



Exp: 01-000775-0163-CA

Res: 000769-F-S1-2008

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del trece de noviembre de dos mil ocho.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por **JAVIER GÓMEZ SALAZAR**, agricultor; contra **ALEXIS CASTRO SERRANO**, guardia rural; y, el **ESTADO**, representando por el procurador Óscar Jiménez Rojas, abogado, vecino de Heredia. Figura además, como apoderado especial judicial del actor. Las personas físicas son mayores de edad, casados y con las salvedades hechas, vecinos de Cartago.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció demanda cuya cuantía se fijó en treinta y cinco millones seiscientos mil colones, a fin de que en sentencia se declare: *"A.- Con lugar en todos sus extremos este proceso Ordinario (sic) y que en base a la Sentencia (sic) Ejecutoriada (sic) deben los demandados en éste (sic) proceso pagar al suscrito dado el derecho que me asiste y en atención al ilícito juzgado, el daño Moral (sic), los Daños (sic) materiales, los Perjuicios (sic) y las costas procesales y personales en los siguientes extremos (sic) .- 1.- Deben pagar conjuntamente los demandados al suscrito por daño Moral (sic), la suma de **quince millones de colones.-** 2.- Indemnización por perdida (sic) del 10% de*

la Capacidad (sic) general orgánica (sic) , la suma de **diez millones de colones**, como perjuicio, así mismo por Indemnización por Incapacidad temporal (sic) sufrida deberán pagar la suma de **diez millones de colones** (sic) 3.- Deben pagar los demandados las costas procesales y personales del caso penal que se estiman de la siguiente manera: Costas procesales: **cincuenta mil colones**. Costas personales: **quinientos cincuenta mil colones**.- 4.- Que deben pagar los demandados los intereses que correspondan a las sumas establecidas desde la firmeza de la Sentencia (sic) Ejecutoriada (sic) hasta que sean pagadas efectivamente, intereses que pido se establezcan de acuerdo con los fijados en los depósitos a seis meses plazo del Banco Nacional de Costa Rica.- 5.- Que deben pagar los demandados ambas costas de éste (sic) proceso Ordinario (sic) pues en su momento procesal a la Procuraduría General de la República se le pidió la indemnización y la misma no fue admitida en espera del dictado de la Sentencia (sic) en sede penal.- 6.- Que se tenga por Agotada (sic) la Vía (sic) Administrativa (sic) en cuanto al Estado de acuerdo con documento adjunto.”

2.- Los demandados contestaron negativamente. El representante estatal opuso las defensas previas de falta de agotamiento de la vía administrativa, litis consorcio pasivo necesario, prescripción, caducidad, cosa juzgada material, falta de derecho, falta de interés actual y la expresión genérica de "sine actione agit". El demandado Castro Serrano opuso las excepciones de caducidad de la acción, prescripción y falta de derecho. Las defensas previas fueron rechazadas interlocutoriamente en sentencias 184-2005 de las 15 horas 10 minutos del 9 de marzo de 2005, y 846-2006 de las 9

horas 45 minutos del 26 de julio de 2006, en esta última resolución, el Juez ordenó reservar las excepciones de prescripción, cosa juzgada material, la expresión genérica de "*sine actione agit*", falta de derecho y la falta de interés para ser conocidas en sentencia de fondo.

3.- La Jueza Sandra M. Quesada Vargas, en sentencia no. 0199-2007 de las 14 horas del 23 de febrero de 2007, resolvió: *"Se rechaza la defensa de prescripción, cosa juzgada, falta de interés actual y falta de legitimación interpuestas. Se acoge parcialmente la excepción de falta de derecho invocada y por ende se acoge también parcialmente la genérica sine actione agit, comprensiva de las anteriores. Se declara parcialmente con lugar la presente acción, debiendo entenderse denegada en lo no expresamente concedido: Se condena solidariamente a los codemandados Alexis Castro Serrano y al Estado, al pago de los daños causados al señor Javier Gómez Salazar, los cuales se determinarán y liquidarán en etapa de ejecución de sentencia. Se concede al actor, por concepto de daño moral subjetivo, la suma de tres millones de colones netos. Las indemnizaciones concedidas en abstracto devengarán intereses al tipo legal vigente a partir de su determinación con carácter de firmeza en etapa de ejecución de sentencia y hasta la fecha de su efectivo pago. La suma concedida por concepto de daño moral subjetivo devengará intereses al tipo legal vigente a partir de que adquiera firmeza la presente resolución y hasta la fecha de su efectivo pago. Se deniegan los demás rubros pretendidos. Son ambas costas de este proceso a cargo de los codemandados."*

4.- El Estado apeló y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, integrado por los Jueces Lilliana Quesada Corella, Ileana Sánchez

Navarro y Carlos Espinoza Salas, en sentencia no. 65-2008 de las 10 horas 5 minutos del 14 de marzo de 2008, dispuso: *"Se confirma la sentencia, con aclaración de que los daños a liquidar en ejecución de sentencia serán lo correspondiente a la indemnización por la disminución de un diez por ciento de la capacidad orgánica del actor y por el tiempo que estuvo incapacitado y en el entendido de que el monto a cancelar a su favor será el cincuenta por ciento de la suma que se determine en aquella etapa procesal."*

