



Exp. 08-000116-1027-CA

Res. 000394-F-S1-2009

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veinte minutos del veintitrés de abril de dos mil nueve.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **INVERSIONES K M K SOCIEDAD ANÓNIMA**, representa por sus apoderados generalísimos sin límite de suma Gertraud Josefa Madler-Kron, de nacionalidad alemana, viuda, ingeniera textil, y Michael Madler-Kron, de nacionalidad alemana, administrador de empresas; contra el **BANCO DE COSTA RICA**, representado por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Mario Rivera Turcios, administrador de empresas. Figuran además, como apoderados especiales judiciales, de la actora, Martha Flores Hernández, soltera, y del ente demandado, Alejandro Faba Alpizar, no indica calidades, ni domicilio. Las personas físicas con 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, para que en sentencia fueran declaradas sus pretensiones presentadas en el escrito de demanda; en audiencia preliminar el Juez procedió a fijar la pretensión de la actora en los

siguientes términos: "1) *Que se condene al BCR a reintegrar a la sociedad actora la suma de \$4,040.41.* 2) *Pago de los intereses desde que se sustrajo el dinero hasta que se cancele efectivamente.* 3) *Pago de ambas costas.*"

2.- El representante del ente demandado contestó negativamente y opuso la defensa previa de falta de integración de litis consorcio necesaria, así como las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, comprensible de la expresión genérica de "*sine actione agit*".

3.- Se señalaron las 10 horas 30 minutos del 16 de julio de 2008, con el fin de realizar la audiencia de conciliación; al no lograr acuerdo conciliatorio entre las partes, la audiencia se declaró fracasada.

4.- Para efectuar la audiencia preliminar se señalaron las 14 horas del 21 de agosto de 2008, oportunidad en que hicieron uso de la palabra, los representantes de ambas partes.

5.- Se fijó fecha y hora para realizar el juicio oral y público, y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, integrada por los Jueces Laura García Carballo, Julio Alberto Cordero Mora y Alner Palacios García, en sentencia 743-2008 de las 14 horas 10 minutos del 26 de setiembre de 2008, con voto salvado del último, resolvió: "*Por mayoría se rechazan las defensas de falta de derecho, falta de interés y legitimación activa y pasiva opuestas por el Banco accionado. Por consiguiente Se (sic) declara con lugar la presente demanda, y se condena al Banco de Costa Rica al pago de la suma sustraída de la cuenta corriente del actor y que asciende a cuatro mil cuarenta dólares cuarenta y un centavos, los intereses que se generen a partir de la sustracción y hasta su efectivo pago, conforme a la tasa de interés que prevé el*

artículo 497 del Código de Comercio. Se condena al banco accionado al pago de ambas costas de este proceso.”

6.- El representante del ente accionado 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 día 24 de enero del 2008, fue sustraída la suma de \$4.040,41 de la cuenta corriente, en dólares, que mantenía Inversiones KMK S.A. en el Banco de Costa Rica. En dicha fecha, se realizó una transferencia electrónica no autorizada por el titular de la cuenta a favor del señor Julio César Gómez García. Debido a lo anterior, el 28 de enero del mismo año, el señor Michael Madler Kron, representante legal de la sociedad, presentó una denuncia ante el Banco de Costa Rica la cual le fue rechazada, aduciendo que la transacción se efectuó utilizando su clave de seguridad. La sociedad afectada interpuso, en contra de la entidad bancaria, demanda civil de hacienda en la que solicita el reintegro de la suma indicada, así como el pago de interés sobre dicha suma además de las costas del proceso. El accionado contestó en forma negativa e interpuso las excepciones de falta de derecho, de legitimación y de interés actual. El Tribunal, por mayoría, rechazó las excepciones interpuestas, y declaró con lugar, en todos sus extremos, las pretensiones de la actora. El Banco de Costa Rica interpone recurso extraordinario de casación, alegando los motivos que a continuación se detallan.

