

EXP: 94-000311-0178-CA

RES: 000211-F-2005

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las nueve horas cuarenta minutos del siete de abril del año dos mil cinco.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por **"E.T. S.A."**, representada por Oscar Gallegos Borbón; contra el **"BANCO CENTRAL DE COSTA RICA"**, representado últimamente, por su presidente con facultades de apoderado generalísimo sin limitación de suma, F.d.P.G.G., doctor en economía; y, contra la **"QUIEBRA DEL BANCO GERMANO CENTROAMERICANO SOCIEDAD ANÓNIMA"**, representada por su curador provisional, R.D.A., licenciado en ciencia económicas. Intervienen como coadyuvantes H.B.B., empresario, vecino de Sarchí; G.A., representada por su secretaria con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma, R.P.P., contadora e I.S.A., soltero, pensionado, vecino de Cartago; y, como Fiduciaria del Fideicomiso a favor de todos los acreedores legalizantes en la quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., X.A.M.. Figuran como apoderados especiales judiciales, E.R.F., por actora; E.B.S. y J.L.M.R., por el coadyuvante S.A.. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades dichas, casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el apoderado de la actora estableció demanda cuya cuantía se fijó en la suma de dieciocho millones de colones, a fin de que en sentencia se declare: "1-. Que con pleno derecho para hacerlo conforme disponía el Reglamento para las Operaciones

con Divisas del Mercado Interbancario y sus reformas, publicado en La Gaceta número 174 del 14 de setiembre de 1990, en distintas oportunidades E.T. S.A. solicitó al BANCO GERMANO CENTROAMERICANO S.A., cédula de persona jurídica 3-101-057-700 que le autorizara y otorgara divisas para el pago de importaciones de materia prima por un monto total de CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO DOLARES (US\$148.488,00) –moneda de curso legal de los Estados Unidos de América. 2-. Que las divisas las solicitó E.T. S.A. para pagar importaciones de materia prima proveniente de Estados Unidos de América a su proveedor E.C.I. LTD., con domicilio en Kingsport, Tennessee, Estados Unidos de América. 3)- Que E.T. S.A., conforme fue necesitando las divisas presentó al Banco Germano Centroamericano S.A., la solicitud para tramitar divisas por concepto de importaciones cumpliendo en un todo los requisitos que indicaba el Instructivo para el Trámite de Solicitud de Divisas por Concepto de Importaciones del Departamento de Transacciones Internacionales (TRAIN), Sección de Importaciones del Banco Central de Costa Rica. 4)- Que una vez que presentó la solicitud de divisas para pagar importaciones y los documentos respectivos y una vez que E.T. S.A., depositó y efectuó el pago en colones correspondiente, el Banco Germano Centroamericano S.A., autorizó el egreso de divisas y al efecto emitió dos cheques identificados con los números 29934 y 0639, el primero por un monto de CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO DOLARES CON VEINTE CENTAVOS (US\$59.395.20) y el segundo por un monto de VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE DOLARES CON SESENTA CENTAVOS (US\$29.697.60), ambos por un monto total de OCHENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS (US\$89.092.80) girados a la orden del proveedor E.C.I. LTD.,

contra la cuenta corriente que el Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima tenía en el Republic National Bank of Miami con domicilio en 10NV., 42ND avenue, Miami, Florida cuenta corriente número 066002194. 5)- Que el BANCO GERMANO CENTROAMERICANO S.A., al emitir el día 30 de julio de 1991 el cheque número 2994 por un monto de US\$59.395.20 entregó a E.T. S.A. una fotocopia del mismo y entregó una fotocopia de la orden de remisión número 7050 y, al emitir el día 3 de setiembre de 1991 el cheque número 0639 por un monto de US\$29.697.60 entregó a E.T. S.A., una fotocopia del mismo y una fotocopia de la orden de remisión número 7186. 6)- Que al entregar copia de los cheques racionados en el aparte anterior de las ordenes de remisión números 7050 y 7186 indicó que ambos cheques los enviaría o remesaría directamente al proveedor beneficiario E.C.I. LTD., al tenor de lo dispuesto por el inciso 6.4 de la Cláusula 6, "Disposiciones del Instructivo para el Trámite de Solicitudes de Divisas por Concepto de Importación. 7)- Que los dos cheques que emitió el Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima no fueron enviados al proveedor- beneficiario E.C.I. LTD., como se había obligado a hacerlo el BANCO GERMANO CENTROAMERICANO SOCIEDAD ANÓNIMA. 8)- Que el día 3 de setiembre de 1991 E.T. S.A. depósito en el BANCO GERMANO CENTROAMERICANO SOCIEDAD ANÓNIMA la suma de UN MILLON CIENTO SETENTA Y DOS MIL QUINCE COLONES CON OCHENTA CENTIMOS que correspondía al 30% que por concepto de depósito previo debía hacer para que le tramitara divisas para pagar a E.C.I. LTD., la factura número 1852- 0161 y el día 13 de setiembre de 1991 depositó la suma de UN MILLON CIENTO SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE COLONES CON CUARENTA Y CINCO CENTIMOS que correspondía al depósito previo del 30% que debía hacer paa