5.- El representante estatal formula recurso de casación indicando expresamente las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal de instancia.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- El día 13 de febrero de 1993, el señor Alexis Castro Serrano, quien en el momento laboraba como guarda rural del Ministerio de Seguridad Pública, transitaba en la zona de San Joaquín del Tuis de Turrialba, cuando el actor, Javier Gómez Salazar, le arrojó una piedra que le golpeó en los pómulos. Ante esa agresión, utilizando el arma reglamentaria del Ministerio de Seguridad, disparó al segundo la totalidad de las balas que contenía el revolver, lo que ocasionó diversos impactos en las extremidades, dos en la derecha y tres en la izquierda, ocasionándole incapacidad por nueve meses y la pérdida del diez por ciento de su capacidad general orgánica. Esta situación fue discutida en el proceso penal 95-200280-335-PE, tramitado contra el señor Castro Serrano ante el Tribunal de Juicio de Cartago, con sede en Turrialba, el cual, en sentencia 24-2000, si bien acreditó que el imputado actuó en legítima defensa

ante el golpe propinado por la víctima, de igual forma consideró que incurrió en exceso de aquélla, por lo que se configuró el delito de lesiones graves, condenándolo a seis meses de prisión con el beneficio de libertad condicional. En aquel proceso, se interpuso acción civil resarcitoria contra el acusado y el Estado, respecto de la cual, sin embargo, operó un desistimiento tácito, debido a la inasistencia, sin justa causa, de la apoderada especial judicial del actor. El 25 de octubre de 2001, el señor Gómez Salazar interpuso proceso contencioso administrativo contra Alexis Castro Serrano y el Estado, en el cual solicita, en lo medular, que con base en el fallo del Tribunal de Juicio, se condene a los demandados al pago de los daños, materiales y moral, los perjuicios, los intereses que corresponden a las sumas establecidas en sentencia hasta su efectivo pago y las costas del proceso. Los daños los cuantifica de la siguiente manera: la cantidad de ¢15.000.000,00 por el daño moral, ¢10.000.000,00 por la pérdida del 10% de la capacidad general orgánica y otro monto igual por la incapacidad temporal sufrida, ¢50.000,00 correspondientes a las costas personales y ¢550.000,00 de costas procesales, ambas del proceso penal. Tanto el Estado como el codemandado Castro Serrano contestaron en forma negativa la demanda; el primero interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, litis consorcio pasivo necesaria, cosa juzgada material, falta de agotamiento de la vía administrativa, derecho, interés actual, legitimación, y la expresión *sine actione agit*; mientras que el segundo, las de caducidad, prescripción y falta de derecho. Las defensas previas de caducidad, falta de agotamiento de la vía administrativa y litis consorcio pasivo necesario fueron rechazadas interlocutoriamente. La sentencia de primera instancia acogió en

forma parcial la excepción de falta de derecho y rechazó las restantes. Condenó, en forma solidaria, a los codemandados al pago de los daños causados al señor Gómez Salazar por la disminución de un 10% de su capacidad orgánica y por el tiempo que estuvo incapacitado, cuantificación que fue remitida al proceso de ejecución de sentencia, así como a la suma de ¢6.000.000,00 correspondientes al daño moral subjetivo, monto que se redujo al 50% por la aplicación de la doctrina del cúmulo de responsabilidad y la culpa de la víctima; las costas fueron imputadas a los vencidos. Como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Estado, el Tribunal Contencioso Administrativo, confirmó la sentencia con la aclaración de que las partidas, cuya liquidación fue diferida a la etapa de ejecución de sentencia corresponden al 50% de la cifra que se determine, en aplicación del mismo argumento utilizado por la juzgadora de primera instancia en cuanto al daño moral subjetivo.

II.- El representante estatal plantea recurso de casación por los motivos que a continuación se exponen. **Primero.** Considera quebrantados los preceptos 704, 162 y 163 del Código Procesal Civil. Su argumentación parte de que el presente es un proceso de ejecución de sentencia, y no un ordinario, como fue tramitado por el Juzgado y por el Tribunal. Indica, se hizo caso omiso de los efectos del desistimiento de la acción civil resarcitoria, así como del hecho de que la resolución en sede penal no condenó al Estado con motivo de que su empleado ejercitara o no un servicio público, lo cual no se tuvo por probado en dicha jurisdicción. Afirma, el fallo penal debía liquidarse mediante la ejecución, con base en los hechos que fundamentaron la condenatoria, por lo que la cuestión debió ser conocida por el Tribunal sentenciador, lo cual sustenta

