



Exp: 99-000816-0163-CA
RES: 000768-F-2006

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José,
a las catorce horas treinta minutos del once de octubre del dos mil seis.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **MUTUAL CARTAGO DE AHORRO Y PRÉSTAMO**, representada por su apoderada generalísima sin límite de suma, Eugenia Meza Montoya, divorciada, economista, vecina de Cartago; contra el **ESTADO**, representado por su procurador dos, Luis Diego Flores Zúñiga, abogado, de calidades no indicadas. Las personas físicas son mayores de edad.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la actora estableció demanda cuya cuantía se fijó como inestimable, a fin de que en sentencia se declare: *"*Anular los actos dictados por la Defensoría de los Habitantes, por encontrarse viciados en su forma y fondo. *Declare que los mismos son producto de una desviación de poder por parte de la Defensoría de los Habitantes. *Declare que la Defensoría de los Habitantes ha violado el debido proceso en cuanto a la averiguación de la verdad real de los hechos atribuidos a mi Representada. *Se suspenda la ejecución del acto administrativo dictado por la Defensoría de los Habitantes. *Que la Mutual no ha financiado en el corto plazo la construcción del Condominio Mar de Plata, para que se le considere responsable directa de las obras civiles del*

*condominio. *Que las actuaciones de la MUTUAL nunca han sido ni ilegales ni inmorales en relación con el financiamiento de los casos individuales formalizados en el Condominio."*

2.- El representante estatal contestó negativamente la demanda, e invocó las defensas previas de falta de legitimación ad procesum activa o de representación, defecto formal de escrito de interposición e inadmisibilidad de la acción, las cuales fueron resueltas interlocutoriamente. Asimismo, opuso las excepciones de falta de derecho, falta de interés y la genérica "*sine actione agit*".

3.- La Jueza Lilliana Quesada Corella, en sentencia no. 953-04 de las 8 horas del 11 de agosto del 2004, resolvió: "*Se acoge la defensa de falta de derecho y la sine actione agit en esa modalidad. Se rechazan las de falta de legitimación ad procesum activa o de representación y defecto formal del escrito de interposición que impide verter criterio en cuanto al fondo, así como la de sine actione agit en las modalidades de falta de interés y falta de legitimación activa y pasiva. Se declara sin lugar en todos los extremos la presente demanda ordinaria. Son ambas costas de este proceso a cargo de la Mutual de Cartago de Ahorro y Préstamo."*

4.- La parte actora apeló, y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, integrado por los Jueces Joaquín Villalobos Soto, Ana Isabel Vargas Vargas y Silvia Fernández Brenes, en sentencia no. 293-2005 de las 10 horas 10 minutos del 22 de julio del 2005, dispuso: "*Se revoca parcialmente la sentencia apelada; y en su lugar se dispone acoger parcialmente la excepción de falta de derecho; en consecuencia, se declara parcialmente con lugar la*

demanda, entendiéndose denegada en lo no dicho expresamente. Se anula de (sic) los oficios DHR. 980627-98, de veintisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho y DHR. 9906177-99, de ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, las recomendaciones que establecen responsabilidades patrimoniales a la actora (Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo), tanto en lo relativo al pago de las reparaciones del proyecto habitacional Condominios Mar del Plata, como en lo relativo al reconocimiento de un crédito a favor de las familias que pagaron cuotas del crédito hipotecario sin estar terminadas las viviendas. Se condena al Estado al pago de ambas costas procesales. En lo demás, se confirma el fallo recurrido.”

5.- El representante estatal formula recurso de casación por el fondo. Alega violación de los artículos 14 de la Ley del Defensor de los Habitantes no. 7319 en concordancia con 118 y 119 de la Ley Orgánica del Banco Central; 18,1, 60 inciso c) y 98 inciso c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3 y 90 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; 90 y 109 del Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; 34 de la Constitución Política; 8 inciso d) y 11 del Reglamento sobre la Organización y Funcionamiento del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; 17, 29 y 41 del Reglamento General de Crédito del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y 221 del Código Procesal Civil.

6.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley. Interviene en la decisión de este asunto la Magistrada Suplente Margoth Rojas Pérez.