solicitar las divisas para pagar la factura, N°1752-0211 también a nombre de E.C.I. LTD., cada factura por un monto total de VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE DOLARES CON SESENTA. 9)- Que el BANCO GERMANO CENTROAMERICANO S.A., a pesar de haber recibido todos los documentos respectivos, no tramitó la solicitud de divisas ni tampoco devolvió las sumas en colones que se depositan conforme se realcionó e indicó en el aparte anterior. 10)- Que el BANCO GERMANO CENTROAMERICANO S.A. era un "banco comercial agente" del Banco Central de Costa Rica y como tal estaba autorizado para operar con divisas extranjeras y hacia todas las operaciones de compra y venta de las mismas por cuenta exclusiva del Banco Central de Costa Rica y en un todo conforme con las disposiciones, resoluciones y recomendaciones que recibía de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica. 11)- Que la Auditoría General de Entidades Financieras era una entidad adscrita al Banco Central de Costa Rica, formaba parte del Banco Central de Costa Rica y debía acatar las disposiciones de su Junta Directiva. 12)- Que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica permitía a la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica autorizar a la Auditoría General de Entidades Financieras para intervenir las entidades sujetas a su fiscalización. 13)- Que el Banco Central de Costa Rica, por medio de la Auditoría General de Entidades Financieras incurrió en negligencia al haber omitido el deber público de fiscalización y control oportuno del estado financiero del Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima que las leyes le exige. 14)- Que el Banco Germano Centroamericano S.A., le adeuda a E.T. S.A. en dólares la suma de OCHENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS (US\$89.092.80) y en colones la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y

SEIS MIL TRECE COLONES CON VEINTICINCO CENTIMOS (¢2.336.013.25), cantidades a las que hay que deducir los montos ya pagados por la quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., según se relacionó. 15)- Que el Banco Germano Centroamericano S.A. fue declarado en estado de Quiebra por lo que el Banco Central de Costa Rica, y debe asumir la responsabilidad completa del caso y así pagar a E.T. S.A. la suma que se le adeuda, concretamente en dólares –moneda de curso legal de 1so Estados Unidos de América- la suma de OCHENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS (US\$89.092.80) y en colones – moneda costarricense– la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRECE COLONES CON VEINTICINCO CENTIMOS, cantidades a las que hay que deducir el monto ya pagado por la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., según se relacionó el día 2 marzo de 1995 concretamente la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO COLONES CON SESENTA Y CINCO CENTIMOS (¢2.885.268.65) Y CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DOS COLONES CON ONCE CENTIMOS (¢455.802.11) 16)- Que el Banco Central de Costa Rica debe pagar a E.T. S.A. los daños y perjuicios causados, daños y perjuicios que consisten en el pago de intereses sobre las sumas debidas contados desde el vencimiento del plazo. 17)- Que son a cargo del Banco Central de Costa Rica el pago de ambas costas de esta acción.” DEMANDA SUBSIDIARIA: “1) Que la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A. es en deberle a E.B.T. S.A. en dólares moneda de los Estados Unidos de América - la suma de OCHENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS (US\$89.092.80) y en colones -moneda costarricense- la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL

TRECE COLONES CON VEINTICINCO CENTIMOS (¢2.336.013.25), cantidades a las que hay que deducir los montos ya pagados por la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., según se relacionó, concretamente la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO CENTIMOS (¢2.885.268,65) y CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DOS COLONES ONCE CENTIMOS (¢455.802,11). 2) Que la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., debe pagar también a E.T. S.A. los daños y perjuicios causados que consisten en el pago de intereses sobre las sumas debidas contadas desde el vencimiento del plazo. 3). Que el Banco Central de Costa Rica es solidariamente responsable -junto con la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A., del pago de dichas sumas de dinero con los daños y perjuicios con motivo de la negligencia y omisión de la Auditoría General de Entidades financieras en la fiscalización y control oportunos del estado financiero del Banco Germano Centroamericano S.A., negligencia que permitió la Quiebra del Banco Germano Centroamericano S.A. y por tanto hizo nugatorio el pago a E.T. S.A. de las cantidades de dinero que se le adeudan. 4) que son ambas costas del juicio a cargo de los demandados.” (sic).

