Número 24 – novembro/dezembro/janeiro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

LA RESPONSABILIDAD IN VIGILANDO DEL BANCO CENTRAL POR LA SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

Luis A. Ortiz Zamora

Especialista en Derecho Público. Profesor en el Programa de Doctorado en Derecho, Programa de Derecho Público Iberoamericano, Convenio Universidad Autónoma de Centroamérica – Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez. Representante de país de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).

I.- INTRODUCCIÓN

Nos adentramos - en lo que procede - en un tema prácticamente virgen desde el punto de vista jurídico. Los tétricos antecedentes que le acompañan, no son pocos ni exclusivos de nuestra realidad; de ahí que, universalmente se ha comenzado a replantear la importancia de la actividad financiera en el desarrollo económico de los países y la conformación de un **sistema sustentado en la confianza.**[1]

En nuestro país, fue primero el "Crack de las financieras" (1987-1988) el que trajo consigo suicidios, financistas en fuga, colapsos económicos y sueños fallidos[2], y ante la falta de reacción: la crisis del sistema financiero cooperativo nacional (1997). No obstante sus tristes consecuencias, en las pocas ocasiones en que nuestros Tribunales de Justicia han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, la inalterabilidad de la causalidad directa, inmediata y exclusiva[3] como

[1] BONEO VILLEGAS (Eduardo J.) y otro. Contratos Bancarios Modernos. Abeledo –Perrot. Buenos Aires.

[2] MURILLO (Nelson) y ÁLVAREZ (Arturo) A 10 años del crack de las financieras. Rumbo. N° 682. 6 al 20 de mayo de 1998.

[3] Ver Sentencias 719-99, 166-98, 463-98 y 347-2002 del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda; 229-99 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda y 946-F-01 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

presupuesto de la responsabilidad administrativa, ha ahogado la esperanza de la justicia en quienes, confiando sus ahorros a los intermediarios financieros, han sido engañados vilmente ante la negligencia del órgano supervisor. Tal es pues, la importancia del tema de estudio, cuya falta de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pero sobre todo, de eficacia, hacen del mismo algo utópico.

Dentro del acervo de relaciones jurídicas, hechos y eventos que acontecen en la actividad financiera, es posible desentrañar numerosos supuestos de responsabilidad administrativa por su supervisión, ya sea por actividad o inactividad, con respecto a los sujetos supervisados o con respecto a los ahorrantes. Sin embargo, el estudio propuesto pretende analizar tan sólo, la responsabilidad *in vigilando* en la supervisión de la actividad financiera con efectos sobre los inversionistas, para quienes y por quienes, encuentra sustento la supervisión financiera en un sistema basado en la confianza.

II.- EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL

A.- JUSTIFICACIÓN

Dentro de las disposiciones de la Ley Orgánica del Banco Central y la Ley Reguladora del Mercado de Valores, se incorpora la figura de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) como órgano desconcentrado del Banco Central de Costa Rica encargado de autorizar, supervisar y fiscalizar a las entidades públicas y privadas que realizan intermediación financiera en el país. Su deber, consecuentemente, es velar por la estabilidad, solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional, asegurándose que las entidades financieras autorizadas cumplan con los preceptos legales aplicables para funcionar en el sistema.

Su creación se sustenta en sendos valores socio-económicos que el Estado debe proteger, pero sobre todo, se justifica en la protección de los inversionistas y ahorrantes, quienes de acuerdo con los artículos 46 y 50 de la Constitución Política, merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Los intereses y derechos de ahorrantes e inversionistas, junto con los demás agentes activos del sistema financiero nacional, habilitan plenamente el intervencionismo estatal en esta actividad privada que pretende - en los términos del artículo 28 de la Constitución Política - proteger el interés público, límite infranqueable del principio de libertad. En las expresivas palabras de Adam Smith: “el ejercicio de esta libertad por un contado número de personas, que puede amenazar la seguridad de la sociedad entera puede y debe restringirse por ley de cualquier Gobierno, desde el más libre al más despótico. La obligación de construir muros para impedir la propagación de los incendios es una violación de la libertad natural, exactamente de la misma naturaleza que las regulaciones en el comercio bancario.”[4]

En este sentido, también la Sala Constitucional ha manifestado que:

[4] SMITH (Adam) Investigación de la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986.

