

Exp: 00-000647-0161-CA

Res: 000802-F-S1-2010

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas cuarenta minutos del cinco de julio de dos mil diez.

Proceso especial de separación de directores de entidades descentralizadas, establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, por **el actor [...]**; contra el **ESTADO**, representado por la procuradora adjunta Sandra Sánchez Hernández, soltera, vecina de Heredia y **D.**, funcionario público. Figuran además, como apoderados especiales judiciales del actor, el doctor Enrique Rojas Franco y del codemandado **D.**, los licenciados Jorge Eduardo Dengo Rosabal, Hugo Luis Levy Mairena, vecino de Heredia y Christian Díaz Barcia, soltero. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció demanda especial de separación de directores de entidades descentralizadas, cuya cuantía se fijó como inestimable, a fin de que en sentencia se declare: *“1. Solicito que se declare la nulidad absoluta por ser contrario a derecho del acto administrativo dictado por el Consejo de Gobierno en la Sesión No. 102, Artículo VI, celebrada el 16 de*

mayo del 2000, en el cual se dispuso iniciar la apertura de un Procedimiento Ordinario Administrativo contra **el actor [...]** y se le suspendió de sus funciones como miembro de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo y nombró en su lugar al señor **D.** 2. También solicito se declare la nulidad absoluta por ser contraria a derecho de la correspondiente notificación del inicio del procedimiento administrativo que fue aportada con la interposición de la demanda. 3. También el pago de los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se originan en la ilicitud e ilegitimidad de los actos impugnados que consisten en lo siguiente: a. Pérdida del sueldo mensual de las empresas del **actor** por los últimos cinco años. b. Dietas dejadas de percibir por diecisiete meses que todavía quedaban de su nombramiento como miembro de la Junta Directiva del ICT. c. Pérdida de los ingresos de las utilidades de la **Agencia de Viajes T.** que tuvo que cerrar a consecuencia de los actos impugnados. d. Pérdida de los (sic) utilidades de la operadora receptiva **T.T.** e. Pérdida de ingresos por utilidades de la empresa Mayorista **O.** f. Pérdida por venta forzada de las acciones de la empresa **R.** g. Pérdida por la venta forzada de acciones de la empresa **E.** h. Solicito el pago del daño moral, afectivo y a la imagen personal y empresarial causado a la persona de mi representado **el actor** y a su familia por la resolución del Consejo de Gobierno debido a la publicidad dada a dicha suspensión que causó grave daño a su imagen y al bienestar familiar. Monto que solicito sea determinado por los señores Jueces Superiores conforme la prueba aportada en el expediente del Incidente de Suspensión. Daños y perjuicios que se estiman en la suma de **QUINIENOS MILLONES DE COLONES.**"

2.- El representante estatal y el codemandado **D.** contestaron negativamente. El primero interpuso las defensas de actos no susceptibles de impugnación, falta de requisitos que impiden verter pronunciamiento en cuanto al fondo, cosa juzgada, falta de derecho y la expresión genérica de *"sine actione agit"*. El codemandado **D.** alegó la inadmisibilidad de la acción por adolecer los escritos de interposición y formalización de defectos formales que impiden verter pronunciamiento en cuanto al fondo.

3.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, integrado por los Jueces Elías Baltodano Gómez, Carlos Espinoza Salas e Isaac Amador Hernández, en sentencia no. 28-2008 de las 10 horas 30 minutos del 28 de noviembre de 2008, dispuso: *"Se rechaza la excepción de Cosa Juzgada, así como la genérica de Sine Actione Agit. Se acoge la excepción de Falta de Derecho y, se declara sin lugar en todos sus extremos la presente Demanda Especial de Separación de Directores de Entidades Descentralizadas, condenándose al actor al pago de ambas costas de este proceso."*

4.- El doctor Rojas Franco, en su expresado carácter, formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

5.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Rivas Loáiciga

CONSIDERANDO

I.- El 30 de mayo de 1994, mediante acuerdo único del artículo II de la sesión no. 5 del Consejo de Gobierno, **el actor [...]**, fue nombrado como miembro de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo (en lo sucesivo ICT). En oficio no.

04505 del 12 de mayo de 2000, la jefatura del Departamento de División y Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República, envió a la Junta Directiva del ICT el informe no. 59-2000 *“sobre Incentivos Turísticos tramitados por la empresa **M. S.A.**”*. Dicho memorial fue remitido al señor Presidente de la República y al Consejo de Gobierno en documento no. DOD-263 de esa misma División del órgano contralor. En este, en esencia, se recomendaba tomar las acciones legales pertinentes contra aquellas personas quienes integraban la Comisión Reguladora de Turismo y la Junta Directiva del ICT, que pudieran tener responsabilidad en los hechos sobre los que versaba el análisis contralor. El 16 de mayo de 2000, el Consejo de Gobierno en sesión no. 102, Artículo VI, discutió el informe y en lo fundamental, acordó ordenar la apertura de un procedimiento ordinario administrativo con el propósito de obtener la verdad real o material de los hechos sobre los supuestos denunciados. Allí se tuvo como parte **al actor**, en su condición de miembro de la Junta Directiva del ICT. Lo anterior ya que los hechos hacían presumir que él como director había incumplido e inobservado la normativa aplicable a funcionarios de su cargo y rango. Además, dispuso en el punto 5: *“...a efecto de asegurar una investigación transparente, eficiente, diáfana, efectiva e imparcial de los supuestos supracitados, se suspende temporalmente del cargo o puesto de miembro de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo **al actor** [...]”*. Asimismo, con la justificación de no paralizar el funcionamiento de la Junta Directiva del ICT, el Consejo de Gobierno nombró al señor **D.** como sustituto del directivo suspendido de manera temporal. El 25 de agosto de aquel año, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada del citado procedimiento que se seguía en el expediente

