

**Exp. 10-004318-1027-CA**

**Res. 001568-F-S1-2012**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas treinta minutos del veintinueve de noviembre de dos mil doce.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **el actor, [...]**; contra **el demandado**, representada por su apoderado general judicial, Hilel Zomer Befeler. Figura como apoderado especial judicial del actor, María José Iglesias Ramos, soltera. Las personas físicas son mayores de edad, vecinos de San José, y con las salvedades hechas, casados y abogados.

### **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: *"...la responsabilidad objetiva **del banco demandado** en la pérdida sufrida por el actor en su cuenta bancaria por no haber anulado, revertido o reintegrado los cargos realizados a su tarjeta de débito que conocían eran cargos no válidos y fraudulentos y que tuvo capacidad de haber reintegrado. Se condene a dicha entidad bancaria al pago de los daños y perjuicios generados, los cuales estimo provisionalmente en la suma de ₡407.699,99, sin perjuicio de futuras liquidaciones de intereses y de cualesquiera otros que se constaten o generen en el curso del presente proceso. En caso de oposición solicito que se condene a la entidad bancaria al pago de ambas costas del presente proceso."*

**2.-** El apoderado del banco contestó negativamente y opuso las excepciones de litis consorcio pasivo necesaria (rechazada en audiencia preliminar), falta de derecho, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

3.- El licenciado Zomer Befeler expresó la negativa bancaria por conciliar, por lo que se prescindió de dicho trámite.

4.- La audiencia preliminar se llevó a cabo al ser las 8 horas 55 minutos del 1 de junio de 2011, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes. En esta se aclaró la pretensión.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, integrada por la Jueza Sady Jiménez Quesada y los Jueces Ricardo Madrigal Jiménez y Carlos Espinoza Salas, en sentencia no. 188-2011 de las 13 horas 20 minutos del 6 de octubre de 2011, resolvió: *"Se rechaza (sic) la (sic) excepción (sic) de falta de derecho, culpa de la víctima y hecho de un tercero. Se declara con lugar la acción interpuesta por **el actor**, contra **el demandado**, debiendo pagar al actor la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA MIL COLONES**, por daño material y **CIEN MIL COLONES** por daño moral, para un total de **TRESCIENTOS CUARENTA MIL COLONES**, así como los intereses que estas sumas generen hasta su efectivo pago a partir de la firmeza de la presente sentencia.- Son ambas costas a cargo de la demandada."*

6.- El abogado del Banco 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 **actor** suscribió con el Banco **demandado** un contrato de prestación de servicios bancarios para personas físicas y jurídicas, por el cual es titular de la cuenta no. [...]. El día 6 de diciembre de 2009, a las 4 horas 30 minutos, sujetos armados sustrajeron **al actor** sus pertenencias, entre ellas, su billetera con la cédula de identidad, una tarjeta de crédito de Citi Bank y una tarjeta de débito del Banco **demandado**. Para esa fecha, la cuenta mencionada tenía un saldo de ₡262.148,70, y con esa tarjeta se realizaron cuatro transacciones en la Bomba Total de Tres Ríos de Cartago, con los siguientes documentos de autorización y por lo siguientes montos: 1) no. 917348 por la suma de ₡20.000,00; 2) no. 917369 por el importe de ₡80.000,00; 3)

no. 917394 por el monto de 80.000,00; y 4) no. 917396, también por la suma de ¢80.000,00. Aproximadamente una hora y treinta minutos después de la sustracción, el **actor** informó el hecho al Banco. Horas más tarde, empleados del Banco llamaron a su casa, comunicaron primero a su padre y luego a él que se habían realizado transacciones en la Bomba mencionada y que se si era posible validar esas transacciones. Ante ello, el último respondió que no, en razón de la sustracción que ya había comunicado al Banco. El día 8 del mismo mes, planteó reclamo tanto por medio de un formulario, como por nota a la Dirección de Contracargos del Banco. El 27 de abril de 2010, la entidad denegó el reclamo. Alegó que la comunicación del hurto fue a destiempo por lo que no asumía responsabilidad de los montos sustraídos. En virtud de lo anterior, **el actor** demanda **al Banco** para que en sentencia se declare: 1) es responsable por no haber anulado, revertido o reintegrado los cargos a su tarjeta de débito; 2) debe cancelar los daños y perjuicios, que estimó prudencialmente en la suma de ¢407.699,99, en concreto, ¢240.000,00 por daño material, ¢17.699,99 como perjuicios, y ¢150.000,00 por daño moral, así como ambas costas del proceso. El Banco se opuso a la demanda y formuló la excepción de falta de derecho, en concreto, por culpa de la víctima y el hecho de un tercero. El Tribunal rechazó las defensas, declaró con lugar la demanda, ordenó al demandado a pagar la suma de ¢240.000,00 por concepto de daño material, el monto de ¢100.000,00 por lesión de índole moral, los intereses que generen esas sumas a partir de la firmeza del fallo, y ambas costas del proceso. Inconforme, el Banco **demandado** establece recurso de casación que fue admitido por esta Sala.