en una serie de resoluciones de este órgano. Sostiene, el único competente para conocer de este asunto es el Tribunal Penal de Juicio, mediando la incompetencia, en razón de la materia, de la jurisdicción contencioso administrativa. Endilga, tanto al A quo como al Ad quem, proveer en contradicción de lo ejecutoriado, toda vez que el fallo penal no declaró el deber del Estado de indemnizar los daños y perjuicios, a lo cual aúna que en ninguno de los dos procesos se ha demostrado que el codemandado Alexis Castro Serrano se encontrara en ejercicio de su función. Acusa que los órganos de ambas instancias sobrepasaron sus competencias al declarar que se debe pagar al actor por concepto de daño moral, si antes no tuvo por probado que el acto imputado fue en ejercicio de la función pública, toda vez que el Tribunal Penal no lo estableció, ni se aportó prueba en este proceso, lo cual constituye, a su modo de ver, un punto sustancial no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia penal, por lo que se resuelve en contra de lo ejecutoriado. Recrimina que al suplir en forma inválida la decisión del Tribunal Penal de Juicio en cuanto a que el señor Castro Serrano ejercía, al momento en que se dieron los hechos, un servicio público relacionado con el actor, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa incurren en incongruencia, por lo que el fallo es nulo por violación de los ordinales 162 y 163 del Código Procesal Civil y del valor de la cosa juzgada. **Segundo.** Reclama inaplicación del numeral 191 de la Ley General de la Administración Pública. Reitera, la conducta generadora del daño era atribuible al señor Castro Serrano a título personal, y no como funcionario público, por lo que no es posible condenar al Estado. Expresa que es el ejercicio del servicio público lo que establece el nexo de causalidad entre conducta y

daño, elemento fundamental de la responsabilidad objetiva. Asegura que no es correcta la aplicación del canon 190 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que acusa, al mismo tiempo, inaplicación del 191 del cuerpo normativo citado, al no tratarse de una conducta funcional. Indica, no se está ante un supuesto de funcionamiento anormal o de conducta ilícita, sino que lo procedente es analizar el caso concreto bajo la responsabilidad subjetiva del codemandado. Insiste en que no se ha determinado que la ilicitud fuera con ocasión de una función pública desplegada por el agente, por lo que debe ser analizado como un comportamiento que incumbe, únicamente, a dos sujetos privados. A mayor abundamiento, establece que no existe nexo de causalidad que genere responsabilidad del Estado, toda vez que se trata de actuaciones a título personal, y no como funcionario de la Administración Pública. **Tercero.** Arguye, el daño moral se fijó en contradicción con lo decidido en el proceso penal, que declaró, únicamente, la condena por exceso en la defensa y con culpa de la víctima, sin establecer que el hecho dañoso se diera en el ejercicio del servicio público. Argumenta, el daño moral no puede ser cuantificado por el libre arbitrio del juez, sino ha de ser probado nítidamente, ya que de lo contrario, se obtienen beneficios gratuitos, en contra de lo estipulado en los artículos 692 y 693 del Código Procesal Civil; sin negar que el Juez es *peritum peritorum* para la valoración de este tipo de daños. Reitera que dicha labor se encuentra subordinada a la prueba suministrada por el perjudicado. Critica que el monto se determinó bajo la afirmación de que la parte actora sufrió angustias y molestias, sin ponderar su culpa al agredir, sin motivo, al codemandado. Alega, se resolvieron puntos sustanciales no controvertidos en el

pleito ni decididos en la sentencia, en la medida en que el fondo del asunto estaba referido a la producción de daños materiales y perjuicios, y no al moral. Rechaza que este último se haya causado por el actuar de la Administración, y por el contrario, lo resuelto implica violación de la cosa juzgada, al indemnizar un extremo no contemplado en la sentencia ejecutada. **Cuarto.** Reprocha la denegatoria de la defensa de prescripción por parte de los juzgadores de primera y segunda instancia, lo que induce a desaplicar lo dispuesto en el canon 198 de la Ley General de la Administración Pública. Expone que, tal y como lo demuestra la sentencia del Tribunal Penal, los hechos sobre los cuales versa el presente asunto ocurrieron el día 13 de febrero del 1993, mientras que la interposición de la demanda se dio el día 25 de octubre de 2001, fecha para la cual ya habían transcurrido los cuatro años que establece la norma en cuestión. Manifiesta que, para efectos de determinar si operó el plazo de prescripción, debe verificarse la concurrencia de dos circunstancias, la primera, cuándo sucedió el hecho dañoso y, la segunda, cuando fue notificado el Estado de la acción interpuesta, siendo que, en el caso concreto, al analizar ambas fechas, se colige la prescripción del derecho de accionar. Agrega, de conformidad con el ordinal 876 del Código Civil, el plazo de prescripción se interrumpe por el emplazamiento judicial, motivo por el cual, siendo que al ampliarse la demanda y notificarle al señor Castro Serrano el 12 de octubre de 2004, se tiene que desde la fecha en que aconteció el hecho transcurrió, incluso, el plazo de prescripción decenal. **Quinto.** Como último agravio, aduce violación del artículo 222 del Código Procesal Civil, en la medida en que se condenó al Estado al pago de ambas costas, por cuanto ha actuado con

evidente buena fe, lo cual se ratifica por la aplicación por parte de los juzgadores de instancia de la doctrina del cúmulo de responsabilidades para distribuir esta y en particular, el que haya mediado la culpa de la víctima en el hecho dañoso, por lo que se debió exonerar el pago de las costas.