> *"La actividad bancaria es uno de los instrumentos esenciales para el desarrollo económico del país, precisamente porque sus funciones comprenden las de administrar y distribuir los ahorros de la comunidad, a la vez que crea la riqueza y satisface necesidades generales. Por lo mismo, le corresponde al Estado universalmente reconocido como principio en esta materia, autorizar (sea por ley o por acto constitutivo), fiscalizar o controlar y ejercer en su caso la actividad bancaria."* [5]

El control estatal de la actividad financiera resulta de tanta trascendencia que sus primeros esbozos se verifican ya para finales de la Edad Media, cuando en Génova, Italia se desata una catástrofe económica que produjo enormes pérdidas a los clientes de los banqueros genoveses cuyos arriesgados negocios los habían llevado a la ruina financiera. Asimismo, en el Código de Hamurabi se regulaban ya los intereses y más adelante, en Roma, se asignaba al prefecto la tarea de controlar que la actuación y funcionamiento de los bancos se ajustara al marco de legalidad impuesto por el Imperio.

Hoy en día, en un estado de desarrollo mucho mayor por parte de la economía, el Estado, a través del Banco Central de Costa y sus órganos técnicos especializados, realiza el control, supervisión, y fiscalización de la actividad financiera en nuestro país. Según explica el Dr. Eduardo Lizano Fait: "El sector financiero cumple así una función clave dentro de la economía y no puede dejarse a la deriva. Es indispensable que funcione dentro de un marco jurídico e institucional debidamente supervisado y vigilado.[6]

B.- NATURALEZA JURÍDICA

El Sistema Financiero Nacional, bajo la supervisión directa de su ente rector - Banco Central de Costa Rica - y sus órganos técnicos especializados CONASSIF y SUGEF, se erige como un ordenamiento jurídico sectorial que regula la actividad de intermediación financiera en Costa Rica. En suma, existen un conjunto de derechos y obligaciones establecidos en normas jurídicas que posibilitan que sujetos de carácter público y privado realicen lo que se conoce como intermediación financiera, tal que la captación de recursos financieros del publico, 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. [7]

Por sus especiales características, puede enmarcarse al sistema financiero nacional como el tipo de figuras que bajo la denominación de concertación,

---

[5] Resolución N° 660-92 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
[6] LIZANO (Eduardo) La supervisión prudencial y la reforma del sector financiero, proyecto sobre servicios financieros. Seminario: Las recientes reformas económicas y financieras en Costa Rica. Academia de Centroamérica, 1993.
[7] Artículo 116 de la actual Ley Orgánica del Banco Central, Ley Nº7558.

concierto, administración concertada o conciertos de administración se han introducido en la dinámica del ordenamiento jurídico administrativo, acercando al particular y a la Administración en una relación íntima de colaboración en pos de la realización de un fin público, sin que el Estado asuma su titularidad. Así pues, la actividad de intermediación financiera que se realiza al amparo del Sistema Financiero Nacional constituye **ACTIVIDAD PRIVADA DE INTERÉS PÚBLICO**, de acuerdo con la doctrina española y la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, servicio público impropio en la terminología italiana, o servicio público virtual según los intentos de la doctrina francesa[8].

En cualquier caso, el fenómeno descrito se define como "una serie de actividades en las que no se da una formal declaración de servicio público, pero respecto de los cuales, por razón del interés público especial que encierran, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad."[9]

Las características propias de esta figura en contraposición con el servicio público son:

1. Se trata de actividades fundamentalmente privadas que no son atribuidas ni asumidas por el Estado.
2. No obstante ser de índole privada, revisten un interés general muy arraigado.
3. Son actividades dirigidas al público.
4. Tales actividades se desarrollan en régimen de autorización (no de concesión), configurándose un régimen jurídico especial reglamentario; por lo que, precisamente atendiendo a su interés general, deben ser reglamentadas para imponer su prestación debida y bajo tarifa.
5. No están asumidas por la titularidad del Estado.

Por el contrario, los elementos que diferencian a los servicios públicos con respecto los servicios públicos virtuales, impropios o actividades reglamentadas de interés público son que:

1. La Administración asume directamente, por organización propia, o por delegación mediante contrato de concesión, su prestación.
2. Existe titularidad de la administración sobre la función o actividad de que se trate el servicio, de ahí que opere el monopolio de derecho a su favor. (Artículo 46 Constitución Política) Es decir, se verifica la llamada exclusividad regalística como reserva a favor del Estado, por medio de la *publicatio* de la actividad. [10]

[8] BASSOLS COMA (Martín) Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares. Revista de Administración Pública N° 82 Enero – Abril 1977. Pág. 71. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
[9] ARIÑO ORTIZ (Gaspar) Economía y Estado. Marcial Pons, Madrid, 1993.
[10] En nuestro ordenamiento jurídico, por disposición expresa del artículo 46 de la Constitución Política, la creación de nuevos monopolios a favor del Estado o de las Municipalidades requiere la aprobación de una ley por dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