### **Casación por violación de normas procesales**

**II.- Primero.** Acusa deficiencia en la composición de la litis. Sostiene, no podía anular, revertir o reintegrar los cargos realizados, pues fueron procesados por un comercio afiliado, de ahí que el actor debió reclamar la responsabilidad de ese comercio o establecimiento que permitió que las transacciones en cuestión fueran realizadas. Por ello, continúa, formuló la defensa previa de falta de integración de la litis consorcio pasivo necesario, que fue rechazada en la audiencia preliminar, bajo el argumento de que el actor podía demandar a quien él estimase responsable. En la sentencia, se tuvo

por acreditada la responsabilidad del comercio afiliado, lo cual se consignó en los hechos probados y en la parte considerativa, reconociendo la intervención de un tercero responsable, que nunca fue llamado al proceso y que era parte de la relación negocial que produjo la pérdida patrimonial reclamada. Reproduce parcialmente la resolución 709 del 23 de octubre de esta Sala. Finaliza, la responsabilidad que se le achacó no podía ser declarada de forma fraccionada cuando existió y se reconoció la existencia de una relación entre el tarjetahabiente, comercio afiliado y Banco.

**III.-** La defensa de litis consorcio pasivo necesario fue rechazada por la jueza Tramitadora durante la audiencia preliminar, concretamente en resolución no. 860 de las 9 horas 40 minutos del primero de junio de 2011. Del examen del expediente se observa que esta decisión no fue recurrida por el Banco oportunamente. Es más, en esa oportunidad, su representante fue claro en manifestar que no presentaría apelación (archivo de audio y video 09:38:00). Conforme al párrafo segundo del canon 137 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el casacionista debe haber gestionado la rectificación del vicio procesal que alega como motivo de casación. En este caso, el Banco, para aducir en esta fase una deficiencia en la composición de litis, debió interponer recurso de apelación ante la denegatoria de la defensa, mecanismo que prevé el apartado cuarto del numeral 71 ibídem. Por esta razón, el cargo ha de denegarse. A más de lo anterior, se advierte que los argumentos por el casacionista no son de recibo. De conformidad con el canon 35 de la Ley del Consumidor, todos los participantes de la cadena (productor, proveedor y comerciante) responden ante el consumidor de manera concurrente o solidaria e independientemente de la existencia de culpa, si resulta perjudicado en razón del bien o del servicio; de suerte tal que el consumidor, en este caso, usuario de la tarjeta, puede exigir responsabilidad bien al Banco, bien al comercio afiliado o a ambos.

**IV.- Segundo.** Arguye la sentencia carece de motivación, pues dispone su responsabilidad afirmando que una vez que el actor le puso en conocimiento de la sustracción, debió activar dispositivos de seguridad, verificando que los fondos que antes fueron debitados no provinieran de un ilícito, y abstenerse de pagar el importe del documento que autorizó el gasto cuando es presentado para cobro, asimilando el

comprobante de pago a un título valor. Ello, asevera, sin que se explique cómo se llegó a esa conclusión, pues no fue un hecho acreditado, ni funciona de esa manera, el que los comercios afiliados presenten los vouchers o comprobantes al Banco para su cobro, como si fuesen títulos valores y órdenes incondicionales de pago. La transacción, acota, se da en el momento en que la tarjeta obtiene autorización por el dispositivo en el punto de venta, si existen fondos, crédito y no hay bloqueo, luego emite un comprobante de pago que firma el cliente, como una medida que tiene el comercio afiliado para garantizar que el firmante es el efectivo titular de la tarjeta. De esta manera, se le condena con una afirmación errónea, sin sustento, sin prueba, con base en una presunción incorrecta de que con el simple aviso del robo, el Banco está en la posición de imposibilitar el uso de los recursos, y lo cierto es que dada la transacción, el dinero se debita de la cuenta del titular, igual que ocurre con un cajero, de manera que la única forma de evitar el daño es con el aviso de robo, por lo que el bloqueo solo opera hacia el futuro.