número [...]. El 10 de diciembre de ese año, **el actor** renunció al cargo de director del ICT. De ahí, en sesión del 16 de enero de 2001, artículo iii, el Consejo de Gobierno acordó revocarle la condición de parte en el procedimiento administrativo, sin responsabilidad alguna para el Estado; y dio por finalizado dicho trámite, y, ordenó el archivo definitivo del expediente. **El actor** formula el presente proceso especial de separación de directores de entidades descentralizadas, contra el Estado y el señor **D.** Pide se declare la nulidad absoluta: del acto administrativo dictado por el Consejo de Gobierno, en sesión no. 102 celebrada el 16 de mayo de 2000, artículo VI; así como la notificación del inicio del procedimiento administrativo seguido en su contra. Igualmente, se condene a los demandados al pago de ¢500.000.000,00 por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la ilicitud e ilegitimidad de los actos impugnados, que detalla de la siguiente forma: a. Pérdida del sueldo mensual en sus empresas en los últimos cinco años. b. Dietas dejadas de percibir en los 17 meses que le faltaban cumplir como miembro de la junta directiva del ICT. c. Merma de las utilidades de la Agencia de Viajes **T.**, que cerró debido a los actos impugnados. d. Menoscabo en las ganancias de la operadora receptiva **T. T.** e. Pérdida de ingresos en la empresa Mayorista **O.** Merma por venta forzada de acciones de las compañías **R.** (f) y **E.**(g). h. Daño moral afectivo y a la imagen personal, empresarial y familiar, cuyo monto debería ser determinado por los jueces, de conformidad con la prueba aportada. El Estado y **D.** contestaron en forma negativa la demanda. El primero interpuso las defensas de actos no susceptibles de impugnación, falta de derecho y *“de requisitos que impiden verter pronunciamiento en cuanto al fondo”*, cosa juzgada y la expresión genérica de *“sine*

actione agit". El codemandado **D.** alegó la inadmisibilidad de la acción por adolecer los escritos de interposición y formalización de defectos formales que impiden verter pronunciamiento en cuanto al fondo. El Tribunal rechazó la excepción de cosa juzgada, así como la genérica de "sine actione agit". Acogió la de falta de derecho, declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, y, condenó al actor al pago de ambas costas. Acude en casación el apoderado especial judicial de la parte actora, desarrolla un motivo por razones procesales y tres por el fondo.

Casación por motivos procesales

II.- Aduce, desde el escrito de formalización solicitó como prueba de los daños y perjuicios causados, el nombramiento de un perito experto en administración de empresas. El Tribunal, recrimina, omitió tal nombramiento lesionando sus derechos, sin que al efecto se fundamentara o motivaran las razones de tal negativa, en cuanto a la prueba solicitada de modo oportuno y formal. Manifiesta, hay un claro yerro procedimental que le provocó indefensión. Acusa infringidos los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LRJCA), 316 del Código Procesal Civil, principios del debido proceso, de producción de prueba y audiencia. Hace notar, atendiendo a lo estipulado en los numerales 48 y 88.4 de la LRJCA y 290 inciso 6 del Código Procesal Civil, solicitó el nombramiento del perito. No obstante, el Tribunal no lo nombró, lo cual condujo a que no se evacuara, según la doctrina del numeral 326 ibídem, dice, se produjo denegación de prueba admisible. Adiciona, de un exhaustivo examen del expediente, se

desprende que la referida solicitud nunca se apreció, a pesar de que tal omisión fue expuesta.

III.- Según refiere el casacionista, desde el escrito de formalización de la demanda propuso como prueba el nombramiento de un perito matemático para que cuantificara los daños y perjuicios sufridos. Luego, mediante escrito de 1º de julio de 2005, aludiendo a la desatención de su solicitud, expresó: “... *ese Tribunal omitió tal nombramiento lesionando los derechos de mi poderdante, sin que al efecto se fundamentara (sic) o motivaran las razones de tal omisión o negativa en cuanto a la prueba solicitada oportuna y formalmente, por lo que hago su requerimiento como prueba para mejor proveer con fundamento en los artículos 103 de la Ley de esa Jurisdicción y 331 del Código Procesal Civil*”. Por consiguiente, resulta claro, se conformó en cuanto a la no designación del experto, y, en su lugar lo ofreció como prueba para mejor proveer. Este tipo de probanza, según ha establecido esta Sala, es prueba del juez y no de las partes. La decisión de recabarla es facultativa del órgano jurisdiccional, corresponde a una valoración discrecional. Puede prescindir de ella sin necesidad de resolución expresa y la omisión de pronunciamiento a ese respecto, no genera indefensión, pues no existe obligación de recabarla o rechazarla, de modo tal que la decisión en uno u otro sentido, es absolutamente ajena al control en esta sede. (Entre otras consúltese, resolución no. 947 de las 15 horas del 7 de diciembre de 2005). En todo caso a mayor abundamiento de razones, ha de manifestarse que el Tribunal en el fallo impugnado, en el considerando I, brindó las razones por las cuales la denegaba.

