

Exp. 09-003285-1027-CA

Res. 000200-F-S1-2012

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de febrero de dos mil doce.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **el actor, [...]**; contra **el demandado**, representado por su apoderado general judicial, Alejandro Gomez Picado, soltero, vecino de Heredia. Figura como apoderado especial judicial, de la actora, Guillermo Jarquín Núñez, divorciado, Ángel Esteban Valdivia, Manuel Nuñez Carillo. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, cuya pretensión fue ajustada en la audiencia preliminar, para que en sentencia se declare: **"1. Se me reintegre el monto sustraído a mi Certificado de Inversión número [...], emitido por ese Banco [...] en fecha 29 de Agosto (sic) del 2008, por un monto de \$15.001.66 (Quince Mil (sic) Un (sic) Dólares (sic) con 66-/100) moneda de los Estados Unidos de América.- Lo anterior por la Falta al Deber de Cuidado.- 2. Se Condene (sic) además por la falta al Deber de Cuidado, al pago de los intereses legales a apartir de la fecha de emisión del Certificado de Inversión, sea el 29 de Agosto (sic) del 2008, hasta el efectivo pago de la suma reclamada.- 3. Asimismo se condene al Banco Demandado (sic) al pago del Daño Moral, que evidentemente me ha ocasionado, cuando me informó, que no se hace responsable, por la sustracción de los dineros de mi Certificado de Inversión que aquí reclamo, pues esos dinero, constituyen ni**

más ni menos, los ahorros de toda mi vida.- Lo anterior lo solicito, con fundamento en la misma causa, sea por la Falta de Deber de cuidado.- 4.- Finalmente se condena al Banco, al pago de las Costas Personales, y Procesales, que ocasiona (sic) este Proceso Judicial, todo por la falta al Deber de Cuidado del Banco.- 5.- Todos los rubros aquí reclamados, serán liquidados oportunamente mediante Ejecución de Sentencia.-

2.- El apoderado del ente demandado contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, culpa de la víctima, hecho de un tercero y la expresión genérica de "*sine actione agit*".

3.- Se señalaron las 8 horas 30 minutos del 21 de mayo del 2010, para llevar a cabo la audiencia de conciliación. A esta se presentaron únicamente los representantes de la actora por lo que la audiencia se declaró fracasada.

4.- Al ser las 9 horas 30 minutos del 21 de mayo de 2010, se efectuó la audiencia preliminar, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada por las Juezas Ileana Sánchez Navarro, Sady Jiménez Quesada y el Juez Julio Cordero Mora, en sentencia no. 4015-2010 de las 15 horas 30 minutos del 27 de octubre de 2010, resolvió: "***Se rechazan las excepciones de FALTA DE INTERÉS ACTUAL, FALTA DE LEGTIMIACIÓN ACTIVA Y PASIVA, HECHO DE UN TERCERO, CULPA DE LA VÍCTIMA, así como FALTA DE DERECHO formuladas por el personero bancario. En consecuencia, se declara con lugar, en todos su extremos, la demanda planteada por la actora y se condena al demandado a pagarle los daños y perjuicios ocasionados, que consisten en reponer la suma de quince mil un dólares con sesenta y seis centavos de dólar (\$15.001,66) por la inversión realizada según el certificado a plazo Número [...] de 29 de agosto del 2008, así como los intereses generados desde esa fecha hasta la efectiva cancelación del monto principal, a calcular en ejecución de sentencia, con una tasa de interés del dos punto setenta y cinco (2.75) por ciento anual. Finalmente, se condena al banco accionado a pagar a la actora por concepto***

de daño moral la suma de un millón de colones (¢1.000.000,00), así como ambas costas de este proceso.”

6.- El representante bancario, formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