Redacta la Magistrada León Feoli

CONSIDERANDO

I.- La Defensoría de los Habitantes (la Defensoría, en adelante), ante queja de la representante de los vecinos del Condominio Mar del Plata, sobre deficiencias a nivel constructivo, estructural y administrativo, emitió el "*Informe Final*" no. DHR 980627-98 en el que, en lo que al caso interesa, dispuso que el Banvhi debía: "*Coordinar con la MUCAP las reparaciones necesarias sin que ello implique un nuevo crédito con cargo a las familias ya que se trata de una condición necesaria para disfrutar del bien adquirido...*" y que la Mucap reconociera lo que corresponda a favor de las familias que pagaron cuotas del crédito hipotecario sin estar terminadas las viviendas, al consignar "*Que determine los montos a que asciende en cada familia el monto por concepto de cuotas canceladas durante el período en la cuenta del monto correspondiente*". El 19 de agosto de 1998, la Mucap presentó recurso de reconsideración, que el 8 de julio de 1999, en resolución número DHR 9906177-99 se rechazó. En este proceso cuya demanda se formalizó el 21 de febrero del 2001, aduce la actora que por esa vía se le responsabiliza por hechos ocurridos sin su intervención por acción u omisión. Pide, en lo medular, se declare en sentencia la nulidad de los actos de la Defensoría de los Habitantes por vicios formales y sustanciales, desviación de poder, irrespeto al debido proceso, además de que no financió la construcción del Condominio Mar del Plata y que su proceder nunca fue ilegal ni inmoral. El Estado contestó en forma negativa y opuso las defensas previas de falta de legitimación ad procesum activa o de representación y defecto formal del escrito de interposición que impide verter

criterio en cuanto al fondo y de inadmisibilidad de la acción, por dirigirse contra actos no susceptibles de impugnación. Por el fondo alegó además las excepciones de falta de derecho, interés actual y la expresión genérica de "*sine actione agit*". Interlocutoriamente el Juzgado declaró la inadmisibilidad de la acción por considerar que se dirige contra actos no susceptibles de impugnación y por innecesario omitió conocer las restantes. El Tribunal revocó esa decisión y en su lugar la reservó para sentencia. En el fallo de primera instancia, previo pronunciamiento sobre las excepciones interpuestas y con expresa manifestación en el Considerando III, no así en la parte dispositiva, de que ya el Ad quem había estimado que los actos recurridos son susceptibles de impugnación, declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, con las costas a cargo de la Mucap. El Tribunal revocó parcialmente y en su lugar, acogió en parte la excepción de falta de derecho, anuló de los oficios DHR 980627-98 y DHR-9906177-99, las recomendaciones que establecen responsabilidades patrimoniales a la actora, a saber, lo relativo al pago de las reparaciones de las viviendas y el reconocimiento de un crédito a favor de las familias que pagaron cuotas del préstamo, antes de la entrega de la construcción. Condenó al Estado al pago de ambas costas "*procesales*". En lo demás confirmó.

II.- El demandado interpone recurso de casación por razones de fondo. Plantea tres agravios. **Primero.** Acusa violación del artículo 14, que transcribe, de la Ley de la Defensoría de los Habitantes no. 7319, por errónea interpretación al haberle asignado el Tribunal un sentido que no tiene, o negarle el que le corresponde. La Defensoría, asevera, ejerce un control que no

le permite revisar o anular actos administrativos, porque carece de potestades para hacerlo. Conforme el ordinal de cita, agrega, su intervención es de naturaleza tutelar. Se manifiesta por medio de recomendaciones e informes que no son, insiste, ni de decisión ni de imposición, además de que no puede dar órdenes a las autoridades públicas. Su labor no es de administración activa, ni de control sustituto. Es, continúa, un órgano que supervisa y un mediador entre el ciudadano y la Administración, por eso sus recomendaciones, por mandato legal, no son vinculantes. No obstante, advierte, se podría argumentar que tienen un efecto obligatorio indirecto, derivado de la imposición de sanciones a quienes las incumplan, en los términos previstos en el inciso 3 del canon 14 ibídem, que reproduce y sobre el que se fundamenta el Tribunal para indicar que *"tienen efecto disciplinario sobre el servidor público no jerarca"*. Sin embargo, estima, el punto radica en que es la Administración y no la Defensoría, a quien corresponde sancionar y valorar el incumplimiento; de tal forma que solo vinculan a aquella. La misma Defensoría, refiere, ha concluido que esa eficacia vinculante *"significaría comprometer su papel como medio alternativo para la administración de la justicia"*. La decisión de sancionar, reitera, corresponde al superior, que en última instancia resuelve si la organización que representa acoge o no lo propuesto. Así, lo que hace, sostiene, es recomendar las medidas que considera deben adoptarse en resguardo del buen funcionamiento y respeto a los derechos de los ciudadanos, sin que exprese un poder unilateral y susceptible de afectar la esfera jurídica de la Administración o de los administrados. En virtud de ello, expone, no es parte de la Administración activa, que es a quien compete decidir, dentro del ámbito