**V.-** Esta Sala ha referido en diversas oportunidades que la motivación de un fallo consiste en plasmar o poner en manifiesto las razones o fundamentos, fácticos y jurídicos, por los que se adopta la decisión. Por ello forma parte integrante del debido proceso y del derecho de defensa, pues sólo conociendo los motivos por los que se arriba a esa determinación, es que se coloca al afectado en posibilidad de combatirla. La ausencia de motivación se advierte en dos hipótesis, la primera, cuando es inexistente, que es precisamente cuando el juzgador o juzgadora omiten consignar los cimientos de su decisión. El segundo supuesto se produce en aquellos casos en que el despliegue argumentativo del órgano decisor resulta confuso o exhibe contradicciones, que se erigen como obstáculo para determinar de forma diáfana los motivos que le sirven de base. Esta figura –la falta de motivación– es distinta a una discrepancia con los motivos o los argumentos, bien de hecho o de derecho, que esgrimió el Tribunal. En otras palabras, difiere de reclamos en los que se alega infracción directa de ley o se combate el cuadro fáctico con motivo de una errónea valoración de las probanzas. Así, se ha señalado que la falta de motivación *“como agravio susceptible de ser revisado mediante el recurso extraordinario de casación, en los términos del canon 137 inciso d)*

*del Código Procesal Contencioso Administrativo, no debe entenderse como un mecanismo para cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia. [...] De igual manera, debe tenerse presente que se trata de un motivo de índole procesal, lo que implica que es atinente a eventuales incumplimientos de las disposiciones adjetivas que regulan el iter procesal o la sentencia, así como la relación jurídica que vincula a las partes y al juez en el marco de un proceso judicial, y de la cual derivan derechos y obligaciones. Así las cosas, no debe confundirse esta causal con un mecanismo para entrar a discutir la aplicación del Derecho o la valoración de la prueba realizada por el A quo en la parte considerativa de la sentencia, para lo cual el Código de rito establece causales autónomas (artículo 138), ya que de lo contrario se desnaturalizaría el motivo casacional específico' (el subrayado se agrega; resolución no. 184-F-S1-2009 de las trece horas del veintitrés de febrero de dos mil nueve). En el sub lite, contrario a lo afirmado por el casacionista, el Tribunal no omitió consignar las razones por las que entendió que el Banco debía responder. El propio casacionista las menciona y reproduce, asimismo es claro en afirmar que el uso de la tarjeta no funciona de la manera en lo que entiende el Tribunal, y por el cual le hace responsable por falta de cotejo entre las firmas de los comprobantes de pago y la reportada por el cliente. Con lo anterior, se tiene que en realidad, lejos de una falta de motivación, lo expuesto por el Banco es su disconformidad con los argumentos del Tribunal, y por ende el cargo deberá rechazarse.*

### **Casación por motivos sustantivos**

**VI.- Primero.** Reclama falta de aplicación del canon 629 del Código de Comercio. Dice, el Tribunal estimó que el aviso que dio el actor de la sustracción de la tarjeta se realizó en un tiempo prudencial, concretando una supuesta buena o prudente conducta de aquél y trasladándole entonces la responsabilidad, con base en una consideración subjetiva sobre la inmediatez que le está vedada. El artículo 629 del cuerpo legal mencionado, dispone que en caso de extravío, pérdida, hurto o robo el cuentacorrentista dará aviso inmediato al Banco, quien no pagará ningún cheque extendido en las formulas referidas en la denuncia. De esta manera, prosigue, se establece un ámbito espacial en la responsabilidad de retiros, de suerte tal que los