RECURSO POR RAZONES PROCESALES

III.- El primer agravio expuesto por el recurrente, según lo indicado en el considerando anterior, tiene como eje central que, el actor indicó en el escrito de interposición que se pretendía ejecutar la sentencia dictada en sede penal, razón por la cual los juzgadores de primera y segunda instancia en este proceso, excedieron su competencia material al conceder aspectos no debatidos en el proceso penal en donde se condenó al señor Castro Serrano. Aduce que al haberse tramitado el presente asunto como si se tratase de un ordinario, en particular por cuanto se condenó al Estado como responsable solidario frente al señor Gómez Salazar, conlleva la vulneración del principio de cosa juzgada, y a una eventual incongruencia por ultra petita. El anterior razonamiento, reiterado a lo largo del recurso, parte del error de suponer que la denominación que realiza el actor prima sobre el análisis integral de la demanda, en particular, de las pretensiones. No puede perderse de vista que el proceso jurisdiccional consiste en una serie de actos concatenados tendientes a la solución final de un conflicto, entre dos partes, por los órganos jurisdiccionales competentes, siendo esta su finalidad o razón de ser. En consecuencia, la causa petendi más la pretensión que incorpora la parte actora al momento de plantear la demanda, la cual debe ser resuelta en forma definitiva por los juzgadores, se proyecta sobre el proceso para delimitar su naturaleza, determinando si se trata de un

contencioso de jurisdicción plena, civil de hacienda o de ejecución, por citar algunos ejemplos. A manera de síntesis, lo que determina el cause procesal es lo solicitado por el demandante así como los hechos, es decir, el ruego sometido a conocimiento del órgano judicial, independientemente de la denominación dada por la parte. En el caso concreto, del estudio de las pretensiones, contenidas en el escrito de deducción de la demanda, se infiere que el objeto principal del proceso es la indemnización por parte de los codemandados, respecto de aquellos daños sufridos como consecuencia de los hechos acaecidos el día 13 de febrero de 1993, por lo que los argumentos planteados por el recurrente en este sentido no son atendibles. En adición, debe observarse que el Juzgado rechazó aquellas pretensiones propias de un proceso de ejecución, como son las costas personales y procesales, por entender, en forma correcta, que carecía de competencia al tratarse de elementos de la ejecución de la sentencia penal.

IV.- Con base en las anteriores aclaraciones, es menester analizar el argumento de que en la especie se produjo una violación a la cosa juzgada en la medida en que el Estado no fue condenado en sede penal, ni se tuvo por demostrado, en esta, el ejercicio de un servicio público por parte de su agente. En primer lugar, cabe indicar, que ambos procesos, el tramitado en sede penal como el presente, tienen objetos distintos. En el primero, se procura determinar la existencia de un delito y la pena correspondiente, no así la responsabilidad patrimonial. En consecuencia, es en el proceso que dio lugar al recurso que se analiza, en donde se debe demostrar el nexo de causalidad –y dentro de este, la relación que media entre el agente Castro Serrano y la Administración

Pública- que permita imputar responsabilidad al Estado. En este sentido, no tiene incidencia el que no se haya demostrado en sede penal, que el codemandado ejerciera, al momento, un servicio público, toda vez que esta es una circunstancia que resulta relevante para los efectos de determinar la existencia de un deber de reparación patrimonial a cargo de la Administración, lo que carece de interés en el proceso penal, en donde lo relevante es determinar si la conducta de una persona constituye un delito tipificado. Así, el argumento esbozado por la representación estatal debe ser analizado por esta jurisdicción. Aunado a lo anterior, es importante aclarar que la sentencia a la que se hace referencia versa, exclusivamente, sobre las consecuencias penales que se derivan del actuar delictuoso en cuestión, siendo que no ha existido ningún pronunciamiento específico, previo al que se impugna, referente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que no lleva razón el recurrente en cuanto a los alegatos planteados. Al darse el desistimiento tácito producto de la inasistencia del profesional al que se le encomendó la atención del caso, no se entró al conocimiento de la eventual responsabilidad de los acá codemandados ni se vertió pronunciamiento en cuanto a la procedencia o no del deber de reparación. No existe, entonces, una resolución de fondo que permita establecer igualdad en el objeto, la causa y las partes entre el presente proceso y el seguido anteriormente (el cual versó, exclusivamente, sobre la responsabilidad penal del señor Castro Serrano), lo que obliga a la conclusión de que no existe ninguna violación al principio de la cosa juzgada material. Por otro lado, de acuerdo a las particularidades apuntadas que impidieron el debate del tema en comentario mediante la acción civil resarcitoria, nada obsta para

que, en caso que resulte procedente de acuerdo con el derecho sustantivo, se determine el deber de reparar por parte de la Administración Pública. En el caso concreto, el desistimiento de la acción civil resarcitoria se dio como consecuencia de la inasistencia de la abogada a la audiencia; de forma tal, que no existe en la especie, un pronunciamiento previo sobre las pretensiones aducidas en el presente proceso, por lo que no se da el quebranto alegado de violación a la cosa juzgada.