material definido por el legislador y la única responsable de sus actos. Invoca jurisprudencia de la Sala Constitucional que transcribe en lo que le favorece. En refuerzo de lo anterior, cita informes de la Procuraduría General de la República en los que, aduce, se ha sostenido la tesis de que ejerce un ministerio ético sobre el sector público y su eficacia depende de la autoridad moral de la propia Institución a la que se dirija. Los medios de comunicación y la opinión pública, añade, son sus principales aliados, porque su fuerza no puede basarse en la coacción, sino en el apoyo que brinden la sociedad, el Estado y el resto de la Administración, al respeto al ordenamiento y a los derechos humanos. Podría pensarse, comenta, que dejar en manos de la Administración la "*eficacia*" de las recomendaciones, es nulificar su labor, pero la ausencia de ese efecto vinculante, constituye una de las ventajas comparativas que reafirma su papel de mediador, incompatible con una coacción. Esto se ha plasmado, agrega, en la necesidad de contar con mecanismos más flexibles que los del proceso judicial y procedimiento administrativo, para arribar a una solución satisfactoria de los problemas que enfrenta el administrado. En el caso concreto, enfatiza, corresponde en forma exclusiva y excluyente al BANHVI y a la Mutual decidir en forma motivada, si cumplen o no las recomendaciones. Si las acogen, prosigue, son solo un acto preparatorio impugnabile en conjunto, tal y como lo prevé el numeral 163 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, lo cual responde a una función controladora, no vinculante, no crea estado, y por ende, son inimpugnables en forma aislada. Por ello, recrimina, el Tribunal debió declarar la inadmisibilidad de la demanda y al no hacerlo, infringió por errónea interpretación el citado artículo 14 y por falta de actuación los

ordinales 18 aparte 1) y 60 acápite c) ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. **Segundo.** Previa transcripción de los aspectos que anula el fallo recurrido, reitera indebida interpretación del precepto 14 de la Ley 7319, que "*apodera*" a la Defensoría al tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de las acciones u omisiones en que incurrió la Mucap; a formular sugerencias, con el fin de que se den las rectificaciones correspondientes. Sin embargo, relata, el Tribunal le niega esa competencia, a pesar de la naturaleza contralora, preparatoria y no vinculante de sus actuaciones. En otro orden de ideas, reprocha, a los numerales 3 y 90 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; 118 y 119 de la Ley Orgánica del Banco Central, se les dio un sentido que no tienen puesto que, a diferencia de lo decidido, reconocen la competencia fiscalizadora del BANHVI sobre la Mucap, dada su condición de auxiliar de la Superintendencia de Entidades Financieras. Tampoco, alega, niegan la competencia de la Defensoría prevista en el numeral 14 de su propia Ley, ni el alcance de sus recomendaciones y el control de legalidad que ejerce por este medio. En su criterio, esa vigilancia puede darse en la actividad administrativa, entendiendo por tal, las acciones u omisiones, como en la financiera del sector público, lo que el propio fallo reconoce como parte del interés público en el correcto funcionamiento de la Mucap. De esta manera, asegura, admite la labor fiscalizadora de la Defensoría, pero sin posibilidad de hacer recomendaciones. El Reglamento General de Crédito del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, aprobado por la Junta Directiva del BANHVI, en los artículos 17 y 41 sostiene, responsabiliza a la Mucap de la fiscalización de sus inversiones en los