realizados antes del reporte de robo son responsabilidad del cliente, los que se efectúen luego del aviso son responsabilidad del Banco. Afirma, si el robo se dio a las cuatro horas treinta minutos, y el aviso hasta las cinco horas cuarenta y siete minutos, en el lapso de poco más de una hora, los malhechores pudieron realizar transacciones, por las que legalmente el Banco no tiene que responder. **Segundo.** Señala, el Tribunal consideró que debió evitar pagar el importe del documento que autorizó el gasto una vez que le fue presentado para el cobro, verificando las firmas. Con ello, manifiesta, supone de forma errónea que el comprobante es un título valor u orden incondicional de pago. El voucher, continúa, no es un título valor como un cheque o una orden incondicional de pago, por lo que no hay responsabilidad por el no cotejo de las firmas. El canon 2 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores define los títulos valores, asimismo los artículos 2 y 3 del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, normas según las cuales un voucher o comprobante de pago no es jamás equiparable a un título valor, pues no es una obligación negociable emitida por un emisor, ni tiene un régimen de circulación. Explica, la transacción se da en el momento en que la tarjeta obtiene autorización por el dispositivo en el punto de venta si existen fondos, crédito y no hay bloqueos, ese dispositivo emite un comprobante de pago que el cliente firma, como *"medida que tiene el comercio afiliado para garantizar que el firmante es el efectivo titular de la tarjeta"*. Dice, la sentencia parte de que el Banco debe cotejar la firma en el voucher con la registrada y que con el simple aviso posterior del actor sobre el robo, está en posición de imposibilitar el uso de los recursos, como si los vouchers fuesen presentados al cobro como cheques o títulos valores. **Tercero.** Sostiene, el fallo estableció una inversión de la carga de la prueba y que el Banco no aportó elementos probatorios sobre el rompimiento del nexo causal. Discrepa con ello, ya que comprobó que existía deber del tarjetahabiente de dar aviso inmediato por la pérdida o sustracción, y no puede responsabilizársele por las transacciones que realizadas antes del reporte de pérdida o hurto. Acota, en oficio del 27 de abril de 2010 de la Dirección de Banca de Medios Electrónicos y en la denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial, consta que el aviso no se dio de forma inmediata al hecho delictivo ocurrido, sino que lo dio a las cinco horas cuarenta y siete minutos cuarenta segundos. De esa

manera, razona, hubo un lapso de más de una hora en el cual los malhechores pudieron realizar las transacciones que se reclaman, que según documento "consulta de autorizaciones por tarjeta" se efectuaron entre las 5 horas 24 minutos y 5 horas 33 minutos. Arguye, no ha fallado a los deberes de cuidado y administración de los fondos del actor, pues en cuanto recibió el aviso procedió al bloquear la tarjeta. Cuestiona ¿cómo puede ser responsable si no hubo aviso inmediato? ¿tiene control sobre los comercios que aceptan compras sin verificar quien es el titular o exigir la correspondiente verificación? Agrega, están debidamente acreditados la culpa de la víctima y el hecho de un tercero que rompen el nexo de causalidad, configurando la ajenidad en el daño que establece el numeral 25 de la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor y Promoción de la Competencia (Ley del Consumidor). A ello, finaliza, se suma el que el establecimiento Total Petrol Tres Ríos realizó y permitió las transacciones en contravención a la normativa aplicable. **Cuarto.** Reclama, la sentencia desconoce la ajenidad del daño que contempla el artículo 35 de la Ley del Consumidor. El Tribunal, expone, entiende que para que se rompa el nexo causal se requiere concurrencia de culpa de la víctima y el hecho de un tercero. En su parecer, al margen de lo que expuso sobre esos eximentes, para que exista ajenidad, el comerciante debe probar una de las causales de exención, pues con una es ajeno al daño. Exigir la concurrencia de ambas jurisprudencialmente es inconstitucional y desproporcional. Añade, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, de aplicación supletoria, dispone también las eximentes de responsabilidad: fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero. Argumenta, en este caso existe un doble hecho de tercero que rompe el nexo causal: además del robo, el comercio afiliado también participó activamente del despojo pues permitió las transferencias, tal y como lo tiene por probado el Tribunal en los hechos no. 2 y 3. **Quinto.** Asevera, endilgar responsabilidad a los bancos por los robos que ocurran en la calle o por el despojo patrimonial con culpa o complicidad de los comercios afiliados o de terceros, es un antecedente grave y nefasto para el sistema bancario, que atenta contra los principios de responsabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad. Con esas consideraciones, detalla, la responsabilidad objetiva sería prácticamente absoluta y

