

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

RESOLUCIÓN No. 755-F-2007

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete.

Proceso especial de impugnación de resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia, interpuesto por ELÍAS ANTONIO ALFARO GONZÁLEZ, vecino de Alajuela, DIONISIO AGUILAR RODRÍGUEZ, NERY ÁLVAREZ VALVERDE, soltera, vecina de Cartago, JOSÉ AVENDAÑO SALAS, VÍCTOR HUGO AVENDAÑO CRUZ, CARMEN CAMACHO MOREIRA, de estado civil no indicado, vecina de Santo Domingo de Heredia, estado civil no indicado, MERCEDES CASTRO OPORTO, soltera, ISABEL DE LA GOUBLAYE DE MÉNORVAL RODRÍGUEZ, soltera, GIORGIANELLA FREER VÍQUEZ, LUIS ARTURO GALINDO RODRÍGUEZ, LEONEL GUTIÉRREZ ATENZZIO, vecino de Guápiles, THOMAS HARRINGTON SOLÓRZANO, ANDRINA HINE CLEVES, soltera, HERBERT LEÓN CALDERÓN, divorciado, JORGE MANUEL MADRIGAL VALERIO, HUMBERTO MARTÍNEZ SALAS, divorciado, JEANNETTE MÉNDEZ MORA, divorciada, ILEANA NAVAS CUADRA, ROBERTO OREAMUNO PÉREZ, vecino de Alajuela, estado civil no indicado, CARLOS PÉREZ NÚÑEZ, viudo, MIRIAM PINKAY MADRIGAL, EMILIA PIZA ESCALANTE, CARLOS ALBERTO QUIRÓS SALAS, vecino de Alajuela, CECILIA RUIZ AGUILAR, LUIS SÁNCHEZ CERDAS, administrador, vecino de Cartago, LUIS RICARDO SOLÍS AVENDAÑO, estado civil no indicado, GUILLERMO SOLÓRZANO PICADO, estado civil no indicado y ARTURO SOTELA TRUQUE, estado civil no indicado; contra el ESTADO, representado por el Procurador Constitucional Luis Diego Flores Zúñiga, de calidades no indicadas. Figura además, como apoderado especial judicial de los actores, el licenciado Rigoberto Urbina Vargas, abogado, vecino de Alajuela. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas, casados, corredores de bienes raíces y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el apoderado especial judicial de los actores, planteó demanda especial de impugnación de resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia, cuya cuantía se fijó como inestimable, para que en sentencia: “1.- Se acoja la demanda en todos sus extremos. 2.- Se declare la nulidad del acto sancionatorio que se impugna, dejando sin ningún valor ni efecto legal la resolución número 26-2002 de las 17 horas del 10 de setiembre del 2002, y las sanciones interpuestas en ella a las partes actoras. 3.- Se condene al Estado al pago de los daños y perjuicios ocasionados y a la cancelación de las costas procesales y personales de este proceso.”

2.- El representante estatal contestó negativamente y opuso las defensas de falta de derecho y la expresión genérica de "sine actione agit".

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

3.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, integrado por los Jueces Sonia Ferrero Aymerich, Cristina Víquez Cerdas y Hubert Fernández Argüello, en sentencia no. 275-2005 de las 10 horas 30 minutos del 17 de junio de 2005, resolvió: "Se rechazan las excepciones de falta de legitimación ad causam activa y pasiva, así como la de falta de interés actual. Se acoge parcialmente la defensa de falta de derecho y se declara procedente la demanda sólo en los términos que se dirán, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido así: Se anula el acto de la Comisión para Promover la Competencia No. 26-2002 de las 17 horas del 10 de septiembre del 2002, artículo quinto, únicamente en cuanto concedió a los actores el plazo de un mes para modificar los términos del Código de Ética (sic) de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces. Se resuelve sin especial condenatoria en costas."

4.- El apoderado de los actores apeló, el Estado se adhirió; y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, integrado por los Jueces Horacio González Quiroga, Roberto J. Gutiérrez Freer y Rose Mary Chambers Rivas, en sentencia no. 73- 2006 de las 15 horas 30 minutos del 8 de marzo de 2006, dispuso: " Se acoge la defensa de falta de derecho y se revoca la sentencia apelada, en cuanto acogió parcialmente la demanda anulando el acto de la Comisión para Promover la Competencia N° 26-2002 de las diecisiete horas del diez de setiembre del 2002, artículo quinto, únicamente en cuanto concedió a los actores el plazo de un mes para modificar los términos del Código de Ética (sic) de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces, para en su lugar denegarla en todos sus extremos. Son las costas personales y procesales a cargo de los vencidos."

5.- El licenciado Rigoberto Urbina Vargas, en su expresado carácter, formula recurso de casación por razones de fondo 2, 10, 11, 12, 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; 297, 298 de la Ley General de la Administración Pública; 11, 25, 27, 28, 33, 39, 41, 46, 56, 166 de la Constitución Política; 8 incisos 1) y 2), 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10, 11, 20 inciso 2) y 23 inciso 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 9.1, 14.2, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 221, 222 y 223 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 el Magistrado Suplente Gerardo Parajeles Vindas.