II. Como **primer** reproche de casación se alega la indebida interpretación del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante referida como Ley de Defensa del Consumidor). Apunta, la violación aducida se produce al entender que la responsabilidad objetiva por el servicio de banca electrónica se extiende a todos los focos de riesgos que le resultan ajenos, tornando imposible concretar este criterio como eximente de responsabilidad. Como consecuencia de dicha interpretación, considera, se produce una socialización de cualquier riesgo que surja de las relaciones de consumo que se verifiquen al amparo del ordenamiento. Indica, debe distinguirse entre el sistema de banca electrónica y el canal de acceso, siendo que el primero, según la prueba testimonial recabada, es administrado por el Banco, de acceso restringido y con los más altos estándares de seguridad, mientras que sobre el segundo, el demandado no ejerce control alguno, resultando absolutamente ajeno a este. Afirma, los riesgos típicos, propios e independientes al sistema de banca electrónica deben ser asumidos por sus prestatarios, no por la entidad financiera. En línea con lo anterior, agrega, el servicio ofrecido por el intermediario, y respecto del cual obtiene un beneficio, es absolutamente seguro, no así el manejo del nombre del usuario y de la clave de seguridad o PIN. Asevera, el sistema del Banco de Costa Rica es invulnerable al ataque de terceros que pretendan obtener los datos personales de los clientes, a fin de acceder a las cuentas respectivas. En su criterio, el Tribunal debió recurrir a la figura de la presunción a fin de concluir que la causa del daño fue ajena al Banco de Costa Rica. Lo anterior lo fundamenta en que, si las cuentas fueron accedidas con el nombre del usuario

y su clave personal, y al mismo tiempo, la plataforma informática del demandado no fue vulnerada a fin de obtener dichos datos, debe concluirse que la causa del daño no le es imputable al servicio. Colige, ha de presumirse que la lesión fue consecuencia de la acción u omisión, consciente o inconsciente de la víctima, o bien, el acaecimiento de otro riesgo típico de otro servicio independiente y desligado de la banca electrónica ofrecida por el intermediario financiero, como es Internet. Realiza una comparación con los criterios jurisprudenciales de esta Sala en relación con el citado artículo 35 y concluye que en dichos casos, la causa que originó el hecho dañoso o el perjuicio, se verificó dentro del foco de riesgo que controlan, y asumen, los comerciantes, es decir, en los términos de la norma legal, *"por razón de la utilización del bien o el servicio"*. No obstante, de acuerdo con su planteamiento, en el presente asunto la causa eficiente y adecuada del hecho dañoso se verificó fuera del foco de riesgo que controla el banco. Manifiesta, la responsabilidad objetiva recae sobre quien crea un riesgo especial o controla una fuente de peligro, el cual, además, debe ser un riesgo típico, ya que el deber de reparar surge, únicamente, al darse una situación prevista por el legislador. Refiere, el presente asunto no se trata del supuesto tipificado por el párrafo primero del artículo 35 de la Ley de cita, sino que por el contrario, la causa del daño se verificó en forma externa y sin la participación activa ni pasiva del servicio que regenta el Banco y sobre el cual asume una posición de garante. Asevera, los artículos 4 y 14 del Reglamento de Servicios de Banca Electrónica estipulan que la custodia del nombre de usuario y clave son de entera responsabilidad del cliente, por lo que, de utilizarse al momento de realizar una transacción

electrónica, ésta se tiene por legítima. Retomando el tema de la causalidad, señala, la causa eficiente y adecuada del daño lo es la captación no autorizada de los datos personalísimos del cliente por parte de terceros, situación que se verificó sin la participación, activa o pasiva, del Banco, por lo que le es ajeno, ya que el perjuicio no se ocasionó por la utilización del bien o servicio ofrecido. Reclama, al igual que en el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas, al referirse al deber de reparar por aplicación de la teoría del riesgo creado en una relación de consumo, se requiere que los bienes y servicios estén sujetos a la dirección y control de los oferentes para que resulten responsables de los daños ocasionados. Adiciona, si estos no intervienen como causa del daño, ya sea porque ha existido una fuerza mayor, un hecho de la víctima o de tercero, o bien porque simple y sencillamente el bien o servicio ha sido pasivo al momento de que este se generó, dado su estado de completa normalidad al momento en que se ocasionó, por consistencia, posición y funcionamiento, no se da el vínculo causal. Concluye, la utilización y riesgos del servicio de banca electrónica no fueron la causa del daño, sino el instrumento para su provocación.