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

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- El 29 de agosto de 2008, **la actora** constituyó en la agencia del Banco **demandado**, ubicada en [...], el certificado no. [...] por la suma de \$15.001,66 y cuya fecha de vencimiento era el 29 de setiembre de ese mismo año. El 17 de setiembre se apersonó a esa misma agencia una persona quien, suplantando la identidad de la **actora**, solicitó hacer efectiva la inversión en forma anticipada. Posteriormente, el 24 de setiembre, la titular original del certificado, presentó una denuncia ante el OIJ por cuanto el certificado en cuestión había desaparecido de su casa de habitación y había sido cobrado. En virtud de lo anterior, y alegando que el intermediario financiero incurrió en una falta a su deber de cuidado por no tomar las medidas de seguridad necesarias para evitar ese tipo de acciones, solicitó el reintegro de \$15.001,66, los intereses legales desde la fecha de emisión del certificado hasta la efectiva cancelación, daño moral (rubro que fue cuantificado durante la audiencia de juicio en la suma de ¢5.000.000,00), así como ambas costas. La entidad bancaria se opuso y formuló las defensas de falta de derecho, interés actual y legitimación (tanto activa como pasiva), así como culpa de la víctima y hecho de un tercero. Dichas excepciones fueron rechazadas por el Tribunal, el cual declaró con lugar la demanda, y condenó al Banco al reintegro del capital más los intereses, calculados a una tasa del 2,75% anual y al pago de ¢1.000.000,00 por concepto de daño moral, así como ambas costas del proceso. Acude en casación la representación legal del Banco **demandado**.

II.- El recurrente formula en forma imprecisa y desarticulada sus distintos argumentos. Identifica cuatro acápites (numerados en el recurso como II, III, IV y VI) en los cuales desarrolla las inconformidades que plantea. Los primeros dos, contienen

reclamos referidos a la valoración de la prueba, mientras que los restantes sobre el detalle de las normas que considera vulneradas. No obstante, en el tercero, dentro de las cinco sub-secciones, se incluyen dos alegatos referidos a vicios procesales (por incongruencia e indefensión) y otro a las costas. Los restantes argumentos se vinculan con la resolución de fondo emitida por el Tribunal en cuanto a la procedencia del reclamo de la actora y las defensas rechazadas. Así, siendo que es facultad de la Sala la calificación correcta de los agravios expresados por el casacionista, a condición de que cumplan con los requisitos de admisibilidad previstos en la normativa aplicable, los cargos relativos a la incongruencia, la indefensión y a la condena en costas se analizarán en forma autónoma, mientras que los restantes planteamientos referidos a la vulneración de normas jurídicas, en forma conjunta con lo indicado en cuanto a la valoración de la prueba.

Casación por violación de normas procesales

III.- De acuerdo a lo señalado en el anterior considerando, en un **primer** agravio endilga, de conformidad con el inciso b) del numeral 137 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA), que se le causó indefensión al haberse concedido la indemnización por daño moral. Acusa, se transgredió el artículo 90 del cuerpo normativo citado. Esto, explica, debido a que durante la etapa de juicio se permitió a la actora concretar dicha pretensión, cuando el momento procesal oportuno para hacerlo era la audiencia preliminar. Puntualiza, en la fase en que se dio la modificación, no pudo ofrecer prueba de descargo.

IV.- En primer término, es preciso señalar que el artículo 137.2 del CPCA establece como requisito de admisibilidad de los motivos procesales del recurso de casación, que la parte haya gestionado ante el órgano jurisdiccional pertinente la rectificación del vicio siempre que esto sea posible. En el caso concreto, contra la decisión del Tribunal de ajustar las pretensiones, la entidad demandada tenía a su disposición un medio correctivo para impedir lo que, en su criterio, constituye una actividad procesal defectuosa, cual es el recurso de revocatoria. En el video de la audiencia se puede observar como, en el momento en que se dio el ajuste de la pretensión, la representación legal de la entidad financiera, si bien expuso su

inconformidad no formuló la impugnación a que se hizo referencia, por lo que, al no ejercer este mecanismo en el momento procesal oportuno, su reclamo resulta inadmisibile en esta instancia extraordinaria. Ahora bien, al margen de lo anterior, lo cierto es que tampoco lleva razón el casacionista en cuanto a sus alegatos. El actuar del Tribunal se encuentra ajustado a derecho toda vez que tanto el CPCA como el Reglamento de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda le dan cobertura legal a su actuación. Así, el primero, en el numeral 95.1 dispone: *"Si la jueza, el juez tramitador o el Tribunal, de oficio o a gestión de parte, estima que las pretensiones o los fundamentos alegados pueden ser objeto de ampliación, adaptación, ajuste o aclaración, dará a los interesados la palabra para formular los respectivos alegatos y conclusiones."*(el subrayado es suplido). Esta facultad es reafirmada en el inciso 8 del artículo 73 del cuerpo reglamentario de cita, el que incluye dentro de las funciones propias de los jueces de juicio lo siguiente: *"Inmediatamente después de abierto el juicio oral, ampliar, adaptar, ajustar o aclarar las pretensiones y alegatos contenidos en la demanda, contrademanda, contestación y réplica. Con ese fin dará la palabra a los interesados, a efecto de que formulen los alegatos correspondientes [...] Para la aplicación de cualquiera de los supuestos consignados en este apartado, deberá respetarse siempre los principios del debido proceso, la defensa, el contradictorio y la bilateralidad de la audiencia."* Como se colige de las anteriores disposiciones, el CPCA prevé expresamente la posibilidad de ajustar, no solo las pretensiones, sino también los fundamentos jurídicos incluso en la etapa de juicio, siempre y cuando se respete el debido proceso. Esto último implica, por una parte, el respeto de los límites que se derivan del principio dispositivo (de aplicación matizada en el CPCA como consecuencia de los pronunciamientos oficiosos que los juzgadores están habilitados a realizar) y de imparcialidad, cuyos postulados configuran el marco de actuación de los juzgadores, y en virtud de los cuales se encuentran vedados de sustituir a cualquiera de las partes en litigio. Si bien el CPCA le otorga tanto al juez tramitador como al de juicio amplias facultades en torno a la aclaración de las pretensiones, el alcance de estas se encuentra subordinado a una función aclaratoria, y no de innovación. Por otra, supone la posibilidad de que la contraparte pueda ofrecer