Redacta el Magistrado Parajeles Vindas

CONSIDERANDO

I.- El señor Rigoberto Urbina Vargas, en representación de varios corredores de bienes raíces, quienes actúan en su condición personal, interpone proceso especial de impugnación de resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia. En lo medular, indicó, sus poderdantes acordaron en Asamblea General de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces, de la cual todos eran socios, modificar varios artículos de su Código de Ética. Relató, la Comisión inició de oficio un procedimiento administrativo y mediante resolución no. 262-2002 dispuso sancionarlos por el contenido de los numerales 19, 20, 21 y 27 de la normativa reformada, por considerarlos violatorios al numeral 11 inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Contra dicha decisión presentaron, sin resultados positivos, recurso de reconsideración. En esta vía, pretenden la nulidad del acuerdo citado, de las sanciones dispuestas y se condene al Estado al pago de los daños y

www.iusmercatorum.com

Esta resolución fue tomada de la página www.pgr.go.cr/scij

El resaltado de partes del texto es obra de la Licenciada Ana Lucía Espinoza Blanco

ANEXO
RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

perjuicios y ambas costas. El representante estatal interpuso las excepciones de falta de derecho y la denominada expresión genérica “ sine actione agit ”. En primera instancia se rechazaron las defensas de falta de legitimación pasiva y activa, así como la de interés actual. Se acogió en forma parcial la de falta de derecho en cuanto a la pretensión indemnizatoria y se anuló la decisión impugnada en cuanto concedió a los actores el plazo de un mes para modificar los términos del Código de Ética de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces. Se resolvió sin especial condenatoria en costas. Inconforme la parte actora apeló. El demandado formuló apelación adhesiva, admitida por el Ad quem. En alzada, se acogió la excepción de falta de derecho y se revocó el pronunciamiento recurrido. Se denegó la demanda en todos sus extremos e impuso el pago de ambas costas a la accionante, quien acude ante esta Sala.

II.- El casacionista expone cuatro motivos de fondo. Primero: señala errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, porque en su criterio se desconocen principios fundamentales que informan la materia sancionatoria y se suprimen garantías individuales consagradas por la Constitución Política, autorizando la imposición de sanciones en sede administrativa sin la previa demostración de la culpabilidad del sancionado, ni la concurrencia de los elementos típicos y antijurídicos requeridos por el Ordenamiento. Asevera, por esas razones, el Tribunal quebranta los artículos 10, 11, 12 y 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; 297 y 298 de la Ley General de la Administración Pública. A la vez, alega conculcados en perjuicio de sus representados los derechos y garantías consagrados en los numerales 11, 28, 33, 39, 41, 46 y 166 de la Constitución Política, en el ordinal 8 incisos 1) y 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en los preceptos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 9.1 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dice, el fallo recurrido reconoce, autoriza y legitima sanciones por medio de un acto administrativo nulo, que por carecer de fundamento suficiente para esos propósitos, sin requerir la previa demostración de culpabilidad ni examinar la antijuridicidad de la conducta mediante el necesario estudio de su potencialidad lesiva; dejando de lado elementos esenciales del injusto típico por el que se impone el ilegal castigo. Añade, se invierte la prueba del proceso sancionatorio administrativo en perjuicio de quien fue acusado de cometer la falta imputada. Afirma, el acto impugnado resulta abiertamente contrario al principio de debida fundamentación de las resoluciones administrativas de esa naturaleza, y la sentencia judicial recurrida que lo confirma contradice la ley sustantiva, la Constitución y los principios generales del Derecho que informan la materia. En su criterio, el Tribunal interpretó y aplicó erróneamente las disposiciones de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor “confirmando con violación de ley la Sentencia de primera instancia”. Para ello, hace referencia a los considerandos IX y X. En resumen, la decisión judicial recurrida, dice, para justificar lo resuelto, que el numeral 11 de la Ley 7472 establece la prohibición de realizar prácticas monopolísticas absolutas u horizontales, que son las más perjudiciales al proceso de la libre competencia y concurrencia, por lo que para imponer la sanción no importa si se causó o no perjuicio. A partir de ello, la sentencia dispuso que el análisis sobre la posible lesión y su eventual incidencia en el mercado resultaba irrelevante. Agrega, los juzgadores, para ese efecto, le restaron importancia el agente económico involucrado como tampoco interesaban las motivaciones o justificaciones que pudo tener. Extracta una síntesis de la resolución de alzada. Expone, el razonamiento jurídico de ese voto violenta los principios rectores del Derecho Penal, que informan el Derecho Administrativo Sancionatorio y, en concreto; los artículos 10, 11, 27 y 28 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, los numerales 11, 33, 39, 41, 46 y 166 de la Constitución Política, el precepto 8 incisos 1) y 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, los ordinales 1º y 11 de la Declaración Universal de