2.- Las demandadas por separado contestaron negativamente e interpusieron las excepciones de falta de derecho, pago, falta de legitimación ad causam pasiva y activa y la genérica de sine actione agit.

3°.- La Jueza Licda. Lorena Ma. Montes de Oca Monge, en sentencia N° 601-02 de las 15 horas 30 minutos del 29 de mayo de 2002, **resolvió:** “En relación con el Banco Central de Costa Rica, se declaran con lugar las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación ad causam pasiva y falta de interés y en

consecuencia, sin lugar en todos sus extremos la demanda ordinaria interpuesta en su contra.- En cuanto al Banco Germano Centroamericano, se declara parcialmente con lugar la defensa de pago opuesta y sin lugar las de falta de derecho, falta de legitimación en su modalidad pasiva y la de falta de interés, comprensivas de la excepción genérica de sine actione agit; y en consecuencia, parcialmente con lugar la demanda.- Se condena al Banco Germano Centroamericano a reconocer a E.T. S.A. la diferencia resultante entre lo pagado dentro del proceso de quiebra decretado contra aquél y lo debido inicialmente, debiendo hacer la conversión al tipo de cambio existente al momento de la declaratoria de quiebra, todo lo cual deberá ser liquidado en la etapa de ejecución correspondiente.- Asimismo, deberá reconocer intereses al tipo legal producidos entre la fecha de los depósitos y la de la declaratoria de quiebra del Banco Germano Centroamericano.- Ambas costas de este proceso corren a cargo del Banco Germano Centroamericano.”

4º.- El Doctor R.F. y la Licda. A.M. , apelaron y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, integrado por los jueces Sonia Ferrero Aymerich, Hubert Fernández Argüello y Yazmín Aragón Cambronero, en sentencia N° 571-2003 de las 11 horas 40 minutos del 26 de noviembre de 2003, **dispuso:** “Sin lugar la nulidad pedida. Se corrige el error material contenido en la sentencia recurrida, para indicar que el demandado no es el Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima, sino su Quiebra. Se revoca el fallo en cuanto impuso a esta última el pago de ambas costas y en su lugar se le exonera de su satisfacción. Se confirma en lo demás.”

5°.- El Doctor R.F., en su expresado carácter formula recurso de casación por el fondo. Alega violación de los numerales 2, 3, 35 inciso 13), 106, 124, 125, 131 y 133 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica vigente en aquel momento; 19 y 74 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional Ley No. 1644 del 26 de setiembre de 1953 vigente al efecto; 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978.

6°.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I. La E.T. S.A. estuvo registrada como importadora ante el **Banco Central de Costa Rica** (en adelante Banco Central), bajo la licencia número I-619. Dicha empresa solicitó al entonces **Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima** (en lo sucesivo Banco Germano), la autorización y otorgamiento de divisas para el pago de importaciones de materia prima, por un monto total de \$148.488,00 a favor de E.C.I. LTD., para lo cual hizo el correspondiente depósito previo del 30% (¢2.336.013,25). El Banco Germano extendió dos cheques identificados con los números 2994 y 0639, fechados 30 de julio y 3 de septiembre ambos de 1991, por \$59.395,20 y \$29.697,60 respectivamente, para un total de 89.092,80; sin embargo, no fueron enviados al proveedor. El 21 de octubre de 1991, la Junta Directiva del Banco Central ordenó la intervención del Banco Germano y con posterioridad, se declaró a nivel jurisdiccional, el estado de quiebra de esa entidad bancaria. Mediante resolución de las 10 horas del 27 de enero de 1995 dictada por la Junta Liquidadora de la