pruebas que tengan por objeto desacreditar las modificaciones incorporadas. En este sentido, nótese que incluso las normas citadas dan la posibilidad de suspender hasta por cinco días la audiencia. Ahora bien, en el caso concreto, el recurrente no ofreció prueba de descargo, ni precisa en el recurso algún medio probatorio que, de haberse admitido pudiera incidir sobre lo resuelto por los juzgadores de instancia. Todo lo anterior permite descartar la existencia de una indefensión.

V.- En un **segundo** reparo, reclama una aplicación errónea de los artículos 99 y 156 del Código Procesal Civil. Según expone, el primero por cuanto se prohíbe al juez pronunciarse sobre cuestiones no debatidas y el segundo, en tanto dispone que cuando la sentencia contenga una condena al pago de daños y perjuicios, su importe se fijará conforme a las pretensiones de las partes. En el mismo sentido, menciona los numerales 119 y 126 del CPCA. Con base en las anteriores normas, endilga que la sentencia da más de lo que se pide y no se ajusta a las disposiciones del ordenamiento jurídico. Esto, explica, en la medida en que al formular la demanda la parte solicitó que se condene al pago de los intereses legales, mientras que la sentencia utiliza una tasa del 2,75%, concediendo más de lo que pide la actora.

VI.- El recurrente dirige su inconformidad contra la tasa de interés utilizada por el Tribunal como referencia para el cálculo de los réditos concedidos en sentencia. Esto, debido a que en la demanda la parte solicitó la aplicación de intereses legales, mientras que en la sentencia se dispuso que el cálculo se realizará según una tasa fija del 2.75%, la cual corresponde a aquella pactada originalmente entre la entidad bancaria y la inversionista en el certificado de depósito a plazo. Tal y como lo alega el recurrente, existe una disociación entre lo solicitado (intereses legales) y lo concedido (prolongación del interés convencional), lo que viene a confirmar la existencia del vicio que se recrimina. No obstante lo anterior, dado que la extralimitación en que incurrió el Tribunal se da, no en cuanto al reconocimiento del extremo como tal sino en la tasa de interés a aplicar, lo cierto es que carece de todo interés ordenar el reenvío ante el órgano de instancia. Esto por cuanto, si bien la tasa de interés resulta un aspecto fundamental para el cálculo, adquiere una posición accesorio respecto del ruego de la parte, toda vez que el reconocimiento realizado sobre dicho rubro se mantendría

incólume en su esencia, sin dejar de lado que la determinación del monto se realizará en ejecución de sentencia. A partir de una lectura correcta del artículo 150.1 del CPCA, y en particular respecto del vicio de incongruencia, el reenvío (que incluso la Sala ha valorado que puede ser parcial) se hace necesario en aquellos casos en que el Tribunal haya omitido realizar un pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones de la parte. No puede obviarse que el defecto que se acusa recae directamente sobre la sentencia, por lo que la devolución del expediente tendría el efecto, únicamente, de generar un nuevo fallo. A partir de lo anterior, lo cierto es que el reenvío resulta innecesario en algunos casos de ultra o extra petita, toda vez que para corregir la actuación procesal defectuosa no es necesario un nuevo pronunciamiento, sino únicamente eliminar lo otorgado en demasía por el órgano jurisdiccional de instancia, lo cual se da, en todo caso, con la anulación de la sentencia y el ajuste del pronunciamiento a lo requerido por la parte. En la especie, el error reclamado no versa sobre el reconocimiento del rubro de intereses, sino en cuanto a la tasa de interés que se aplicó, por considerar que se varía lo petitionado expresamente por la parte. De esta forma, y bajo la misma lógica señalada en las líneas precedentes, resulta innecesario ordenar el reenvío del presente asunto para corregir la falencia en que incurrieron los juzgadores de instancia, y por lo tanto, basta modificar lo dispuesto en cuanto al índice con base en el cual se deben calcular los réditos, extremo que, se insiste, fue reconocido en sentencia y no fue cuestionado. Por ende, lo procedente es acoger el agravio en las condiciones indicadas, y al fallar por el fondo, fijar que el interés a reconocer es el legal.

