



EXP: 09-000184-1027-CA

RES: 001308-F-S1-2009

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas veinte minutos del diecisiete de diciembre de dos mil nueve.

Proceso de conocimiento tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo por **CARLOS GAMBOA LEIVA**, administrador de empresas, vecino de Santa Cruz de León Cortés; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representado por su apoderado general judicial, Hilel Zomer Befeler. Figura además, como apoderado especial judicial del actor, el licenciado José Aquiles Mata Porras. Las personas físicas con mayores de edad, casados y con las salvedades hechas, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor proceso de conocimiento, a fin de que en sentencia se declare: *"1.- Qué, en razón de haberse agotado la (sic) toda la etapa administrativa sin resultado positivo alguno a mí favor, se tenga por agotada la vía administrativa. 2.- Que se acoja en todos sus extremos la presente acción y en tal virtud, se revoquen todas la (sic) resoluciones que en mí contra ha emitido el Banco Nacional de Costa Rica; obligando a dicha entidad al reintegro de las sumas que me fueron extraídas de, más concretamente "DOS*

MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL COLONES.”, más los costos financieros que dicha suma generé (sic) desde el momento en que se dio el evento aquí denunciado hasta la efectiva recuperación de la indicada suma. Más concretamente, que además de la suma efectiva retirada de mi tarjeta, también se condene el Banco al pago de los interés (sic) que genera la suma reclamada. 3: (sic) Que se declare al Banco como el único responsable por los hechos acontecidos y que fueron realizados por terceros ajenos al Banco y al suscrito; por contar con la complicidad de un sistema informático que resultó fácilmente vulnerable y en consecuencia, carente de seguridad jurídica para usuarios, tal fue el caso que nos ocupa. 4.- Que se condene al Banco al pago de ambas (sic) del proceso.”

2.- El Banco demandado contestó conforme a su escrito de folios 184 a 216 y opuso las excepciones de falta de derecho, hecho de un tercero y culpa de la víctima. Asimismo, a folio 224 renunció al proceso conciliatorio.

3.- La audiencia preliminar se efectuó a las 13 horas 55 minutos del 20 de mayo de 2009, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes.

4.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, integrada por los Jueces Otto González Vílchez, Cynthia Abarca Gómez y Roberto Garita Navarro, en sentencia no. 1112-2009 de las 13 horas 30 minutos del 15 de junio de 2009, resolvió: *"Se rechaza el eximente de responsabilidad de culpa de la víctima, presentado por el Banco demandado como excepción de fondo. Se rechaza, en su modalidad de excepción de fondo, el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero. Se*

rechaza la excepción de falta de derecho. Se declara con lugar la demanda en todos sus extremos, presentada por **Carlos Gamboa Leiva** contra el **Banco Nacional de Costa Rica**, por lo que se ordena lo siguiente: **1.** Declarar nulos todos los actos administrativos que denegaron el reclamo administrativo del actor, resoluciones BRCS-96-GE-2007 del 16 de noviembre del (sic) 2007 de la Dirección Regional de Gestión y Medios Cartago Sur, BRCS-35-2008 del 25 de marzo del (sic) 2008, de la Dirección Regional Cartago Sur, Artículo 13, Sesión de Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica número 11478 del 22 de abril del (sic) 2008; **2.** Se ordena al Banco Nacional de Costa Rica, reintegrarle al actor la suma extraída por ₡1.980.000,00 colones, al ser responsable dicha institución bancaria, en la sustracción de dicha suma; **3.** Se condena al Banco Nacional de Costa Rica a pagarle al actor intereses sobre la suma ₡1.980.000,00 colones, como perjuicio financiero, siguiendo los parámetros que a continuación se exponen, y que deberán ejecutarse en la fase de ejecución de sentencia: **a)** Los intereses deberán cancelarse sobre la suma indicada, desde el 12 de setiembre del (sic) 2007, fecha en la cual se produjeron los hechos dañosos, hasta su efectivo pago; **b)** La tasa de interés que deberá pagarse, no es la solicitada por el accionante (la de los certificados de depósito a seis meses plazo del Banco Nacional de Costa Rica), sino la establecida en el artículo 497 del Código de Comercio, que corresponde a tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional, esto debido a que estamos en presencia de una relación comercial de consumo, y debe aplicarse la normativa mercantil y no la civil; **c)** En cuanto al ajuste del valor económico de la obligación (indexación), pronunciamiento que a la luz del ordinal 123 del Código Procesal

Contencioso Administrativo, resulta oficioso para este tribunal, al disponerse el otorgamiento de intereses, a título de perjuicio financiero, como se indicó, se encuentra comprendida en este último rubro. 4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122, inciso K), del Código Procesal Contencioso Administrativo, se declara la nulidad de la cláusula número 50 del anexo al Contrato BN Servicios Bancarios Personas Físicas y Jurídicas, que regula el Servicio de Internet Banking Personal. 5. Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales y personales de este proceso.”