referida quiebra, se acordó cancelar el 19.5119658% del monto adeudado a cada acreedor común cuyo crédito estuviese debidamente legalizado; reconociendo a E.T., ¢2.285.168,65 y ¢455.802,11 por los depósitos de \$89.092,80 y ¢2.336.013,25, mediante cheques N° 90.987 y 90.988, ambos fechados 2 de marzo de 1995. La mencionada empresa interpone el presente proceso contra el **Banco Central** y la **Quiebra del Banco Germano** con el objeto de que se declare: **a)** el Banco Germano era un “banco comercial agente” del Banco Central y como tal estaba autorizado para operar con divisas y hacía todas las operaciones de compra y venta por cuenta exclusiva del Banco Central; **b)** la Auditoría General de Entidades Financieras (en lo sucesivo AGEF), era una entidad adscrita al Banco Central; que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Banco Central permitía a la Junta Directiva autorizar a dicha Auditoría para intervenir las entidades sujetas a su fiscalización; **c)** el Banco Central incurrió en negligencia al omitir el deber de fiscalización y control oportuno del estado financiero del Banco Germano; **d)** el Banco Germano le adeuda \$89.092,80 y ¢2.336.013,25, cantidades a las que hay que deducir los montos ya pagados por la quiebra, el 2 de marzo de 1995; **e)** al haberse declarado el estado de quiebra, el Banco Central debe asumir la responsabilidad y cancelarle: \$89.092,80 y ¢2.336.013,25, menos los montos ya pagados; los daños y perjuicios, consistentes en los intereses sobre las sumas debidas contados desde el vencimiento del plazo y las costas del proceso. Subsidiariamente, en caso de declararse un litisconsorcio pasivo forzoso, peticiona que ambos demandados cancelen de forma solidaria los \$89.092,80 y ¢2.336.013,25, deduciendo lo que ya se había cancelado; los daños y perjuicios y las costas. Se apersonaron como coadyuvantes de la actora: H.B.B., I.S.A. y

R.P.P., en su condición de secretaria con facultades de apoderada generalísima de G.A. S.A.. El representante del Banco Central contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, de legitimación ad causam activa y pasiva, y la expresión genérica de sine actione agit. Por su parte, la fiduciaria de los bienes de la Quiebra del Banco Germano admitió los hechos relacionados con los depósitos efectuados por la actora, y adujo que su representada solo podía asumir el pago proporcional de los activos liquidados en relación con la totalidad de los acreedores, por lo que planteó las defensas de pago total, falta de derecho y la expresión genérica de *sine actione agit*. El **Juzgado**, en lo que se refiere al Banco Central acogió las excepciones formuladas, y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. Respecto al Banco Germano admitió en parte la defensa de pago y rechazó las restantes. Declaró parcialmente con lugar la demanda, en los siguientes términos: reconoció a favor de la actora la diferencia resultante entre lo pagado dentro del proceso de quiebra y lo debido inicialmente, debiendo hacer la conversión al tipo de cambio existente al momento de la declaratoria de quiebra, la cual se liquidará en la etapa de ejecución. Además, otorgó los intereses al tipo legal producidos entre la fecha de los depósitos y la declaratoria de quiebra; y condenó al vencido al pago de las costas del proceso. Inconformes con lo resuelto apelaron, tanto la parte actora como la representante de la quiebra. El **Tribunal** declaró sin lugar la nulidad pedida; corrigió el error material contenido en la sentencia recurrida, para indicar que el demandado no es el Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima, sino su Quiebra. Revocó el fallo en cuanto impuso a esta última el pago de ambas costas y en su lugar le exoneró de su satisfacción. En lo demás confirmó el fallo.

II. Ante esta Sala el apoderado especial judicial de la sociedad actora presenta recurso de casación por razones de fondo. De su redacción se observa básicamente dos agravios. ***Primero***, violación de ley por falta de aplicación de los artículos 2, 3, 35 inciso 13), 106, 124, 125, 131 y 133 de la Ley Orgánica del Banco Central vigente en ese momento; 19 y 74 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley N° 1644 de 26 de setiembre de 1953); 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP). Manifiesta que el Tribunal declaró sin lugar la demanda en cuanto al Banco Central, fundamentándose en la necesaria existencia de norma expresa que acarree la responsabilidad de esa entidad, por incumplimiento de deberes de un banco privado autorizado en la negociación de divisas en el territorio nacional. Señala que para aquél momento estaban vigentes los artículos 94 y 109 de la derogada Ley Orgánica del Banco Central, referidos a la responsabilidad de los bancos o entes autorizados por los riesgos inherentes al incumplimiento de los contratos correspondientes. El recurrente discrepa con el criterio del Tribunal, en cuanto niega la responsabilidad objetiva y solidaria del Banco Central por conducta ilícita y anormal, frente a la negligencia e incumplimiento del Banco Germano. A su juicio, la Ley Orgánica del Banco Central otorgaba a la AGEF, como órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central, una serie de deberes, atribuciones y facultades que por ser de carácter público eran irrenunciables, innegables e imprescriptibles, de obligado cumplimiento en su labor contralora y fiscalizadora, pudiendo por ley, conforme lo reconoció la Sala Constitucional, implementar medidas de saneamiento y regularización cuando se afecta la solvencia o liquidez del Banco, con peligro para el patrimonio de los ahorrantes y

