de Bancos Extranjeros de Primer Orden; 1, 2, 5, 6 y 7 de las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales”, los reconocimientos que realiza el BCCR tanto de entidades financieras del exterior de primer orden, como de entidades que normalmente se dedican a efectuar operaciones internacionales, corresponden a instituciones cuya actividad es la intermediación financiera; **4) En cuanto a la naturaleza del arrendamiento de bienes de capital y las diferencias con relación al arrendamiento operativo en función financiera.** En primera instancia, es menester indicar que los bienes de capital son los muebles necesarios y de uso directo en la explotación de negocios industriales o agropecuarios, a juicio de la Dirección General de Tributación. Ahora bien, en principio la actividad de arrendamiento de bienes de capital no es de naturaleza financiera, sino constituye una actividad en esencia comercial. No obstante lo anterior, cabe resaltar que existe una categoría de contratos denominada de arrendamiento operativo en función financiera, que constituyen aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, según las especificaciones del arrendatario, a cambio del pago de cuotas periódicas y en que intervengan entidades financieras o empresas dedicadas habitualmente al negocio de arrendamiento con opción de compra o renovación en calidad de arrendantes-financistas. En otras palabras, son aquellos en los que los arrendantes son entidades financieras o empresas dedicadas habitualmente al negocio de arrendamiento de activos con opción de compra o renovación, y en que los arrendatarios pueden ser cualquier persona física, jurídica, o ente colectivo sin personalidad jurídica que tenga carácter de contribuyente autónomo de acuerdo con la Ley del Impuesto sobre la Renta, que requieran de financiación para sus actividades profesionales o empresariales. Se caracterizan porque, tras un período de arrendamiento, el arrendatario tiene derecho a adquirir el bien mediante el pago de una “opción de compra” previamente determinada al celebrarse el contrato (ver artículos 2 y 3 de Decreto Ejecutivo número 32876). Asimismo, porque las cuotas de arrendamiento deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos, diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del costo del bien por la entidad arrendadora -excluido el valor de la opción de compra-, y la carga financiera exigida por ella. En razón de lo anterior, este Tribunal considera que si los bienes arrendados bajo esa modalidad –contratos de arrendamiento operativo en función financiera- están destinados a actividades comerciales, los pagos realizados por ese concepto no estarán exentos del impuesto sobre remesas al exterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 5 inciso

2) del Decreto Ejecutivo número 32876. Si por el contrario, los bienes arrendados bajo esa modalidad –contratos de arrendamiento operativo en función financiera- están destinados a actividades agropecuarias o industriales, la exención estará condicionada a lo dispuesto en el artículo 59 párrafo 8º, norma a la que remite el numeral 5 inciso c) del Decreto Ejecutivo número 32876. Lo anterior implica que al existir dos modalidades de arrendamiento de bienes de capital destinados a actividades agropecuarias e industriales, a saber: contratos de arrendamiento operativo en función financiera y contratos comerciales de arrendamiento de bienes de capital, el cumplimiento o no del requisito previsto en el párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, relativo al pago de los arrendamientos a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, estará condicionado a la determinación previa de esa circunstancia por parte de la Administración Tributaria, ello a efecto de que no se haga nugatoria la finalidad prevista por el legislador al establecer la exención prevista en dicha norma, al aplicar un requisito incompatible con la naturaleza de la operación que se realice en cada caso ;

5) La interpretación de lo dispuesto en el artículo 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sobre el arrendamiento de bienes de capital, tomando como base la naturaleza de la operación realizada y la finalidad que se persigue con la exención : De lo expuesto en los apartados anteriores de este considerando, se desprende que a contrario de lo que sostiene el representante del Estado, el numeral 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no impone de forma clara e indubitable las condiciones concretas para el disfrute o recepción de los efectos benevolentes del régimen fiscal que contiene, puesto que –en principio- no podría aplicarse el cumplimiento de un requisito financiero a una actividad comercial de arrendamiento de bienes de capital. En consecuencia, es criterio de este Tribunal que el párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, específicamente en cuanto a la exención del impuesto sobre remesas al exterior, de los pagos realizados a entidades domiciliadas en el exterior por concepto de arrendamiento de bienes de capital para ser destinados al desarrollo de actividades agropecuarias o industriales, debe interpretarse en la forma que mejor garantice la realización del fin público subyacente en el establecimiento de la exención, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular, tomando en cuenta las otras normas conexas, la naturaleza y valor de la conducta y los hechos a que se refiere (artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública ; 6 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 10 del Código Civil). En ese sentido, tomando como base lo dispuesto por otras disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento jurídico, como lo son: la Ley Orgánica del Banco Central, las Normas para el Reconocimiento de Bancos Extranjeros de Primer Orden y las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales” y el propio párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, resulta contrario a los principios de legalidad, justicia, lógica, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, imponer a los

casos de arrendamientos comerciales de bienes de capital destinados a actividades industriales y agropecuarias, que no impliquen opción de compra o renovación del bien mueble arrendado, ni financiamiento para tal efecto, que cumplan un requisito financiero, incompatible no sólo con la naturaleza del contrato, sino con la actividad de intermediación financiera que realizan las entidades financieras reconocidas por el BCCR como de primer orden o que normalmente se dedican a efectuar operaciones internacionales. Cabe en este punto resaltar, que predominantemente el párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, regula supuestos de intermediación financiera pactados con instituciones extranjeras de esa naturaleza, siempre que sean reconocidas por el BCCR como entidades de primer orden o que normalmente se dediquen a realizar operaciones internacionales de índole financiero, con excepción del supuesto del arrendamiento de bienes de capital destinados a actividades agropecuarias o industriales, en su modalidad netamente comercial, que no implique opción de compra o renovación, ni financiamiento para tal efecto. Dado el contexto en que se encuentra ubicada la exención al impuesto sobre remesas al exterior que aquí nos ocupa, la aplicación de un requisito financiero sólo se justifica para aquellos supuestos que impliquen la existencia de una actividad de intermediación financiera –pago de intereses sobre préstamos o contratos de arrendamiento corporativo en función financiera - y no para los casos en que se contrata el arrendamiento de maquinaria y equipo por un período determinado a fin de desarrollar una actividad agropecuaria o industrial, con una empresa cuyo giro comercial está enfocado al alquiler de esos bienes de capital. En razón de lo anterior, si tomamos como punto de partida, que la intención de legislador fue la de exonerar del pago del impuesto sobre remesas al exterior, aquellos montos invertidos en el arrendamiento de bienes de capital siempre que fueran empleados en actividades industriales o agropecuarias, como forma de incentivar o estimular el desarrollo de dichos procesos productivos, resultaría contrario a los principios fundamentales de legalidad, lógica, justicia, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, que a los arrendamientos comerciales de bienes de capital que no impliquen opción de compra o renovación del bien mueble arrendado y que no requieran financiamiento para tal efecto, se les imponga el cumplimiento de un requisito financiero, que si bien es cierto, está contemplado en el párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, resulta incompatible para este tipo de operaciones, ya que éstas no son propias del giro de las entidades financieras de primer orden o que se dedican normalmente a las operaciones internacionales de intermediación financiera. Caso contrario, es el supuesto del pago de intereses sobre préstamos o de los contratos de arrendamiento corporativo en función financiera, toda vez que ambos comparten una característica esencial, cual es, la existencia de una institución de primer orden dedicada a la intermediación financiera, a la que se le pagan las sumas derivadas de los intereses del préstamo solicitado o del arrendamiento corporativo de bienes de capital en función financiera, destinados ambos –según corresponda- al desarrollo de actividades