5.- El licenciado Hilel Zomer Befeler formula recurso de casación indicando expresamente las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

6.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley. Interviene en la decisión de este asunto el Magistrado Suplente Jorge Isaac Solano Aguilar.

Redacta el Magistrado Solís Zelaya

CONSIDERANDO

I.- El señor Carlos Gamboa Leiva es tarjetahabiente de las tarjetas de crédito VISA números 4938-2302-0011-3449, 4108-6402-8126-6094 y 5280-8002-7586-2087, emitidas por el Banco Nacional de Costa Rica. El 12 de septiembre de 2007 se efectuaron seis avances en efectivo de esas tres tarjetas, no autorizados por don Carlos, a través de Internet Banking, por un monto total de ₡6.000.000,00. Esa suma fue acreditada en su cuenta de ahorros en colones 200-01-088-005519-4 que mantiene en dicha entidad bancaria. El día siguiente -13 de septiembre- ₡4.000.000,00 de los ₡6.000.000,00, fueron acreditados a los saldos de las indicadas tarjetas de crédito, por

lo que no se perjudicó su cuenta. Los ¢2.000.000,00 restantes fueron distribuidos de la siguiente manera: a) ¢1.000.000,00 se depositó en la cuenta 200-01-047-51784-0 a nombre de Cris Aneth Martínez Batista; b) ¢980.000,00 en la número 200-01-0166-2850-8 de Yadira Viales Arias; y, c) ¢20.000,00 en la 200-01-0075-57897-7 de Karla Vanesa Jiménez Pereyra, monto que fue bloqueado. El afectado interpuso proceso de conocimiento para que, en sentencia, se declare la nulidad de los actos administrativos que denegaron el reclamo administrativo. Asimismo, se ordene el reintegro de la suma sustraída: ¢1.980.000,00. Además, se le imponga al demandado el reconocimiento de los intereses legales desde el momento de la sustracción y hasta su efectivo pago, y las costas del proceso. El apoderado general judicial del Banco demandado rechazó algunos hechos. Opuso las defensas de falta de derecho, hecho de un tercero y culpa de la víctima. El Tribunal las rechazó. Declaró con lugar la demanda en todos sus extremos. Asimismo, de conformidad con lo preceptuado en el ordinal 122 inciso k) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), anuló la cláusula número 50 del anexo del Contrato BN Servicios Bancarios Personas Físicas y Jurídicas, que regula el Servicio de Internet Banking Personal. De igual manera, le impuso al ente demandado las costas del proceso. Inconforme, el representante del Banco interpone recurso de casación. Alegó dos agravios por violación de normas sustantivas. Sin embargo, en auto número 1115 de las 10 horas 7 minutos del 5 de noviembre de 2009 solo se admitió el segundo reparo.

II.- En el **único** reproche admitido, refiere el casacionista, el fallo impugnado aplica la responsabilidad objetiva prevista en el numeral 35 de la Ley número 7472 del