V.- Aunado a lo anterior, resulta claro el texto del artículo 118 del Código Procesal Penal, el cual establece que el desistimiento de la acción civil resarcitoria en sede penal, no impide que el afectado acuda ante otra sede jurisdiccional para hacer valer su derecho. Este órgano ya se ha pronunciado sobre los efectos del desistimiento, tácito y expreso, dentro del proceso penal. Sobre el particular, resulta de interés lo dispuesto en la sentencia no. 151 de las 16 horas del 11 de noviembre de 1992, que desarrolla el punto en relación con las disposiciones del anterior Código de Procedimientos Penales, razonamientos que resultan del todo aplicables a la actual normativa. La legislación derogada, preveía la posibilidad del actor civil de desistir de la demanda, entendiendo que tal desestimiento operaba en forma tácita cuando, habiendo sido regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate, no presentare conclusiones o se alejare de la audiencia sin haberlas formulado (numeral 69), frente a lo cual se disponía que el desistimiento implicaba la renuncia del derecho resarcitorio pretendido (precepto 70). En dicha ocasión, se señaló: *“ya se dijo que el desistimiento puede ser expreso y puede ser tácito, y conforme al artículo 69 del Código Procesal Penal es tácito cuando el actor civil,*

regularmente citado, no comparece a la primera audiencia del debate, o no presenta conclusiones, o se aleja de la audiencia sin haberlas formulado oportunamente. Así las cosas y como se trata de una ley que debe cumplirse, de lo que se trata entonces es de fijar sus alcances, y al respecto cabe plantearse estas dos posibilidades: 1a- que la renuncia está referida solamente a la sede penal, en el sentido de que no se puede intentar de nuevo la acción resarcitoria en el juicio penal, y 2a- que la renuncia se refiere al desistimiento expreso pero no al tácito. La primera no es admisible, porque el artículo 70 lo que establece es la renuncia del derecho resarcitorio, sea del derecho de fondo, y como bien se explica en la sentencia recurrida, con cita de Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, 3a edición, Madrid, 1968, Tomo I, página 528, no es posible concebir una pretensión sin fundamento, por lo que la renuncia del derecho de fondo lleva consigo la renuncia de la pretensión. La segunda sí tiene plena aceptación, porque en el desistimiento expreso se da en forma consciente, clara y expresa la voluntad de la persona, la que sabe los efectos que la ley le da a ese acto voluntario suyo, que son los de la renuncia del derecho de fondo, efectos que nunca pueden ser los mismos para el desistimiento tácito, que se funda en otros motivos, ajenos a la voluntad. Aceptar que el desistimiento tácito tiene los mismos efectos que el expreso, significa poner en desventaja a quien desde el principio sí mostró interés y manifestó su voluntad para obtener la reparación civil, en relación con quien no procedió de esa manera y no ejerció la acción resarcitoria en el juicio penal, y conserva sin embargo su derecho para acudir a la jurisdicción civil, conforme se expresó en el primero de los seis casos ya citados. Por otra parte, son

frecuentes los casos -y el que dio origen a este asunto es uno de ellos-, en los que el actor civil ejercita la acción resarcitoria en el juicio penal, asiste al debate y quiere que su acción sea acogida, pero como por cualquier motivo su abogado no pudo asistir, y el artículo 87 del Código dispone que debe actuar con patrocinio letrado, no se le permite entonces intervención alguna y por lo mismo no puede presentar conclusiones, con la consecuencia legal del desistimiento tácito de su acción. Existe en estos casos la voluntad del actor civil de desistir de su acción?. -Claro que no.- Es justo entonces que se le prive del derecho de acudir a la jurisdicción civil?. La respuesta también es negativa [...] En efecto de acuerdo con su contenido es evidente que el artículo 69 de nuestro Código se refiere al desistimiento expreso y al tácito, pero que no puede decirse lo mismo del 70 que solamente dispone que "El desistimiento importa renuncia del pretendido derecho resarcitorio". Podría argumentarse que la norma es genérica y que por lo mismo comprende a las dos clases de desistimiento, pero también cabe razonar que al no indicar ninguno de ellos, la interpretación lógica es la de que se refiere sólo al desistimiento expreso, interpretación que además de ser justa, que la otra no lo es, se conforma con la legislación y la doctrina italiana que, como antes se indicó, es el punto de partida de los demás Códigos mencionados. En consecuencia, la Sala considera que, conforme a los artículos 69 y 70 del Código de Procedimientos Penales, el desistimiento que importa renuncia del derecho resarcitorio es sólo el expreso y no el tácito." (sentencia no. 151 de las 16 horas del 11 de noviembre de 1992).

Como se puede apreciar, existe un paralelismo entre lo resuelto en dicha oportunidad y el caso sub examine, sin que el cambio de legislación haya

modificado, en lo sustancial, la regulación de fondo aplicable a la materia. Así, la diferencia referida en la transcripción realizada, y en particular sus consecuencias, fue recogida en el texto del ordinal 118 del Código Procesal Penal vigente, que al efecto indica *"el desistimiento tácito no perjudicará el ejercicio posterior de la acción reparatoria ante los tribunales competentes, según el procedimiento civil."* Se desprende de lo expuesto, aunado al hecho de que no se dan los presupuestos necesarios para afirmar que en la materia en análisis existe cosa juzgada material, que no concurre un impedimento para acceder a la tutela jurisdiccional, ya que en forma alguna ha existido una renuncia del derecho de indemnidad patrimonial.