Casación por violación a normas sustantivas

VII.- En el primer cargo de esta naturaleza, acusa una indebida valoración de la prueba pericial aportada por el Banco **demandado** así como del oficio USI-44-OP-2008 del 10 de noviembre de 2008 suscrito por el señor **M.**, Jefe de Seguridad e Investigaciones de la Dirección Regional de la Oficina Principal. Cuestiona lo afirmado por el Tribunal en cuanto a que no se utilizó el sistema ID Check que proporciona el Banco, ya que el informe indicado señala que se observa “*una transacción normal y no asociada a un hecho irregular*”. Aduce, del video analizado en la audiencia se desprende que no se trató de una transacción sospechosa y que la funcionaria del ente financiero

empleó su ordenador e hizo las consultas correspondientes. Adicionalmente, destaca, el documento USI-44-OP-2008 afirma que comparando la copia de la cédula de identidad y con los videos tomados ese día se puede indicar que se trata de la misma persona. No obstante, recrimina, en la sentencia se consigna lo contrario, apartándose del artículo 16 de la LGAP. Respecto a la firma, critica que el fallo haya indicado que existió una falta de diligencia al no consultarse la firma mediante fax según el procedimiento fijado por el Banco, no obstante, explica, en el informe, cuya indebida valoración acusa, se señala que las firmas no presentan diferencias significativas. Adicionalmente, reclama, los juzgadores de instancia incurrir en una contradicción, ya que la omisión destacada no se produjo, en la medida en que esta consulta solo es necesaria cuando el título valor fue emitido en una oficina distinta de la que recibe el documento para el cobro, lo que no sucede en este caso. Sobre la verificación de las fotografías, transcribe en lo conducente el oficio mencionado y arguye conforme al video que la funcionaria empleó su ordenador y realizó la consulta de rigor al sistema ID Check. Critica, con la simple presencia de la actora en la sala de debates, el Tribunal llega a la conclusión de que ella y quien hizo efectivo el certificado no son la misma persona, sin embargo, pretender que el funcionario del Banco haga esa valoración es imposible, y atenta contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Acusa el quebranto del artículo 318 del Código Procesal Civil, así como el 82.4 del CPCA, este último, en la medida en que la sentencia afirma lo contrario de lo que señala la investigación administrativa que efectuó el Banco **demandado**. Dice, el fallo tuvo por indemostrados hechos en contradicción con la prueba que consta en el proceso. Específicamente, reclama que no se tuviera como acreditado la falta de comportamiento diligente de la actora en la guarda y conservación del título valor. Destaca, se le resta valor a lo que esta indicó en la denuncia que interpuso ante el Organismo de Investigación Judicial, la cual reproduce en lo conducente. Señala, la confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace según el numeral 338 del Código Procesal Civil en relación con el artículo 220 del CPCA. Dice, **la actora** reconoce que no guardó el título en un lugar adecuado (esto incluso lo reitera en el hecho segundo de la demanda); que no informó al Banco a tiempo; que colocó el certificado en su gaveta, sin llave y que su empleada doméstica y