agropecuarias o industriales. En este punto, es necesario insistir en que cuando la ley indica que los pagos se destinan a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, dedicadas a este tipo de operaciones, se refiere a aquellas cuya actividad es la intermediación financiera, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 inciso d), 3 inciso j), 28 incisos c), g) y h), 62, 107, 115, 116 párrafos 1 y 2, 117 párrafo 1, 135 de la Ley Orgánica del BCCR; 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 1, 2, 4, 5 y 9 de las Normas para el Reconocimiento de Bancos Extranjeros de Primer Orden; 1, 2, 5, 6 y 7 de las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales”. Razón por la cual, dicho requisito sólo será aplicable a los supuestos de pago de intereses sobre préstamos (o bien, a los arrendamientos corporativos de bienes de capital en función financiera, pactados con instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como entidades de primer orden, dedicadas a este tipo de operaciones, o sea, al negocio de arrendamiento de bienes de capital con opción de compra o renovación en calidad de arrendantes-financistas); **6)** Por todo lo expuesto con anterioridad y conforme a los principios de legalidad tributaria, justicia, lógica, igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, y a lo dispuesto en los artículos 18 y 121 inciso 13) de la Constitución Política; 5, 6 y 62 del Código de Normas Procedimientos Tributarios; 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 2 inciso d), 3 inciso j), 28 incisos c), g) y h), 62, 107, 115, 116 párrafos 1 y 2, 117 párrafo 1, 135 de la Ley Orgánica del BCCR; 59 párrafo 8º de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 1, 2, 4, 5 y 9 de las Normas para el Reconocimiento de Bancos Extranjeros de Primer Orden; 1, 2, 5, 6 y 7 de las Normas para el Reconocimiento de “Institución que Normalmente se Dedicar a Efectuar Operaciones Internacionales”, este Tribunal considera que el requisito contenido en el párrafo 8º del artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, relativo al pago a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, de los pagos por concepto de arrendamiento de bienes de capital destinados a actividades agropecuarias o industriales, debe aplicarse de la siguiente forma: **a) Se aplicará únicamente en el supuesto de que el arrendamiento de bienes de capital -siempre que éstos sean utilizados en actividades industriales o agropecuarias por empresas domiciliadas en el país-, se origine en un contrato de arrendamiento operativo en función financiera.** Por ende, la persona que solicita se aplique la exención contenida en la norma de cita, deberá demostrar que los pagos por concepto de las cuotas de arrendamiento –que incluye tanto la parte que corresponda a la recuperación del costo del bien por la entidad arrendadora, como la carga financiera exigida por ella-, se realizan a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como entidades de primer orden, dedicadas a este tipo de operaciones, o sea, al negocio de arrendamiento de bienes de capital con opción de compra o renovación en calidad de arrendantes-financistas. **b) A contrario sensu, si se trata de contratos comerciales de arrendamiento de bienes de capital que no**

impliquen opción de compra o renovación del bien mueble arrendado y que no requieran financiamiento para tal efecto, no podrá imponerse el requisito de demostrar que los pagos por concepto de las cuotas de arrendamiento se realizan a instituciones del exterior reconocidas por el Banco Central de Costa Rica como instituciones de primer orden, no sólo porque dichas entidades no se dedican a la intermediación financiera, sino porque en virtud de lo anterior, su giro incluye el simple arrendamiento comercial de bienes de capital, cuando no media una opción de compra de bien con financiamiento de por medio para tal efecto. c) Por ende, en cada caso concreto la Administración Tributaria deberá determinar no sólo si el solicitante de la exención constituye una empresa domiciliada en el país, que ha arrendado bienes de capital, destinados al desarrollo de actividades agropecuarias o industriales, sino también, si ello se origina en un contrato de arrendamiento operativo en función financiera, o bien, en un contrato comercial que no implique opción de compra o renovación del bien de capital arrendado, ni requiera financiamiento para tal efecto, a fin de establecer si el interesado debe demostrar o no que las sumas por ese concepto son destinadas a entidades financieras domiciliadas en exterior y reconocidas por el BCCR como de primer orden.”

4. Trámite Administrativo Supervisor de la SUGEF y la SUGEVAL

[Tribunal Segundo Civil, Sección II]^{vi}
Voto de mayoría

"III. En el primer motivo de nulidad alegado, se reclama la violación del artículo 760 del Código Procesal Civil. Según el apelante, únicamente contó el Juzgado con un informe rendido por la Superintendencia General de Valores, cuyas conclusiones no han sido ni tan siquiera notificadas por vía administrativa a la presunta quebrada. Además, señala, tampoco la solicitud fue hecha por acreedores, no se ha comprobado la existencia de dos o más ejecuciones o de la exigibilidad de créditos con título ejecutivo, y mucho menos se ha procedido a notificar el requerimiento de pago o la presentación de bienes. Dicho motivo de nulidad parte de un supuesto erróneo, cual es el de aplicar el artículo 760 citado al presente asunto. Esta norma es aplicable únicamente al concurso civil de acreedores, no así a la quiebra, mucho menos tratándose de una sociedad sometida al régimen de orden público de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, No. 7732, publicada el 27 de enero de 1998. No estamos frente a un caso normal de quiebra, de los contemplados en el Código de Comercio, sino frente a una situación especial, por tratarse de un puesto de bolsa regulado por la citada Ley. Al respecto, de conformidad con la Ley 7732, cabe recordar que a la Superintendencia General de Valores, órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica, le compete imponer las medidas precautorias y las sanciones previstas por dicha ley (artículo 5, inciso ñ). En particular, en lo que interesa aquí, el artículo 156 de dicho

cuerpo legal dispone: "Artículo 156.- Proceso de intervención. El Consejo nacional de supervisión del sistema financiero general de valores podrá ordenar, mediante resolución fundada, la intervención de una entidad fiscalizada, en cualquiera de las circunstancias previstas en los numerales ii) al viii) del inciso d) del artículo 136 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, No. 7558 del 3 de noviembre de 1995. En tal caso, serán de aplicación las normas sobre intervención contenidas en los artículos 139 y 140 de la citada ley...". En otros términos, el Consejo tiene la potestad legal de tomar las medidas correspondientes en caso de una situación de inestabilidad o irregularidad financiera, la cual, en caso de ser de grado tres, da lugar a la intervención de la entidad, designándose interventores para que asuman su administración (artículo 139, inciso c, de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica). En tales casos, la intervención no podrá exceder de un año, pudiendo concluirse acordándose una de estas medidas: a- la continuación de las operaciones de la fiscalizada o; b- solicitar su liquidación o quiebra (artículo 140, inciso d, ibídem). Según lo dicho, puede concluirse que en estos casos no se está ante una quiebra proveniente de una solicitud por parte de los acreedores, en la cual se haga necesario el requerimiento de pago, la presentación de títulos ejecutivos o de otros que contengan cantidades líquidas y exigibles. Se trata, por ende, de un supuesto especial de quiebra, previsto por leyes especiales de orden público, que no tiene relación con lo dispuesto por el artículo 760 del Código Procesal Civil. Al respecto, puede consultarse la resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 112 de las nueve horas del veintinueve de mayo de 1992. Por último, en lo tocante a la falta de notificación de las conclusiones del informe rendido por la Superintendencia General de Valores por vía administrativa a la señora Marita López, en nada afecta la validez de este proceso, pues, como en efecto se ha hecho aquí, en sede judicial ha tenido la oportunidad respectiva para referirse a su contenido y alcances. En todo caso, a los jueces civiles no les compete en modo alguno revisar las actuaciones en sede administrativa, ni determinar la validez de un proceso administrativo, pues constitucionalmente tal tarea está reservada a la jurisdicción especializada contencioso-administrativa (artículo 49 de la Constitución Política y 1° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por ende, tal agravio debe desestimarse.[...] VII. En cuanto al recurso de apelación planteado, el apelante considera, en primer lugar, que no se desprende de los hechos invocados la existencia actual de un estado de cesación de pagos. Añade al respecto lo siguiente: "... la actividad desplegada por América Capitales Puesto de Bolsa S.A., se circunscribe a la firma de contratos tipo elaborados por la Bolsa Electrónica de Valores de Costa Rica S.A., con cada cliente que decide invertir en Recompras y en el OMED. La Superintendencia General de Valores se limita a exponer el resultado de una intervención administrativa, que bajo una estricta óptica jurídica no se puede concebir como una sentencia declarativa de derechos y obligaciones, en relación a los contratos suscritos por las partes, por cuanto tal competencia es propia de los Tribunales de