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

Derechos Humanos y los cánones 9.1 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Refiere, tanto en materia Penal como en el proceso administrativo sancionatorio, están ampliamente superadas las posiciones que en el pasado propugnaban por la existencia de ilicitudes de “tipo formal” en donde, a contrapelo de los más elementales derechos y garantías constitucionales de las personas; se concibió -como ahora lo hacen los juzgadores-, que la simple constatación de una omisión o comisión antijurídica fuese suficiente para la tramitación de una causa penal, y hasta para la imposición de sanciones. Comenta, cuando se tuvo tal concepción y en casos análogos al de estudio, se tenía la convicción de que no era necesaria la demostración plena de la culpabilidad del autor, ni el cumplimiento de todos los elementos típicos de la norma relacionada. Aunque hoy parezca absurdo y abominable; insiste, se admitía la existencia de un derecho sancionatorio de naturaleza preventiva, al que le importaba más la verificación de la realización de la hipótesis fáctica, que la efectiva lesión al bien jurídico tutelado por el Ordenamiento. A diferencia de ello, afirma, para agotar el necesario análisis de tipicidad de las conductas, en la actualidad es insuficiente que se ajusten objetiva y subjetivamente a los diversos elementos que conforman la norma penal, requiriéndose esencialmente y como condición de procedibilidad, que el bien jurídico protegido en el tipo se haya lesionado efectivamente, de manera real y considerable. Tal posición fue unánimemente aceptada desde que se incorporó el “principio de insignificancia” o “mínima afectación” a la teoría del delito. Sostiene, en el sistema normativo costarricense esa posición encuentra fundamento en el artículo 28 de la Constitución Política que regula el principio de lesividad en virtud del cual “ las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”. Transcribe extractos de resoluciones de la Sala Tercera y la Sala Constitucional, donde según su parecer, se han pronunciado sobre el particular. Con ello el Ordenamiento Jurídico se asegura que aquellos principios servirán de límite infranqueable a la acción punitiva del Estado y como criterios de obligado acatamiento para la menor criminalización de las conductas, en protección máxima de la esfera de autonomía de las personas y del ejercicio de sus libertades públicas. La potestad legislativa, continúa, debe estar limitada en la determinación precisa del bien jurídico objeto de tutela, y que aquellos constituyen frontera a la interpretación y aplicación de los tipos por parte del juzgador, impidiéndose imponer un castigo cuando no se haya demostrado o al menos denunciado que efectivamente se ha lesionado, o que se ha puesto en peligro real, concreto y constatable. Reclama, nada de eso ocurre en su caso, donde asegura, se da un actuar desproporcionado, ilegal e inconstitucional de la “ Comisión de Promoción de la Competencia” (sic), encargada del control, monitoreo y de supervisar la actividad de los agentes económicos en los mercados, sobre un acuerdo adoptado por un grupo de personas libremente constituido con fines y propósitos lícitos. Este resultado, insiste, no generó ninguna consecuencia lesiva en el mercado, ni peligro real alguno de producirlo, sino que además, como el mismo fallo lo informa, respondió a unos motivos completamente distintos a aquellos por los que se juzgó e impuso injustas e infundadas sanciones en sede administrativa. Indica, los sancionados pretendían adecuar el Código de Ética de la Asociación a las disposiciones de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y no incurrir en una práctica monopolística que generase un efecto negativo sobre la competencia, resultado que en todo caso no ocurrió. Señala, con un cuadro fáctico atípico por total ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, que justifica a plenitud la anulación judicial del acto sancionatorio. En su opinión, los vicios en que incurre el Ad quem se originan en los considerandos V, VI y VII. En los dos primeros se hace énfasis en el examen del artículo 46 constitucional y los antecedentes de la Ley no. 7472 de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, con el propósito de “resaltar la jerarquía normativa que regula la materia por otro lado, poner en evidencia el deber jurídico del Estado de resguardar el denominado Orden Público Económico” . Del análisis que presenta el Tribunal, concluye que “ los derechos de

ANEXO
RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

incidencia colectiva son mecanismos que el ordenamiento jurídico ha desarrollado para la protección, tanto de intereses económicos del consumidor como los del agente económico” y que aquella reforma tuvo por objeto darle “sustento constitucional” a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, lo que con atinado criterio le lleva a manifestar que la evolución de la disposición comentada “detalla un proceso que surge con el propósito de incluir mecanismos constitucionales y legales tendientes a la inclusión de la colectividad consumidora como actora de la economía, con derechos y garantías constitucionales y legales que deben ser respetados por el legislador ordinario y los agentes económicos”. La resolución pretende armonizar el razonamiento jurídico expuesto respecto al contenido y alcances del artículo 46 constitucional, con la tutela de las garantías y libertades individuales que prevé el numeral 28 ibídem, exponiendo la relación de conjunto y subconjunto que entre ellas existe, para afirmar como en efecto corresponde, que “ solo con el ejercicio de alguno de los derechos contenidos en el artículo 46 constitucional, se afecta la moral, el orden público o a un tercero, el legislador puede regular ese supuesto” , reconociendo al orden público “la capacidad de servir como norma no escrita de habilitación, integrante del bloque de Constitucionalidad, el cual habilita al legislador ordinario con el objeto de establecer regulaciones legales a libertades ciudadanas, dentro de un criterio de razonabilidad y proporcionalidad”. Apunta, comparte todas esas consideraciones, pero indica, lamentablemente, de la combinación de aquellas conclusiones válidas, el Tribunal deriva de seguido un resultado falaz que invierte la tesis en que sustenta el sistema constitucional de reglamentación e imposición de límites a las garantías y libertades públicas que tutela el numeral 28 de la Carta Fundamental, puesto que la resolución consagra que: “Por consiguiente, cualquier alteración de las “reglas del juego” del mercado, resulta en un conflicto público, de interés de esa misma naturaleza y más concretamente de orden público, porque es el sistema económico el que se protege y se reestablece mediante el sistema jurídico y político.” Ciertamente, manifiesta, la Constitución Política establece a través del numeral 46, un régimen de libertades y derechos económicos y, como principio fundamental de aquel sistema, la libertad de comercio, particularmente, el aseguramiento de la libre competencia como elemento social de mercado. La disposición constitucional, añade, prohíbe los monopolios de carácter particular y regula el establecimiento de nuevos monopolios a favor del Estado o de las Municipalidades y somete a legislación especial a las empresas constituidas en monopolios de hecho. Prohíbe cualquier acto “aunque fuere originado en una ley” que amenace o restrinja aquel sistema de libertades, calificando de “interés público” la acción del Estado encaminada a impedir “toda práctica o tendencia monopolizadora” que las amenace, y remite a la ley, haciendo expresa reserva en aquella, para la definición de los límites de las libertades y de los derechos que reconoce a favor de los consumidores para la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, información, elección y trato equitativo. Lo anterior no significa, como estimaron los jueces, que cualquier alteración en las reglas del mercado, -que son siempre dinámicas y cambiantes-, resulte en un conflicto de orden público. Manifiesta, la libre concurrencia tutelada por el artículo 46 constitucional, debe ser entendida en relación directa a la posición de inferioridad que puede enfrentar el consumidor en su actuación en el mercado frente al poder, que bajo determinadas condiciones- cuya definición está reservada a la ley-, pueden ostentar o pretender los demás agentes económicos que en el participen. En ese tanto, estima, la Constitución lo que propende es preservar y promover la libre competencia en los mercados, para lo que prohíbe los monopolios y promueve la acción del Estado que se dirija a impedir las prácticas o tendencias monopolizadoras. Transcribe el extracto de una sentencia de la Sala Constitucional para apoyar su tesis. Expone, no es “cualquier alteración de las reglas del mercado”, como lo afirma el fallo del Tribunal, la que puede o debe generar reacciones por parte del Ordenamiento Jurídico, sino solamente aquella que previamente definida por la ley sea capaz de producir las consecuencias y sanciones previstas por el