préstamos destinados a construcción con financiamiento a largo plazo, con el fin de garantizar que los desembolsos respondan al avance de la obra y detectar cualquier irregularidad. Esta obligación, expresa, se reafirma en el Reglamento para la Organización y Funcionamiento del Sistema Financiero para la Vivienda, también aprobado por aquella Junta Directiva, en cuyos ordinales 8 inciso d) y 11, se dispone que al ser la Mutual una entidad autorizada, le compete y debe controlar por medio de funcionarios de planta y profesionales externos, que las viviendas y los proyectos, la calidad de los materiales, el diseño y la construcción de las obras, se lleven a cabo de acuerdo con los planos y especificaciones técnicas. Esos dos reglamentos, indica, estaban vigentes al momento en que la Mucap financió el desarrollo del Proyecto, por ende, no hay duda de que tenía que fiscalizar, incluso después de su derogatoria, por efecto del canon 169 tal y como lo prevén los ordinales 90 y 190 todos del Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para Vivienda, también aprobado por la Junta Directiva del BANHVI. Sin embargo, continúa, para el Tribunal, esos numerales en atención al principio de irretroactividad derivado del precepto 34 de la Constitución Política, resultan inaplicables por ser posteriores a la autorización del crédito para el desarrollo del Proyecto. En ese sentido, adiciona, se violan por falta de aplicación los artículos 17 y 41 así como el 8 inciso d) y 11 supra citados, que imponían a la actora el deber de inspeccionar, lo cual es ignorado en el fallo recurrido. La Defensoría, añade, no exime de responsabilidad a otras personas o entidades relacionadas con el control y ejecución de la obra. La recomendación, aclara, previene al BANHVI coordinar con la Mutual las reparaciones que, estima, no

deben cargarse a los condóminos, sin perjuicio de que se llegue a determinar que hay otros responsables, pues no exonera a la Mutual, ni controla la actividad privada de la empresa constructora. Para el Ad quem, protesta, las sugerencias fueron excesivas y desproporcionadas por no haber considerado la intervención y eventual participación de otras dependencias públicas y de la empresa encargada del Proyecto. De esta manera, reprocha, se interpretan erróneamente el artículo 14 de la Ley 7319 y el principio de proporcionalidad, máxima constitucional a la que, reconoce, debe sujetarse la Defensoría y que, en su criterio respetó al sugerir que no se cargue el costo de las reparaciones, a las personas que habitan las casas. Además, prosigue, el informe no identifica construcciones defectuosas, solo solicita una inspección o inventario para determinar si existen, en cuyo caso, deberá responder el proveedor del crédito como fiscalizador, por la falta de control en el uso de los fondos invertidos. De nuevo, acusa interpretación indebida del numeral 14 ya citado, por darle un sentido que no tiene, a los principios de justicia y proporcionalidad y negarle competencia a la Defensoría, para sugerir el reconocimiento de las cuotas del crédito a quienes las pagaron sin estar terminadas las viviendas. El control ejercido, advierte, es un medio alternativo de justicia tal y como lo ha considerado la Sala Constitucional cuando analiza su naturaleza, es decir, no pretende sustituir a la Administración ni al Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otra parte, refiere, el que los contratos de crédito suscritos entre la Mutual y los beneficiarios de los condominios, sean privados, no excluye la competencia de la Defensoría para emitir los extremos anulados; porque aunque esa relación se rija por el Derecho Bancario, que es una rama

del Privado, hay un conjunto de disposiciones de orden público que debe respetar la acreedora como entidad financiera de ese orden, autorizada por el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Incluso, agrega, aunque esté regulada por el Derecho Privado, debe satisfacer los requisitos establecidos por las normas de Derecho Público de rango legal y reglamentario. Por esa razón, insiste, negarle la posibilidad de controlar su funcionamiento, infringe por errónea interpretación el ordinal 14 citado. La decisión de que los beneficiarios asuman el costo por el atraso en la terminación de las construcciones; debido a causas imputables a la Mutual o al desarrollador es, a su juicio, desproporcionada e injusta. Representa una carga financiera que no les corresponde, conforme lo dispone el precepto 29 del Reglamento General de Crédito del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, cuyo quebranto reprocha por falta de actuación. Es cierto, aduce, y el informe no lo desconoce, que del préstamo otorgado a la empresa constructora, se retuvo una parte para responder a las cuotas de quienes recibieron la vivienda sin terminar. Y es, aclara, en ese sentido que se pretende determinar esos casos, y de no existir, podrá apartarse de lo recomendado. **Tercero.** En el fallo, recrimina, se le condena al pago de ambas costas, al estimar que fue vencido cuando en realidad, la demanda se declara con lugar solo parcialmente. Además, dice, se consideró que no se dio ninguno de los supuestos del numeral 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque según el razonamiento del Ad quem, la Defensoría actuó con exceso, aunque admitió que la Mutual está sujeta a la función tutelar. No desconoce, continua, la tesis mayoritaria de esta Sala de que no es posible revisar en casación el quebranto