el esposo de esta *"se impusieron de su contenido y lo detentaron"*. Asimila la custodia de este título valor a la que debe tener el cuenta correntista de las fórmulas de cheque, lo que, en su criterio, no se dio en este caso. Cuestiona, la sentencia tolera la falta de diligencia o de cuidado de la actora, lo que exonera a la entidad financiera de las consecuencias, máxime que los recursos fueron obtenidos por terceros. Critica que el fallo interpreta y aplica en forma indebida los artículos 702 y 704 del Código Civil. El primero por cuanto no se acreditó una conducta omisa de la funcionaria del Banco; la segunda, en el tanto la indemnización de daños y perjuicios solo procedería si se acredita un incumplimiento de la obligación contractual, lo que no se dio. Endilga, además, el quebranto del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Dice, el Tribunal no reconoce la existencia de una relación contractual entre las partes, y con ello vulnera no solo las normas civiles relacionadas con el régimen de responsabilidad contractual, previamente citadas, sino también el precepto 1021 del Código Civil, en tanto dispone que el contrato es ley entre las partes. Por ello, afirma, no puede aplicarse la responsabilidad objetiva, ya que esta es una modalidad de la extracontractual. Expone que fue decisión de la actora materializar el documento en el cual consta su inversión y de llevarlo a su casa de habitación y guardarlo conforme a su mejor criterio. Las anteriores situaciones, agrega, conllevan a un riesgo en cuanto a la guarda y conservación del título, lo que pudo evitar de dos formas: desmaterializando la inversión y representarla mediante un registro electrónico (tal y como lo permite la Ley Reguladora del Mercado de Valores) o depositando el certificado en una caja de seguridad, siendo que el Banco **demandado** brinda ambos servicios. Asevera, la interpretación realizada del numeral 35 de la Ley del Consumidor ignora que el riesgo lo asumió **la actora** al llevarse el título a su casa de habitación y no utilizar las anteriores opciones, existiendo culpa de la víctima. Se desaplica, en su criterio, lo regulado en el precepto 190 de la LGAP, según el cual, la fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero son eximentes. A lo anterior, agrega, no se le puede imputar la teoría del riesgo cuando el pago se efectuó conforme a los procedimientos establecidos. Asimismo, manifiesta, en el proceso se demostró la participación de un tercero, y en consecuencia, el daño fue ajeno al demandado.

Arguye la vulneración de normas y principios del derecho constitucional. Señala que trasladar a la entidad financiera los efectos de la decisión de la actora de asumir el riesgo atenta contra la razonabilidad y proporcionalidad. Se refiere a la naturaleza de los fondos que administra el Banco y que el rechazo del reclamo de la **actora** se basa en la observancia del procedimiento establecido para el pago de los títulos así como los informes técnicos y de seguridad. Afirma que la sentencia "*rompe el equilibrio de las prestaciones económicas que impera en toda contratación mercantil*", lo que a su vez quebranta los principios citados. En su criterio, el artículo 35 de la Ley del Consumidor se debe interpretar y aplicar en forma tal que no se haga un desequilibrio. Concluye, a pesar de que existe una denuncia contra un tercero, se le obliga al Banco a pagar "fondos públicos, que son de todos los costarricenses", vulnerando, además, los numerales 132, 133 y 134 de la LGAP.

VIII.- La relación jurídica que surge como consecuencia de la constitución de un certificado de depósito a plazo implica, como la mayoría de vínculos jurídicos, que ambas partes se convierten en titulares de derechos, obligaciones y cargas específicas propias del negocio jurídico y que definen la forma mediante la cual se desarrollará la transacción a lo largo del tiempo. Si bien el contenido esencial de la prestación es la obligación que recae en la entidad financiera de pagar el capital y los intereses a favor del poseedor legítimo del título valor (no necesariamente será el constituyente), también debe señalarse que surgen algunas cargas o deberes accesorios que derivan tanto del objeto contractual como de la buena fe negocial. Así, en lo que interesa para el caso concreto, el Banco debe velar por garantizar, en la medida de lo posible, que el pago del certificado sea debido, es decir, debe procurar establecer aquellos mecanismos de seguridad adecuados para evitar situaciones anómalas al momento en que se presenta el título al cobro. Claro está, se trata de una obligación de medios, no de resultados, toda vez que lo que interesa para su cumplimiento es que los mecanismos con que cuenta la institución sean aptos, adecuados y suficientes (bajo un parámetro de exigencia cualificado en cuanto al establecimiento de estos sistemas) para prevenir este tipo de acciones antijurídicas por parte de terceros y que estos se hayan empleado correctamente en el caso concreto. En este punto, es importante aclarar que no basta,

a efectos del cumplimiento de esta obligación, el solo establecimiento de mecanismos de prevención, sino que estos además cumplan con los más altos estándares de seguridad que se deriven de las buenas prácticas bancarias. En forma concomitante, cuando la inversión se representa en forma material en un título valor transmisible, la buena fe le impone al acreedor un deber de custodia, en virtud del cual, debe procurar que el documento se mantenga en un lugar seguro y que su manipulación sea acorde con tal finalidad.