20 de diciembre de 1994, "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor" (en adelante, Ley de Defensa del Consumidor). Al respecto, afirma, no cabe discutir, pues es la posición predominante y reiterada en la jurisprudencia costarricense. Por ello, indica, su patrocinado ha reconocido que, tratándose de la tutela al consumidor, se produce la inversión de la carga probatoria. Le corresponde al comerciante demandado demostrar la ajenidad en la producción del daño, como única exigente de responsabilidad. Empero, acota, se ha olvidado el elemento esencial para la procedencia de ese tipo de responsabilidad: la demostración efectiva del daño, elemento en torno del cual no existe inversión de la carga de la prueba. El Tribunal, anota, omite análisis alguno de los presupuestos del canon 196 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). De este numeral se colige, apunta, que solo es daño indemnizable aquel que se puede probar. Su poderdante, arguye, puso a disposición de sus clientes el servicio de Internet Banking. Para su uso, estima, se debe tener una cuenta activa, poseer tarjeta de débito o crédito y la información asociada a ella. También el PIN de la tarjeta y su código de seguridad, suministrados por el Banco de manera personalizada y confidencial. La operación de las cuentas de ahorro o corrientes no requiere, como requisito, la afiliación a Internet Banking Personal. Se trata de un servicio financiero agregado. Su uso, comenta, responde a una decisión libre e independiente de los clientes. Cuando se toma la decisión de utilizarlo, para su afiliación, debe utilizarse información que ha sido entregada en forma secreta, exclusiva y personal. Se requiere lo siguiente: a) indicar qué tipo de tarjeta se posee, si es una SERVIBANCA (débito) o de crédito; b) su número (secuencia de 16 dígitos que aparecen

en relieve en la parte frontal); c) la clave que se utiliza en los cajeros automáticos; d) el código de seguridad (últimos tres números localizados en el reverso de la tarjeta, a la derecha de la banda blanca donde se estampa la firma. Se trata de una comprobación de los datos); e) tipo de identificación (cédula de identidad o jurídica, o extranjero); y, f) número de identificación. Solo con esos datos, agrega, puede realizarse el registro en línea. La clave de Internet Banking, refiere, no solo es personal, sino que es creada por el cliente, cumpliendo ciertos requisitos. Una vez aceptada por el sistema, la persona recibe un mensaje, en el sentido de haber sido autorizada para el uso del servicio. A partir de ese momento, comenta, solo ella puede acceder a sus cuentas por internet, utilizando la clave que, reitera, es secreta y personal. Ello es así, manifiesta, porque en materia de comercio electrónico, donde no existe presencia física de las partes, las claves sustituyen la firma autógrafa del cliente, debido a la imposibilidad de rubricarla. El acceso a las cuentas de los clientes de su patrocinado, por medio de la red de internet, arguye, solo puede ser efectuado por quien tiene la contraseña habilitada por el propio cliente; de otra manera, apunta, son inaccesibles. Lo anterior, señala, está acorde con lo dispuesto por el Código de Comercio en sus artículos 612, 617 y 628. Todo sistema informático, sin la clave de identificación correspondiente, indica, impide la filtración de un tercero no autorizado. En consecuencia, agrega, si las transacciones fueron efectuadas con el código de usuario (clave), nombre y número de cédula del cliente, debe concluirse que las transferencias fueron efectuadas por él, a menos que, pruebe lo contrario. El daño, estima, no puede tenerse por demostrado si las operaciones se realizaron de esa manera; y sin que los sistemas informáticos del

Banco hubieran sido vulnerados. Para todo efecto legal, dice, salvo que se pruebe fehacientemente lo contrario, las transferencias deben tenerse como válidas, es decir, realizadas por el cliente. De los informes correspondientes de las oficinas de seguridad de su mandante, comenta, se constató: 1) los sistemas informáticos del Banco no fueron vulnerados; 2) en las transacciones denunciadas no se localizó intervención alguna de personal bancario; y 3) fueron realizadas con el código de usuario (clave), nombre y número de cédula del cliente. Con base en ello, indica, para todo efecto legal, fueron efectuadas por él. Esos elementos, alega, equivalen a su firma autógrafa. Por ende, manifiesta, no es posible hablar de sustracción alguna, a menos que, insiste, el afectado hubiese probado, de manera irrefutable, lo contrario. Por tanto, concluye, el daño no es cierto ni fue demostrado a la luz de lo previsto en el canon 196 de la LGAP.

III.- Esta Sala, como lo indica acertadamente el casacionista, en otros asuntos análogos al sub júdice, donde el objeto de discusión es la responsabilidad de la institución bancaria a raíz de transacciones efectuadas a través de Internet Banking y catalogadas como fraudulentas, ha estimado que la relación entre el Banco y el cliente, usuario o consumidor que hace uso de sus servicios es de consumo; en consecuencia, la normativa aplicable a las vicisitudes que se presenten es la contenida en la Ley de Defensa del Consumidor. Al respecto, en el fallo 395-F-S1-09 de las 10 horas 25 minutos del 23 de abril de 2009 dispuso: “**VIII- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor.** En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la

conurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2005 de las 14 horas 25