Justicia, de manera que, si la investigación no comprueba una relación de acreencia entre el puesto de Bolsa y sus clientes, para determinar una suma líquida y exigible amparada en títulos ejecutivos, resulta improcedente la solicitud de quiebra". Ya se ha indicado con claridad que no estamos frente a un caso común de quiebra, sino ante una situación especial, regulada por una ley especial. El informe de la intervención que dio lugar a la solicitud de quiebra partió de elementos fácticos que fueron corroborados en sede penal, en la causa seguida contra la representante de América Capitales Puesto de Bolsa. Cabe recordar aquí que la sentencia firme en sede penal tiene eficacia de cosa juzgada material en sede civil, de una manera absoluta, cuando decida si la persona a quien se le imputan hechos que constituyen una infracción penal es o no su autora, cuando determina si esos hechos son imputables desde el punto de vista de la ley penal; y si presentan los caracteres necesarios para la aplicación de las disposiciones penales (artículo 164 del Código Procesal Civil). En sede penal se demostró que existía un faltante en lo tocante a las inversiones del OMED realizadas por cuenta de FODESAF y los estados de cuenta extendidos por el Puesto de Bolsa a dicha Institución, procediéndose incluso a acoger en su contra la acción civil resarcitoria interpuesta por el Estado, en los términos tenidos por demostrados en el primer considerando de esta sentencia. Asimismo, en modo alguno ha quedado desvirtuado que el patrimonio de la fallida sea suficiente para cubrir al menos la acreencia a favor del Estado, y mucho menos de otros inversionistas y acreedores que se presenten a esta quiebra a legalizar sus créditos. También es incuestionable que América Capitales Puesto de Bolsa S.A. ha cesado en sus actividades bursátiles, dada la magnitud y gravedad de los ilícitos que se dieron en su gestión, por parte de la señora Marita López Cruz. Por ello, los supuestos en los cuales se fundó la solicitud de quiebra se encuentran indubitadamente acreditados, y ésta procede por no haber obtenido ningún fruto positivo la intervención administrativa y ser irremediable la situación económica y financiera de dicho puesto de bolsa. Es cierto que existió una administración fraudulenta de los fondos confiados a América Capitales, y que ello produjo un gravísimo perjuicio a los fondos de FODESAF, de innegable interés social. Existe ya una suma líquida y exigible a favor del Estado que debe ser pagada por la quebrada, y no existe un patrimonio suficiente para hacerle frente, con lo cual innegablemente procede la declaratoria de quiebra."

5. Junta Liquidadora en el Proceso de Quiebra de Entidades Financieras. Papel de la SUGEF

[Tribunal Segunda Civil, Sección I]^{vii}
Voto de mayoría

“III. Considera el Tribunal que el debate en cuestión gira en torno a dos argumentos totalmente disímiles y que se hace necesario aclarar para resolver este asunto. Por un

lado, el pronunciamiento en mayoría de la junta liquidadora del banco fallido, considera que, como todo crédito que se legaliza ante ella, la gestión de la Superintendencia General de Entidades Financieras, debe venir acompañada de los elementos probatorios que acrediten las partidas reclamadas, máxime si se trata de reclamos por sueldos, vacaciones y jornadas extraordinarias de los funcionarios y las funcionarias que laboraron como interventores del banco desde la fecha de su intervención. Este argumento tendría su base legal en el artículo 167, inciso 5), de la Ley del Sistema Bancario Nacional, en cuanto establece que constituyen deberes de la junta liquidadora “[...] **5) Aprobar o rechazar provisionalmente los créditos debidamente legalizados de acuerdo con el examen que la Junta hiciere de los comprobantes respectivos designando con claridad, entre los créditos aprobados, aquéllos que tengan preferencia sobre los comunes.** (Lo destacado es nuestro). La recurrente parte de una tesis distinta. Según su representante, el numeral 140, inciso e), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica le otorga la potestad al Superintendente General para aprobar los gastos que demande la intervención, siempre que estos sean razonables y pertinentes. La norma en cuestión señala: “ **e) Todos los gastos que demande la intervención de una entidad financiera correrán con cargo a los activos de esta. Los interventores designados deberán presentar al Superintendente un informe mensual pormenorizado de todos los gastos en que se haya incurrido. El Superintendente estudiará la razonabilidad de estos y tendrá la potestad de improbar los que no considere pertinentes; asimismo, determinará el monto de la remuneración de los interventores, si fuere del caso. Los gastos de la intervención serán cancelados mensualmente, conforme lo permita el flujo de cada entidad. En caso de quiebra, los gastos de la intervención que fueren aprobados y no hubieren sido cancelados serán considerados a cargo de la masa, conforme a los artículos 886 y 887 párrafo segundo del Código de Comercio. La legalización de tales créditos corresponderá a los interventores designados.” (Lo destacado es nuestro). Ante estas dos normas, cabe preguntarse lo siguiente ¿ tendrá la potestad el Superintendente de aprobar gastos generados por la intervención y, solo por la aprobación efectuada por ese funcionario, la junta liquidadora tiene la obligación aprobar el crédito, o bien la aprobación de gastos realizada por el Superintendente puede ser cuestionada por la junta liquidadora? Ante esta situación, el Tribunal opta por otorgar la posibilidad de que la junta cuestione la aprobación de gastos efectuada por la superintendencia. A esta conclusión llegamos luego de interpretar lo establecido por el numeral 167, inciso 5°, de la Ley del Sistema Bancario Nacional y el último párrafo del 140, inciso e, de la Ley Orgánica del Banco Central. Analicemos el por qué de esto. Tal y como lo indicamos el numeral 167, inciso 5°, establece el deber de la junta liquidadora de denegar o rechazar los créditos que se pretenden legalizar frente a ella. Dicho deber no puede ser sustituido por la potestad de la Superintendencia al aprobar gastos generados por la intervención, ya que si así fuera se estaría imponiendo la voluntad de este órgano sobre la junta liquidadora que, como reiteramos, ostenta el**

deber de resolver sobre la aprobación o no de créditos legalizados. Nótese que incluso, el numeral 140 inciso e) del que la recurrente pretende derivar la potestad de la Superintendencia de imponer créditos a la junta, con solo la aprobación del superintendente, ofrece una regulación totalmente contraria, ya que incluso la norma establece que los créditos deben ser legalizados para su aprobación definitiva. Ello conlleva la posibilidad de que la junta liquidadora pueda valorar las pruebas que se aporten para fundamentar los gastos generados por la intervención, a pesar de que cuenten con la aprobación del Superintendente, porque si no ¿adónde quedaría la posibilidad de la junta de rechazar o admitir legalizaciones, si con solo la aprobación de la superintendencia se tendrían que avalar sin ninguna discusión? Con la interposición de este recurso, la Superintendencia General de Entidades Financieras, ofrece una serie de probanzas con el fin de demostrar los gastos de la intervención que fueron aprobados por el Superintendente. No obstante, estas probanzas debieron ser ofrecidas ante la junta liquidadora y no ante el Tribunal, porque su valoración no puede efectuarse acá ya que se violentaría el principio de doble instancia. Es por ello que lo procedente aquí es confirmar la resolución recurrida, debiendo la parte recurrente formular de nuevo su legalización, esta vez debidamente fundamentada con elementos de prueba, a fin de que la junta liquidadora proceda a valorarla.”