IX.- Previo al análisis de la sentencia, y por lo que se apuntará en los siguientes considerandos, conviene referirse a la relación existente entre el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 35 de la Ley del Consumidor y aquellos otros previstos para las relaciones entre particulares, en especial, el contractual y extracontractual regulados en los artículos 702 y 1045 del Código Civil. Cabe señalar que la principal diferencia entre el primero y los segundos es que aquél es de índole objetiva mientras que estos se basan, fundamentalmente, en un esquema subjetivo (con algunas salvedades como las dispuestas en el precepto 1048 del Código Civil). Así, la prescindencia de la culpa o el dolo se erige como el principal criterio de distinción, con las consecuencias a nivel probatorio que de esto se deriva. Lo anterior explicita que los regímenes en cuestión presentan diversos criterios de imputación. Mientras que en la Ley del Consumidor, además del elemento estrictamente objetivo derivado de la utilización del bien o el servicio, se incorporan por disposición expresa de la norma la teoría del riesgo y la falta de información, en el caso de los preceptos del Código Civil la responsabilidad surge a partir de la existencia de culpa (falta, negligencia o imprudencia) o dolo. Los anteriores conceptos constituyen los distintos criterios de imputación de la responsabilidad. Consecuencia de lo anterior, una misma conducta dañosa puede subsumirse en uno o varios de estos criterios de atribución. De allí que esta Sala, en el voto 300-F-S1-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009 haya señalado que nada obsta para que en una relación contractual se aplique el régimen previsto en el numeral 35 de la Ley del Consumidor. Por lo expuesto, no es admisible el alegato formulado en cuanto a que esta norma sea aplicable únicamente en conflictos de carácter extracontractual. Claro está, al margen de cuál criterio de

atribución sirva de fundamento al resarcimiento, este es uno solo, derivado del principio constitucional de reparación integral del daño, por lo que lo apuntado no debe entenderse como la posibilidad de reclamar responsabilidades acumulativas.

X.- Las anteriores precisiones resultan relevantes en el presente caso, toda vez que el análisis del Tribunal, a pesar de la cita al artículo 35 de la Ley del Consumidor, norma que sirvió además de basamento de la demanda planteada, fundó la responsabilidad de la entidad bancaria en un actuar culposo en el pago del certificado de depósito a plazo. Dice dicho órgano jurisdiccional: *"Por todo lo expuesto, considera esta Tribunal que en la especie el Banco **demandado** actuó con negligencia, lo que conlleva a culpa de dicha entidad en la lesión acaecida y que, en aplicación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley número 7472, de aplicación a la especie según los artículos 2 y 31 de la misma norma, establece la culpa como criterio de imputación del instituto de la responsabilidad objetiva de los entes que suministran servicios [...]"*. Esta variación, dada su incidencia en el deber probatorio y en la teoría del caso del demandado, podría generar, según el desarrollo del proceso, una eventual indefensión, toda vez que al haber sido planteada la demanda bajo un esquema objetivo, la parte demandada no se encontraba en la necesidad de aportar elementos probatorios que desvirtuaran la culpa (o lo que es lo mismo, acreditar la diligencia), aunque, eventualmente, pudiera contar con ellos, sino únicamente las causas eximentes de la responsabilidad. Sin embargo, en el caso concreto este análisis resulta ocioso, dado que la prueba aportada al proceso por la parte accionada procura acreditar que en el pago del certificado de depósito a plazo se dio un funcionamiento normal por parte del Banco, es decir, que el demandado incluyó dentro de su defensa del caso elementos demostrativos para acreditar su actuar diligente. Ello descarta la existencia de una eventual indefensión. Por lo anterior, el yerro apuntado no es óbice para la declaratoria de responsabilidad, siendo necesario, entonces, proceder a analizar la indebida valoración de la prueba que fue alegada respecto a la culpa.