automática, con lo que las entidades financieras estarían en indefensión y con evidente perjuicio para los ahorrantes e inversionistas. Se abre la posibilidad de que personas inescrupulosas o comercios descuidados o secuaces realicen fraudes mediante compras, transacciones, sobre las que emitirán un contracargo alegando robo o despojo, y los bancos responderán y pagarán. Señala, por tutelar el derecho de un solo consumidor se quiebra el principio básico del sistema de protección de la solidez y el patrimonio de las entidades financieras, contemplado en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, canon 119. Expone, el sistema de protección y fiscalización del sistema financiero no está dirigido a proteger al consumidor particular, sino el patrimonio de las entidades como custodios del ahorro público en general. Los bancos, afirma, responderían hasta por la inseguridad ciudadana, violentándose así los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad. Las arcas de los bancos serían vaciadas, quienes sufrirían las consecuencias serán los ahorrantes e inversionistas, se produciría un daño económico y social peor, máxime como en su caso, donde por ser un banco comercial del Estado, por la garantía de éste, es toda la sociedad costarricense la que pagaría las consecuencias.

**VII.-** De los cinco cargos, se extrae en lo medular, que el casacionista arguye ruptura del nexo causal entre el hecho productor del daño y su conducta, por culpa de la víctima en razón de la tardanza del aviso de sustracción de la tarjeta, así como por hecho de terceros, a saber, el despojo del plástico y la transacción, que atribuye a sujetos no identificados y al comercio afiliado. Al respecto, el Tribunal estableció que a la relación entre el Banco y **el actor** le es aplicable el numeral 35 de la Ley del Consumidor. Explicó, una vez efectuada la llamada por el actor en el tiempo prudencial, el Banco debía activar los mecanismos de seguridad para evitar una operación indebida, por cuanto es a quien le corresponde hacer el pago. De esta manera, prosiguió, una vez presentado el documento o comprobante, equiparado a un título valor u orden incondicional de pago, debió verificar que la firma contenida en el voucher concordaba con la reportada, cumpliendo así con el poder in vigilando inherente al servicio que presta, a fin de determinar si el cobrador cumplió con las obligaciones que le impone el canon 26 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, en cuanto a la identificación del

tarjetahabiente y la firma del comprobante, de lo cual pende que el Banco pague o devuelva el monto debitado. Y el Banco, sostuvo, no demostró haber realizado el cotejo, máxime cuando es irregular que se realicen transacciones con un lapso de dos a cinco minutos en una estación de servicio de gasolina. Así, la responsabilidad es por la ineficacia de los mecanismos de seguridad del Banco. Agregó que en el propio contrato se dispone que la entidad negará el pago cuando haya contraorden o se presenten alteraciones que determinen que el título valor no fue autorizado por el dueño de la cuenta corriente, y en este caso, se dio una contraorden de pago, que el Banco incumplió. Añadió, no se pretende el cotejo de todos los comprobantes de pago, pero sí que lo haga con aquellos en los cuales hay duda del emisor o repote de fraude. La relación entre Credomatic y la estación de Servicio Total no está relacionada con el incumplimiento del demandado en sus controles de seguridad, y por ende en la afectación de los derechos del actor. Alegó, el Banco tenía la carga demostrativa al situarse en mejores condiciones para traer pruebas al proceso, pero únicamente se manifestó sin aportar elementos de convicción sobre el rompimiento del nexo causal. No hay culpa de la víctima, pues con su propia conducta el actor no produjo la lesión; él actuó con diligencia. No hay hecho de un tercero, para que se dé la eximente, el detrimento debe ser vinculado a otro sujeto y que su participación se haya producido sin que el proveedor del servicio la haya facilitado, lo que no ocurre en este caso, en el cual el Banco brinda servicios acompañados de dispositivos de seguridad, como claves, identificación del usuario, firma de la tarjeta, constancia de firmas, lo cuales debe verificar para que el servicio sea brindado de forma eficiencia, con el mayor grado de control y seguridad.

**VIII.-** La actividad bancaria, en particular la custodia y administración de los fondos del público, está rodeada de una serie de mecanismos o servicios periféricos que la rodean. Por sí misma, esa actividad genera un riesgo, que se puede ver acrecentado con la utilización de esos mecanismos, como se produce, por ejemplo con el servicio de Internet Banking. El incremento en el riesgo estará asociado al servicio periférico concreto. Su manejo y disminución será proporcional a las medidas de seguridad que las entidades bancarias estén en posibilidad de vincular. Nótese que aquéllas utilizan