6. Funcionario de la SUGEF nombrado como Interventor en la Quiebra de Entidades Financieras

[Sala Segunda]^{viii}

Voto de mayoría

"II. El artículo 559 del Código de Trabajo establece: *“Recibidos los autos, la Sala rechazará de plano el recurso si se ha interpuesto contra lo que disponen los artículos 556 y 557. Lo mismo hará cuando en el recurso se pida únicamente la corrección, reposición o práctica de trámites procesales”*. En aplicación de esa norma, el recurso es procedente únicamente sobre cuestiones de fondo y no de forma. En reiterados pronunciamientos, se ha explicado la razón que sustenta la imposibilidad legal, para que en el recurso de tercera instancia rogada, se examinen alegatos por yerros de orden procesal, cometidos durante el transcurso de la litis (sobre el tema, se pueden consultar las sentencias de la Sala de Casación, de las 15:45 horas, del 13 de julio de 1979; y de las 16:30 horas, del 6 de julio de 1977; y, de esta otra Sala, entre muchos otros, los Votos números 67, de las 9:30, del 27 de febrero; 164, de las 10:20 horas del 17 de abril y; 581, de las 9:30 horas, del 20 de noviembre; todas del 2002). Por tener esa naturaleza el agravio relacionado con la no evacuación de prueba, no puede ser atendido.

III. Mediante el artículo 115 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley N° 7558 del 3 de noviembre de 1995), se creó la Superintendencia General de Entidades

Financieras, así: *“Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras, también denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables.”*. Por otro lado, el artículo 139 posibilita la intervención administrativa del ente sujeto a fiscalización: *“Disposiciones aplicables a entes en situación Irregular. A los entes fiscalizados que se encuentren en alguna situación de inestabilidad o irregularidad financiera se les aplicarán las siguientes disposiciones: ... c) En casos de inestabilidad o irregularidad financiera de grado tres, el Consejo Directivo ordenará, mediante resolución fundada, la intervención de la entidad fiscalizada y designará a los interventores que asumirán la administración de la entidad, quienes podrán ser funcionarios de la propia Superintendencia u otras personas designadas al efecto. De acuerdo con la gravedad de los hechos, a juicio exclusivo del Consejo Directivo, este fijará el plazo de la intervención y podrá disponer, de inmediato, la toma de posesión de los bienes de la entidad intervenida, con el fin de administrarlos en la forma que más convenga a los intereses del establecimiento y de sus ahorrantes e inversionistas. Los interventores designados por el Consejo Directivo tendrán, en la forma en que este lo disponga, la representación judicial y extrajudicial de la entidad intervenida, con las mismas facultades que ostentaban los anteriores administradores y órganos directivos...”*. Seguidamente, el numeral 140, en lo que interesa dispone: *“Reglas para la intervención. La intervención a que se refiere el inciso c) del artículo anterior se regirá, además, por las siguientes reglas: a) La resolución en la que se ordene tendrá recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación, pero será ejecutoria a partir de la notificación al personero legal de la entidad de que se trate. Si no hubiere personero legal a quien notificarle la resolución, esto no será motivo para impedir la práctica de la intervención. La resolución del recurso de reconsideración o la resolución inicial, si el recurso no fuere interpuesto en tiempo y forma, agotará la vía administrativa. Contra la resolución que ordene la intervención de una entidad fiscalizada no procederá la suspensión de los efectos en vía judicial. b) La representación judicial y extrajudicial de la entidad, en la forma acordada por el Consejo Directivo, se acreditará mediante la publicación del acuerdo respectivo en el Diario Oficial. Además, el Consejo Directivo ordenará dar aviso de inmediato al Registro Mercantil para que, de oficio, practique los asientos registrales que correspondan. c) Mientras dure el estado de intervención, ningún bien de la entidad intervenida podrá ser embargado ni rematado; tampoco podrá ser declarado ningún procedimiento concursal contra ella. d) La intervención no podrá exceder de un año. Treinta días naturales antes de vencer el plazo por el que se haya ordenado la intervención, el Consejo Directivo deberá decidir, previa consulta a los interventores designados, si permite a la entidad continuar con sus operaciones o si solicita, al juez competente, la liquidación o quiebra. e) Todos los gastos que demande*

la intervención de una entidad financiera correrán con cargo a los activos de esta. Los interventores designados deberán presentar al Superintendente un informe mensual pormenorizado de todos los gastos en que se haya incurrido. El Superintendente estudiará la razonabilidad de estos y tendrá la potestad de improbar los que no considere pertinentes; asimismo, determinará el monto de la remuneración de los interventores, si fuere del caso. Los gastos de la intervención serán cancelados mensualmente, conforme lo permita el flujo de caja de la entidad ...". De la certificación que se guarda en el archivo del Despacho identificada como "*Prueba N° 19*" se desprende que el Consejo Directivo de la Superintendencia General de Entidades Financieras en la sesión número 41-97 celebrada el 14 de enero de 1997 con cita del indicado inciso d) del artículo 140, autorizó la intervención durante un plazo de noventa días de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Entidades Evangélicas R.L (COOPEVAN R.L), -única de la que se da cuenta en el recurso interpuesto ante la Sala- y designó al actor como interventor en los siguientes términos: "*2. Para el cumplimiento de lo consignado en el numeral precedente, se designa como interventor al Lic. José Antonio Rodríguez Méndez, funcionario de la Superintendencia General de Entidades Financieras, quien ejecutará tales labores con el concurso de funcionarios de la Superintendencia General de Entidades Financieras que se requieran./ Todos los costos que demande la intervención correrán con cargo a los activos de la Cooperativa y en la medida en que el flujo de dinero efectivo lo permita, el interventor determinará y reembolsará mensualmente las sumas que representen el costo de los gastos en que se haya incurrido al Banco Central de Costa Rica ...Consecuentemente la representación legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Entidades Evangélicas, R.L., estará a cargo del interventor designado, con las facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, al tiempo que se suspenden los mandatos de los funcionarios del ente intervenido que figuren con tal representación en el Departamento de Organizaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...*". Según los hechos tenidos por acreditados por la sentencia de primera instancia identificados con los números 2 y 3, este último modificado por el Tribunal y ambos no impugnados ante la Sala, el actor ocupó el puesto de Asistente Técnico II y tal como lo invoca el recurrente, participó como interventor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Entidades Evangélicas (COOPEVAN S.A.). En la constancia que se encuentra al folio 577 del legajo denominado "*Prueba N° 21*" se indicó que don José Antonio percibió los salarios de forma semanal y con cargo al Presupuesto de Egresos e Ingresos de la Superintendencia, según cada ejercicio presupuestario. El actor planteó la demanda, entre otros, a efecto de que se le pagaran los "*honorarios*" por las labores realizadas como interventor, aduciendo ahora ante la Sala que dicha designación se hizo en virtud de un mandato que no se presume gratuito. Para resolver el asunto debe partirse de que la función principal de la demandada es, precisamente, fiscalizar las entidades financieras del país, la cual se considera de interés público. En armonía con ello, la ley obliga al Consejo Directivo de la Superintendencia General de Entidades

Financieras a ordenar la intervención del ente fiscalizado que tenga inestabilidad o irregularidad financiera de grado tres; debiendo designar a los interventores que asumirán la administración de la entidad, posibilitando que estos sean funcionarios de la propia Superintendencia u otras personas designadas al efecto. En el primer supuesto, es decir, de designarse como interventor a un funcionario de la Superintendencia, como sucedió en el caso de que se da cuenta, es evidente que, salvo prueba indubitable en contrario, el pago regular del salario del funcionario cubre la realización de aquella función porque, precisamente, se le designó, en tanto funcionario de la Superintendencia y en ese entendido, no en virtud de un contrato ajeno y de otra naturaleza; sin que de las disposiciones que regulan la materia se pueda desprender lo contrario. En ese orden de ideas, tampoco puede sostenerse que la función la desempeñó gratuitamente, porque, se le pagó el salario que ordinariamente venía recibiendo. En consecuencia, los agravios del recurrente no son de recibo.