3. Constituyen actividades indispensables para la vida de la sociedad, siendo esta la causa de justificación para que la asuma el Estado. [11]
4. La reserva de la función o actividad a favor del Estado (publicatio) debe estar claramente establecida en una ley formal.[12]

En este sentido, según lo explica el profesor Sebastián Martín-Retortillo, el Sistema Financiero Nacional supone establecer una extensa e intensa regulación jurídico-pública en la actividad financiera. Tales regulaciones se concretan en los siguientes términos:

1. Sometimiento de las entidades privadas financieras a autorización y control expreso de la Administración.
2. Obligación genérica de las entidades financieras de facilitar a la entidad supervisora una completa información sobre su situación y evolución con el fin de que la entidad supervisora pueda adoptar las medidas necesarias que serán siempre de obligado cumplimiento.
3. Sanción de un marco normativo de ius cogens, normas imperativas al que las entidades financieras deben ajustar su actuación tendente a limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez.

Así, la Administración Pública, sin necesidad de asumir titularidad patrimonial alguna, puede ordenar y dirigir la actividad financiera con amplitud e intensidad considerable[13]; sin que, de otro lado, pueda intervenir individualmente en el ejercicio de esa actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, pues todas las modificaciones se hacen desde fuera, por vía general.[14] El Banco Central de Costa Rica como ente rector, CONASSIF y especialmente SUGEF como órganos administrativos técnicos, despliegan a lo interno del Sistema Financiero Nacional su poder de policía como función pública, es decir, aquella actividad propiamente soberana del Estado ejercida por medio de actos de autoridad que se imponen al administrado.[15]

De tal forma, la confluencia inercial de los elementos subjetivos y objetivos del Sistema Financiero Nacional, motivados por una fuerza vincular de necesidad objetiva sustentada en la confianza, configura la existencia de un sistema que

[11] Ibid.
[12] ARIÑO ORTIZ (Gaspar) Economía y Estado. Marcial Pons, Madrid, 1993.

[13] MARTÍN-RETORTILLO (Sebastián) Derecho Administrativo Económico II. Distribuciones de La Ley, Madrid, 1991.
[14] MEILÁN GIL (José Luis) Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. En Revista de Administración Pública N° 71. Mayo – Agosto 1973. Pág. 84. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
[15] Para efectos de deslindar los conceptos de servicio público y función pública en el presente trabajo, entendemos por servicio público prestaciones positivas de tipo técnico que el Estado realiza directa o indirectamente en aras de la consecución de fines de bienestar, no al ser del Estado, pero sí para la vida social, sin que sean impuestos al particular. Por el contrario, entendemos la función pública como la actividad propiamente soberana del Estado ejercida por medio de actos de autoridad que se imponen al administrado. En ambos casos, la titularidad evidentemente es del Estado.

culmina en un ordenamiento jurídico sectorial.[16] Con tal carácter, se convierte en socaire de todo aquel elemento que lo integre, de lo que sus miembros y usuarios deducen una presunción de pertenencia con respecto de su ente rector, que si bien no es un garante de cuanta operación se realice en él, sí asume tal posición por el control, fiscalización y supervisión de la legitimidad de la actividad integral realizada bajo el imperio del sistema que regenta. Así pues, lo definitorio es la actuación de la Administración dirigida a **asegurar** el correcto cumplimiento de las normas que rigen el acceso, la organización y el funcionamiento del sistema financiero nacional.[17]

C.- LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS ALCANCES

En tratándose de actividades de interés público, la autorización responde a la ordenación de la economía por parte del Estado a partir de la propiedad privada de los medios de producción. En este sentido, toda entidad que desee ejercer actividades de intermediación financiera debe necesariamente cumplir con requisitos para ser autorizada y admitida dentro del sistema financiero nacional para que funcione en estricto apego a su ordenamiento jurídico sectorial específico.[18]

Tales autorizaciones administrativas no son ya, únicamente una remoción de un obstáculo para ejercer la libertad que previamente ya se tiene - como dicta la tradicional definición de la autorización - sino más bien, un acto condición. Se verifica entonces "un acto de la Administración en virtud del cual una persona queda investida de uno o varios poderes o facultades legales para desarrollar una actividad que antes le estaba legalmente prohibida y que, permitida por la Administración sólo los particulares pueden desenvolver." [19]

De tal forma, con respecto a las actividades de interés público, el Estado establece deberes del particular en ejercicio de sus derechos, a la par que potestades de la Administración para vigilar el cumplimiento de tales vínculos y garantizar que la actividad producirá los resultados buscados, en lo que se conoce como "propiedad funcionalizada o vinculada".[20] Así pues, por su intrínseca importancia para obtener y garantizar los fines sociales principales del Estado, la autorización justifica mayor intervención de la Administración en una actividad que - aunque privada - une a la Administración y al particular en una

[16] Sobre la base de la teoría ordinamentalista de Santi Romano, Giannini crea la teoría del ordenamiento sectorial en un famoso trabajo suyo de 1949 denominado *Instituti di credito e servizi di interesse pubalico* publicado en la revista *Moneta e Crédito.*

[17] MAGIDE HERRERO (Mariano) Criterio de imputación de la responsabilidad "in vigilando". En la obra colectiva La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de octubre de 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-Barcelona. 1999.