III.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. No lleva razón el recurrente en cuanto a la vulneración que endilga a la sentencia del Tribunal. En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, 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-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o 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, 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.

IV.- En el caso en concreto, las pretensiones de la sociedad actora fueron acogidas por el Tribunal, quién consideró que el funcionamiento del sistema de banca electrónica presenta una peligrosidad tal que permite imputar los daños irrogados al banco. La experiencia confirma que las transacciones realizadas por Internet presentan cierto nivel de riesgo, por lo que las generalidades apuntadas en el considerando anterior resultan aplicables. La función esencial de la entidad bancaria es la intermediación financiera, que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, concepto 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 que le fue imputada al Banco se fundamenta, no en la sustracción del dinero por un tercero, sino en la existencia de un riesgo, según lo expuesto en el considerando III, en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al

funcionamiento del servicio. Aunado a lo anterior, la prueba evacuada no permite acreditar que en el caso concreto se de la concurrencia de alguna causa eximente de responsabilidad de la cual se extraiga la ajenidad del demandado respecto del daño. 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. Por otro lado, en cuanto a las eximentes, el recurrente expone dos argumentaciones que se complementan. Por un lado, afirma, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, y concluir que la causa del daño fue ajena; y por el otro, que este se derivó de una acción u omisión, consciente o inconsciente de la víctima. Como ya se adelantó, no existen elementos que permitan desvirtuar la presunción de que la sociedad Inversiones KMK S.A. es demandante de buena fe. En sede jurisdiccional, no se puede afirmar que la actora haya producido, por conducta suya, la lesión a su propio patrimonio; según se ha dicho reiteradamente, no quedó acreditado un uso indebido ni incorrecto de sus mecanismos de seguridad – usuario y claves propias. Asimismo, se plantea en el recurso que utilización del servicio constituye el efecto y no la causa del daño. En este sentido, debe tomarse en cuenta que el riesgo en el funcionamiento del sistema se da, precisamente, por el mecanismo mediante el cual se comprueba la identidad del cliente, motivo por el cual, no se aprecia el yerro que se imputa a la sentencia del Tribunal. De igual forma, es

por esta misma razón, que debe desestimarse la afirmación realizada en el sentido de que el elemento riesgoso se encuentra bajo el control de proveedores de otros servicios. 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, 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 es admisible el argumento, para eximirse de responsabilidad, de que internet no es del Banco, cuando bien sabe el demandado que ofrece un servicio altamente riesgoso. En todo caso, 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 Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que

constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio. 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 a quien figura en el proceso como parte actora. En consecuencia, en vez de una indebida interpretación de la norma se ha dado al artículo el recto y correcto sentido. 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 accesorio a la actividad del 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, en general, 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. Por todo lo expuesto, no lleva razón el recurrente en sus formulaciones, ya que el Tribunal, basándose en la prueba recabada, determinó, correctamente, la existencia de un riesgo, a partir del cual, consideró que el daño sufrido por la sociedad actora era imputable al funcionamiento del servicio (entendido este como un todo, es decir, tanto el sistema de correo como el de Internet) ofrecido por el Banco. Así, en aplicación del numeral 35 de la Ley del Consumidor, apuntó la existencia de una relación de consumo dentro de la cual se produjo un daño como consecuencia de un

servicio riesgoso, lo cual conlleva a que se despliegue el régimen de responsabilidad objetivo. Adicionalmente, no se demostró la existencia de causas eximentes (culpa de la víctima, hecho de tercero o fuerza mayor) que liberen de responsabilidad al Banco. Específicamente, en lo que se refiere a la argumentación detallada en el recurso en cuanto a que la culpa de la víctima debe presumirse, por un lado, por cuanto quedó acreditado en el expediente que la plataforma informática del Banco de Costa Rica no fue vulnerada, y por el otro, en virtud de las cláusulas contractuales relativas a la custodia de la clave y del código de acceso o PIN. Dado el cuadro fáctico que presenta la sentencia, el cual no fue cuestionado por el recurrente, y tomando en consideración lo ya indicado sobre el fundamento del deber de reparar impuesto a la entidad bancaria, no se logró acreditar la existencia de esta eximente, por lo que no se da el quebranto apuntado, y en consecuencia, se debe rechazar el reparo interpuesto.