IV. Conforme con lo que viene expuesto, el fallo venido en alzada debe confirmarse, incluso lo resuelto sobre costas, por cuanto no se estima estar en presencia de uno de los supuestos para exonerar de esos gastos, toda vez que, el actor a sabiendas que continuó recibiendo el salario que ordinariamente se le pagaba, intentó el proceso para que se le pagaran "*honorarios*" sin aportar prueba alguna de que las funciones como interventor eran totalmente ajenas a su puesto o que al menos constituyeran un recargo de funciones (artículos 494 y 495 del Código de Trabajo en relación con el 222 del Procesal Civil, aplicable a la materia laboral a tenor de lo dispuesto por el 452 del de Trabajo)."

7. Remate de los Bienes de la Entidad Financiera Intervenido

[Sala Segunda]^x

Voto de mayoría:

"IV. No es posible tampoco estimar que, el Ad quem, violentara el artículo 868 del Código de Comercio al modificar el plazo de retroactividad de los efectos de la quiebra, indicado en la sentencia declaratoria de ese estado; para fijarlo en seis meses, como plazo máximo permitido por esa disposición. Sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, sobre la vía correcta para hacerlo, la interpretación que se le dio a la norma es conforme a Derecho. Como acertadamente se analiza en la sentencia recurrida, en doctrina existen diversos sistemas de fijación del llamado período de sospecha: el absoluto o abierto, que permite retrotraer ese período hasta el momento en que dio inicio el presupuesto objetivo (hecho que la provoca) de la ejecución; el fijo, que se deja al arbitrio del legislador; y, el mixto, que permite, partiendo inicialmente de una fijación provisional o de "por ahora", hacerle ajustes mediante extensiones o reducciones, a instancia de parte legitimada, si el hecho que provoca la ejecución no

coincide con la fijación tentativa. Como es fácil deducirlo, el legislador nuestro optó por este último sistema, tanto para el caso del concurso civil (artículo 888 del Código Civil) como para el de la quiebra (numeral 868 del de Comercio); pues se establece, en esas normas, la fijación provisional en los términos que ellas señalan y se permite "variarla", con máximos que no es posible sobrepasar, sin violar el mandato legal (seis meses en la quiebra y tres en el concurso). En consecuencia, desde ese punto de vista, exclusivamente, el yerro acusado no existe.- V.- Lo que sí es criticable, por lo menos como cuestión de principio, en lo que toca al sistema concursal costarricense, es que el Tribunal, fuera del proceso de ejecución colectiva, revisara lo resuelto al respecto en la sentencia de quiebra y resolviera, en este ordinario, ajustar la retroacción a lo dispuesto por el numeral 868 de repetida cita. Esa norma regula la posibilidad de "variar" la fecha y, al mismo tiempo, señala una vía específica para hacerlo; lo que también hace el 765 del Código Procesal Civil, aplicable a la especie, de conformidad con el artículo 818 de ese mismo Cuerpo de Leyes. Esa vía es la incidental. Si la ordinaria de mayor cuantía está prevista para conocer aquellas pretensiones que no tengan una vía especialmente señalada en la ley (artículo 287 del Código Procesal Civil), formalmente no ha debido hacerse el pronunciamiento en este proceso, como ya lo ha señalado la jurisprudencia (véase sentencia de esta misma Sala N° 220 de 1984.) El legislador nacional estableció, en el artículo 581 del anterior Código de Procedimientos Civiles, reformado por Ley N° 4327 de 17 de febrero de 1969, el sistema de única revisión del período de sospecha, dentro del proceso concursal, con efectos universales o generales y organizó un procedimiento incidental, con llamamiento general a todos los acreedores, a cumplirse de previo a su trámite, que debía hacerse por edictos en el Boletín Judicial. Esto tenía como propósito permitirle, a éstos, apersonarse a hacer valer sus derechos en el incidente de variación y dictarse, entonces, un pronunciamiento con efectos también generales. La norma podía criticarse porque tal llamamiento se limitó a los acreedores, lo que significaba que no era "erga omnes", pues, en estos casos también podría existir otro tipo de interesados (terceros). Piénsese, por ejemplo, en el tercero adquirente en un acto que se quiere comprender en el período de sospecha (supuesto del inciso 1° del 901 del Código Civil). Pero la verdad es que el legislador tuvo la idea clara de escoger un único sistema, el cual, impide la posibilidad de deducir pretensiones de variación, en todos y cada uno de en los distintos procesos que se intenten [sic], para criticar los actos de disposición del fallido; porque, este modo de proceder es incierto y, si se quiere, hasta anárquico. El Código Procesal Civil actual mantuvo el sistema, en su artículo 765; pero, desafortunadamente incurrió en el error de eliminar el procedimiento de llamamiento general a los acreedores, con lo cual terminó de desquiciar el sistema (en lo que al debido proceso se refiere) el cual, como se dijo, busca en una única oportunidad y con efectos para todos, fijar en definitiva, dentro del proceso concursal, aquel período de retroacción. No obstante, el error de la vía que se le ha señalado a la sentencia del Tribunal, no fue reclamado de manera expresa en el recurso; pues sólo se invocó la

violación del artículo 868, en lo que respecta al modo de aplicar la retroactividad, que, en criterio de la parte, puede llevarse hacia el pasado tan lejos como sea comprobada la cesación de pagos, lo cual también es incorrecto. Tal grave omisión en el recurso, le impide a la Sala resolver sobre el punto; por lo que este órgano jurisdiccional, se limita a señalar la situación y a dejar claro que, lo resuelto sobre el particular, únicamente tiene eficacia para las partes de este proceso (artículo 163, 608, párrafo final, del Código Procesal Civil). VI.- Como corolario de lo anterior, ha de concluirse que el fallo de que se conoce, no puede ser violatorio del numeral 901, inciso 2° del Código Civil; pues, a la luz de lo que viene resuelto, lo cual esta Sala no puede cambiar ni afectar, el acto constitutivo de la hipoteca no nació dentro del período de sospecha, sino antes. Obsérvese que ello tuvo lugar a principios de octubre de 1991 y que, el Tribunal, limitó la retroactividad al 25 de diciembre de ese mismo año.

VII.- También se reclama que el Ad-quem infringió el artículo 134, inciso 3°, de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (antes de la Ley N° 7558 de 3 de noviembre de 1995; hoy artículo 140, inciso c), pues no acogió la pretensión de nulidad del remate, verificado en ejecución de dicha hipoteca no obstante que la subasta se llevó a cabo cuando el "B.G.C., S. A." se hallaba intervenido por la entonces Auditoría General de Entidades Financieras y que, aquella disposición, señala que "Ningún bien de la entidad, mientras ésta se encuentre intervenida, podrá ser rematado ni podrá ser declarado ningún procedimiento concursal contra estos establecimientos mientras la intervención no cese o el auditor general no dé aviso al juez civil que corresponda". Esta es una disposición prohibitiva, de indudable interés público, que tiene como explícita y directa finalidad proteger el activo de las entidades financieras en crisis, a través de la paralización de las acciones, procedimientos o procesos, en el sentido dicho, pues sólo de ese modo podría tener éxito la intervención y la aplicación de las medidas de salvamento, que se hubieren dispuesto; así como la eventual conservación de la empresa, con el consiguiente beneficio de los ahorrantes y de los acreedores, en general. Por lo demás, la paralización de los remates, en situación como éstas en que la entidad no se salva de la crisis y es declarada en quiebra, tiene efectos precautorios, en directo beneficio de la masa de acreedores; porque, en la ejecución concursal, los ejecutantes comunes, aunque hayan obtenido embargo y sentencia, antes de la declaratoria, no pueden cobrar individualmente y deben siempre concurrir con los demás acreedores concursales y los efectos del embargo (si es que los ha producido, en perjuicio de algún adquirente, de un derecho real sobre la cosa) se mantienen, pero a favor de la masa (artículos 640, párrafo final, y 768 del Código Procesal Civil); y los remates que se ordenen en virtud de ejecuciones hipotecarias o prendarias, se regirán, entonces, por reglas distintas (artículo 890 del Código de Comercio). En otras palabras, si la entidad en crisis no sale adelante, se han evitado los efectos propios de las acciones individuales, en salvaguarda del principio "par conditio creditorum". Tal norma -como todas las disposiciones jurídicas- es vinculante para todos y por su claro