[18] Ver artículo 116 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. N° 7558.

[19] ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas N° 35.

[20] Ver MARTÍN MATEO (Ramón) La Penetración Pública en la Propiedad Privada. Revista de Administración Pública N° 67, 1972. En similar sentido, GIANNINI (Massimo Severo) Diritto Pubblico dell´Economia. Ambos citados por ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Expropiación y Responsabilidad Pública.San José, Litografía e Imprenta LIL, 1996.

relación jurídico administrativa de carácter permanente que depara mayor intimidad entre ambos.

En efecto, desde el momento en que la entidad financiera es autorizada para realizar intermediación financiera, queda incardinada como sujeto de un amplio complejo normativo que deberá respetar.[21] Como lo explica Nigro "la asunción por parte del sujeto, por efecto de tal acto, de derechos y de obligaciones, no es, en efecto, algo accidental o añadido, sino que concurre a definir su modo de ser y de operar.[22]

Para ejercer la actividad de intermediación financiera, entonces, a la base de la libertad del ente debe operar una sujeción voluntaria a las condiciones y normas predispuestas que disciplinan el Sistema Financiero Nacional, que nace del acto de autorización.[23] De esta forma, la entidad financiera autorizada queda unida con el Banco Central de Costa Rica por una relación de sujeción especial, por cuya aplicación se logra regular más intensamente – legítimamente - una actividad privada de interés público.

III.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A.- MARCO GENERAL

Con gran tino y proyección de la actual situación, advertía ya desde hace algún tiempo el profesor Alejandro Nieto que la explicación más clara que existe de la responsabilidad de la Administración Pública es que: **"**hay una discordancia fatal entre lo que se exige al Estado, lo que este se compromete a hacer y lo que realmente hace. Esta discordancia genera una responsabilidad social que el Derecho convierte en responsabilidad jurídica."[24]

Efectivamente, el Estado crece y va asumiendo nuevos roles, hasta que su desarrollo abrumador lo convierte en responsable de cuanta actividad se desarrolla dentro de su territorio, por cuanto, lo que no realiza por su propia mano, se le reconduce autorizándolo, vigilándolo, fiscalizándolo, controlándolo y muchas veces dirigiéndolo. La dificultad que ello plantea, ha promovido que - a efecto de no eliminar o limitar la responsabilidad de la Administración hasta su negación - las premisas originales o tradicionales del régimen de responsabilidad administrativa hayan debido ser trastocadas; no para limitar su alcance, sino más bien, para extender su aplicación a los nuevos supuestos que por su novedad no encuentran aún ubicación, ni por tanto, eficacia.

De acuerdo con lo anterior, es menester recordar que en la Ley Orgánica del Banco Central y la Ley Reguladora del Mercado de Valores se crea y regula la

[21] MICHAVILA NÚÑEZ (José María) Autorizaciones. En el libro Estudios de derecho público bancario. Editorial CEURA, 1987.
[22] NIGRO (M.) Profili pubblicisti del credito. En el libro La disciplina publicistica del crédito. Padua, 1970.
[23] Ver FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón) Poderes Públicos de ordenación Bancaria y Eficacia Preventiva. En la obra colectiva Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1989.
[24] Alejandro Nieto. Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo. San José – 1981. Litografía e Imprenta Lil, S.A. pág. 562.

figura de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) como el órgano desconcentrado del Banco Central de Costa Rica encargado de **autorizar, supervisar y fiscalizar a las entidades públicas y privadas que realizan intermediación financiera en el país**. El creciente desarrollo de la supervisión financiera al impulso del Comité de Basilea, depara nuevas y desconocidas fuentes de responsabilidad administrativa, ya no propiamente reguladas ni solventadas tan fácilmente por la teoría de la responsabilidad objetiva, sino por conceptos a los que ha debido asirse la doctrina y la jurisprudencia con la esperanza de que el Derecho Público no se convierta sino en una lex imperfecta.[25]

La responsabilidad *in vigilando*, la inactividad material, la responsabilidad concurrente, la posición de garante y la comisión por omisión han sido los conceptos necesarios para remozar la tradicional teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración a efectos de reconducirle la responsabilidad por daños causados por los intermediarios financieros a los inversionistas del Sistema Financiero Nacional. La dificultad de ello no ha sido poca, pues el tema en discusión pretende la imputación de responsabilidad al Banco Central por hechos de terceros que éste no ha acertado a atajar, de manera que siempre va a existir un concurso causal en el que, además, la conducta del tercero aparece como causa directa e inmediata. Por tanto, la imputación de responsabilidad *in vigilando* a la Administración supone necesariamente una excepción a la tradicional relación causal directa, inmediata y exclusiva entre el acto o actuación administrativa y el daño.