VI.- Finalmente, y considerando lo ya expuesto en relación con la naturaleza del proceso, es preciso referirse a la incongruencia endilgada. De conformidad con la profusa jurisprudencia emitida por este órgano colegiado, el vicio citado *"implica un irrespeto a normas de orden procesal que le imponen al juzgador un determinado comportamiento al proferir el fallo. Particularmente el que nos ocupa atenta contra la que dispone que el Juez, al dirimir la litis, no puede rebasar los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia (Art. 155 del Código Procesal Civil). Al fallador, en efecto, le está vedado pronunciarse sobre puntos que no han sido sometidos a su decisión. La incongruencia se produce, por lo mismo, cuando hay disonancia manifiesta y trascendente entre lo petitionado, o sea lo rogado en la demanda o en las excepciones, y lo resuelto. La falta de conformidad puede producirse por que se conceda más, porque se conceda cosa distinta o porque se omite resolver peticiones. Por su orden, se estaría en los supuestos que la doctrina conoce*

como ultra petita, extra petita y mínima petita. La incongruencia ha de buscarse confrontando la parte resolutive de la sentencia con las pretensiones de las partes, para determinar si existe o no el desacoplamiento ostensible constitutivo del vicio. En este menester, desde luego, hay que tener en cuenta también los hechos aducidos como sustento de la petición, porque ésta se entiende sólo en función de la causa que en ellos se expresa; no así el fundamento legal, porque es al Juez y no a las partes a quien corresponde decir el derecho (Jura novit curia). Y es que resulta obvio que el Juez no podría variar en el fallo la causa petendi sin lesionar el derecho de defensa de la persona afectada con ese cambio. Ahora bien, la inconsonancia está referida a declaraciones que el tribunal no puede hacer sino a gestión de parte. (Doctrina del art. 99 del Código Procesal Civil); en consecuencia, si resuelve de oficio extremos para cuya decisión no es necesaria esa iniciativa, máxime cuando el no hacerlo conlleva más bien un irrespeto a una conducta impuesta al sentenciador, no hay incongruencia, fundamentalmente porque no hay extralimitación de poder. Por otra parte, es necesario enfatizar que la falta de conformidad, en su dimensión literal, entre lo peticionado y lo resuelto, no es suficiente para acreditar el vicio. La diferencia debe ser de esencia, no simplemente terminológica. El juzgador puede adecuar la pretensión para hacerla más inteligible, más racional o más viable, que en tanto respete la íntima y racional conexión que debe existir entre lo pedido y lo concedido no comete inconsonancia.” (sentencia no. 125 de 14 horas 40 minutos del 27 de noviembre de 1996). En el caso concreto, y reiterando que no se trata de una ejecución de sentencia, al realizar la comparación entre lo solicitado –la

indemnización- y lo resuelto por los juzgadores de primera y segunda instancia en la parte dispositiva, se puede apreciar que no se ha dado la extralimitación acusada. Los rubros otorgados no exceden el ruego de reparación que se extrae de las pretensiones, por lo que no se da la incongruencia acusada, debiendo rechazarse en cuanto a este extremo el cargo.

RECURSO POR RAZONES DE FONDO

VII.- Sobre la Responsabilidad del Estado. Aclarado el punto respecto a la naturaleza del presente proceso, resulta conveniente referirse a las generalidades propias de la responsabilidad estatal. El principio de responsabilidad derivada de la función administrativa, contenido en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, afirma que esta responde por todos los daños que cause su funcionamiento, legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Se trata, como se puede observar, de una responsabilidad objetiva, en donde el dolo o la culpa trascienden a un segundo plano frente a la relación causal entre el hecho y el daño. En un esquema como el contenido en la legislación costarricense, para verificar el surgimiento del instituto de la responsabilidad, el operador jurídico debe verificar los siguientes elementos: en primer lugar, la existencia de un daño efectivo, evaluable e individualizable, de conformidad con el numeral 196 ibidem. En segundo lugar, debe darse una conducta generadora del daño; es importante destacar que el ordenamiento jurídico vigente utiliza una formulación abierta, en donde cualquier conducta, sea esta normal o anormal, lícita o ilícita, activa u omisiva, formal o material, resulta apta para el surgimiento de la responsabilidad. Finalmente, el tercer elemento a analizar es el nexo de causalidad, el cual permite imputar el daño al

comportamiento específico que incidió en su creación. Existen diversas teorías en cuanto al mecanismo que permite reconducir el daño a una conducta en particular, de las cuales, la que mejor responde a las exigencias jurídicas de racionalidad y razonabilidad es la de la causalidad adecuada, consistente en determinar cuáles factores, dentro de la multiplicidad de supuestos que pudieron concurrir a generar un hecho específico, son directa o indirectamente causa eficiente y adecuada del mal irrogado (sobre la causa próxima, adecuada y eficiente, puede consultarse la sentencia de esta Sala no. 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). Dicho de otra manera, es menester realizar un análisis valorativo tendiente a determinar si la causa que se plantea como generadora del daño, resulta apta a tal fin, de forma que, haciendo una inferencia racional, se logre arribar al convencimiento fundamentado de que, de no haberse producido la conducta reprochada, el daño no se hubiera causado, esto es, que la primera deviene en necesaria para el acaecimiento del segundo. Debe el juzgador determinar, a partir del cuadro probatorio incorporado al expediente, si desde un punto de vista objetivo, resulta lógico y probable que determinada acción (u omisión) tiene como resultado el daño específico que se solicita indemnizar. A partir de las anteriores generalidades, es preciso analizar el surgimiento de la responsabilidad en aquellos casos en donde un funcionario público, quien sin actuar en el ejercicio de sus funciones, pero con bienes puestos a su disposición por la Administración Pública, causa un daño, para determinar, posteriormente, en el caso concreto, si el fallo impugnado se ajusta a las reglas de la responsabilidad administrativa. Al respecto, resulta esencial lo dispuesto en el artículo 191 de la