Consecuentemente, no se produce la infracción pretendida, lo que impone denegar dicho reparo.

Casación por motivos de fondo

IV.- Primero: aduce, la sentencia de mérito tiene como hecho no probado la existencia del necesario nexo causal entre los daños alegados como sufridos por el demandante y la actuación estatal objeto del proceso. Además, que el pago de las dietas no corresponde, pues, su representado renunció, y no se produjo daño moral, ya que las publicaciones en los medios de prensa no son imputables al Estado, debido a que son privadas y no se pagó por ellas, así como que en ninguno de los artículos periodísticos se menciona el nombre del actor. En este sentido, apunta, es preciso acusar el error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba, pues no observó otros elementos probatorios constantes en los autos. Hace referencia al memorial de la comparecencia oral y privada, en el cual, afirma, se especificó que la única relación entre **el actor** y los hechos por los cuales se abrió el procedimiento, es el acuerdo de la Junta Directiva del ICT tomado en sesión ordinaria del 10 de julio de 1995, consignado en Acta no. 4572, artículo 2, inciso VII, en el cual se revocó lo dispuesto en la sesión del 26 de enero de 1994, Acta 4430, donde se canceló la declaratoria turística a la empresa Hotel **P. S.A.** Expone, tal acuerdo fue tomado en virtud de la asesoría del Director Legal del ICT, mediante oficio DL-536-95 del 16 de junio de 1995. Al efecto, transcribe parte de lo dicho en tal audiencia. Por otra parte, manifiesta, a folios 427 y 428 del expediente consta una transcripción de noticias divulgadas por canal 7, que fue una entrevista al entonces Ministro de la Presidencia,

donde indicó que el actor fue suspendido en el ejercicio de su función como directivo. Asimismo, agrega figuran las declaraciones del Ministro de Turismo de aquel momento, en las cuales indicó en dicho noticiero que, en atención a las recomendaciones de la Contraloría General de la República, se le había abierto procedimiento **al actor** por irregularidades cometidas en el ICT, contra los dineros de todos los costarricenses. Subraya, esos hechos fueron notorios y de conocimiento público, constituyéndose en elementos probatorios que acreditan de manera indudable que su representado fue objeto de escarnio público y de una suspensión sin fundamento. Por consiguiente, señala, es obvio que con la publicidad dada por el Estado se concretó el daño moral que reclama. Insiste, esas pruebas constituyen indicios suficientes, que permiten mediante las presunciones de “*hombre*”, apreciar el daño moral. En consecuencia, considera, esos elementos probatorios no fueron observados debidamente; por lo cual acusa infringido el ordinal 330 del Código Procesal Civil por falta de aplicación, ya que los Jueces no los apreciaron en conjunto, ni de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Asimismo, que tal inobservancia, provocó que se conculcaran los artículos 190, 191 y 192 de la Ley General de la Administración Pública (en lo sucesivo LGAP) y 88 incisos 6) y 7) de la LRJCA, porque obligan a la Administración a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Segundo: reprocha, el Tribunal considerara la suspensión temporal del cargo, que sufrió **el actor** como una medida cautelar, no constitutiva de una sanción. Además, que el procedimiento regulado en el numeral 308 de la LGAP no debía aplicarse antes de tomar tal medida. Señala, el fallo impugnado, conculca por falta de aplicación los ordinales 9, 11, 41 y 129 de la Constitución Política, 11, 129, 158, 190, 191, 192 y 308

de la LGAP. Indica, en cuanto a la última norma también fue interpretada erróneamente. Igual, dice, se quebranta por no aplicación el ordinal 5 de la Ley no. 4646 de 20 de octubre de 1970 que modificó la manera en que estaban integradas las juntas directivas de instituciones autónomas, conocida como Ley de Presidencias Ejecutivas. Asimismo, que la sentencia actúa indebidamente y yerra al interpretar los preceptos 7 de la LGAP, 5 párrafo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Del mismo modo, estima falta de aplicación del cardinal 88 incisos 6) y 7) y 98 de la LRJCA. En virtud del principio de legalidad, apunta, la Administración sólo puede hacer lo que el ordenamiento jurídico establece, según lo disponen los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP. En el caso de mérito, afirma, la medida de suspensión del actor no se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico. Expone, los procedimientos del Libro Segundo de la LGAP, no están excluidos de su aplicación con respecto a los miembros superiores de entidades autónomas. Tampoco, expresa, separársele de su cargo sin seguir lo estipulado en el canon 308 citado. Lo expuesto, asevera, conlleva infracción de los cardinales 129 y 158 de la LGAP y 129 de la Constitución Política. Concibe, resulta evidente que el acto impugnado le impuso una pena, a saber, la suspensión y consecuente separación en virtud del nombramiento de un nuevo funcionario para reemplazarlo. Recrimina, esto, pese a que se le continuaran cancelando las dietas. Indica, solo mediante procedimiento previo, una vez cumplidas todas sus etapas -artículo 129 ibídem-, es posible imponer una sanción. Así, arguye, el acto se dictó de manera ilegítima, con violación del numeral 136 de la Ley de reiterada cita. Igualmente, acusa conculcado el ordinal 158 de la