del artículo 221 del Código Procesal Civil cuando la parte recurrente ha sido vencida pero, insiste, en este caso la situación es distinta porque el vencimiento fue recíproco, lo que no se adecúa al texto del ordinal 221 que acusa vulnerado por errónea interpretación. También, expone, se infringe el numeral 98 apartado c) de la Ley de la materia por falta de actuación, dado que tuvo motivo para litigar. Este criterio, opina, constituye un exceso o abuso de poder del Tribunal, desaplica el principio constitucional de proporcionalidad, el cual pide se analice, al igual que sucede en las ejecuciones de sentencia.

III.- Aduce el Estado que la demanda es inadmisibile por cuanto los actos recurridos son inimpugnables, de conformidad con los artículos 14 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes; 18 inciso 1) y 60 aparte c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En esencia, parte de que por la naturaleza de la función que dispone su ley de creación, se limita a emitir recomendaciones que como tales, no son actos administrativos que incidan en la esfera jurídica de los administrados. La entidad a quien se dirigen, puede optar en forma justificada, por no atenderlas, y si las acoge, son recurribles conforme el numeral 163 de la Ley General de la Administración Pública. El Tribunal decidió que este argumento, esbozado como defensa previa, se reservara para sentencia, atendiendo a la divergencia de criterios que evidenció, existe en su propio seno. Pese a ello, la jueza de primera instancia, con transcripción parcial y descontextuada de lo resuelto por el Superior, estimó en la parte considerativa, no así en la dispositiva, que los actos recurridos son impugnables y de esa forma, entró a su estudio por el fondo, rechazando la demanda. Esta sentencia, como tal, no podía ser apelada por el Estado, quien

carecía de legitimación, al ser favorable a sus intereses. Sin embargo, el Ad quem se pronuncia, aunque tampoco lo hace en el dispositivo del fallo, declarando la nulidad de los actos recurridos en algunos de sus extremos, tal y como ya se expuso en el Considerando Primero de esta resolución. Para la Sala, está fuera de discusión, que la labor de la Defensoría de los Habitantes, no sustituye a la Administración activa, en el tanto no tiene poder jerárquico sobre ella, como superior en grado que le permita revocar o anular, ni siquiera un poder de fiscalización o tutela en el sentido estricto y técnico del instituto. Su función sin embargo, es propiamente administrativa, en un rol de intermediación. Así lo reconoce el Tribunal, en un análisis profundo y bien fundamentado, de manera que el punto a dilucidar radica en si, al margen de esa delimitación -que también se comparte y que por demás se ha reiterado en sede constitucional-, las conductas de la Defensoría están exentas del control jurisdiccional, aún y cuando, eventualmente puedan contravenir el Ordenamiento Jurídico e incluso, lesionar de una o algunas personas. Es preciso remontarse en primer término, a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa por mandato Constitucional (artículo 49), desarrollado luego en el numeral primero de la Ley de la materia, conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo. Esta ilegalidad, puede consistir en cualquier infracción del Ordenamiento, incluida la desviación de poder, como ejercicio de potestades para fines distintos a los fijados por ley. Sobre el tema puede consultarse entre otros, el voto número 8804 de las 17 horas 26 minutos del 29 de agosto del 2001 de la Sala Constitucional. En este