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

legislador para evitar la creación de monopolios o producir efectos monopolísticos sobre el mercado, y que deriven en efectos perversos para el consumidor. Agrega, se incurriría en vicio de exceso de poder legislativo si se pretendiese introducir limitaciones no autorizadas por el texto constitucional. Asegura, la falacia del razonamiento en que se sustenta lo resuelto llevó al Tribunal a incurrir en una indebida interpretación y aplicación de la ley, donde se pretende aplicar el artículo 11 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y determinar la sanción impuesta por el Órgano Administrativo con abandono de la estructura normativa y jurídica en que aquella disposición se sustenta, en particular del artículo 10 del párrafo penúltimo del mismo artículo 11 y del inciso e) del artículo 28 de aquel cuerpo legal. Añade, las actividades que los distintos agentes desarrollan en los mercados en competencia, resulta lícita por principio y mandato constitucional. Sobre aquellas, existe un interés público el que el Estado ejerza funciones preventivas, de monitoreo y control para asegurar su eficaz y efectivo funcionamiento. El régimen de prohibición previsto por la Constitución y los numerales 10 al 12 de la ley referida, es de excepción frente al abuso de libertad comprobado, donde se reconoce el libre ejercicio de un derecho pero que se somete a la ley para evitar aquel indebido uso. Así, cuando en el uso de aquellos deberes de control, de supervisar y vigilancia que se desprenden de la función pública preventiva, el órgano competente encuentra que se ha incurrido en alguna de las hipótesis prohibidas; el Derecho, la Constitución y la Ley exigen que se incorpore a la especie fáctica que se estima, el quebranto de un actuar no permitido, comprobar la potencialidad lesiva de la conducta imputada, la culpabilidad del agente económico y la antijuridicidad. Sostiene, en autos no existe referencia alguna a aquella peligrosidad de la conducta sancionada, la que debió ser probada de forma previa por la Administración y acreditada, y en sede judicial por los castigados. Entonces, si invierte la carga de la prueba se violenta flagrantemente el numeral 39 de la Carta Magna, el principio de presumir la inocencia de sus representados y de los preceptos 297 y 298, ambos de la Ley General de la Administración Pública. En apoyo de su dicho transcribe un extracto de un fallo de esta Sala. Refiere, si no se comprueba la existencia de un menoscabo al bien jurídico o la existencia de un peligro real y concreto en los términos requeridos por la ley, como actuación capaz de eliminar o limitar efectivamente la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover su salida de él, no significa otra cosa más que el disvalor requerido por la Ley para imponer una sanción por la conducta ausente, pues esas condiciones impiden acreditar la antijuridicidad reprochada. Reitera sus argumentos respecto a la necesaria verificación previa de la capacidad del acto para poner en peligro el bien jurídico tutelado y copia parte de una resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Afirma, los numerales 28 y 46 constitucionales, están efectivamente desarrollados y armonizados en la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Esta prohíbe en su numeral 10 los monopolios públicos y privados y las prácticas monopolísticas; las que deben ser sancionadas de conformidad con los artículos 24, 25 y 26, (actualmente 27, 28 y 29 de aquella ley). Insiste, toda práctica será prohibida por ley en tanto impida o limite la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él, y en esos casos procede imponer las correspondientes sanciones. En los cánones 11 y 12 siguientes (sic) la Ley establece la diferencia entre las distintas prácticas monopolísticas prohibidas por el artículo 10, clasificándolas en “ absolutas ” y “ relativas”, para lo cual transcribe la definición de las primeras. Estima, la norma complementa el concepto del tipo injusto sancionable de conformidad con el ordinal 10 anterior y los actuales artículos 28 y 29 de ese cuerpo legal. En su criterio, la lectura correcta e integral de la conducta sancionable y de todos sus elementos esenciales, cuya interpretación es de carácter restrictivo por la materia sancionatoria; debe hacerse armonizando todas aquellas normas y no solamente a la luz del numeral 11, tal y como lo hizo el Tribunal, pues solo de esa forma la Comisión para Promover la Competencia puede imponer sanciones en sede administrativa. Transcribe parte de ese numeral,

www.iusmercatorum.com

Esta resolución fue tomada de la página www.pgr.go.cr/scij

El resaltado de partes del texto es obra de la Licenciada Ana Lucía Espinoza Blanco