minutos del 4 de julio de 2005, ó la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, hecho de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: "el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, **e independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor." (la negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que

en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (ubi emolumentum, ubi onus, el cual puede ser traducido como donde está el emolumento, está la carga). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas

precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos

grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.”(En igual sentido, pueden consultarse las resoluciones 300-F-S1-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo, 394-F-S1-2009, de las 10 horas 20 minutos, 396-F-S1-2009 de las 10 horas 30 minutos, 397-F-S1-2009 de las 10 horas 35 minutos, 398-F-S1-2009 de las 10 horas 40 minutos, 399-F-S1-2009 de las 10 horas 45 minutos, las cinco del 23 de abril, y 516-F-S1-2009 de las 10 horas 20 minutos del 27 de mayo, todas del año 2009. De igual manera, tocante a la carga de la prueba, en las sentencias antes indicadas, se indica: “Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el “onus probandi” (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo

anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad. A manera de síntesis, se puede observar que se trata de una redistribución del deber probatorio en atención a las circunstancias específicas de cada uno de las partes y su proximidad a las fuentes probatorias, las cuales, en todo caso, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales, los juzgadores deben recurrir, no sólo a las consecuencias que se derivan en forma directa del acervo probatorio, sino también de indicios y su propia experiencia al momento de valorarlo. Ahora bien, en casos como el presente, se da la particularidad de que, para el demandado, la demostración de las causas eximentes presenta la misma complejidad a la que se enfrenta el actor, ya que allegar al proceso prueba de un eventual supuesto de culpa de la víctima, como lo podría ser el que se haya entregado la clave a un tercero, requeriría verificar, entre otros actos, un comportamiento del ámbito personal

del actor, respecto del cual resulta absolutamente ajeno. En este sentido, las consideraciones expuestas resultan, igualmente, aplicables al demandado. Esta necesidad se hace aún más patente, si se considera que el comercio electrónico se caracteriza por el hecho de ser impersonal, ya que las partes no entran en contacto directo al momento de realizar la transacción, sino que lo hacen mediante canales informáticos mediante los cuales se transmiten los datos, lo que facilita que se cometan ilícitos originados en la connivencia o confabulación de los usuarios del sistema financiero. Es por lo anterior, que las probanzas deben ser valoradas considerando el acceso a las fuentes probatorias por las partes, cuyo análisis ha de abarcar, necesariamente, y en aplicación de las reglas de la sana crítica, la existencia de elementos que, eventualmente, contradigan la presunción de buena fe que le asiste al actor respecto de sus pretensiones, considerando la dificultad, ya comentada, de demostrar ciertos hechos constitutivos de su ruego. Así, un correcto entendimiento de los mecanismos de seguridad que en cada momento implementen los intermediarios financieros resulta clave para apreciar si la parte demandante actúa, o no, con buena fe."

IV.- En autos no fue demostrado el daño, afirma el recurrente. Sin embargo, contrario a ese aserto, en los hechos probados anteceditos con los números 2 y 3 de la resolución cuestionada, se acreditó el reclamo interpuesto por don Carlos Gamboa Leiva, en el sentido de que el día 12 de septiembre de 2007 se efectuaron avances de efectivo de las tarjetas de crédito sin su consentimiento y autorización, para un total de ¢6.000.000,00, monto depositado en su cuenta de ahorros. Al día siguiente, de esa

suma, ₡4.000.000,00 son acreditados a los saldos de las tarjetas de crédito afectadas, por lo que no se perjudicó su cuenta. Empero, los ₡2.000.000,00 restantes fueron retirados a través de Internet Banking, siendo depositados en tres cuentas distintas, pertenecientes a terceros: 1) ₡1.000.000,00 en la número 200-01-047-51784-0 a nombre de Cris Aneth Martínez Batista, 2) ₡980.000,00 en la 200-01-0166-2850-8 de Yadira Viales Arias y, 3) ₡20.000,00 en la 200-01-0075-57897-7 de Karla Vanesa Jiménez Pereyra. Este último depósito fue bloqueado porque, conforme se acredita en el hecho probado marcado con el número 4, dicha señora ha figurado en otros casos de fraudes con esa modalidad, siendo aprehendida y presentada al Ministerio Público. Ante esa situación, el día 14 de septiembre de aquel año don Carlos le solicitó al Banco Nacional de Costa Rica iniciar la investigación respectiva, a fin de recuperar el dinero sustraído por personas con las cuales no mantenía ningún tipo de relación. De lo anterior se determina, al amparo de lo expuesto en el considerando anterior, especialmente, en torno a la presunción de buena fe que le asiste al actor, contrario a lo manifestado por el casacionista, sí se acreditó la existencia del daño, el cual consiste en la sustracción no autorizada, a través de Internet Banking, de ₡1.980.000,00. En este sentido el casacionista no indica cuáles son los elementos de convicción con los cuales se combate o echa abajo dicha presunción de buena fe que le asiste al demandante respecto de sus pretensiones. Tómese en cuenta que en autos existen indicios con los cuales se confirma esa presunción. En primer lugar, el que una de las cuentas de ahorro donde se depositó parte del monto sustraído, pertenezca a una persona quien ya había sido aprehendida y presentada al Ministerio Público por haber