depositantes. Alega que dichos deberes y atribuciones no se llevaron a cabo con diligencia y empeño, pues se intervino tardíamente al Banco Germano. No se advirtió en forma oportuna a los inversionistas del descalabro financiero, a pesar de contar la AGEF con prueba documental, donde se evidenciaba una serie de irregularidades cometidas por tal entidad. Agrega que incluso se tenía conocimiento de esos hechos con anterioridad a la solicitud efectuada por E.T. para la negociación de divisas. Si se hubiesen hecho públicos esos malos manejos, E.T. nunca hubiera realizado gestiones de divisas con el Banco Germano. Conforme a lo expuesto, menciona, no es posible negar la responsabilidad y obligación derivada de las potestades y atribuciones fiscalizadoras y de control que ostentaba el Banco Central mediante un órgano adscrito a él. Atribuciones, que en su criterio, no pueden considerarse limitadas o generales, pues el propio artículo 131 de la Ley Orgánica del Banco Central estipulaba dentro de los deberes del auditor general o en su defecto el subauditor, fiscalizar en la forma más amplia posible a los integrantes del sistema bancario nacional respecto a organización, funcionamiento, operaciones, negocios, observancia de leyes y reglamentos, así como cumplimiento de resoluciones de la Junta Directiva del Banco Central. En apoyo a su tesis, transcribe el extracto de un voto de la Sala Constitucional referido a la actividad bancaria. Insiste en que la AGEF como contralor y fiscalizador de la actividad de los bancos autorizados para el intercambio de divisas poseía los remedios para adecuar tal conducta, empero no los utilizó. Por otra parte, señala que se infringieron los artículos 19 y 74 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional vigente en esa época. El primero de esos ordinales exigía a la AGEF publicar mensualmente la situación financiera de cada uno de las

entidades autorizadas, en este caso el Banco Germano, y no lo hizo, por lo que no se advirtió a su representada de las irregularidades existentes, radicando allí la responsabilidad del Banco Central. Y el segundo numeral disponía que los bancos autorizados podían efectuar todas las operaciones en divisas extranjeras, siempre que hubiesen sido autorizados para actuar como agentes, por cuenta del Banco Central. Tal autorización, arguye, no implica exclusivamente la remoción de un obstáculo para el ejercicio de una actividad, sino más bien un acto condición, que permite desarrollar una actividad que antes le era prohibida y a la autoridad pública vigilar el cumplimiento de los deberes legales y garantizar los resultados de la actividad. Por ende, en atención al interés público, el Estado establece deberes del particular en ejercicio de sus derechos, a la par de potestades de la Administración para vigilar el cumplimiento de tales vínculos y garantizar la obtención de los resultados buscados. Indica que la inercia de la AGEF le genera responsabilidad al Banco Central y quedó demostrada a través de diversos documentos (entre ellos el informe AI-016-92 de 13 de enero de 1992 suscrito por Lic. E.R., Auditor Interno del Banco Central, la certificación de las 14 horas 30 minutos del 14 de octubre de 1994 emitida por R.J.S. de los folios 429 a 433 del Libro de Actas número 141 de la Junta Directiva del Banco Central). Reitera que la AGEF fue negligente en la fiscalización del Banco Germano, porque pese a conocer con anterioridad las irregularidades en su funcionamiento, no fue sino hasta el 21 de octubre de 1991 que lo intervino. Concluye que de haberse actuado en estricto apego a la ley, habría sido intervenido en una fecha previa a aquella en que su representada efectuó la actividad cambiaria, e incluso si se hubiesen hecho de conocimiento público las irregularidades y malos manejos de