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

indicando su alcance, del cual, afirma, se desprenden como elementos propios de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la “práctica monopolística absoluta”, el bien jurídico tutelado a través de los numerales 10, 11, 28 y 29 de la ley de cita, en concreto la libre competencia en los mercados restringidos en que operan pocos suplidores y no como erróneamente lo interpretan los juzgadores, que consideraron “ el sistema económico ” en abstracto. Cita, como otro argumento su favor, que el verbo definitorio de la conducta reprochable es “ incurrir ”, lo que se puede materializar mediante cualquiera de los medios previstos por la ley, entre ellos, actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones de agentes económicos. Agrega, el dolo es un requisito esencial del tipo estructurado por las normas de comentario. En un mercado de pocos suplidores, insiste, no es posible sancionar cualquier conducta. Se refiere a las que se materializan con el propósito de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto, para impedir o limitar la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover su salida de él. En todo caso, se requerirá del examen previo del elemento volitivo de la conducta y la demostración de la culpabilidad del sujeto para que pueda imponerse sanción en su perjuicio. Reclama, este requisito fue considerado por los juzgadores como innecesario. Agrega, los sujetos activos del ilícito solamente pueden ser quienes operen como agentes económicos competidores entre sí en un mismo mercado restringido o de pocos suplidores. Añade como elemento determinante, la antijuridicidad de la conducta prohibida, sobre la cual se debe comprobar su materialidad con lo que requiere producir un resultado lesivo. Si se interpreta de manera amplia, generar al menos un peligro significativo y concreto al bien jurídico protegido, ya sea que impida o limite la competencia, el acceso de competidores al mercado o que promuevan su salida de él, sin lo cual no resultarán sancionables. En esas circunstancias el ilícito debe ser calificado como de resultado, admitiéndose que pueda concebirse como uno de peligro concreto tomando en cuenta las expresas condiciones del mercado requeridas por la ley para poderse aplicar. En otras palabras, continúa, adquiere preponderancia el comportamiento de aquellos agentes que asumen un poder sustancial en el mercado y pueden, con una concertación simple, incurrir en abuso con el incremento de sus ganancias imponiendo precios que superarán al que se obtendría como resultado del equilibrio de la oferta y la demanda, limitando la competencia, en perjuicio, tanto de los consumidores; cuanto de otros potenciales competidores a quienes se les puede limitar el acceso o la concurrencia. Para reafirmar su tesis transcribe un extracto del Dictamen C-149-2001 emitido por la Procuraduría General de la República. Indica, la doctrina penal distingue entre delitos de resultado y de peligro, clasificando a los segundos en dos subcategorías conocidas, los primeros concretos y los segundos abstractos. Tanto en unos como en otros, existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal del Ordenamiento Jurídico en un área contingente al quebranto efectivo del bien jurídico, la cual se explica por una política criminal del riesgo, caracterizada porque se inclina a producir tutela penal en áreas donde se generan riesgos importantes en la convivencia. Aquel, en materia de competencia existirá solamente en los casos en que las condiciones del mercado, la cantidad de agentes que en él participan, y el poder sustancial que ellos ejercen, coloque en posición de inferioridad o desigualdad a los consumidores o a otros posibles competidores, lo que no ocurre en el mercado de la correduría de bienes raíces. Alega, la sentencia recurrida adopta una tesis equivocada y por tanto sostiene que el artículo 11 sanciona conductas de peligro abstracto, en la errónea interpretación de que en ese tipo de ilícitos no es preciso demostrar, como expresamente lo indica el fallo, ni la culpabilidad del sujeto a quien se le imputa la conducta, que en tipos dolosos requiere siempre su demostración concreta, ni la existencia del hecho y de todas y cada una de las circunstancias que conforman el tipo sancionable, ni la existencia de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, por lo que asegura, lo dispuesto por los jueces violenta los artículos 10 y 11 de la Ley de

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

Promoción y Competencia y los artículos 28, 39 y 41 de la Constitución Política, los principios de lesividad, legalidad y estado de inocencia. Respecto a los tipos penales en abstracto, copia un párrafo de un fallo de la Sala Tercera. Afirma, el numeral 11 de cita solo adquiere sentido y lógica si se observa su precisa delimitación y concordancia con los artículos 10, 28 y 29 del mismo cuerpo normativo, por lo que deben aplicarse en forma conjunta. En su criterio el pronunciamiento impugnado resulta viciado de nulidad en tanto tolera judicialmente el hecho de imponer sanciones en sede administrativa reconociendo al mismo tiempo que la conducta es consecuencia de un error de hecho, eximente de culpa, de conformidad con el artículo 30 del Código Penal. Segundo: acusa violentado directamente el numeral 11 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 11, 28, 39 y 46 de la Carta Política. Retoma los argumentos expuestos en el primer embate, donde reprocha haberse interpretado erróneamente el artículo 11 referido. Estima, se modificaron las condiciones del tipo y se sancionó injustamente a sus representados y, con ello, se incurrió en un incremento ilegal de las potestades sancionatorias del ente colegiado. Éste carece de facultades para aplicar ese numeral como lo hizo en la resolución que dio origen al proceso judicial, en mercados abiertos de amplia concurrencia como el de la correduría de bienes raíces, en los que la posibilidad de generar el peligro que la ley tiende a evitar mediante actos sancionatorios, es imposible si no es que inexistente. Esto, sin perjuicio de las demás atribuciones de la Comisión, en cuyo ejercicio puede incluso llegar a prevenir y evitar que un mercado abierto y competitivo como el de la correduría se convierta en uno restringido de pocos suplidores, lo que en el caso particular no sucedió ni fue sugerido. Califica de inconstitucional, la manera en que se interpreta el canon 11 de cita y violatoria de los numerales 11, 28, 39 y 46 de la Constitución Política. Afirma, el régimen de libertad y competencia en que deben operar los mercados solamente puede ser limitado por la ley, de acuerdo a su reserva, tal y como se desprende de los cánones 28 y 46 de cita. También resulta contraria a la Carta Magna, el hecho de ampliar mediante interpretaciones judiciales las normas prohibitivas, en especial cuando como en el caso que se debate, el precepto legal “ para la aplicación de este artículo” no deja margen alguno para que el Juez lo interprete, sino simplemente a su flagrante inobservancia y quebranto. La norma debe entenderse conforme a derecho y advertirse que como consecuencia de su correcta aplicación, los juzgadores de instancia asumieron funciones reservadas al legislador ordinario, ampliando indebidamente las potestades sancionatorias del Órgano para Promover la Competencia en materia de prácticas monopolísticas absolutas, a mercados abiertos y competitivos, en los que no existe permiso legal para actuar, ni hubo estudio del medio para comprobar la culpabilidad de los sancionados ni que hayan participado individual o colectivamente. Tercero: alega conculcados los preceptos 2 y 28 de la Ley de la Promoción de la Competencia y los artículos 25, 39, 41 y 56 de la Norma Fundamental, numeral 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20 inciso 2) y 23 inciso 1), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, 16 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Afirma, el pronunciamiento en su considerando XI acogió el reproche que formuló el Estado en apelación, y declaró con lugar la defensa de falta de derecho dejando incólume la pena impuesta por la Comisión para Promover la Competencia, que les obliga en el plazo de un mes a que “ modifiquen los términos del Código de Ética, de tal manera que se omita toda referencia en cuanto a porcentajes u otro tipo de indicaciones respecto a usos y costumbres en el medio, que puedan sugerir en forma alguna un precio, específicamente que sean derogados o modificados en la parte relevante los artículos 19, 20, 21 y 27 del Código de Ética y se realice posteriormente un comunicado a todos los asociados” . Esa conducta que se impuso no depende de la voluntad de sus representados sino de la Asamblea General de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces, a la cual algunos de aquellos ya no pertenecen, lo que dice, acredita con una certificación expedida por ella. En su criterio, si bien es cierto tal y como lo afirma el