figurado en otros casos de fraudes por medio de Internet Banking, razón por la cual, el monto depositado fue bloqueado. Y, en segundo término, no se demostró que, para el momento cuando sucedieron los hechos, la información preventiva respecto al "Phishing" (modalidad de fraude electrónico) estuviera a disposición del actor. Corolario, no se producen los quebrantos a las normas sustantivas alegadas.

V.- A mayor abundamiento de razones, es oportuno anotar lo siguiente. La experiencia confirma que las transacciones realizadas por Internet tienen cierto nivel de riesgo. La responsabilidad del banco surge como consecuencia del funcionamiento específico del servicio que se ofrece al público. La razón de ser de la entidad es la intermediación financiera. Concepto que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, que lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que se encuentra sometida a una ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza, en cuanto a la identificación de las personas que se encuentran facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas. La responsabilidad del Banco se fundamenta en la existencia de un riesgo en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. La actividad financiera, específicamente la bancaria genera, por sí misma, un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario (Internet Banking), que

impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también para su beneficio. Por lo anterior, no puede alegarse, como eximente de responsabilidad, que internet no es del banco, pues el demandado ofrece un servicio altamente riesgoso. De todas maneras, la relación existente entre el banco y un tercero para la prestación de un servicio no excluye la responsabilidad del primero frente a sus clientes. Lo delicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duda y, por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo, aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno, y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio ente bancario conoce y reconoce como riesgosos. Responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio y así lo ofrece y garantiza. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su carácter riesgoso) produjo una lesión importante al cliente quien figura en el proceso como parte actora. El medio para acceder a la

plataforma del banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que si bien es accesoria a la que realiza el intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente –usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él, como parte del servicio. No en vano el Sistema Financiero se ha abocado a la implementación de mecanismos de doble identificación, al mejoramiento de las claves y, en general, el uso de sistemas recientes como la utilización de tokens, claves cambiantes, llaves con dispositivos especiales, entre otros. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que el surgimiento de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva sea la excepción, debiéndose determinar, en este caso, si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, tal y como se extrae del principio de indemnidad patrimonial. Esta antijuridicidad de base, se identifica, en la especie, con el riesgo existente en el funcionamiento del servicio. La obligación de seguridad es de naturaleza jurídica más que comercial. El desarrollo de actuaciones asumidas por un sujeto de derecho, que previsiblemente tengan la potencialidad de causar daños, lleva implícito el deber de garantizar la seguridad de estas. La falla en el funcionamiento del servicio que ofrece el intermediario financiero, radica en la falta de seguridad en los mecanismos de identificación del cliente para acceder a la plataforma interna. Desde esta perspectiva, producto de los riesgos inherentes a la transmisión de datos mediante Internet, se deben brindar las herramientas necesarias para reducir la posibilidad de que ocurra una

suplantación de identidad. Se trata de una característica intrínseca del servicio que ofrece el banco. En este sentido, la responsabilidad se imputa como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema. En suma a lo expuesto, en el caso concreto, tampoco se demostró la concurrencia de una eximente de responsabilidad, como lo sería la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o fuerza mayor.

VI.- En mérito de las razones expuestas, se impone el rechazo del recurso interpuesto, con sus costas a cargo de quien lo formuló (artículo 150 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo).

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso formulado, con sus costas a cargo del Banco Nacional de Costa Rica.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Jorge Isaac Solano Aguilar

mja/gdc.-