LGAP. Y, afirma, se está ante un acto que restringe, niega o suprime derechos subjetivos, donde su interpretación debe ser restrictiva. De ahí, aduce, se deja de aplicar el precepto 5 de la Ley de Presidencias Ejecutivas, que establece que los miembros de Junta Directiva nombrados y en ejercicio de sus funciones, no pueden revocarse por el Consejo de Gobierno, si no es con base en información de la Contraloría General de la República, en la que conste la existencia de causa para ello. Expresa, al no procederse de este modo, los nombramientos de los nuevos directores son nulos y los que hubieren sido separados de sus cargos, deben mantenerse en sus puestos por el resto de su período legal. En la especie, reprocha, se le suspendió y se nombró un sustituto que devengó dietas, en clara desatención del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, insiste, en la especie el acto dictado no fue una medida cautelar, sino una sanción. Por otro lado, alega, el Tribunal fundamentó su decisión en jurisprudencia y en la aplicación del cardinal 7 de la LGAP, en cuanto las normas no escritas sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito con el rango del precepto que interpretan, integran o delimitan. Agregando, dice, que cuando se trata no de la insuficiencia, sino de la ausencia normativa, dichas fuentes tienen el rango de ley -canon 5, párrafo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial-. Asimismo, que como la jurisprudencia es de orden constitucional, en el fallo se aplica el artículo 13 de la Ley de tal Jurisdicción. Según lo expuesto, argumenta, se quebranta la Constitución Política, pues, en su precepto 129 establece el principio de obligatoriedad de las normas, las cuales, indica, no quedan abrogadas ni derogadas sino por otra posterior; siendo que contra su observancia no

puede alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. En Costa Rica, apunta, el artículo 6 de la LGAP, regula lo concerniente a la jerarquía normativa. En su apoyo, cita jurisprudencia de las Salas Constitucional y Primera. En ese orden, dice, el Tribunal al sustentar su tesis adujo que, en la especie acaeció la imposición de una medida cautelar desarrollada y permitida por la jurisprudencia, pero, según lo afirma el propio Tribunal, no prevista por el ordenamiento jurídico patrio, en una norma expresa. Aunado a lo anterior, señala, la Sala Constitucional ha dispuesto que, la suspensión del servidor durante el curso de un proceso administrativo, no puede ser utilizada como instrumento sancionador, ya que implicaría una grave lesión al principio de inocencia, en razón de que la falta acusada aún no ha sido acreditada a través de los canales legales, refiere, en ese sentido puede consultarse el voto no. 898-2001 de las 17 horas con 24 minutos del 31 de enero de 2001. Explica, la Junta Directiva del ICT es un órgano donde el quorum lo hace la mitad más uno, entonces se pregunta: ¿cuál es el daño y perjuicio al ente público? ¿Por qué se justificó la designación del sustituto con base en que se hacía para no paralizar el funcionamiento normal de la Junta Directiva del ICT? ¿Resulta procedente tal medida cautelar de previo al dictado del acto final? Expresa, las medidas cautelares únicamente se justifican cuando existe entre las partes una desventaja procesal. Expone, en la relación jurídico-procesal entre la Administración Pública y uno de sus funcionarios, es este último la parte débil, porque la Administración está posibilitada de imponer y ejecutar sus propias medidas. De ahí, considera, el sancionar sin seguir el procedimiento respectivo, significa conculcar el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. En ese orden, concluye si la Administración

observa razones de urgencia que motivan un distinto proceder, el legislador atinadamente previó en la LGAP, lo dispuesto en los artículos 219 y 226, que en términos generales le permiten prescindir de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse uno sustitutivo especial. Consecuentemente, según lo expuesto, enuncia, se hace evidente el proceder ilegítimo de la Administración por lo que debe responsabilizársele e indemnizar los daños y perjuicios efectivamente perpetrados, tal y como ordenan los numerales 9 y 41 de la Constitución Política; 190, 191 y 192 de la LGAP. Manifiesta, existe una relación causa-efecto entre el proceder ilegítimo de la Administración y la lesión sufrida en su honor e imagen, al hacerse pública su separación. Agrega, el procedimiento administrativo en contra de su representado, no concluyó en acto alguno que autorizara al Consejo de Gobierno a destituirlo o suspenderlo de su cargo. Aduce, debió recabarse la información, enviarla a la Contraloría General de la República, para que rindiera un criterio con carácter vinculante, de conformidad con el ordinal 5 de la Ley de Presidencias Ejecutivas, y, por último, tomar el acuerdo de suspender o sustituir **al actor**. Así, debe condenarse a los demandados al pago de daños y perjuicios. Por ello, acusa, falta de aplicación de los incisos 6) y 7) del precepto 88 de la LRJCA, ya que el primero impone el pago de los daños y perjuicios, y, el segundo el de dietas, cuando se anule el acto impugnado.

Tercero: costas. Alega, violación de los cardinales 222, 223 del Código Procesal Civil y 98 de la LRJCA, porque contrario a lo dispuesto por el Tribunal en su sentencia, resulta evidente la buena fe y motivo bastante para litigar en el caso de mérito. Hace notar, en

casos como este los jueces, se encuentran obligados a formular un juicio de valor relativo a la conducta del litigante vencido.