No cabe pues admitir, en la hipótesis propuesta, la nota de objetividad que con carácter general se predica de la responsabilidad administrativa,[26] ya que no es la Administración ni su actividad de supervisión la que produce directamente el daño ni crea el riesgo, sino que lo evita. Su actuación en este supuesto no es capaz de producir un daño por sí misma, sino, antes bien, de evitarlo, garantizando que los intermediarios financieros cumplan las condiciones normativas establecidas y se ajusten en su actuación al ordenamiento sectorial que rige la actividad. El incumplimiento de tal deber - que ante la confluencia de exigencia legal y caso concreto se torna en obligación - constituye el fundamento para imputarle la responsabilidad a la Administración, bastando para ello la virtualidad causal.

B.- RECONDUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD *IN VIGILANDO* A LA INACTIVIDAD MATERIAL

En el cumplimiento de su función o con prescindencia de ella, la Administración Pública puede cometer infracciones al ordenamiento y lesionar los derechos e intereses del particular, de igual forma por acción que por omisión. Así, la inactividad material administrativa configura el desarrollo de la ilegalidad al no cumplirse con eficiencia las actuaciones de tipo positivo que se exigen a la

[25] SCHULZE Preussisches Staatsrecht. Citado por SCHMITT (Carl) La Defensa de la Constitución. Ed. Tecnos, 1983.
[26] GÓMEZ PUENTE (Marcos) La inactividad de la Administración. Arazandi, Pamplona, 1997.

acción del poder público[27]. De igual manera que cuando actúa, debe pues, ser sancionada la Administración si esa actividad demandada y de obligado acatamiento, no llega a ser materializada por la inercia y omisión de sus órganos. Desterrar el "Código del Fracaso"[28] ha de ser el objetivo primordial del control de la inactividad material administrativa, propugnándose por tanto, la responsabilidad de la Administración, tanto por acto cuanto más por su inactividad.

Dentro de la delimitación propuesta del tema – responsabilidad *in vigilando* del Banco Central - la inactividad material administrativa se despliega como inactividad de supresión frente a la acción de terceros, en nuestro caso, de los intermediarios financieros. En este sentido, se verifica este tipo de inactividad material cuando la Administración Pública no ejerce las acciones jurídicas o fácticas que le son debidas para suprimir una situación dañosa y de ilegalidad, cuyo causante directo es la actuación de un tercero, a la que no pone coto la Administración encargada de ello. Se produce en ellas, una conducta dañosa de estructura subjetiva (no de efecto) trilateral o triangular, que convierte a la autoridad pública en copartícipe (por su omisión) y eventualmente en responsable civil como garante posterior del daño[29] con respecto al ahorrante e inversionista afectado.

Cuando se responsabiliza a la Administración por no impedir la verificación de un daño (responsabilidad *in vigilando)*, se le sanciona una omisión (inactividad material): aquella que hubiera interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión.[30]

C.- LA IMPORTANCIA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN FINANCIERA.

La Superintendencia General de Entidades Financieras, como órgano administrativo encargado de la supervisión, fiscalización y control del sistema financiero nacional, ostenta un amplio acervo de potestades-deberes que el ordenamiento jurídico le ha otorgado al conferirle sus competencias - por principio - irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Dada una normativa mínima que permita su creación e investidura con competencias suficientes para realizar su cometido, su función se rige por el principio de oportunidad.

---

[27] MORA ESPINOZA (Álvaro) El control jurisdiccional contra la inactividad material de la Administración Pública. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Asociación de Derecho Público y Administrativo, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo "Prof. Jesús González Pérez". Vol. 1 N° 1 (2001) San José, C.R.: Las Asociaciones y el Instituto, 2001.

[28] El profesor Roberto Dromi crea el "Código del Fracaso":

Art. 1. NO SE PUEDE.
Art. 2. EN CASO DE DUDA, ABSTENERSE.
Art. 3. SI ES URGENTE, ESPERAR.
Art. 4. SIEMPRE ES MÁS PRUDENTE: NO HACER NADA.

[29] GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar Eduardo) La Justicia Administrativa. Tomo II. El Control Judicial de la Inactividad Administrativa. 1ª ed. San José, C.R.: IJSA, enero del 2002.