ANEXO
RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

Tribunal, las cosas se deshacen como se hacen, esa Cámara no fue parte en el proceso administrativo que culminó con las sanciones cuya ilegalidad se protesta. Agrega, tampoco fue llamada por la Comisión para Promover la Competencia para poder hacer efectiva un castigo cuyo cumplimiento es imposible. Distinto sería el caso si se hubiese impuesto a los sancionados el deber de requerirle a los órganos competentes que se celebrara una Asamblea General y el deber de concurrir a ella, en tanto continuasen formando parte de ese grupo y ejercer su voto en el sentido que se desea. Reclama que la sentencia del Tribunal advierta que el solo hecho de oponerse en una hipotética Asamblea que eventualmente se llegare a convocar con aquel propósito, por parte de otros agentes no intervinientes, consumaría de nuevo la ilicitud y les haría sufrir a aquellos las mismas penas. Se pregunta qué sucedería si no se pueden reunir por falta de quórum. Manifiesta, pese a que el numeral 28 de la Ley no. 7472 autoriza a la Comisión para suspender, corregir o suprimir la práctica o concertación de que se trate, en el caso concreto no existe ninguna a la que se le pueda aplicar esa disposición, sino nada más un acuerdo de naturaleza ética y de exclusivo alcance interno, adoptado por una asociación que no es parte en el proceso ni lo fue en el administrativo sancionador que le dio origen. Esa transgresión, agrega, también ocurre con respecto al hecho de imponer multas por la única razón de adoptar un acuerdo de asociación inocuo, al cual se le quiere calificar de comportamiento monopolístico. Expresa, el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia, reconoce que la libertad de asociarse tiene dos manifestaciones imprescindibles, una positiva y la otra negativa. La primera consiste en el derecho de decidir si se ingresa y permanece o no en un grupo determinado y la segunda en el derecho o facultad de no asociarse a alguno o ningún grupo, o separarse de ellos. Por ello, considera cierto pero incompleto el razonamiento del Tribunal, en el sentido de que la normativa por la cual se impuso la sanción resulta de acatamiento obligatorio para los asociados y que les puede ocasionar consecuencias negativas a quienes lo incumplan. Es incompleto, porque la normativa es de acatamiento obligatorio por voluntad expresa de los asociados y no por imposición y, porque las disposiciones son obligatorias solamente en defecto de acuerdo de voluntades sobre los términos y condiciones del contrato de correduría y si no se pudiese probar por cualquier otro medio la existencia del convenio. Además, resulta insuficiente porque aquellas consecuencias derivadas de su incumplimiento, no se generan en el mercado sino al interior de la Cámara de Corredores, lo que expresa la libertad de asociación, que como libertad pública no es otra cosa más que el reconocimiento constitucional de la autonomía personal, en el que precisamente por tener tales atributos, las facultades que lo integran pueden ser o no ejercidas por los individuos. Transcribe el extracto de un voto de la Sala Constitucional. Advierte, respecto a ese texto y el derecho de asociarse, que no desconoce los otros tipos de organizaciones asociativas reconocidas en la Constitución y en la ley. En especial aquellas que ejercen competencias de interés público o funciones administrativas delegadas en muchas de las cuales existe la colegiatura obligatoria para su ejercicio y en las cuales no se defienden intereses sólo privados –como sucede en la Cámara de Corredores de Bienes Raíces- que propenden a la autorrealización de los asociados que ejercen actividades lícitas. Agrega, aquellas disposiciones del Código de Ética resultan vinculantes de manera exclusiva para los afiliados a la Cámara, con exclusión de los restantes y de los consumidores. Pregunta en qué consiste entonces la afectación a la competencia y qué efecto monopolístico pueden tener las disposiciones aplicables nada más que a una de las partes de la relación contractual, que no ejerce individual ni colectivamente considerados ningún poder sustancial en el mercado relevante. Afirma, la propia sentencia impugnada, reconoce que no se pudo determinar el grado de responsabilidad conjunta o personal de los afiliados a aquella Asociación. Cuarto: En su criterio, el Tribunal revocó de manera infundada la condenatoria en costas acordada en primera instancia, con lo que se conculcan los cánones 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los ordinales 221, 222 y 223 del Código Civil. Apunta, el fallo de alzada se limitó en su Considerando XII a

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

indicar que aceptaba la petición del representante del Estado y a exponer como fundamento legal los preceptos 98 y 221 de reciente cita, señalando simplemente que la condenatoria “opera como regla y se impone a los vencidos por el solo hecho de serlo, no existiendo mérito para considerar alguna otra circunstancia de excepción en el caso de marras”. Afirmar, si bien es cierto la imposición en costas opera como principio general, según lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Civil, se debe motivar la revocatoria de la exención. De lo contrario, reitera, deviene en arbitraria, máxime si constan razones suficientes que acrediten la evidente buena fe de su litigio, y que no fue sino hasta el voto de segunda instancia, en que se rechazaron todos los extremos de la demanda. Dice, a pesar de la facultad reconocida por el numeral 221 de cita, no se ha litigado con temeridad de conformidad con el canon 223 del mismo cuerpo normativo. Sus representados están combatiendo sanciones que fueron impuestas de forma injusta e ilegal. Estima, que frente a tales sanciones, se ha hecho uso de las prerrogativas que los numerales 27 y 41 de la Constitución Política les otorga para encontrar reparación al daño recibido, acudiendo con ese propósito a la ley y a los Tribunales.