ese Banco, E.T., nunca hubiera realizado la gestión a través de esa entidad, la cual seguía funcionando con la presunción de ser un ente confiable y agente autorizado del Banco Central. Por último, alega el quebranto de los artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. Manifiesta que la sentencia recurrida sostiene de forma errónea que al no concretarse la compra de divisas, dicha operación nunca fue de conocimiento del Banco Central, por ende, no participó ni directa ni indirectamente. Desde su perspectiva, el órgano colegiado de segunda instancia se equivoca, cuando estima que los artículos 109 de la Ley Orgánica del Banco Central y 34 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional son normas expresas que limitan la responsabilidad en el incumplimiento de las operaciones y contratos al banco autorizado, no al ente emisor. Sostiene el casacionista, que la imputación de responsabilidad al Banco Central se origina en la omisión, inactividad, inercia, negligencia en el actuar del órgano de fiscalización, lo cual generó una conducta anormal e ilícita y ocasionó daños a su representada. En sustento de lo indicado, transcribe doctrina, sentencias de esta Sala, de la Sala Constitucional y un dictamen de la Procuraduría General de la República. Insiste que no se cumplió con el deber legal de fiscalización y control, violando con esa omisión cualquier límite de discrecionalidad, lo que produjo un funcionamiento por debajo del estándar normal de servicio, ocasionando un servicio anormal de la Administración Pública. ***Segundo***, errores de hecho y de derecho en la apreciación del expediente administrativo (donde constan una serie de informes y memorandum) y la certificación de las 14 horas 30 minutos del 14 de octubre de 1994 emitida por R.J.S., de los folios 429 al 433 del Libro de Actas N° 141 de la Junta Directiva del Banco Central, al no observarlos en su conjunto, ni conferirles

el valor probatorio que les corresponde. Aduce conculcados los artículos 330, 369, 370 del Código Procesal Civil y con ello, la violación de las normas de fondo 190 y 191 de la LGAP. En su opinión, esas probanzas demuestran la negligencia y falta al deber de fiscalización y control de la AGEF, pues ponen de manifiesto que la intervención del Banco Germano debió darse con anterioridad, por lo que se generó un funcionamiento anormal e ilícito por omisión, el cual acarrea responsabilidad al Banco Central. Consecuentemente, en su criterio, el yerro del *Ad quem*, radica en afirmar que no existe responsabilidad a cargo de tal entidad bancaria. Insiste en que en la demanda fueron transcritos una serie de extractos de los informes referidos en la copia de la certificación emitida por el entonces Secretario General de la Junta Directiva del Banco Central, y sobre los cuales tanto el juzgado como el Tribunal omitieron pronunciamiento. Indica que en ese momento procesal, se transcribió parte de los siguientes documentos: 1) Memorando PE-742-91 del señor J.G. Quiros, entonces Presidente del Banco Central; 2) Informe AI-016-92 en la demanda fueron transcritos una serie de extractos de los informes referidos en la mencionada certificación, respecto de los cuales el Tribunal omitió pronunciamiento. Concretamente, alude a: 1) memorandum de Armando Sarmiento Meneses, fechado 21 de enero de 1992 dirigido al Lic. Oscar Valverde, interventor del Banco Germano; 2) carta N° PE-742-91 de 15 de noviembre de 1991 suscrita por J.G. Quirós, entonces Presidente del Banco Central dirigida al Lic. E.R., Auditor Interno de ese banco, donde le ruega conducir una investigación amplia y oportuna de las actividades del Banco Germano con ocasión de la intervención de la AGEF; 3) memorandum n° PE-781-91, de 9 de diciembre de 1991 donde J.G. pone en conocimiento al Subauditor

General de Entidades Financieras el informe AI-314-91 de 3 de diciembre de 1991; 4) memorando BGC-I-128-92 de 30 de enero de 1992, suscrito por O.V.C., Interventor del Banco Germano dirigido al Presidente Ejecutivo del Banco Central; 5) informe de E.R.D., Auditor Interno del Banco Central denominado Examen de la intervención de la AGEF en el Banco Germano. Todo ese cúmulo de elementos, no apreciados por el juzgado y el tribunal en su conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, y haberles negado el valor probatorio que la ley les concede en su carácter de documentos públicos, configuran, en su criterio, el error de derecho que se acusa y constituyen a su vez, la base necesaria para sustentar la falta de diligencia, ilicitud y anormalidad del comportamiento de la AGEF, en franca violación a sus deberes legales.

III.- Evolución e independencia del régimen de responsabilidad de la Administración Pública. 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 presente siglo en sus primeros pasos, puede afirmarse como 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 culpa y 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 (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 esta misma Sala, 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

podiera 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.

IV.- Responsabilidad Objetiva. La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, se enmarca, por tanto, dentro de un régimen objetivo, que engloba en su fundamento tanto la teoría del riesgo, cuanto el 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). 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 esta Sala 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 esta 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-júdice. (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)

V.- 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 reglas y principios claros acerca de lo que puede denominarse 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 9º, párrafo 1º, 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 11º, 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 acuerdo 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."

VI.- 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 puede manifestarse 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, 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, 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.