contenido de interés público, imperativo, prohibitivo y trascendente de las partes del proceso, en que se llevó a cabo el remate, hace que el acto que se realizó no obstante estar expresamente vedado, sea absolutamente nulo, al amparo de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil. El argumento del Ad-quem de que, una vez decretada la quiebra, deben aplicarse las normas propias de este otro instituto jurídico y no las de la intervención, es inaceptable, porque si para ambos momentos hay normas propias, éstas deben aplicarse como corresponde temporalmente, salvo aquellos casos en que la propia ley le señala efectos retroactivos a la declaratoria de quiebra; caso en el cual no se está, en este punto concreto. Al no haberse respetado los efectos de la norma 134, inciso 3°, antes citada, el fallo de que se conoce la infringe y de ahí que deba anularse, en cuanto denegó los extremos b) y c) de la demanda y declaró, acogiendo la contrademanda, que los procedimientos del juicio ejecutivo hipotecario donde se celebró el remate, no son anulables."

8. El Delito de Administración Fraudulenta en Entidades Financieras

[Sala Tercera]^x
Voto de mayoría

"V. [...] Efectivamente, el Tribunal sentenciador entendió que los ilícitos de administración fraudulenta e intermediación financiera ilegal concurren de forma ideal, limitándose a indicar que ello es así al protegerse bienes jurídicos distintos en cada uno de los tipos penales estudiados, y tratarse de una única acción desplegada por los agentes, así se entendió: *"...con una misma acción jurídica se violentan dos normas que no se excluyen entre sí, una que tiende a la protección del patrimonio ajeno y otra referida a la transparencia del mercado financiero y a la regulación del orden establecido para operaciones financieras..."* (folio 2435, Tomo XI). Posición que esta Sala comparte. Al respecto, desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes jurídicos, conviene recordar que: *"...La necesidad de la convivencia –condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo necesidades humanas individuales- supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan ‘bienes’ y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, ‘bienes jurídicos’. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre otros presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud –negados por la muerte y el sufrimiento-. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. A estos*

presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama 'bienes jurídicos individuales', en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados 'bienes jurídicos colectivos', que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye una agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se encuentran la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.."(MUÑOZ CONDE, Francisco y otro. Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998). Así las cosas, si bien, eventualmente, todo tipo de regulaciones sobre el mercado, finalmente, brinda una protección al patrimonio del particular, del inversionista, esa no es, en sí, la finalidad de la norma, sino que, por el contrario, se trata de un bien jurídico colectivo, donde lo pretendido por el legislador es el mantenimiento del orden financiero en el que convergen pluralidad de intereses, aquellos particulares, y los estatales descritos, de vigilancia y supervisión sobre la actividad económica, de ahí que no podrá existir nunca una relación de especialidad entre el artículo 222 del Código Penal que prevé y sanciona el ilícito de administración fraudulenta y el artículo 157 de la Ley Orgánica del Banco Central, Ley número 7558 de 3 de noviembre de 1995. Resulta obvio que la posición de los señores defensores del acusado, tiende a una interpretación subjetiva de las normas de comentario, de acuerdo a lo que más conviene a su representado, en este momento procesal, toda vez que el ilícito de intermediación financiera ilegal se encuentra prescrito, según se había enunciado con anterioridad."

9. La Quiebra de Cooperativas

[Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia]^{xi}

Voto de mayoría

"VI. SOBRE LA ALEGADA FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL PARA RESOLVER SOBRE LA DISOLUCIÓN DE LA COOPERATIVA: Según lo sostiene el recurrente, la jurisdicción laboral no es competente para conocer sobre la disolución de una cooperativa, pues se trata de un proceso de naturaleza universal, donde se liquida el patrimonio de una entidad; debiéndose seguir, entonces, el procedimiento civil, en aplicación de las normas de naturaleza civil y comercial. El reclamo del recurrente carece de sustento jurídico; por cuanto, como él lo apunta en el recurso, el artículo 86 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del INFOCOOP, N° 4.179, del 22 de agosto de 1.968, en el artículo 86 establece que la disolución será solicitada al "Tribunal de Trabajo"; razón por la cual, por disposición legal expresa, la competencia ha sido asignada a la jurisdicción laboral. Luego, el proceso laboral contempla las etapas indispensables para asegurar a las partes la garantía fundamental al debido proceso; y no resulta cierta la afirmación del recurrente en el sentido de que no tuvo oportunidad de expresar agravios; pues en los numerales 500 y 501 del Código

de Trabajo se establece el plazo de tres días para que las parte expresen los motivos de disconformidad. Por otra parte, la Sala Constitucional, al resolver la acción planteada por la representación de la Cooperativa demandada, expresamente señaló que se trata de una cuestión propiamente del legislador, quien decide atribuir una competencia específica a una determinada jurisdicción. En relación con el citado artículo 86, se explicó: *“Esa disposición no vulnera el derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 41 de la Constitución Política, pues no niega ni obstaculiza el ejercicio de esa garantía, sino que lo que hace es asignar la competencia a los tribunales especializados en una materia en particular, concretamente, la laboral. Tampoco resultan lesionados los numerales 152, 153 y 154 de la Constitución, que son los que se refieren al Poder Judicial, su conformación, funciones e independencia. Como se ha dicho en innumerables oportunidades, corresponde al legislador, en el ámbito de su competencia constitucional, diseñar los diversos procesos.”* (sentencia 8587, de las 14:55 horas, del 4 de setiembre del 2002). Finalmente, debe indicarse que lo tramitado en el proceso laboral es únicamente una autorización para disolver la asociación cooperativa, sin que en el juicio se liquide su patrimonio. En efecto, la Ley de Asociaciones Cooperativas contempla una norma específica, respecto del procedimiento a seguir una vez obtenida la autorización requerida. El artículo 89 señala: *“Acordada u ordenada la disolución de una asociación cooperativa, ésta entrará en liquidación conservando su personalidad jurídica para esos efectos. **La liquidación estará a cargo de una comisión liquidadora, integrada por tres miembros, dos de ellos nombrados por el Instituto Nacional de Fomento Cooperativo en representación del mismo y de los acreedores, y el tercero por el consejo de administración de la cooperativa en liquidación, y a defecto de éste por el Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, a condición de que en ambos casos el miembro nombrado sea un asociado de la cooperativa, en liquidación. El presidente de esta comisión será designado por los miembros de la misma, en su sesión primera.**”* Por lo expuesto, se concluye que la alegada falta de competencia reclamada por el recurrente carece de asidero jurídico; pues, por norma expresa, la disolución de las cooperativas está asignada a la jurisdicción laboral, con independencia de los procesos concursales ordinarios, cuya naturaleza y finalidad es bien distinta. [...]