[30] MAGIDE HERRERO (Mariano) Criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando. En el libro La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-Barcelona, 1999.

En consecuencia, la Superintendencia General de Entidades Financieras ostenta potestades discrecionales para hacer valer el principio de oportunidad que le es inherente por su especialidad orgánica y técnica. Delimitado así su ámbito de acción, el mismo resulta regido principalmente por lo que indican los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, sea que en el ejercicio de sus potestades, o bien mediante su inactividad, por acción u omisión, no se pueden violar las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, los principios elementales de justicia, la lógica, la conveniencia, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ni los derechos del particular.

Según explica Tomás-Ramón Fernández: actuar o no actuar los mecanismos legales es, pues, la primera pregunta que deben plantearse las autoridades competentes. Una pregunta nada fácil de responder las más de las veces, porque, si no se actúa en el momento oportuno y con el mecanismo más adecuado, se contrae una grave responsabilidad pública por las consecuencias que puedan seguirse de esa pasividad y, si, por el contrario, se opta por poner en marcha el dispositivo legal es sencillamente imprevisible el efecto final que ese mecanismo podrá llegar a producir.[31]

En razón de ello, el tema de estudio remite a estándares de funcionamiento de la supervisión financiera como causa de la responsabilidad administrativa; es decir, al error manifiesto de apreciación como límite jurídico general aplicable a la valoración técnica de los elementos de hecho de la decisión.[32] Existe pues, responsabilidad *in vigilando* del Banco Central ante daños ocasionados al ahorrante por el intermediario financiero, únicamente en los supuestos de funcionamiento anormal de su función; o sea, de manejo incorrecto o del todo inexistencia de manejo, de los poderes-deberes que el ordenamiento sectorial le atribuye como su ente rector en posición de garante.

En este sentido, en sus decisiones de 15 de febrero de 1979 y de 12 de junio de 1979, el Tribunal Superior Alemán declaró la responsabilidad de la Oficina Federal de Supervisión del Sistema Crediticio, (órgano equivalente a la SUGEF en nuestro país) por los daños sufridos por ciertos ahorrantes como consecuencia de la quiebra de un empresario de la construcción que había realizado negocios bancarios sin la necesaria autorización. En lo que interesa concluyeron que:

> **BGHZ de 15 de febrero de1979:**
>
> 1.- Es deber de la Oficina Federal de Supervisión del Sistema Crediticio el examinar si un empresario realiza negocios bancarios que requieren autorización y representa un deber también frente a acreedores depositantes de ese empresario.
>
> 2. a) **Si la autoridad de supervisión ejerce la discrecionalidad sin infracción del ordenamiento, no infringe ningún deber que le incumbe frente a los acreedores depositarios.**

[31] FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón) Poderes Públicos de ordenación Bancaria y Eficacia Preventiva. En la obra colectiva Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1989.

[32] SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) Discrecionalidad administrativa y control judicial. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1995.

b) **Una infracción de un deber sólo se produce si la autoridad de supervisión omite o adopta medidas que en caso de uso adecuado de supervisión habría debido adoptar u omitir.**

BGHZ de 12 de julio de 1979:

1. A) Si se le ha notificado de manera suficiente a la Oficina Federal de Supervisión Bancario que un instituto de crédito, para alcanzar mayores beneficios en los negocios con divisas a plazo, arriesga su capital propio en garantía en todo o en una parte esencial, puede generarse el deber de usar los medios de examen conferidos para proteger a los acreedores depositantes como tercero.

b) Un medio menos drástico puede ser, en tal caso, para proteger a los acreedores depositantes, hacer llegar al Consejo de Vigilancia del instituto de crédito las informaciones de las que dispone la Oficina de Supervisión y requerirle para que realice un examen exhaustivo de la actividad del Consejo de Administración.

2. Con el dictado de principios para el capital propio en garantía, la Oficina de Supervisión del Sistema crediticio no cumple ninguno de los deberes frente a acreedores depositantes del instituto de crédito como tercero.

De lo anterior, se deducen conclusiones muy interesantes que deben ser informantes de la teoría de la responsabilidad *in vigilando* del Banco Central. Así, tenemos que:

1.- La responsabilidad del órgano supervisor fue avalada por los tribunales alemanes en el entendido que se verificó una infracción de su deber materializada en la clara omisión de no tomar las medidas adecuadas de acuerdo a los conocimientos técnicos especializados del órgano supervisor de acuerdo a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, la lógica, la conveniencia, la justicia y los principios de razonabilidad y proporcionalidad; por demás, en detrimento de la satisfacción del interés público y los derechos subjetivos de los inversionistas quienes descargan en estos órganos supervisores su confianza en el sistema financiero.