Ley 6227, el cual establece que se "*deberá 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.*" La anterior es una muestra diáfana del esquema objetivo que impregna esta legislación, en la medida en que, junto a las faltas de servicio, se amplían los supuestos de responsabilidad a aquellas circunstancias fácticas en donde, si bien en el marco de una actuación a título particular, se utiliza el cargo, o los medios que este proporciona, para la producción de un daño en la esfera vital de un tercero. Es la anterior situación la que genera el nexo causal, o como se ha conocido, la ocasionalidad causal, que encuentra fundamento, a su vez, en los ordinales 199.4 y 203 de la Ley General de la Administración Pública. A mayor precisión, debe indicarse que la responsabilidad por una falta personal (distinta a una falta de servicio) de un funcionario, se encuentra asentada en la causalidad que se deriva del uso de los medios, puestos a disposición del agente por parte de la Administración Pública, generándose una vinculación trilateral entre dicha situación, el daño irrogado y el hecho personal de un tercero, todo lo cual permite reconducir la causa del daño al Estado, lo que justifica que se le imponga el deber de reparación. En refuerzo de lo expuesto debe indicarse que el caso fortuito, entendido como un evento interno (relacionado con la organización), previsible de manera abstracta pero imprevisible en el acto concreto en que se materializa, y por ende inevitable, no constituye, dentro del sistema de responsabilidad objetiva instaurada por la Ley General de la Administración

Pública, una eximente que elimine, jurídicamente, el nexo de causalidad. Se reconoce, de esta manera, que la propia organización del aparato estatal (evento interno a efectos de lo expuesto) constituye un medio que puede ser utilizado para la producción de un hecho dañoso, por lo que la forma en que se encuentra estructurada la función o el servicio público es un factor a considerar dentro de las causas que pueden concurrir para la producción de un daño irrogado a un particular. En el caso concreto, el hecho de que, de acuerdo a la forma en que opera el servicio de seguridad, el señor Castro Serrano pudiera portar el arma de reglamento aún cuando no se encontrara en el ejercicio de su función, constituye el instrumento que permitió la comisión del acto generador del daño que se reclama. Finalmente, es preciso referirse a las alegaciones realizadas sobre una eventual culpa de la víctima. En este sentido, la sentencia penal establece, en forma clara y contundente, que a pesar de que el codemandado actuó en legítima defensa, lo realizó con exceso, siendo una respuesta desproporcionada respecto de la ofensa sufrida. Lo anterior es un hecho incontrovertido, sobre el cual existe un pronunciamiento judicial firme. El comportamiento de la víctima, en este caso, si bien adquiere relevancia para efecto del cúmulo de responsabilidad, como bien lo hace el Tribunal, no tiene el efecto de eliminar el nexo de causalidad, ya que la lesión indemnizable tiene su origen, precisamente, en la respuesta desmedida que tuvo el señor Castro Serrano. Así las cosas, en aplicación de la normativa citada, se impone el rechazo del cargo.

VIII.- Sobre el Daño Moral. El recurrente reclama, el haber sido condenado a indemnizar el daño moral, sin considerar, por un lado, que en el

caso concreto concurriera la culpa de la víctima y por el otro, que con dicho actuar se resolvió en contradicción con lo decidido en sede penal. En cuanto al primer punto, cabe destacar que el Tribunal sí consideró esta circunstancia, motivo por el cual redujo el monto de la indemnización en un cincuenta por ciento (distribución y porcentaje que no fue cuestionado por la representación estatal, circunstancia que impide a esta Sala entrar a su valoración). Valga indicar que la circunstancia de que el afectado haya participado en la producción del daño no excluye la posibilidad de que, ante un cuadro fáctico como el presente, en donde medió un exceso en la defensa por parte del señor Castro Serrano, el sufrimiento que se deriva de dicho actuar, no deba ser indemnizado. Afirmar lo contrario implicaría desnaturalizar la figura, negando la protección conferida por el ordenamiento jurídico mediante el derecho a recibir reparación por los daños sufridos, así como la tutela de las situaciones jurídicas, ambos principios de raigambre constitucional. Ahora bien, en cuanto a la procedencia o no del daño moral, y habiéndose realizado las anteriores precisiones, es menester reiterar lo indicado en el tercer considerando en cuanto a las pretensiones planteadas al momento de interponer la demanda, las cuales permiten determinar que se trata de un ordinario civil de hacienda y no una ejecución de sentencia, como lo pretende el recurrente. Se colige de lo anterior, que las resoluciones emitidas tienen el efecto de declarar si a la parte actora le asiste o no el derecho pretendido, con total independencia de lo discutido, efectivamente, en el proceso penal, en la medida en que presentan objetos distintos. Esto hace que las citas normativas que sirven de fundamento al reclamo devienen en inadecuadas, ya que no existe sentencia cuya parte