último cuerpo normativo, se entiende por Administración Pública, entre otros, "*Artículo 1. 4. c) ...las demás entidades de Derecho Público*", lo que se complementa con el artículo 20 inciso 1). En similares términos lo hace el ordinal primero de la Ley General de la Administración Pública, con la denominación de "*demás entes públicos con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado*". El legislador, sólo excluyó de ese control, las cuestiones que se susciten en las relaciones entre los Poderes del Estado, o con motivo de las relaciones internacionales, sin perjuicio de las indemnizaciones que resulten procedentes. Se deriva entonces de lo expuesto que, con abstracción del alcance de los efectos de los actos que emita la Defensoría, esta entidad es Administración Pública, realiza una función administrativa (no legislativa, jurisdiccional o electoral) y por ende, debe sujetarse al bloque de legalidad que le imponen los numerales 11 de la Constitución Política y de la citada Ley General y por derivación, al control jurisdiccional, a cuyo amparo, según se indicó, se revisa la legalidad de las conductas públicas y sus eventuales responsabilidades patrimoniales (incluidas las de orden moral), que tutela el precepto 41 de la Carta Magna. Además, en el voto de la Sala Constitucional, de reciente cita, se determinó como derecho fundamental de los habitantes, la existencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El argumento de que se limita a emitir recomendaciones, no puede traducirse en una inmunidad o denegación de justicia, ambas ajenas a un estado de Derecho, en donde la regla es el control del ejercicio del poder y de las potestades públicas, aún cuando se manifieste como una magistratura de influencia. Su conducta, sólo por ese motivo, no goza de una presunción de legalidad de pleno derecho, que la excluya en definitiva del

examen jurisdiccional. Ello atentaría contra el derecho fundamental de tutela judicial efectiva y el principio de control universal de la Administración Pública, que de manera clara, recoge el numeral 49 de repetida cita, al disponer que toda función administrativa está sujeta al control del juez. Bien podría suceder por ejemplo, que desatendiendo los límites de su competencia, se aleje o desvíe en su accionar sin que, exista motivo válido para que, como Administración, no asuma la responsabilidad de su conducta pública, al abrigo de que no ejerce potestades de imperio frente a los destinatarios de sus recomendaciones. Es evidente que sus actuaciones pueden tener, en varios casos, efectos jurídicos relevantes y lesivos en la esfera subjetiva, bien de un particular o un ente público, de modo que, en un régimen de sometimiento del Estado al Derecho, no podría tolerarse la eventual infracción al Ordenamiento, que además, lesione a terceras personas, sin que estas puedan luego, acudir en defensa y resguardo de sus eventuales derechos o intereses. Se colige entonces, que no se dan en la especie las infracciones apuntadas por el recurrente, en el tanto el Tribunal consideró, al igual que ahora se hace en esta instancia, que las recomendaciones o sugerencias de la Defensoría, son revisables en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

IV.- Es un hecho incontrovertible, pues el propio fallo lo reconoce, tanto la competencia de la Defensoría a la luz del artículo 14 de su Ley de creación, para emitir recomendaciones y prevenir al órgano la rectificación correspondiente, como la cobertura que tiene sobre el quehacer de la actora en su condición de entidad autorizada del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, independientemente de que en la relación contractual crediticia con

terceros, sean de aplicación por normas del Derecho Privado o Bancario. En las conclusiones de interés, se dispone que el Banvhi, debe *"Coordinar con la MUCAP las reparaciones necesarias sin que ello implique un nuevo crédito con cargo a las familias ya que se trata de una condición necesaria para disfrutar del bien adquirido..."*. Y a la actora, *"Que determine los montos a que asciende en cada familia el monto por concepto de cuotas canceladas durante el período en la cuenta del monto correspondiente"*. Es claro para esta Sala que en ese actuar la Defensoría en realidad no está dando una sugerencia o consejo, que pretenda enmendar lo actuado y evitar que se repita a futuro. Nótese cómo se compele al pago de las reparaciones y reconocimiento de las cuotas del crédito canceladas antes de la entrega de la vivienda. No se deriva de su contenido otro significado que no sea una responsabilidad patrimonial, de cara a esos dos extremos, lo que trasciende los límites de una recomendación, sin que sea admisible, como se pretende, considerar que es una sugerencia tendiente a identificar las reparaciones pertinentes y la eventual responsabilidad de un tercero o de una precisión de las reglas contractuales que permitieron cobrar a los condóminos cuotas antes de recibir la construcción. Incursiona sin duda en eventuales consecuencias patrimoniales, originadas en el desarrollo del Proyecto, perjudiciales para la actora que con acierto se indica en el fallo impugnado, compete definir en otras sedes y no, conforme a principios de justicia y proporcionalidad. Tómese en cuenta también, que en ellas se dejan de lado las relaciones contractuales entre el desarrollador, los beneficiarios del crédito y la Mucap, además de que el Tribunal, en el caso de las reparaciones, se fundamentó en la participación que tuvieron otras instituciones públicas, que