V.- En el primer motivo, reprocha, se tuviera como hecho no probado el necesario nexo causal entre los daños que dice haber sufrido y la actuación estatal que se objeta en el proceso. Aduce, el error de hecho se produce porque el Tribunal al apreciar los elementos probatorios dejó de lado algunos de estos. En un inicio, alude al acta de comparecencia oral y privada, en la que, dice, se expresó que el único ligamen del actor con las situaciones fácticas que dieron origen al procedimiento, era el acuerdo tomado en la sesión ordinaria del 10 de julio de 1995, acta no. 4572, artículo 2, inciso VII, mediante el cual se revocó lo dispuesto en la sesión del 26 de enero de 1994 –acta 4430-, donde se había cancelado la declaratoria turística a la compañía Hotel **P. S.A.** El casacionista no lleva razón por lo que de seguido se expondrá. Ha de señalarse que precisamente el informe del órgano contralor recomendaba tomar acciones legales, entre otros, contra los integrantes de la Junta Directiva del ICT, al momento de suscribirse tal acuerdo, siendo que el actor era uno de ellos, por lo que ese ligamen era suficiente para proceder a abrirle el procedimiento administrativo. Sobre las restantes inconformidades ha de manifestarse, en lo que a la asesoría recibida de parte del Director Legal del ICT se refiere, de modo alguno demerita su participación, ya que fue él como integrante de tal Junta Directiva quien con su voto intervino de forma directa en la toma del citado acuerdo. Además, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 356 de la LGAP vigente a la fecha, pudo haberse apartado de tal criterio. Tocante a lo que transcribe del acta de comparecencia oral, una vez más no explica de manera clara

y concreta en que consiste el error de apreciación, ni el modo que incidiría sobre lo resuelto, así, no se puede entrar a su conocimiento. Por otro lado, respecto a lo dicho por los Ministros de Turismo y de la Presidencia, según la transcripción de noticias que corre a folios 427 y 428, no se constata haya sido apreciado de forma desacertada en la sentencia recurrida. Nótese, el Tribunal expresó: *"...no ha sido el Estado el que ha dado publicidad al asunto, pagando espacios en medios periodísticos o convocando a conferencia de prensa"*. Es evidente que, en efecto lo referido provino de un medio de comunicación que informaba sobre lo acontecido. Asimismo, ambos ministros únicamente se limitaron a contestar lo que se les preguntaba sobre lo sucedido, y, en un ámbito más amplio, pues, en la transcripción parcial que consta en autos se desprende que también se estaba aludiendo a los certificados de ahorro tributario (CATS), contrabandos, fraudes y todo tipo de irregularidades. Así, no es posible deducir de tales declaraciones, lo alegado en el recurso, en el sentido de que a causa de esas afirmaciones, su representado haya sido objeto de escarnio público y suspendido sin fundamento. Tampoco que, constituyan indicios que permitan apreciar el daño moral reclamado. Nótese, de forma clara se apunta que, se abrió el procedimiento a instancia de la Contraloría General de la República para investigar supuestas anomalías en el otorgamiento de incentivos turísticos. De modo alguno, la Administración propago aspectos para afectar al actor, como este lo manifiesta. Así, según lo dispuso el Tribunal, no existe la necesaria relación de causalidad entre los actos apuntados y los supuestos daños sufridos por el demandante. De ahí, los elementos probatorios fueron apreciados debidamente y en conjunto, de conformidad con las disposiciones del

numeral 330 del Código Procesal Civil. En lo que respecta al fondo del asunto no se conculcaron los incisos 6) y 7) del cardinal 88 de la LRJCA, ya que no hay mérito para imponer a los demandados el pago de daños y perjuicios.

VI.- Segundo: aduce conculcadas una serie de normas, aunque todos los reproches gravitan en torno a una inconformidad, a saber, la imposibilidad que tiene la Administración de dictar la suspensión provisional del directivo como medida cautelar. Reprocha, el Tribunal resolvió en el sentido de que tal proceder es posible, de conformidad con jurisprudencia de la Sala Constitucional que así lo ha dispuesto. Sobre el particular, desde antigua data este Órgano Colegiado expresó: *“La jurisprudencia adquiere un papel cardinal en el mundo jurídico moderno. A diferencia de antes, cuando no se le reconoció ningún valor, o en forma inexacta se le identificó con las tesis sostenidas por algunos Tribunales, hoy tiene una personalidad muy definida. En primer lugar ésta se encuentra constituida únicamente por los pronunciamientos de las Salas de Casación, la Sala Constitucional y la Corte Plena (Artículo 9 del Código Civil, conforme a la reforma operada por la Ley N° 7020 del 16 de diciembre de 1985, y el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Su fin es el de contribuir a interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico (Artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Para ello debe existir reiteración. Un fallo no crea jurisprudencia, necesariamente deberán existir dos o más sentencias con la misma interpretación (Artículo 9 del Código Civil). Cuando ello acontece la jurisprudencia adquiere el mismo rango de la norma interpretada, integrada o delimitada (Artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Existen dos posibilidades*