dispositiva limite la competencia de los juzgadores de instancia. Aunado a lo anterior, si bien la nomenclatura otorgada por el casacionista a sus reparos no es óbice para su examen (de lo cual da muestra el que en otras oportunidades se haya resuelto como de fondo vicios alegados como de actividad y viceversa), es necesario para ello que los agravios expuestos cumplan con las exigencias dispuestas por la legislación procesal civil, de manera que posibilite su desarrollo. En el caso concreto, no se cumple este requisito, ya que el recurso es omiso al indicar aquellas normas, relativas al daño moral que, en opinión del recurrente, fueron quebrantadas, por lo que el recurso resulta informal en cuanto a este aspecto. Igual sucede con el reclamo expuesto en lo referente a la cuantificación del daño moral, en donde se observan las mismas falencias relativas a las formalidades propias del recurso de casación.

IX.- Sobre la Prescripción. A los anteriores alegatos, el representante estatal adiciona, como motivo del recurso, el indebido rechazo de la excepción de prescripción, con base en el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública. A pesar de lo anterior, el presente agravio no fue invocado ante el Ad quem, lo que hace que no sea revisable en casación. De conformidad con el numeral 608 del Código Procesal Civil, no podrán ser sometidas a conocimiento de este órgano colegiado aquellas cuestiones que no hayan sido propuestas ni debatidas, en forma oportuna, por los litigantes. La razón de ser de esta limitante se encuentra en el principio dispositivo que rige, también, las impugnaciones, tal y como se desprende, en el caso concreto, de los preceptos 558, 561 y 598 ibídem, de aplicación al caso concreto por remisión expresa del canon 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción

Contencioso Administrativo. Según este principio, cuando la parte considere que una resolución le cause algún perjuicio por no encontrarse ajustada a Derecho, puede requerir su revisión ante una instancia superior. El ejercicio de esta potestad delimita, al mismo tiempo, la competencia del órgano judicial. Se restringe, desde esta óptica, la actuación de oficio en materia recursiva, reconociendo las facultades de disposición de los intervinientes en el proceso, así como la posibilidad de que los errores *in procedendo* e *in iudicando* sean convalidados por el consentimiento tácito de los afectados, situación que se da cuando las decisiones judiciales no son impugnadas (con la clara excepción de aquellas nulidades en donde la propia normativa contempla la revisión oficiosa); de ahí se deriva, además, el fundamento teleológico de la exigencia al recurrente de contar con la necesaria legitimación para plantear el recurso respectivo. En este orden de ideas, y para efectos propiamente del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 608 del Código de rito, cuando una parte aprecia en la sentencia de primera instancia una violación, ya sea procesal o por el fondo, y no somete el asunto a conocimiento del superior, no puede, vía el recurso de casación, abrir nuevamente el espectro de inconformidades sobre las cuales dio su consentimiento tácito en un momento inicial (siempre que la del superior sea confirmatoria). Además, debe considerarse que, de acuerdo a la técnica propia de la casación, lo que se impugna es la resolución del Ad quem, quien, como se expuso, vio limitada su competencia por los temas incorporados en el recurso interpuesto por la parte, lo que trae como consecuencia lógica y necesaria que el mismo se traslada a este órgano colegiado, además de las limitaciones adicionales que se

desprendan de los puntos incluidos en el recurso de casación. Sobre la materia, pueden verse los votos no. 248-F-03 de las 11 horas 40 minutos del 7 de mayo del 2003, el no. 000269-A-2007 de las 8 horas 35 minutos del 26 de abril del 2007, reiterados por el 676-A-2007 de las 10 horas 10 minutos del 21 de setiembre del 2007. En razón de lo expuesto, se impone rechazar este agravio por improcedente.

X.- Sobre las costas. Recrimina, se debió de exonerar a su representada del pago de las costas del proceso por mediar razones suficientes para litigar, en aplicación de la norma 222 del Código Procesal Civil. Esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada sobre el deber del casacionista de observar ciertos requisitos para su admisibilidad y, con mayor razón, para su procedencia. En particular, la cita, en forma clara y precisa, de las normas que, dentro del contexto de lo aducido, resultan conculcadas con la decisión combatida, lo que comprende, la norma aplicada en forma incorrecta, así como aquella que, en opinión del casacionista, se debió aplicar. El presente recurso adolece de dichos requisitos, toda vez que la única cita normativa que realiza es el canon 222 del Código de rito, sin que se indique aquella que fue aplicada en forma incorrecta. Por otro lado, resulta fundamental apuntar que, de acuerdo a la argumentación esbozada por el recurrente, por la especialidad de la materia, el precepto cuya infracción se debe reclamar es el ordinal 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no la señalada en el recurso. En virtud de lo anterior, el motivo alegado debe ser rechazado por informal, al no cumplir con los requisitos mínimos del recurso de casación.

XI.- En cuanto a las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 611 del Código Procesal Civil, al haberse declarado sin lugar el recurso, se debe condenar al pago de ambas costas al promovente.

POR TANTO

Se rechaza el recurso. Se resuelve sin especial condenatoria en costas.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román

Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto

Fernández