III.- En realidad los primeros tres motivos expuestos por el recurrente giran en torno a una misma temática. Quien gestiona este recurso critica que el Tribunal determinara válida y legítima la pena impuesta por la Comisión para la Promoción de la Competencia, pues en su criterio, para imponerla debió comprobarse que en la especie se causara algún perjuicio, el que alega, en la especie no se acreditó. Reprocha además que los jueces de alzada estimaron que el análisis sobre la posible lesión y su eventual incidencia en el mercado resultaba irrelevante. A partir de su tesis, el casacionista expone una serie de cuestionamientos respecto al bien jurídico tutelado en el subexámine, donde afirma resulta determinante el dolo y la demostración de culpabilidad del sujeto activo y el resultado lesivo para poder castigarle. En primer lugar, debe apuntarse, este recurso únicamente invoca motivos de violación directa de la ley, con lo cual, al no cuestionarse de modo alguno el cuadro fáctico, se parte de que el recurrente no difiere de los hechos que se tuvieron por probados e indemostrados en la resolución impugnada. En resumen, en el caso concreto, la Asamblea General de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces, acordó modificar algunos artículos de su Código de Ética, específicamente los numerales 14, 19, 20, 21, 27 y 49. En concreto, la reforma se enfatiza en algunos puntos, como evitar prácticas de competencia desleal entre los corredores de bienes raíces, o sea, evitar publicidad o actos que tiendan a monopolizar el mercado, donde las denuncias serían avaladas por el Tribunal de Ética o el Consejo de Alzada de la CCCBR, ya se reciban por medio de declaración de parte o se realicen de oficio. En cuanto a la comisión por alquiler de propiedades, se estableció que el corredor pactará con su cliente los honorarios, en su defecto, se presume lo que indica “ el uso y la costumbre”, que para el caso es de un 100% del alquiler del primer mes cuando el contrato tenga una duración no menor a un año. Si el contrato es por un tiempo más corto, el agente tendrá derecho a un 25% del primer mes por el primer trimestre y el resto de manera proporcional al plazo contratado. También se hizo referencia a la comisión por administrar alquileres. En primera instancia prevalecerá el acuerdo entre partes, a falta de éste, el corredor puede obtener de un 5% a un 10% si su función se limita al cobro de la mensualidad, y de un 10% a un 20%, si además de lo anterior, realiza funciones propias de administración, además, salvo pacto en contrario, el agente puede recibir la comisión correspondiente en caso de que alquile el inmueble gestionado. Con respecto a la venta de inmuebles, las partes pactarán la comisión por este acto, en caso de omitirlo, se estará al “ uso y costumbre ”, sea un 5% sobre el total real de la venta. Deberá el agente, recaudar el porcentaje del impuesto de ventas sobre el monto de la comisión y abonarlo al Fisco oportunamente. Cuando un corredor ponga en contacto al agente del vendedor y el del comprador, a falta de convenio escrito, se prevé que este acto de enlace tenga unos honorarios del 20% del total del negocio. En caso de que