XI.- Los juzgadores de instancia, con base en el mismo procedimiento interno del intermediario financiero, analizaron lo acontecido al momento en que se pretendió

cobrar el título valor, determinando que se dieron varias irregularidades al verificar la identidad de la persona que realizaba la gestión. En este sentido, se señaló que no se solicitó a la oficina en la cual se había originado el certificado que remitiera la copia de la cédula de identidad, lo cual es cuestionado por el recurrente, indicando que ese procedimiento solo es necesario cuando el cobro se realiza en una agencia distinta a aquella en la cual se emitió, lo que no se da en este caso. Si bien lleva razón sobre este punto, ello no permite desvirtuar la existencia de un funcionamiento incorrecto, ya que si bien no era necesario solicitar el envío de la copia de la cédula, lo cierto es que esta tampoco fue consultada a pesar de que debía estar disponible en la oficina bancaria. Ahora, al margen de este punto, es importante destacar que el Tribunal identificó otros yerros en el proceder del Banco, a saber, la falta de consulta del sistema ID Check con base en el cual se hubiera constatado que se trataba de otra persona, así como la diferencia respecto de la firma. Sobre el particular señaló: *"para esa época, pese a que no existiere garantía de que estuviere actualizado, el Banco contaba con un mecanismo de confrontación de documentos denominado ID Check que permitía observar las últimas cédulas de identidad reportadas por los ciudadanos. Observa el Tribunal que la actora es una señora adulta mayor, de tez blanca entretanto la persona que se apersonó cuenta con menos edad, tiene ojos rasgados, pómulos salientes, y es de piel morena, datos que, nuevamente, de haberse satisfecho la cautela necesaria, habrían permitido en ese mismo acto confirmar con ayuda del sistema ID Check que se trataba de personas diferentes, duda que, en todo caso, ya tenía la funcionaria al solicitar una segunda firma en el certificado y que este órgano jurisdiccional, al confrontar las firmas realizadas por quien cambió el documento con la de la aquí actora reafirma que es visiblemente manifiesta la diferencia entre ellas, aún sin ser partícipe de la destreza que deben tener los cajeros bancarios."*

XII.- Adicionalmente, sobre este último punto, indica: *"al cotejar las firmas, la realizada ante la funcionaria y la que constaba en la cédula, la empleada bancaria debió ser cuidadosa, máxime que, como se observa en el video aportado como prueba y se constata en el anverso de la copia fotostática del certificado, por duda se le solicitó a la señora que ejecutaba la gestión realizara una segunda firma, es decir, válidamente, de*

principio, la cajera notó que algo no estaba bien, por lo que pidió una segunda rúbrica, pero sin acatar las directrices de seguridad a que hizo referencia el testigo M., jefe de seguridad del Banco demandado [...] pues no se le retiró la cédula de identidad sino que se le dejó y se observa en el video que la señora la utiliza para guiarse en los trazos a realizar.” Contra lo acá señalado, el recurrente alega que se incurrió en una errónea valoración del informe USI-44-OP-2008, en el cual se incluye una comparación entre la fotografía que consta en la cédula de identidad y en el sistema informático y que las firmas no presentaban una diferencia visiblemente manifiesta. En cuanto al primer aspecto, si bien el recurrente alega que se hizo la consulta, del video analizado durante el juicio oral y público, y que consta en la grabación de la audiencia, no se puede concluir con certeza que esta se realizó. A pesar de que se observa que la funcionaria utilizó la computadora en distintos momentos mientras se realizaba la gestión, lo cierto es que el ángulo de la cámara y la claridad de la imagen hacen que no sea posible determinar los programas utilizados. Adicionalmente, no se aporta ningún registro o prueba alguna a partir del cual se pueda afirmar que la verificación se dio. Ahora bien, aún admitiendo que esta se realizó, concuerda esta Sala con el Tribunal en el sentido de que las diferencias entre ambas personas –la titular legítima del certificado de depósito a plazo y quien suplantó su identidad- presentan suficientes diferencias físicas como para que la funcionaria, de haber consultado la información en el sistema ID Check, hubiera determinado que existían elementos suficientes como para sospechar una irregularidad. Aún y cuando la fotografía no esté actualizada, las diferencias apuntadas en la sentencia en cuanto a las mujeres involucradas en la controversia serían igualmente apreciables. A partir de las anteriores circunstancias se puede inferir, con base en el acervo probatorio, una de dos circunstancias, o que la verificación no se realizó, o bien, que aún habiéndose hecho, esta fue ineficaz por la falta de cuidado de la funcionaria. Lo anterior demuestra la existencia de un actuar negligente por parte del Banco, y a pesar de que de una revisión del informe y de las firmas en cuestión no se puede afirmar que presenten diferencias visiblemente manifiestas, lo cierto es que ello no desvirtúa lo expuesto con anterioridad. Por ello, el reparo formulado sobre este punto debe rechazarse.