de interpretación: 1) cuando las normas son oscuras, omisas o superadas, y 2) cuando no hay norma. En el primer caso el legislador ha confiado al Juez la misión de interpretar la Ley siguiendo un criterio normativo, pero a su vez sociológico, histórico y axiológico. Ha de aplicarse el principio de analizar la ley en su contenido normativo, pero el sentido de sus palabras tendrá relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad del tiempo de cuando han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tratando de recurrir a la equidad en cuanto la ley expresamente lo permita (Artículos 10 y 11 del Código Civil). En segundo lugar, frente a la ausencia de norma, el Juzgador no puede excusarse de resolver los casos sometidos a su conocimiento. En esta circunstancia debe recurrir a los principios generales del Derecho (Artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Habrá ausencia de norma, sobre todo respecto de las disciplinas jurídicas especializadas, cuando dentro de esa materia no haya una disposición concreta, si bien se encuentre otra -de igual o superior rango- en una rama jurídica distinta (Artículo 7º de la Ley General de la Administración Pública). Ello tiende a garantizar la autonomía de cada disciplina sin romper con la unidad del sistema". (No. 62 de 14 horas 15 minutos del 11 de agosto de 1994). Posteriormente expresó que de acuerdo a lo estipulado en los numerales 9 del Código Civil, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 7 y 9 de la LGAP, la jurisprudencia se configura en una de las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico (al respecto consultar la sentencia de este Órgano no. 823 de 14 horas del 1º de setiembre de 2000). Esta Sala con su actual conformación refiriéndose al tema, y, aludiendo a lo resuelto en sede constitucional, ha señalado: "Esto es así,

además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes", dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución...". (No. 421 de 10 horas 50 minutos del 8 de junio de 2007).

VII.- Según lo expuesto, contrario a lo que alega el recurrente en el caso de examen, el Tribunal no conculcó los preceptos 7 de la LGAP, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Como lo señala el impugnante, en el ordenamiento jurídico administrativo no existe una norma escrita que, de manera precisa regule lo concerniente a la aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional de directores al inicio del proceso. En este sentido, el cardinal 332 de la LGAP faculta a la Administración a adoptar las medidas provisionales necesarias, en razón de que motivos de necesidad o conveniencia así lo exijan. En el caso de estudio, es evidente, al actor se le suspendió en beneficio del interés público. En consecuencia, acertó el Tribunal al fundamentarse en lo resuelto por la Sala Constitucional, en tanto constituye una fuente no escrita, lo cual como se expresó, comparte este Órgano Colegiado. Por supuesto, en el entendido de que se trata de una medida cautelar, impuesta en un procedimiento administrativo y con una naturaleza distinta a la sanción de suspensión. Así, lo resuelto no es contrario al principio de legalidad, ni se dejó de actuar el derecho de la constitución, y tampoco se vulneró la jerarquía de las fuentes. Por ende, no se infringen los ordinales 11, 41 y 129 de la Carta Magna, ni el 6 y 11 de la LGAP.

VIII.- En adición a lo expresado hasta aquí, es menester traer a colación lo que la Sala Constitucional ha dispuesto sobre el particular: *“...ha establecido en reiteradas ocasiones que la Administración tiene la potestad de suspender temporalmente con goce de salario a sus funcionarios, ello cuando se considere que esa medida es necesaria para salvaguardar el interés público, y para evitar que existan elementos que puedan entorpecer la investigación...”*. (No. 8263 de las 16 horas con 21 minutos del 4 de mayo de 2010). También ha expresado: *“...tampoco la imposición de medidas cautelares temporales en esta etapa o en la tramitación del procedimiento disciplinario, resulta en una violación de sus derechos, máxime si en este caso se produce con goce de salario y, además, se dictó por un plazo determinado que no resulta irrazonable ni desproporcionado con respecto al fin que persigue la medida. El ejercicio de este tipo de potestades administrativas tiende a garantizar, tanto a la parte afectada por las supuestas acciones denunciadas, como al investigado, la transparencia de la investigación y de las resultas de la misma, con el claro y fundamental objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real. De ahí que, lejos de constituir una sanción anticipada, más bien se erige en una garantía a favor del investigado y de todas las partes involucradas en la investigación administrativa preliminar, o en durante la tramitación de un eventual procedimiento disciplinario, si existiese mérito para iniciarlo. De ahí que tampoco se lesiona al amparado derecho fundamental alguno con esta actuación administrativa”*. (No. 7979 de las 11 horas con 38 minutos del 30 de abril de 2010). De ahí, no se encuentra quebranto alguno en el fallo del Tribunal, en lo que al régimen de las medidas cautelares en sede administrativa se refiere; esto debido a

que encuentra sustento en el ordenamiento jurídico administrativo y además porque como lo cita la sentencia recurrida, hay jurisprudencia de la Sala Constitucional que lo avala. Es claro, en la especie, la medida cautelar de suspensión del demandante en el cargo de la Junta Directiva del ICT no constituye una pena, primero por su carácter provisional, y, segundo porque se tomó a fin de proteger el interés de la Administración respecto a la adecuada marcha del procedimiento instaurado. Consecuentemente, no se infringieron los cardinales 129, 136, 158, 214 y 308 de la LGAP, ni los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva. Igualmente, la suspensión con goce de dietas se justificaba con el propósito de que no sufriera una desmejora patrimonial, en el entendido de que se estaba ante una medida precautoria mientras se celebraba el procedimiento administrativo. Así, no se le causó perjuicio y tal medida responde al principio laboral de que la suspensión es con goce de salario. También, resultó conforme al ordenamiento jurídico, el nombramiento del sustituto, pues, era indispensable para la integración del órgano, por ser un aspecto fundamental para que estuviera constituido legalmente y como presupuesto indispensable para que pudiera funcionar de manera válida. De no estar debidamente constituido no podría sesionar. Consecuentemente, contrario a lo que alega el casacionista, en efecto, al actor se le nombro sustituto para no paralizar el normal funcionamiento de la Junta Directiva del ICT. Es claro, de previo a plantearse el problema de funcionamiento (quórum funcional), habría de plantearse el de su constitución (quórum estructural). Por ello, se reitera, el puesto vacante en virtud de la suspensión del demandante como miembro de la Junta Directiva del ICT, debía ser llenado con el propósito de que tal órgano pudiera