VIII. SOBRE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL INFOCOOP PARA GESTIONAR LA DISOLUCIÓN DE LA COOPERATIVA DEMANDADA: Sostiene el recurrente que el ente actor no está facultado legalmente para solicitar la declaratoria de la disolución de la cooperativa en el tanto en que, de conformidad con el artículo 37 de la Ley N° 7.391, del 27 de abril de 1.994, publicada el 24 de mayo siguiente y vigente seis meses después de la publicación, que es la Ley de Regulación de Intermediación Financiera de Organizaciones Cooperativas, tal facultad le corresponde únicamente a la Superintendencia General de Entidades Financieras. La Ley de Asociaciones Cooperativas citada, contempla la normativa especial de regulación de las

cooperativas. De conformidad con el artículo 15 y siguientes de esa ley, las cooperativas pueden ser de distinta clase; a saber: de consumo, de producción, de comercialización, de suministros, de ahorro y crédito, de vivienda, de servicios, escolares, juveniles, de transportes, múltiples y en general de cualquier finalidad lícita y compatible con los principios y el espíritu de cooperación. Según lo establecido en el artículo 86 de la ley citada, el Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, está facultado para solicitar la disolución de las cooperativas, cuando el número de asociados se haya reducido a una cifra inferior a la legal o cuando, por cualquier causa, se haga imposible el cumplimiento de los objetivos. Asimismo, en el artículo 87 siguiente, se indica que el INFOCOOP podrá gestionar la disolución de las cooperativas que, a su juicio, dejen de cumplir los requisitos exigidos en la ley para su constitución y funcionamiento, previa consulta a los organismos de integración del sector de que se trate; estableciéndose que las cooperativas no cumplen los requisitos legales cuando no puedan iniciar su funcionamiento dentro de los noventa días siguientes a su constitución legal, cuando no puedan cumplir sus fines sociales, cuando incurran en la causales de disolución contempladas en el artículo 86, antes citadas; cuando el patrimonio social se haya reducido a un monto inferior al legal y cuando no se distribuyeren los saldos o excedentes. En relación con las cooperativas de ahorro y crédito, el artículo 21 fue adicionado mediante la Ley N° 7.391, del 27 de abril de 1.994, estableciéndose que *“La regulación y la supervisión de las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito las efectuará la Superintendencia General de Entidades Financieras,...”*, de conformidad con las disposiciones contenidas en dicha ley. Por consiguiente, el recurrente reclama que el INFOCOOP carece de legitimación para solicitar la disolución de la cooperativa que representa. La ley de Regulación de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas se emitió con el propósito de fortalecer a las asociaciones cooperativas cuyo fin era la actividad de ahorro y crédito, debido a la grave crisis que habían sufrido durante la década de los ochenta, para que contaran con mayor respaldo y ganaran credibilidad. Así, en el artículo primero se estableció que *“la presente ley tiene por objeto regular la actividad de intermediación financiera que realizan las organizaciones cooperativas, con el propósito de que cumplan con sus objetivos económicos y sociales y garanticen a los asociados, la más eficiente y segura administración de sus recursos”*. En el artículo 7 se dejó claramente establecido que la fiscalización y vigilancia de las cooperativas de ahorro y crédito correspondía a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), pudiéndose ejercer el citado control mediante entes auxiliares, según las condiciones previstas en la normativa y por otros entes sin fines de lucro. En ese sentido, expresamente, se señaló: *“Las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito estarán reguladas por las disposiciones generales, establecidas en la Ley de Asociaciones Cooperativas, y por la normativa especial contenida en esta Ley. Su fiscalización y vigilancia corresponde a la Superintendencia General de Entidades Financieras. Los organismos de integración podrán actuar como entes auxiliares de*

supervisión y vigilancia sobre sus cooperativas afiliadas, en los términos y condiciones establecidos en esta Ley y en sus reglamentos. También podrán actuar como tales, otros entes sin fines de lucro.” Luego, en el artículo 37, expresamente citado por el recurrente, se establece que el régimen de sanciones, saneamiento, intervenciones – totales o parciales- y la liquidación de las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito, se regirá por la normativa contenida en la Ley Orgánica del Banco Central, específicamente en el capítulo que regula lo tocante a la Superintendencia, que es el capítulo IV de dicha ley (artículos del 115 al 161), mas no se establece, en esas normas, procedimiento alguno especial de disolución, debiéndose aplicar las normas de la Ley de Asociaciones Cooperativas. Por otra parte, a los efectos del caso concreto, resulta de interés indicar que en el Transitorio Único de la Ley de Regulación de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas, se estableció que la SUGEF, en un plazo máximo de cinco años, incorporaría paulatinamente, como sujetos de fiscalización, a todas las organizaciones cooperativas que efectúen actividades de intermediación financiera, tomando en cuenta, especialmente, el volumen de sus operaciones, el capital, la incidencia en el sector financiero y otros elementos similares. En consecuencia, la actividad fiscalizadora de la SUGEF, respecto de las cooperativas de ahorro y crédito no se dio en forma inmediata, sino paulatina. Luego, también resulta de interés lo dispuesto en el numeral 117 de la Ley Orgánica del Banco Central, en cuanto en el párrafo segundo dispone que *“la Junta Directiva del Banco Central podrá eximir de la aplicación de los controles monetarios a las cooperativas de ahorro y crédito, ...en función del tamaño de sus activos, el número de asociados o cuando realicen operaciones con un grupo cerrado de asociados...”* De lo transcrito, se infiere que las competencias funcionales asignadas por la ley a la SUGEF, respecto de las cooperativas de ahorro y crédito, no se dieron en forma inmediata, sino que inclusive se contempló un período de varios años para incorporar paulatinamente a las organizaciones cooperativas que realizaran esa actividad de intermediación financiera; pudiéndose excluir de ese control, a juicio de la Junta Directiva del Banco Central, en atención a circunstancias precisas, previstas en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Banco Central. En el caso concreto, de conformidad con la prueba solicitada por esta Sala, mediante resolución de las 16:00 horas del 13 de marzo del 2.002 (folio 158), se tiene por acreditado, según consta en el Oficio SUGEF-1.390-200203387, del 23 de abril del 2.002, que todavía a esa fecha, la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Dulce Nombre de Cartago (COOPEDUNCA, R.L.) no es sujeto de supervisión o fiscalización por parte de la SUGEF, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Banco Central (ver folio 168). Por consiguiente, se estima que el INFOCOOP, que es el instituto naturalmente encargado de la regulación de las entidades cooperativas, actuó en el marco de sus potestades jurídicas, pues la cooperativa demandada todavía no estaba sujeta al control de la SUGEF. Por consiguiente, se estima que no lleva razón el recurrente en sus argumentos, aparte de que tal concreto aspecto no fue invocado al momento de contestar la demanda.

IX. EN RELACIÓN CON LOS AGRAVIOS PLANTEADOS POR EL RECURRENTE COMO RECLAMOS DE FONDO:

Como se anticipó, los reclamos que el representante de la Cooperativa demandada incoó en el acápite referido a los motivos de fondo, son todos de naturaleza constitucional y, también, fueron sometidos, por el recurrente, a conocimiento de la Sala Constitucional. En consecuencia, dado que lo resuelto en esa especial jurisdicción constitucional, tiene efectos vinculantes erga omnes y por estar presente una cuestión de pre-judicialidad, no puede la Sala volver a conocer y a resolver esos concretos motivos de agravio. Tampoco resulta útil transcribir totalmente, en este fallo, lo resuelto por esa otra Sala, en la sentencia 8.587 citada. Vale, entonces, referirse en forma sucinta a cada uno de esos agravios, resumiendo lo ya resuelto en esa jurisdicción especializada. [...]