pueden eventualmente, tener responsabilidad en esas deficiencias y en que la actora cumplió con su labor de fiscalización. Estos argumentos son suficientes para justificar la decisión que se adopta resultando por ende intrascendente si por disposición del numeral 29 del Reglamento General de Crédito del Sistema Financiero de la Vivienda, cuyo quebranto se acusa por falta de aplicación, al aducir el Tribunal que ello comportaría una infracción al principio de irretroactividad, su carga no debe ser trasladada a los beneficiarios del préstamo. De todas maneras, nótese que esa situación, es sólo hipotética y deberá ser dilucidada en forma individual, entre las partes involucradas en el desarrollo habitacional. Resta indicar, que en lo relativo a las cuotas pagadas antes de la entrega del condominio, además de participar de las características atribuidas a la situación anterior, el Tribunal sostuvo y aquí no se desvirtúa, que ellas no fueron trasladadas a los beneficiarios, sino a la empresa que tuvo a cargo la construcción de las obras, aspecto no contemplado en el informe de mérito. Las razones esbozadas sustentan el rechazo de las incorrecciones apuntadas, así como de los cargos planteados.

V.- Por último, se combate la condena en costas con el argumento de que hubo vencimiento recíproco y mérito para litigar. En esta materia rige el principio general previsto en el artículo 221 del Código Procesal Civil, cuya aplicación supletoria permite el numeral 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual, se le imponen al vencido por el hecho de serlo y sólo por vía de excepción en los casos expresamente dispuestos por el legislador, es posible su dispensa. Sobre este punto, la mayoría de los miembros actuales de la Sala, comparte 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. De esta manera, se ha establecido que cuando se imponen al vencido, no resultan violadas las normas aludidas, en tanto no se produce infracción cuando el juzgador se limita a actuar la norma en los términos por ella dispuestos. Tómese en cuenta que el vencimiento recíproco no quiebra el principio general de la condena, como lo aduce el recurrente, porque es uno de los presupuestos contemplados en el numeral 222 del Código Procesal Civil, que faculta la exoneración, de tal suerte que frente a esa hipótesis, acorde con el criterio de la mayoría, la decisión de mérito, carece de revisión en sede casacional.

VI.- En razón de lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso interpuesto por el Estado, con las costas a su cargo. Artículo 611 del Código Procesal Civil.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso con las costas a cargo del recurrente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís

Zelaya

Carmenmaría Escoto Fernández

Margoth

Rojas Pérez

NOTA DE LA MAGISTRADA ESCOTO FERNÁNDEZ

Si bien la suscrita integrante concurre con su voto para la decisión adoptada por esta Sala en la sentencia dictada en este expediente, discrepa únicamente en lo dispuesto dentro del considerando identificado como V al estimar, en lugar a lo resuelto que la inaplicación injustificada de la exoneración en costas al vencido, puede infringir el Ordenamiento Jurídico, específicamente, las normas que la autorizan. En ese tanto, aunque se trate de una facultad para el juzgador, es lo cierto que no está inmune al control, pues su ejercicio u omisión, no son ni deben ser sinónimo de arbitrariedad; en tal caso, cometida por el propio juzgador. Así, se estima que la inadmisibilidad del recurso de casación cuando se condena en costas no debería ser, pues en ese caso podría

haber infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación de la norma que de manera opcional puede aplicar. Según lo expuesto, en lo atinente a tal punto específico, estima que la sola aplicación de la regla genérica contenida en el numeral 221 del Código Procesal Civil (condenatoria al vencido al pago de ambas costas) no cierra las puertas al recurso de casación. En lo que al caso concreto respecta, esta juzgadora estima que dada la forma como se ha resuelto el asunto; lo cual comparte, procede confirmar este extremo también al estimarse que el fallo cuestionado consideró para la imposición del pago de este extremo, que aunque la demanda no se acogió en todo lo pretendido; solo parcialmente; se evidenció un exceso en la función ejecutada por la Defensoría, al no darse ninguno de las eximentes previstas en el ordinal 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual esta integrante comparte.

Carmenmaría Escoto Fernández

MCAMPOSS