2.- Que las consecuencias de tal falta de servicio recayeron directamente sobre los inversionistas, con lo que se completó el nexo causal requerido para la verificación de la responsabilidad.

3.- Para determinar la responsabilidad del órgano supervisor es menester que el principio de oportunidad que delinea la actuación de estos órganos especializados sea delimitado de tal forma que permita establecer - a pesar de su discrecionalidad - que la actuación administrativa o la inacción administrativa perpetuada en el supuesto de hecho no encaja dentro de lo que se conceptúa como una actuación lícita de la administración. El método utilizado ha sido estrechar el marco de discrecionalidad por medio de las técnicas de control de la discrecionalidad, sean estas el control de

los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y el control por los principios generales del derecho.

En la jurisprudencia reseñada, los tribunales alemanes se inclinan por la técnica de "reducción a cero de la discrecionalidad", muy semejante al control por los conceptos jurídicos indeterminados. Mediante su aplicación, a pesar de que el legislador ha autorizado varias decisiones dentro de un marco de razonabilidad, todas ellas justas, se concluye que existen supuestos de hecho en los que las circunstancias particulares llegan a estrechar tanto el margen de discrecionalidad que sólo una decisión administrativa puede ser lícita y justa. De acuerdo con García de Enterría citando a Flume, la diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados transita por idéntica senda que: "la discrecionalidad de actuación frente a la discrecionalidad de juicio, la primera supone la posibilidad de una actuación activa de la autoridad según propia iniciativa, cuya solución concreta no comprende en sí la norma, que se limita a apoderar a aquella con la competencia, medios y ámbito formal en que la decisión puede moverse; el supuesto segundo es el de una declaración jurídica sobre el fundamento de una <norma de decisión objetiva> es una mera declaración de lo que es de derecho en el caso concreto; se trata de una mera aplicación del Derecho, que el autor califica incluso como <<jurisdicción material>>."[33]

En razón de lo anterior, en tratándose del sector financiero, tan delicado por su naturaleza de riesgo, el Banco Central de Costa Rica, por medio de sus órganos de control debe ejercer una fiscalización en ejercicio de su poder de policía con mucho más rigor que en otras actividades que no tienen tanta incidencia en el interés público.

D.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD *IN VIGILANDO* EN LA SUPERVISIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS.

El núcleo del problema analizado se condensa en que, cuando la Administración vigila no crea el riesgo, sino más bien trata de evitarlo. Esta característica propia de su función marca una abismal diferencia con respecto al régimen de responsabilidad en los servicios públicos prestacionales, en cuyo ejercicio se despliega en su mayor extensión la teoría del riesgo creado y por tanto encuentra asidero la teoría de la responsabilidad objetiva en toda su extensión.

En el tanto el Banco Central desarrolle su función de supervisión y control de la actividad financiera de manera normal y lícita, ni su actividad o inactividad pueden reputarse causa de los daños que puedan producir los intermediarios financieros a los ahorrantes. De otro modo, si la supervisión y control de la actividad financiera funciona mal o del todo no funciona ante supuestos en los que debe desplegar sus potestades, se crea una situación de riesgo que posibilita la Administración por su posición de garante, aunque su autor directo sea un sujeto privado. El Banco Central - en este caso - debe responder porque al incumplir su deber de garante da lugar a una lesión que podría haberse evitado o al menos paliado de haberse realizado la actividad exigida. Su funcionamiento anormal es pues, reflejo de su actuación negligente.

[33] Eduardo García de Enterría. La lucha contra la inmunidades del Poder en el derecho administrativo. Editorial Civitas, S.A. 1995.

Ciertamente, el Banco Central no tiene por qué hacerse cargo de todos los daños que el intermediario financiero origine a terceros, sino sólo de aquellos que, mediando una causación adecuada, puedan imputarse a un funcionamiento anormal (culposo) de su función de supervisión. El presupuesto ha de ser siempre un deficiente ejercicio de sus competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado, y será la culpa o negligencia la que permita concretar la relación de causalidad, abriendo la posibilidad de imputar el daño o una parte de él a la Administración.

La imputación del resultado dañoso a la Administración presupone que esta tenga encomendada una específica función de protección del bien jurídico afectado y, además, la posibilidad de evitar el daño. Cuando el daño se produce por omisión, la causalidad consiste en la no evitación del daño. Lo decisivo en estos casos será, por lo tanto, no la existencia efectiva de una relación causal, sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios.[34]

La posición en que sitúa al Banco Central y a su órgano técnico especializado (SUGEF) la normativa sectorial, no deja duda de su posición de garante, con deberes específicos de control, vigilancia, inspección y supervisión sobre la totalidad de la actividad financiera. No se trata de genéricas potestades de policía, sino deberes concretos transformados en obligaciones ante supuestos de hecho en que debe aplicarse todo su poder interventor. Ante su incumplimiento, se verifica una comisión por omisión en el sentido del Derecho Penal, en la cual no puede verificarse una causalidad directa porque el daño no puede producirse de tal forma, mas sin embargo, en este caso, la omisión se equipara con la comisión.