ANEXO
RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

terceros ajenos a la profesión soliciten participar, por referir a un cliente se prevé que la ganancia no sea mayor al 10% de la comisión del corredor que obtuvo el cliente, en virtud de ese contacto, salvo pacto en contrario. Finalmente se establecieron sanciones por las faltas que se cometan contra los Estatutos de la Cámara, sus reglamentos o incumplimiento de las normas del Código de Ética. La Comisión para Promover la Competencia inició de oficio un procedimiento administrativo sancionatorio contra los representados del casacionista, puesto que estimó que con el contenido de aquella normativa incurrieron en una práctica monopolística absoluta, que el numeral 11 inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor impide realizar, otorgándoseles un mes de plazo para que modificaran los términos de la reforma realizada, de tal forma que se omitiera toda referencia en cuanto a porcentajes u otro tipo de indicaciones respecto a usos y costumbres en el medio, que pudieran sugerir en alguna forma “un precio”. A partir de allí se ponderaron las reformas dichas, como prácticas monopolísticas absolutas, pues en la nueva regulación se establecieron tarifas de referencia para las comisiones de diversas actividades, no en defecto de acuerdo previo entre las partes, sino en lugar de convenio, cuando este no pudiese ser probado, en sustitución de la voluntad de los contratantes. En tal sentido, señalaron los juzgadores, el precio sustitutivo a falta de prueba sobre el pactado, vendría a utilizarse como parámetro de comparación en los precios, lesionando la libre competencia de la actividad de correduría de bienes raíces, aún tratándose de los asociados a la Cámara Costarricense de Bienes Raíces. De lo anterior, se estimó se trataba de una práctica monopolística absoluta, que por su naturaleza, obliga a la nulidad de la conducta sancionada, sin que se requiera el análisis de la posible lesión. Como puede notarse, en los primeros tres agravios, pese a los múltiples cuestionamientos que se enlistan, no se concreta de modo alguno, la razón por la cual estimaron los actores que aquella decisión de reforma normativa, no constituía una práctica monopolística absoluta, que es la piedra angular del acto administrativo sancionatorio. Ergo, si lo que se aduce es que el Tribunal realizó una errónea interpretación del canon 11 inciso a) de referencia y; a partir de allí por conexidad la transgresión de otras fuentes normativas, resultaba necesario para el control ante esta Sala, que el recurrente rebatiera los motivos por los cuales considera no se está ante una conducta de esa naturaleza, lo cual no sucedió en la especie. Para combatir la sanción impuesta, por razones obvias, se debió desvirtuar el nexo causal o su hecho generador. La mayoría de las infracciones descritas apuntan a las facultades de la Comisión de sancionar, pero se pierde de vista si las reformas adoptadas al Código de Ética califican de prácticas monopolísticas de carácter absolutas. Entonces, aunque el segundo motivo reclama quebranto del artículo 11 de la citada Ley, no se logra desvirtuar que tenga tal naturaleza. Tampoco en qué consisten las infracciones a las normas aludidas en ese aspecto. De todos modos, a mayor abundamiento, es menester tomar en consideración lo que establece el artículo 11 inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así “las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.” En virtud de lo anterior, se comparte la idea de que todo acuerdo de no competitividad – en ocasión a precios - entre los mismos agentes conlleva un monopolio en detrimento de los consumidores del servicio. Ahora bien, conviene determinar lo que es un agente económico para así establecer la cuota de responsabilidad de los intervinientes. A este respecto, el ordinal 2 de la Ley de rito define claramente este concepto: “Agente económico: en el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.” De esta definición se extrae que la Cámara no es un agente económico, precisamente porque no es ella la entidad de derecho encargada de ofrecer servicios de bienes raíces, ni tampoco compete contra sí misma, sino que son los mismos corredores quienes ofrecen su trabajo, son ellos quienes actúan en nombre propio y no como representantes de la Cámara frente a los clientes, de esta manera, participan de en una actividad económica, como lo establece la norma, de forma personal. En virtud de ello, esta Sala considera que el agente económico es el propio corredor. Entonces, la Comisión sancionó la reforma tomada en virtud de sus alcances monopolísticos frente al usuario, sin que tenga ingerencia el resultado final, porque es precisamente el que se pretende evitar. Es un régimen particular sancionatorio derivado de la especialidad de la materia, que protege la libre competencia y el consumidor, el cual no puede abordarse con la doctrina sugerida por el recurrente. Considera este Órgano, además que no se impone una obligación a un tercero, porque como se ha explicado, el corredor de bienes raíces es directamente el agente económico, no es la Cámara y por tanto ella no es parte. La sanción tampoco es de imposible acatamiento, porque si bien en la actualidad algunos de los que tomaron el acuerdo se han retirado, lo cierto del caso es que las cosas se deshacen como hacen, consecuentemente, se deben seguir los procedimientos establecidos para convocar a todos sus miembros y para la toma de decisiones, imponiéndose en este caso seguir el iter normal para lograr la derogación de las normas aquí cuestionadas. La queja de los sancionados deviene inadmisibles en el tanto ahora deben tomar las medidas pertinentes para que la situación regrese a su estado original. No se trata de una obligación de imposible acatamiento, sobre todo porque existe un mecanismo para la convocatoria a la Asamblea y corresponde a su integración cumplir con lo ordenado. Finalmente, es oportuno reiterar que no se encuentra infracción de ley cuando se le impone a los agentes la sanción, precisamente porque de conformidad con el ordinal 70 de la Ley en cuestión, son ellos quienes emitieron la normativa con rasgos de monopolio, no fue la Cámara. En consecuencia, el recurso habrá de denegarse en cuanto a los tres primeros agravios se refiere.

IV.- Referido al cuarto agravio, el casacionista critica la condena al pago de las costas, puesto que en primera instancia el asunto se resolvió sin especial cargo sobre ellas y, en alzada se le impuso la cancelación de ambas a sus representados. En realidad al resolverse la apelación, en el fallo se declaró con lugar la demanda en todos sus extremos, acogiéndose la excepción de falta de derecho, con lo que varían las circunstancias que los juzgadores debían ponderar para determinar el tema de las costas. En lo que se refiere a ese punto, cabe advertir que según se desprende de los preceptos 221 y 222 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión del canon 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y el numeral 98 de esta misma Ley, la regla general en esta temática es que el pronunciamiento sobre este extremo debe hacerse de oficio. La condenatoria se impone al vencido por el hecho de serlo, es decir, por perder el litigio, sin que por tal se le considere litigante temerario o de mala fe, siendo la excepción, la liberación del pago de tales extremos, en los supuestos definidos por el legislador. Con base en esta premisa, cuando se condena al vencido, no hay violación pues en realidad se aplica la normativa correspondiente (artículo 221 del Código Procesal Civil), en los términos en ella dispuestos. La exoneración, aun en el supuesto previsto por la norma, no es obligatoria sino facultativa para el juzgador. En el sub-júdice, tal facultad no fue utilizada, al contrario, los juzgadores aplicaron la regla general de condena al vencido que contiene el precepto 221 del Código de rito, de modo que no existe infracción alguna a dicho canon, debiéndose denegar el reproche.

V.- Con fundamento en los motivos esbozados, procede rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora. Con base en el precepto 611 del Código Procesal Civil se le impondrá el pago de sus

**ANEXO
RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES**

costas.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte recurrente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Gerardo Parejeles Vindas

Nota del Magistrado González Camacho

I.- El suscrito integrante no comparte el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala en el considerando IV 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 error 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 del 2003 y la 306-F-2006, de las 10 horas 20 minutos del 25 de mayo del 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 del 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 del 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 del 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 del 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 del 2005). Y en

www.iusmercatorum.com

Esta resolución fue tomada de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Licenciada Ana Lucía Espinoza Blanco

LA COMPETENCIA

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

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 del 2006).

II.- Sin embargo, en parecer del suscrito, 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 221 del Código Procesal Civil (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 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). No obstante lo anterior, en el caso concreto de examen, este integrante comparte lo dispuesto en el fondo por el Tribunal, en cuanto se impuso al vencido el pago de ellas, circunstancia que me lleva a rechazar el agravio, y con él, el recurso que en este sentido se formula.

Óscar Eduardo González Camacho

KSANCHEZ