sesionar y ejercer su competencia. Por otra parte, al haber sido apartado de su cargo, aunque lo fuere de modo provisional, nada obstaba para que se designara a alguien, quien lo sustituyera, sin que eso le significara lesión alguna, pues no sufrió ningún detrimento económico, ni implicó un adelanto de criterio en ningún sentido, sino algo propio del régimen de las medidas cautelares. Según lo expresado, no hay razón para declarar la nulidad del nombramiento del nuevo directivo, ni ordenar su reintegro, para que se mantuviera durante el tiempo que les restaba del período. Aunado a lo expuesto, es evidente la falta de interés del recurrente ya que renunció a su puesto en la Junta Directiva del ICT.

IX.- En otro orden de ideas, es claro que, el procedimiento seguido **al actor**, fue de conformidad con lo dispuesto en el numeral 308 de la LGAP. Además, se inició a solicitud de la Contraloría General de la República, por consiguiente no hubo violación alguna al ordinal 5 de la Ley de Presidencias Ejecutivas. Consecuentemente, no se dejó de actuar el Libro Segundo de la LGAP. Por otra parte, resultan infundados los reparos del casacionista en el sentido de que los artículos 219 y 226 de la LGAP posibilitan a la Administración para que ante razones de urgencia, prescinda de formalidades en el procedimiento e incluso cree uno sustitutivo, porque como lo dijo el Tribunal esto no era procedente, ya que ello si hubiera significado una violación al ordenamiento jurídico, así como a los derechos del directivo separado. Por consiguiente, lo oportuno era actuar, como se hizo, ordenando la suspensión precautoria del actor en su puesto mientras dure el procedimiento administrativo. Luego, si el acto final no se produjo, fue porque el demandante renunció a su puesto como directivo en el ICT, antes de que el

procedimiento finalizara. Así, la causa de tal circunstancia no resulta atribuible a los demandados.

X.- En su tercer agravio, el apoderado especial judicial del demandante, acusa, se dejaron de aplicar los artículos 98 de la LRJCA, 222 y 223 del Código Procesal Civil, por no eximirse del pago de las costas del proceso, invocando a su favor, la buena fe y el haber tenido, en su criterio, motivo suficiente para litigar. Ha de recordarse, que la violación directa puede ocurrir cuando se interpreta mal la ley, se aplica en forma indebida o se deja de actuar la que corresponde. Salvo el primer supuesto, siempre hay dos normas conculcadas. Si se alega una indebida aplicación, existe otra irrespetada por falta de aplicación y viceversa. En razón de ello y a fin de ajustarse a las exigencias de claridad y precisión propias de este recurso, el recurrente debe puntualizar ambas disposiciones y la manera en que se produjo el quebranto. Véase entre muchas otras, la sentencia de esta Sala número 419-F-2005 de las 9 horas del 20 de junio de 2005. En materia de costas rige el principio general, dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Civil, cuya aplicación supletoria permite el numeral 103 de la Ley de la materia, según el cual, se le imponen al vencido por el hecho de serlo y sólo, por vía de excepción, en los casos previstos expresamente por el legislador, es posible su dispensa. Por eso, cuando se protesta la condena, es obligación ineludible del recurrente, invocar vulnerado el precepto 221 dicho, base de la decisión que combate. En la especie, se echa de menos la cita de ese ordinal, lo que dice de la informalidad del cargo y su consecuente rechazo. No obstante lo anterior, a mayor abundamiento de razones, debe indicarse que el Tribunal, se limitó a actuar la norma aplicando el

principio general a que se hizo mención. Sobre este punto, la mayoría de los miembros actuales de la Sala, participa de la tesis que se sostuvo con anteriores integraciones en forma unánime, en el sentido de que *“... la exoneración, aun en el supuesto previsto por la norma, no es obligatoria sino facultativa para el juzgador. Bajo esta premisa, si el fallador no está obligado a exonerar, nunca podría incurrir en violación del referido artículo 98, si no exime... Entonces la exoneración, aun en el supuesto previsto por la norma, no es obligatoria sino facultativa para el juzgador. Bajo esta premisa, si el fallador no está obligado a exonerar, nunca podría incurrir en violación del referido artículo 98, si no exime”*. Resolución no. 765 de las 16 horas del 26 de setiembre del 2001. Por ende, no hay violación normativa cuando las costas se imponen al vencido por cuanto no resultan violadas las disposiciones aludidas, en tanto no se produce la infracción alegada, porque el juzgador se limita a actuar la norma en los términos por ella dispuestos. Tampoco era menester que el Tribunal formulara un juicio de valor relativo a la conducta del litigante vencido, ello, según se expuso, solo es obligado cuando se exime.