VII.- La omisión como criterio de anormalidad e ilicitud. La

obligatoriedad indemnizatoria frente a los daños y perjuicios causados por inacción. En el presente caso, se reclama por la omisión del Estado en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela, y por la desinformación que generó en los usuarios del Banco Germano, que de haber sabido, no hubiesen requerido sus servicios. 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 pueden 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 dimanán 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.

VIII.- El nexo causal como presupuesto de responsabilidad. La diversa tipología de las causas. 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 E.T. S.A., 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 acusa el recurrente 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, estima,

debió haber comunicado mediante los mecanismos pertinentes, la situación financiera del Banco Germano, acción que de haberse generado, resalta, hubiera llevado a que su representada no hubiera realizado las transacciones reclamadas con dicha entidad financiera y con ello, se hubiera evitado la lesión que padeció. 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. En el caso bajo estudio, la inacción del Banco Central alegada no es causa apta, suficiente o adecuada en la lesión que acusa el recurrente, es decir, no fue el funcionamiento omiso del banco en cuestión, el hecho que provocó, *per se*, la lesión al patrimonio de la empresa actora, sino que el perjuicio sufrido obedece a la falta de pago en que incurrió el Banco Germano respecto de las divisas extranjeras que debían ser utilizadas en la cancelación de obligaciones contraídas con E.C.I. LTD., hecho único e independiente el cual, no se pueden extraer tales consecuencias para el Banco Central, en tanto la causa del daño fue constituida por un hecho ajeno y externo sobre el que, no guarda ninguna relación. Cabe recordar que una acción es considerada la causa generadora del daño, en la medida que el hecho particular haya potenciado la concreción del menoscabo que se reclama, de modo que éste último surja como una consecuencia inmediata y directa de aquél. Adicionalmente, conforme será objeto de análisis en el considerando siguiente, el numeral 109 de la derogada Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica refleja estos principios referidos, en

cuanto atribuye a los bancos autorizados la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones como las que fueron desatendidas en este caso, y que fueron las que provocaron el efecto lesivo en detrimento de la empresa casacionista. Desde este plano, es evidente que no corresponde al Banco Central responsabilidad alguna por el no pago de las divisas en que incurrió en Banco Germano, en tanto no basta con que se invoque una acción u omisión de la Administración para atribuirle la responsabilidad por los daños padecidos, sino que ese funcionamiento público debe haber sido la causa que desencadenó la lesión, situación que no se ha acreditado en el particular.

IX.- La existencia de la anormalidad mencionada, depende en gran medida de los elementos de prueba traídos al proceso, y en ese tanto se hace necesario examinar en un primer plano, los agravios relativos al acervo probatorio y su repercusión en el cuadro fáctico del presente asunto. El cargo esgrimido como violación indirecta, corresponde propiamente a un error de derecho en la ponderación de algunos documentos, pues se reclama que los elementos mencionados no fueron apreciados en su conjunto, conforme a las reglas de "*la sana crítica, la lógica y la razón*" (folio 663), y que no se les otorgó el valor que les correspondía, como instrumentos públicos. Con ello, afirma el recurrente, se quebrantaron los numerales 330, 369, 370 de Código Procesal Civil y como normas de fondo, los artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, el recurso ha de ser desestimado en este aspecto, pues los argumentos que ahora se esgrimen y el desconocimiento de la documentación que se aduce, son aspectos novedosos en la contienda bajo estudio, cuando lo cierto es que los hechos probados de la sentencia de primera instancia, fueron

respaldados por el tribunal en forma íntegra, sin que en su momento oportuno (con la apelación) se hiciera referencia alguna sobre ese extremo. Al haberse consentido, cabe aplicar la regla del numeral 608 del Código Procesal, y rechazar el cargo por no haber sido oportunamente alegado.

X.- Para el análisis de la situación planteada se ha de tomar en consideración el artículo 106 de la derogada Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Nº1552 de 23 de abril de 1953) que disponía:

"Los bancos autorizados para operar con divisas extranjeras harán todas las operaciones de compra y venta de las mismas por cuenta exclusiva del Banco Central y de absoluto acuerdo con las disposiciones, resoluciones y recomendaciones que reciban de la Junta. En consecuencia, los bancos podrán traspasar en cualquier momento al Banco Central las divisas que hubieren comprado y éste podrá, en todo tiempo, requerir a los bancos que efectúen el traspaso a su favor de las divisas compradas."