XIII.- Por otro lado, es preciso referirse a la segunda línea argumentativa desarrollada en el agravio que se analiza referido a la culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad. Sobre el particular, en la sentencia se llega a la conclusión de que no existe ajenidad. Dice el Tribunal: *"la causa eficiente del daño lo fue la negligencia y el descuido que llevaron a no tomar las medidas de precaución necesarias, conducta en la que, ni por asomo, tiene relación el hurto del certificado de la esfera de seguridad de la actora ni la participación de un tercero."* Como se dijo en el considerando VIII, en las relaciones bancarias las obligaciones recaen en ambas partes, y no únicamente en los intermediarios financieros. Ejemplo de lo anterior es el deber de custodia de los títulos valores que compele al acreedor. Dejando sentado el anterior aspecto, por criterio de mayoría, considera esta Sala que en la especie no se le puede reprochar una conducta indebida a la actora. En primer término, no es correcto lo señalado por el recurrente en el sentido de que la negligencia de la actora se dio cuando esta, al constituir el título, no optó por la opción de que este fuera desmaterializado, o bien que no haya contratado los servicios de cajas de seguridad que ofrece la institución. En cuanto al primero, debe señalarse que si bien un título desmaterializado resulta más seguro, ello no quiere decir que el contar con un documento físico implique una desatención al deber de custodia. Ambos son formas válidas de representar valores, de forma tal que los clientes bancarios pueden optar por cualquiera de ellas indistintamente. En cuanto a la necesidad de adquirir el servicio de las cajas de seguridad, ello tampoco resulta exigible para el titular de la inversión a efectos de cumplir con su deber de custodia. Lo cierto es que la actora mantuvo el certificado en su casa, aún más, en el recinto de su habitación, la cual constituye un lugar seguro para la tenencia de este tipo de documentos. Por otro lado, si bien la misma actora reconoció en la denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial que un tercero tuvo acceso a la ubicación del título, lo cierto es que la causa adecuada del daño es el indebido funcionamiento de los sistemas del Banco, que en caso de haber operado en forma correcta, no se hubiera producido el daño.

XIV.- En virtud de lo anterior, el recurso deberá declararse con lugar en los términos expuestos en los considerandos anteriores, por lo que se impone anular la

sentencia recurrida, únicamente en cuanto dispuso que los intereses solicitados debían calcularse a una tasa del 2.75%. Dado que ello implica fallar por el fondo la controversia, se omite pronunciamiento sobre el reparo dirigido contra la condena en costas. En cuanto a los intereses solicitados, se mantiene la condena realizada pero el cálculo deberá realizarse de conformidad con la tasa de interés legal.

POR TANTO

Por mayoría se declara parcialmente con lugar el recurso. Se anula la sentencia del Tribunal únicamente en cuanto dispuso que los intereses se calcularán a una tasa de interés del 2,75%. En su lugar, fallando por el fondo, se mantiene el reconocimiento realizado por el Tribunal pero se deberá calcular con base en la tasa de interés legal. El Magistrado Rivas salva el voto.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Voto Salvado del Magistrado Rivas Loáiciga

I.- Con el debido respecto, me aparto del criterio de mayoría de mis compañeros de Sala en cuanto a la concurrencia en el caso concreto de culpa de la víctima. Reiterando lo indicado en el voto de mayoría en cuanto a los deberes que impone la buena fe entre las partes, y en particular, sobre el deber de custodia que vincula a los clientes bancarios respecto de los títulos valores que suscriben, considero que en la especie, tal y como lo alega el recurrente, se ha acreditado que este fue incumplido por la **actora**. Si bien no es dable exigirle a los clientes la adquisición de una caja de seguridad o la desmaterialización del certificado, aspecto que comparto con el voto de

mayoría de mis compañeros, lo cierto es que tampoco es justificable que se permita que terceros ajenos a la actora tengan acceso a este sin tomar mayores precauciones. El hecho de que una persona ajena a los habitantes de la casa no sólo haya observado donde conservaba el documento, y más aún, lo haya tenido en su poder no resulta acorde con las exigencias que impone la protección de un bien por parte de su titular. Desde esta perspectiva, ello constituye un hecho que concurrió en la producción de la lesión reclamada, ya que si se hubiera evitado, no se hubiera generado la sustracción. Claro está, esta situación no elimina la responsabilidad derivada del actuar negligente del Banco detectado por el Tribunal, sino que supone una culpa concurrente de las partes involucradas, lo que se impone acoger este punto de inconformidad en forma parcial. Por ello, en mi criterio, lo procedente es declarar el deber del Banco de reparar únicamente un 50% del monto de la inversión.

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

DCASTROA