estos servicios ofreciéndolos a los clientes como un atractivo, incorporándolos como facilidades anexas a la custodia y administración. El uso de tarjetas de crédito o débito que ponen a disposición de sus clientes, se brinda como medio de pago alternativo al uso del dinero en efectivo, a fin de que aquéllos accedan y puedan disponer del patrimonio que conservan en sus cuentas corrientes o de ahorro, o bien en líneas de crédito sin acudir físicamente a sus oficinas. El Banco es proveedor del servicio principal anotado (custodia y administración de los dineros), así como del accesorio o relacionado (las tarjetas de crédito o débito ligadas a esa actividad); el cliente asume entonces el carácter de consumidor. Por ende resulta aplicable a esta relación el régimen de responsabilidad objetiva que prevé el canon 35 de la Ley del Consumidor. Como en reiteradas ocasiones se ha señalado, este sistema dispone en general que los inconvenientes de una actividad lucrativa –como lo es la bancaria- sean asumidos por quien la despliega. No obstante se configura como objetiva (al prescindir de la culpa y del dolo), la atribución de responsabilidad no opera de pleno derecho o en forma automática. De esta manera, además de la carga de demostrar la conducta lesiva del agente, el esquema no está exento del deber de acreditar la existencia de la lesión y el nexo de causalidad. Ahora bien, se admite, conforme al mismo numeral 35, el rompimiento del nexo de causalidad cuando el agente demuestre ajenidad en el daño, esto es, cuando acredite la existencia de los eximentes hecho de tercero y culpa de la víctima.

**IX.-** En lo que a este caso interesa, quedó demostrado que el día 6 de diciembre de 2009, **al actor** le fue sustraída la tarjeta de débito asociada a su cuenta de ahorros del Banco **demandado** y que se realizaron cuatro transacciones, por los cuales finalmente se debitó de su cuenta la suma de ¢240.000,00. La lesión patrimonial sufrida por el actor y su cuantía no son discutidas. Ahora bien, en lo que al riesgo particular se refiere (criterio por el cual en última instancia la sentencia recurrida atribuye responsabilidad al Banco **demandado**) debe señalarse lo siguiente. La sustracción (robo, hurto) o pérdida de la tarjeta es una eventualidad que puede implicar despojo de los fondos que custodia y administra la entidad bancaria. En virtud de esto, debe desplegar todas las medidas de seguridad que estén a su alcance a fin de evitar que a

través de ese instrumento se lesione el patrimonio que le está encomendado. De ahí que ha de suministrarlas a su cliente con ciertos requerimientos para el uso. En el caso concreto el Banco **demandado** suscribió un contrato con **el actor** para la prestación de servicios bancarios. El convenio es un marco para los servicios de cuenta corriente, cuenta de ahorros, Servibanca, Banca Telefónica y cuenta electrónica, según seleccione el cliente en el formulario que se adjunta en el acto (cláusulas no. 1 y 2). En lo que a este asunto interesa, se establece en dicho acuerdo (y como regla general para cualquiera de los servicios mencionados) que el cliente en este caso **el actor**, dará aviso inmediato y por escrito o por los medios electrónicos disponibles sobre el robo, hurto o pérdida de la libreta de ahorros, la tarjeta Servibanca MasterCard, cheques o claves de acceso (cláusula no. 5). En concreto, sobre la tarjeta servibanca mastercard dispone que es un medio para obtener dinero en efectivo (en sucursales y agencias), utilizar cajeros automáticos y comprar bienes y servicios en la red de comercios afiliados al sistema con cargo a las cuentas corriente, ahorros y electrónica. Establece además que *"el Banco se reserva el derecho de retener, destruir o impedir su acceso en los cajeros automáticos, comercios afiliados y otras dependencias del Banco por el mal uso, extravío, hurto o robo"* (estipulación 58). Asimismo que el cliente *"se compromete a firmar todas las justificaciones de pago generado por medio de la tarjeta (...) cuando se trate de cuenta de ahorro o electrónica, el Banco se reserva el derecho de poder verificar la firma con la oficina dueña de la cuenta salvo que dicha verificación se pueda realizar en los sistemas automáticos del Banco"* (cláusula no. 59). En primer término, se tiene que **el actor** debía dar aviso inmediato del hecho al Banco **demandado**. Coincide esta Sala con el Tribunal. La notificación del actor al Banco se dio en un plazo razonable, que permite calificarlo como parte cumpliente de ese deber. No puede pretenderse, como espera el Banco, que el aviso se dé en forma prácticamente simultánea al robo del plástico. La inmediatez debe analizarse según las circunstancias concretas, atendiendo al aspecto temporal y a las condiciones del cliente en el momento del hecho. En este asunto, **el actor** notificó al Banco 1 hora y 30 minutos después aproximadamente; tal y como señaló el Tribunal, había sido despojado de su documento de identidad y bienes con amenaza a su vida e integridad física, según

constan en la denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial (folios 21 a 28). Todo lo anterior, permite concluir que no hay culpa de la víctima, pues dio el aviso del robo en la forma más célere que le permitieron esas circunstancias.