XI.- Acorde con lo expuesto, lo pertinente es desestimar el recurso e imponer sus costas al promovente. Numeral 611 del Código Procesal Civil.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso, son sus costas a cargo del recurrente. Nota de los Magistrados González y Escoto.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Edo. González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Nota del Magistrado González Camacho y la Magistrada Escoto Fernández

I.- Los suscritos integrantes no comparten el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala en el considerando X del fallo anterior, en cuanto deniega el control casacional para aquellos casos en los que tan sólo se hace uso de la regla general de la condena al vencido en el pago de ambas costas, es decir, cuando no se actúa o aplica ninguna norma atinente a la exoneración de ellas. En efecto, el fundamento jurisprudencial de mayoría, parte de que la exoneración en el pago de las costas es una facultad, en la que no se produce yerro ni infracción normativa cuando no se ejercita o aplica; por ello, se dice, si no hay violación legal, no es posible en casación entrar a valorar o modificar lo resuelto sobre la condena al vencido, pues se repite, para la mayoría de esta Sala, sólo puede haber infracción jurídica cuando se actúa la norma correspondiente a la exoneración (entre muchas pueden verse las sentencias de esta Sala no. 1001- F-2002, de las 11 horas 50 minutos del 20 de diciembre del 2002; la 249-F-2003, de las 11 horas 45 minutos del 7 de mayo de 2003 y la 306-F-2006, de las 10 horas 20 minutos del 25 de mayo de 2006). La concatenación parece en principio lógica, pues con esta premisa, si la exoneración constituye una facultad, el juzgador no está obligado a exonerar; y por ende, si no ordena o realiza tal exoneración, no viola las normas que

corresponden al tema. Ergo, si no se da violación de normas, no puede haber revisión casacional (consúltense las resoluciones de esta Sala no. 765 de las 16 horas del 26 de septiembre del 2001 y 561-F-2003, de las 10 horas 30 minutos del 10 de septiembre de 2003). Esta relación de ideas, les permite concluir, que en ese supuesto específico (la simple condena o la inaplicación de las exoneraciones) “no puede ser objeto de examen en esta sede” (de este mismo órgano decidor, sentencia no. 419-F-03, de las 9 horas 20 minutos del 18 de julio de 2003), pues se trata de una hipótesis “no pasible de casación” (fallo no. 653-F-2003, de las 11 horas 20 minutos del 8 de octubre de 2003). Así, en opinión de los distinguidos compañeros: no tiene cabida el recurso de casación cuando no se hace uso de la facultad exoneratoria (véanse a contrario sensu los considerandos III y VIII, por su orden de las resoluciones 541-F-2003, de las 11 horas 10 minutos del día 3 y de las 10 horas 50 minutos del día 10, ambas de septiembre de 2003). De esta forma se ha estimado por la mayoría que “... *la condena en costas al vencido, como aquí sucedió no es revisable en esta Sede, habida cuenta de que el Tribunal se limitó a actuar la norma en los términos por ella dispuestos*” (el destacado no es del original, véase el considerando X del voto no. 68-F-2005, de las 14 horas 30 minutos del 15 de diciembre de 2005). Y en materia notarial, con mayor contundencia, se ha señalado que: “...*el Tribunal le impuso el pago de las costas de la pretensión resarcitoria a la denunciante, pronunciamiento que, se repite, no tiene casación*”. (considerando X de la sentencia no. 928-F-2006, de las 9 horas 15 minutos del 24 de noviembre de 2006).

II.- Sin embargo, en parecer de los suscritos, la indebida inaplicación de los preceptos que permiten la exoneración de costas, infringe, sin duda, el Ordenamiento Jurídico y, en concreto, las normas que la autorizan, ya sea por error o inadecuada apreciación de los jueces en el conflicto específico. En ese tanto, aunque se trate de una facultad, es lo cierto que no se encuentra inmune al control casacional, pues tanto en su ejercicio como en su inaplicación, puede operar una violación de ley, y en esa medida, la indebida omisión no es ni debe ser, sinónimo de arbitrariedad, en tal caso, cometida por el propio Juzgador. Máxime si se trata de un apoderamiento al juez otorgado con supuestos específicos que limitan su poder discrecional en esta materia. En consecuencia, en este particular aspecto, estimamos que con la sola aplicación de la regla general del artículo 55 de la Ley de la Jurisdicción Agraria (condenatoria al vencido al pago de ambas costas), no se cierran las puertas al recurso de casación, pues al contrario, el asunto es admisible para su examen de fondo (siempre y cuando se cumplan los requisitos de ley) ante un eventual vicio omisivo en la aplicación de las disposiciones legales que autorizan la exoneración de dichas costas (cánones 55 de la Ley de Jurisdicción Agraria y 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo). No obstante lo anterior, en el caso concreto de examen, estos integrantes comparten lo dispuesto para este extremo en cuanto se estimó informal el argumento, al no citar el precepto 221 del Código Procesal Civil para entrar a su análisis; de ahí que compartan su rechazo, circunstancia que lleva a desestimar el agravio, y con él, el recurso que en este sentido se formula.

Óscar Edo. González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

HBRENES/larce