Esta inevitable existencia de responsabilidad del sujeto particular (cúmulo de responsabilidades), no significa exclusión de la responsabilidad administrativa, pues ésta con su actuación posibilita el daño y su omisión es determinante de su causación. Por ello, no interesa el variado cúmulo de causas, sino sólo aquellas que jurídicamente sean relevantes, bastando por tanto, la virtualidad causal para imputarle la responsabilidad al Banco Central.

Así pues, para que se verifique responsabilidad *in vigilando* del Banco Central deben concurrir tres elementos básicos:

1. Posición de garante de la Administración.
2. Producción de un resultado.
3. Posibilidad de evitarlo.

Los supuestos – no taxativos – en los que puede incurrir en responsabilidad *in vigilando* el Banco Central en su función de supervisión de la actividad financiera con respecto a los ahorrantes son:

1. Negligencia en el otorgamiento de la autorización.

[34] Ver LAGUNA DE PAZ (J.C.) Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado. Revista de Administración Pública N° 155. Mayo/Agosto 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

2. Cuando el deficiente ejercicio de sus potestades de supervisión y control hayan permitido la concreción de un resultado dañoso, que, en otro caso, no se hubiera producido.

En conclusión, la pregunta que hay que hacerse para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad *in vigilando* del Banco Central es: ¿Qué daños hubieran podido razonablemente evitarse si la Administración hubiese ejercido adecuadamente sus competencias?

La aleatoriedad de la actividad financiera puede hacer difícil este test de razonabilidad, mas lo cierto es que, si no se quiere exonerar de responsabilidad a la Administración Pública en el ejercicio de esta actividad o de otro modo, convertirla en aseguradora, es la respuesta objetiva a este cuestionamiento la que nos debe alumbrar.

IV.- CONCLUSIÓN

El problema detallado plantea - ante su potencialidad para catalizar reclamos contra el Banco Central - una peligrosa tendencia a negar su responsabilidad. Su falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial hacen aún más difícil la tarea de propulsar su eficacia, cuya denegación ha producido efectos sociales y económicos que incluso han costado vidas humanas de más de un desesperanzado.

La tarea de elaborar una teoría de responsabilidad administrativa en estos supuestos debe tomar en consideración los elementos que hemos analizado. El parámetro a considerar será la comisión por omisión, propia del Derecho Penal pero aplicable en su totalidad a la responsabilidad *in vigilando*. Así, no se podrá negar que al igual que el policía que no evita un homicidio o el médico que no salva una vida pudiendo y debiendo hacerlo; el Banco Central, como garante de la legalidad de la actividad ejercida al amparo del Sistema Financiero Nacional, debe afrontar su responsabilidad cuando no ejercita o ejercita mal su función de supervisión propiciando un descalabro financiero.

Para estos supuestos, debe erradicarse el hecho de un tercero como eximiente de la responsabilidad del Banco Central, pues exigir causalidad directa, exclusiva y excluyente de la inacción de la Administración, es igual a negar del todo su responsabilidad, habida cuenta que quien causa el daño directamente es el intermediario financiero. En razón de ello, ante el ejercicio normal e ilícito de su función de supervisión financiera, el Banco Central debe responder en el tanto no exista culpa de los propios ahorrantes o fuerza mayor que bloquee el criterio de imputación de la responsabilidad.

Finalmente, en aras de no desvirtuar la responsabilidad del Banco Central en el supuesto estudiado, ni, de otro modo, convertirla en un problema socio-económico aún mayor, consideramos que su responsabilidad debe ser subsidiaria, en el tanto la responsabilidad en que puede incurrir, en ningún caso es directa. Así entonces, ante quiebras de entidades financieras posibilitadas por falta o defectuosa supervisión y control del órgano de supervisión, el inversionista afectado puede y debe resarcirse de la masa concursal en lo que alcance, siendo responsabilidad imputable al Banco Central el tanto que no pueda ser cubierto por la quiebra.

De esta forma, a la vez que se propugna un incentivo para una actuación más eficaz de la Administración; tampoco se elimina el riesgo moral de los intermediarios financieros supervisados.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ZAMORA, Luis A. Ortiz. La Responsabilidad in Vigilando del Banco Central por la Supervisión del Sistema Financiero. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-LUIS-ZAMORA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.