**X.-** Ahora bien, una vez que se ha determinado como parte cumpliente de esa obligación al actor, y descartada su culpa en el detrimento que alega, debe dilucidarse entonces si el Banco estaba en posición de brindar otras medidas para resguardar el dinero de su cliente, adicionales a las que despliega al recibir noticia del hecho; y en caso de haberlas, si las hizo efectivas. Según se vio, en el contrato entre el Banco y el actor, el último se comprometió a firmar todas las justificaciones de pago que genere la tarjeta. En la anterior regulación sobre tarjetas de crédito, y que aplica por analogía a las de débito, a saber, el Decreto Ejecutivo 28712 Reglamento de Tarjetas de Crédito (hoy derogado), se establecía precisamente el deber del tarjetahabiente de verificar el importe y veracidad de la información antes de firmar los comprobantes de pago o vouchers (precepto 5 inciso b). Igual obligación impone el Decreto 3586, Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, en su artículo 30 inciso c) (vigente desde el 30 de marzo de 2010). Además de esa normativa y del deber de rubricar a cargo del **actor** según el propio convenio, se pactó que el Banco *“se reserva el derecho de poder verificar la firma con la oficina dueña de la cuenta”*. De lo anterior se concluye que la firma del comprobante de pago que se genera es en este caso un mecanismo mediante el cual el Banco reduce las consecuencias que puede acarrear el riesgo previsible de pérdida o sustracción de la tarjeta. Tal es la razón de ser de los comprobantes firmados. Así, como bien estimó el Tribunal, si las transacciones son cuestionadas –como en este caso-, recibidos los comprobantes por parte del comercio, el Banco ante la duda o reporte, debe realizar un cotejo de firmas entre las consignadas en ellos y aquellas que se encuentren en sus registros, v.gr. la fotocopia del documento de identidad de su cliente, o bien –como establece el contrato- incluso verificarlas con arreglo a la que conste en la *“oficina dueña de la cuenta”*. Con este trámite, y con el resultado de un examen que puede realizar una persona media, el Banco determinará si la firma se reputa como efectuada por el tarjetahabiente. Sin perjuicio de dicha estimación, puede además considerar otros indicios que estén en su poder, por ejemplo constancias de

denuncias por sustracción del plástico o certificación de entradas y salidas del país, entre otros. En síntesis, el Banco exclusivamente con vista de la rúbrica en el comprobante, debe determinar si procede el reintegro o devolución de la suma debitada o cargada al cliente y resguardar así el patrimonio cuya custodia precisamente se le encomendó. La firma de las justificaciones de pago es por tanto un mecanismo de seguridad, de garantía posterior para el tarjetahabiente. No simplemente para el comercio. Es una garantía para el cliente: sólo aquellos que se le atribuyan a través de su firma, le serán finalmente retirados de su haber. Para el Banco, de que únicamente deberá entregar al comercio afiliado los montos debitados de la cuenta de su cliente, en cumplimiento de la orden que aquél giró. Para el comercio afiliado: de que el Banco le entregará los montos consignados en esos comprobantes. Si determina el reintegro a su cliente, según las circunstancias, podrá tomar las acciones pertinentes con relación al comercio al que efectuó el pago, pues tratándose de una cadena de consumo, asumió la reparación de un detrimento que bien pudo corresponde a otros de los agentes que integran la cadena. En el sub júdice, el Banco no demostró haber realizado ese cotejo (por el contrario, estima que no era su deber como sostiene en el recurso), y ese examen es una medida que está a su alcance, es una previsión lógica ante la posibilidad de sustracción o pérdida, y que -demás está decir- se extrae del propio contrato de servicios bancarios, en cuanto dispone el deber del cliente de rubricar los comprobantes y el "derecho" del Banco de verificar la firma. El **actor** es consumidor de los servicios de cuenta de ahorro y tarjeta de débito asociada, y conforme al artículo 35 de la Ley del Consumidor, frente a los riesgos que ese servicio le genere son responsables solidarios todos los sujetos que participen en su prestación, Banco Nacional, comercio afiliado y cualquier otro intermediario. Por esta razón, y para efecto del consumidor, la responsabilidad del Banco no se exime por el supuesto hecho de un tercero fundado en la posible desatención del comercio afiliado a sus deberes de identificar al tarjetahabiente. Tal es una circunstancia que tiene relevancia únicamente entre esos dos sujetos, no ante el consumidor, quien en virtud de esa solidaridad decidió solo demandar a uno de los integrantes de esa cadena, al Banco. La conducta de otro de los agentes que participan en la prestación del servicio no configura de ninguna manera el