Por su parte, el numeral 109 ibídem enunciaba los supuestos de responsabilidad a cargo del banco autorizado o del Banco Central, al señalar:

"Correrán por cuenta de los bancos autorizados los riesgos inherentes al incumplimiento de las letras por ellos adquiridas y de los contratos correspondientes, así como el riesgo de que sus depósitos en divisas no fueren reembolsados por su corresponsales y cualesquiera otros riesgos típicamente comerciales o bancarios, que afectaran las divisas que hubieren comprado, las hubieren traspasado al Banco Central o no."

Correrán por cuenta del Banco Central los mismos riesgos en relación con sus propias compras y tenencias de monedas extranjeras, y además, los riesgos correspondientes a las eventuales modificaciones de los valores externos legales de las monedas, sobre todas las reservas monetarias internacionales de propiedad del Sistema Bancario Nacional cuyos resultados financieros sean de ganancia o de pérdida, le corresponderán íntegramente para los fines establecidos en el artículo 14 de la presente ley.”(el subrayado no es del original).

En el subjuice, la actora solicitó al Banco Germano la autorización y otorgamiento de divisas para el pago de importaciones de materia prima, por un monto total de \$148.488,00 para ser girados a la orden de Eastman Chemical Internacional Ltda.. Dicha entidad bancaria extendió dos cheques identificados con los números 2994 y 0639, fechados 30 de julio y 3 de septiembre, ambos de 1991, por \$ 59.395,20 y \$29.697,60, los cuales no fueron enviados al proveedor. Acorde con lo expuesto, fue el Banco Germano quien, en exclusiva, incumplió con su obligación de remitir el dinero al destinatario, lo cual imposibilitó ejecutar la transacción. Como se ve, dicho incumplimiento no es imputable al Banco Central, sobre la base de una supuesta falta al deber de tutela o fiscalización. En efecto, se acusa inercia y omisión del Banco Central como ente fiscalizador. Asimismo negligencia en la fiscalización, pues en criterio del recurrente, el Banco Central tenía conocimiento del irregular e ilegal funcionamiento del Banco Germano. Aún dejando de lado la ausencia de elementos probatorios que permitan sostener las afirmaciones indicadas, es lo cierto que no encontrarían tampoco asidero alguno

en la lesión alegada por la actora, pues se parte de la proyectada información al público sobre la situación financiera del Banco Germano, para sostener una conducta probable e hipotética del inversionista. La lesión reclamada provendría, en ese tanto, de una conducta indirecta y de segundo orden del ente público accionado, que no alcanza a comprometer el patrimonio estatal. Salvo que se quiera extender la potestad fiscalizadora del banco rector, a cada acto concreto y específico de su agente autorizado, lo cual es, a todas luces, un sobredimensionamiento de sus obligaciones, que no se ajusta por demás, a la correcta interpretación de las diferentes normas legales que cita el recurrente como infringidas, y en particular, de los incisos 1, 2 y 11 del artículo 125 de la Ley Orgánica del Banco Central. Ni la falta de información y prevención a los inversionistas, ni la negligencia en la fiscalización o el actuar tardío del Banco Central, según lo alega el apoderado de la actora, encuentran esa necesaria conexión con el incumplimiento en la expedición de los cheques. Es evidente que la supuesta inactividad no fue causa adecuada, próxima y directa de la lesión. Como lo señaló esta misma Sala en casos muy similares al presente, el Banco Central no participó ni directa ni indirectamente en la adquisición de las divisas, que por demás, nunca se concretó (sentencias N° 946 de las 16 horas 20 minutos del 28 de noviembre del 2001 y la N° 143-F-03 de las 11 horas 15 minutos del 19 de marzo del 2003). En ese tanto, es clara la ausencia de responsabilidad civil de la Administración y al disponerlo así, los juzgadores de instancia, no infringieron las diferentes normas de la Ley Orgánica del Banco Central ni del sistema Bancario Nacional, arriba señaladas, ni los numerales 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. En lo que se refiere a los montos adeudados por el Banco

Germano a la firma recurrente, se omite pronunciamiento, por no constituir parte de los agravios formulados, en tanto el presente reclamo versa con exclusividad, sobre la exigencia de responsabilidad administrativa por conducta ilícita y anormal del Banco Central, derivada de la inercia de la AGEF (folio 633) aunado al hecho de en las instancias previas ya se ha resuelto a favor del casacionista sobre este extremo.

XI. En mérito de lo expuesto, corresponde declarar sin lugar el presente recurso de casación por razones de fondo, con sus costas a cargo del recurrente (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso. Son sus costas a cargo del promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Rec: 68-04
gdc.