XI. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD CONCEDIDA AL INFOCOOP DE PODER SOLICITAR LA DISOLUCIÓN DE UNA COOPERATIVA, PESE A QUE NO MEDIE APORTE ECONÓMICO NI ENFRENTA RIESGO EMPRESARIAL ALGUNO:

Ya la Sala Constitucional se pronunció expresamente sobre esta cuestión, señalando que el Estado tiene interés en velar por el buen funcionamiento de las organizaciones cooperativas, dado que se trata de asociaciones de conveniencia, de utilidad pública y de interés social, pues por su medio se busca el desarrollo económico, social, cultural y democrático de los habitantes del país; razón por la cual, las normas contenidas en los artículos 86 y 87 de la Ley de Asociaciones Cooperativas no resultan contrarias al Derecho de la Constitución. En ese sentido, se indicó: *“El Instituto Nacional de Fomento Cooperativo fue creado por el Estado como institución con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa y funcional y su finalidad es la de fomentar, promover, financiar, divulgar y apoyar el cooperativismo en todos los niveles, propiciando las condiciones requeridas y los elementos indispensables, a una mayor y efectiva participación de la población del país, en el desenvolvimiento de la actividad económica social que simultáneamente contribuya a crear mejores condiciones de vida para los habitantes de escasos recursos. (artículos 154 y 155 de la Ley). El artículo 97 de la Ley, le confiere a esa Institución la potestad de control y vigilancia de las cooperativas, al señalar que le corresponderá al INFOCOOP la más estricta vigilancia de las asociaciones cooperativas, con el exclusivo propósito de que éstas funcionen ajustadas a las disposiciones legales. Considerando los anteriores elementos, no es contrario a lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución,... Es irrelevante, para los fines perseguidos por el legislador, que el INFOCOOP no tenga participación económica alguna o riesgo empresarial en una determinada cooperativa, para que se le otorgue la facultad de pedir la disolución. El ejercicio de esa facultad forma parte de las funciones para las que fue creado el Instituto. En consecuencia, las normas señaladas no son contrarias al artículo 25 de la Constitución Política.”*

XII. EN RELACIÓN CON LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO DE DISOLUCIÓN, EN CUANTO SE ESTIMA QUE AL APROPIARSE EL INFOCOOP DE LOS

RECURSOS DE LA COOPERATIVA LIQUIDADA SE VIOLA EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Como quedó expuesto en consideraciones anteriores, en el proceso laboral se gestiona únicamente la autorización respectiva de disolver la cooperativa, en atención a motivos legalmente establecidos. Luego, la liquidación en sí la realiza una comisión liquidadora integrada por representantes del INFOCOOP, de los acreedores y por algún integrante del Consejo de Administración de la Cooperativa. De conformidad con el artículo 88, el activo líquido de la cooperativa, salvo los casos de excepción previstos en la norma, se destinarán a formar parte del fondo de educación cooperativa del Instituto. La constitucionalidad de esa norma ya fue declarada por la Sala competente, al considerar que el Estado tiene potestad para gravar los excedentes originados en el ejercicio de la actividad económica de una asociación cooperativa. A manera de conclusión, se indicó: *“Eso hace evidente una realidad contable; y es que una vez cubiertas todas las obligaciones en el orden que establece la ley, el activo líquido de una cooperativa disuelta no existe o es ínfimo. Así las cosas, se concluye que la obligación parafiscal impuesta a las asociaciones cooperativas en el artículo 88 es conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 121 inciso 13) de la Constitución Política y además, no resulta confiscatoria ni desproporcionada. Por otra parte, es razonable que se destine ese activo líquido al fondo de educación del INFOCOOP, porque, como se señaló, el Estado está obligado por la propia Constitución Política a fomentar la creación de cooperativas (art. 64) y dentro de los principios del cooperativismo, sin duda se encuentra el fomento de la educación cooperativa.”*

XIII. EN CUANTO SE ACUSA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FACULTADES DEL INFOCOOP DE INTERVENIR LA DOCUMENTACIÓN DE LA COOPERATIVA: Los incisos o) y p) del artículo 157 de la Ley de Asociaciones Cooperativas le atribuyen al INFOCOOP, la facultad de *revisar los libros de actas y contabilidad de todas las cooperativas y realizar un auditoraje por lo menos cada dos años, o cuando las circunstancias lo ameriten, a así lo soliciten sus cuerpos representativos; y, solicitar y recibir informes estadísticos u otros datos sobre la marcha de cualquier cooperativa;* potestades que el recurrente estima son inconstitucionales, por violatorias del derecho a la privacidad. La Sala Constitucional, resolvió este aspecto de la acción incoada, refiriéndose a una sentencia dictada con anterioridad, por la cual se resolvió el mismo tema planteado, pero en relación con esas facultades, otorgadas a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Banco Popular y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y como conclusión señaló: *“En el caso que se analiza, si bien es cierto, las asociaciones cooperativas son entidades de carácter privado, tanto la constitución como el funcionamiento de estas organizaciones es de interés social. De ahí que el Estado ha otorgado privilegios y beneficios a las cooperativas, tales como la exención en el pago del impuesto sobre la renta (artículo 78 de la Ley) y ha conformado al INFOCOOP como institución autónoma, con la finalidad de fomentar, promover, financiar, divulgar y apoyar el cooperativismo. La propia Constitución Política, conforme ya se indicó,*

dispone la obligación del Estado de fomentar la creación de cooperativas, como medio de facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores. Aunado a ello, el artículo 50 de la Constitución Política estatuye que el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Con base en esos elementos es que no resulta contrario al artículo 24 de la Constitución Política, que consagra el derecho a la intimidad y libertad y secreto de las comunicaciones; el que el INFOCOOP tenga acceso a los libros de actas y contabilidad de todas las asociaciones cooperativas, deba realizar auditorajes y solicitar y recibir informes estadísticos. El Estado, a través del INFOCOOP debe ejercer una labor de supervisión y vigilancia a fin de determinar si se da cumplimiento a los fines públicos que dispone la Ley y se cumple con los procedimientos y formas ahí establecidos. Debe tomarse en cuenta, además, que están en juego los derechos de terceros que podrían verse afectados con el manejo de los estados financieros de una asociación cooperativa.” En consecuencia, tampoco se justifica, en forma alguna, la negativa de los representantes de la Cooperativa accionada, a facilitarle a los representantes del INFOCOOP, la documentación necesaria para que pudiera realizar una nueva auditoría, que reflejara un supuesto nuevo estado de la Cooperativa, diferente al que se había detectado con el estudio realizado.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL 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. CIJUL 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 CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL 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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7558 del tres de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. **Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica**. Vigente desde: 27/11/1995. Versión de la norma: 17 de 17 del 30/07/2013. Publicada en Gaceta N° 225 del 27/11/1995, Alcance: 55.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7558 del tres de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. **Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica**. Ídem.

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 60 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintisiete de mayo de dos mil cinco. Expediente: 01-000418-0163-CA.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 200 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 93-000200-0005-CI.

^v TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 39 de las nueve horas con quince minutos del dieciséis de febrero de dos mil once. Expediente: 09-001103-1027-CA.

^{vi} TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 180 de las quince horas del quince de mayo de dos mil uno. Expediente: 99-000096-0011-CI.

^{vii} TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 84 de las quince horas con diez minutos del cuatro de febrero de dos mil nueve. Expediente: 04-001554-0180-CI.

^{viii} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 65 de las ocho horas con treinta minutos del nueve de febrero de dos mil siete. Expediente: 00-008843-0166-LA.

^{ix} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 327 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 97-000297-0005-CI.

^x SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 135 de las nueve horas con veinte minutos del veintisiete de febrero de dos mil siete. Expediente: 99-000256-0175-PE.

^{xi} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 90 de las nueve horas con veinte minutos del veintiocho de febrero de dos mil trece. Expediente: 99-300149-0336-LA.