hecho de un tercero, pues es tercero quien es ajeno a la relación de consumo, luego no lo es, por ejemplo, el comercio afiliado. El que exista participación en el daño de uno o varios individuos que sí reúnan esa condición de tercero, en concreto de quienes sustrajeron el plástico **al actor**, tampoco se constituye como eximente. Si bien es un hecho ajeno al Banco, la actuación omisiva del último respecto de las medidas de seguridad que a posteriori pudo adoptar, contribuyó a generar la lesión al peculio del actor. Si la entidad hubiese cumplido con su deber de custodia, habría verificado no sólo que el comprobante estuviese firmado, sino, que la firma estampada coincidiera –en criterio de una persona no versada en la materia, cuando menos- con la rúbrica de la cédula de identidad **del actor**, cuya fotocopia debe estar en su poder. Luego de ese sumario trámite, y según el resultado, debió reintegrar el monto a su cliente y dirigirse contra el comercio afiliado por el pago que realizó, pues si comprueba que el comercio efectuó las operaciones sin verificar la identidad y firma, es este último quien, finalmente, debe soportar la lesión o pérdida.

**XI.-** Por otra parte, debe descartarse la alegada trasgresión al numeral 629 del Código de Comercio, que dispone el aviso inmediato en caso de robo, hurto o extravío de la libreta de cheques. Se trata de una norma especial relativa a la cuenta corriente, que no resulta de aplicación al caso, donde se endilga responsabilidad al Banco por un riesgo en el servicio que ofrece, es decir, se enmarca dentro de la norma general que regula la responsabilidad por riesgo creado en virtud de una actividad lucrativa, sin que haya necesidad de recurrir a una aplicación por analogía de la primera. En todo caso, estése a lo dicho en los considerandos que anteceden sobre la inmediatez del aviso del extravío o sustracción. Finalmente, en cuanto esgrime quebranto a los principios de responsabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad y protección de la solidez y patrimonio de las entidades financieras, los argumentos tampoco son de recibo. Al margen de los alcances del último principio mencionado y su fin, no encuentra esta Sala que éste pueda contraponerse en forma general a la obligación que recae sobre todo sujeto, de reestablecer las situaciones e indemnizar los daños y perjuicios que con su conducta ocasione a otros. Las entidades bancarias deben administrar los riesgos y adoptar las medidas necesarias y a su alcance para mitigarlos, protegiendo tanto el

patrimonio del consumidor, como el de quien en concreto se ve lesionado a raíz de la sustracción o pérdida del plástico, como el de los restantes ahorrantes e inversionistas que también le encomiendan la custodia y administración de sus fondos. No se infringe con ello la razonabilidad, la proporcionalidad, la seguridad jurídica, ni la igualdad; de ninguna manera no se atribuye al Banco el deber de resarcir por la "inseguridad ciudadana", sino por el riesgo en el servicio que presta con el suministro de la tarjeta, el cual debió disminuir aplicando la medida descrita, y que en alto grado de probabilidad hubiese impedido el detrimento patrimonial **al actor**.

**XII.-** En mérito de lo expuesto, procederá declarar sin lugar el recurso planteado. Deberá el recurrente sufragar las costas generadas con su ejercicio tal y como establece el canon 150.3 del CPCA.

### **POR TANTO**

Se declara sin lugar el recurso de casación planteado por la parte demandada, quien deberá sufragar las costas generadas con su ejercicio.

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**

**Román Solís Zelaya**

**Óscar Eduardo González Camacho**

**Carmenmaría Escoto Fernández**

MACUNAQ