V.- A mayor abundamiento de razones, resulta importante referirse a la carga de la prueba 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.

VI.- Como **segundo** cargo, aduce, falta de aplicación de los artículos 1022 del Código Civil y 190 de la Ley General de la Administración Pública. Inicia la exposición señalando que la sentencia del Tribunal tuvo por demostrado que la actora suscribió el servicio de banca electrónica, y concluyó, además, que se trata de materia contractual, regida por el derecho comercial.

Asimismo, refiere al acervo probatorio que fue admitido por el juzgado de instancia, en particular, al Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, el cual, en el artículo 4 establece que el usuario asume toda la responsabilidad si por descuido, por su decisión o por acciones de terceros, la clave o PIN fuere de conocimiento de otras personas. A su vez, remite al precepto 14 de dicho reglamento, según el cual, todas aquellas transacciones realizadas mediante la plataforma de banca electrónica, y en donde se utilice la clave de identificación correcta, se reputan como efectuadas por el cliente. Agrega, la propia actora admitió que la aceptación expresa del citado Reglamento es un requisito indispensable para acceder por primera vez a dicho servicio. Manifiesta, las anteriores disposiciones se reputan como cláusulas contractuales, las cuales fueron desconocidas por el Tribunal en su fallo, sin que hubieren sido anuladas, lo que constituía una condición previa para poder imputar la responsabilidad al Banco. Producto de lo anterior, considera quebrantado el canon 1022 del Código Civil. Reitera lo dicho en el recurso en cuanto a que el cliente se beneficia del servicio por lo que debe asumir con parte de los riesgos inherentes al este, lo cual se encuentra plasmado en el Reglamento cuya inaplicación recrimina, y que por tratarse de un asunto de responsabilidad contractual, las partes pueden reclamarse recíprocamente incumplimientos de los compromisos adquiridos en el contrato de marras. Cita dentro de las normas vulneradas el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, y el 1048 del Código Civil, los cuales establecen el hecho o culpa de la víctima como una causal eximente.

VII.- En cuanto a la falta de aplicación de las normas citadas del Código Civil, así como del Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, no lleva razón el recurrente según las razones que de seguido se exponen. Si bien el presente proceso es un civil de hacienda, el cual se origina producto de una relación subyacente de naturaleza comercial, el objeto de este no es el cumplimiento o no de las cláusulas contractuales. Por el contrario, se trata de la aplicación de un régimen de responsabilidad cuyo factor de atribución objetivo es el riesgo creado por el demandado al poner a disposición de sus clientes el servicio de banca electrónica, o lo que es lo mismo, por su funcionamiento. Lo determinante es, entonces, valorar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad. En este sentido, es importante aclarar que el numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable tanto a los supuestos de responsabilidad extracontractual como contractual, independientemente, en este último caso, del incumplimiento de los acuerdos inter-partes que regulan la relación específica. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el surgimiento del deber de reparar surge de la existencia, en el caso concreto, de los supuestos exigidos por la disposición correspondiente, y que para los efectos respectivos, se reiteran: el daño, la conducta lesiva, el nexo de causalidad que vincula los dos anteriores y el criterio de imputación determinado por la norma, en este caso, la teoría del riesgo. Ahora bien, las disposiciones reglamentarias citadas, disponen, por un lado, el deber de confidencialidad de la clave, y por el otro, que aquellas transacciones realizadas con dicho mecanismo de identificación se considerarán hechas por el titular de la cuenta. El eje central del argumento del casacionista

es afirmar que, producto de lo dispuesto por el artículo 1022 del Código Civil, y el Reglamento citado, es responsabilidad del cliente asumir las consecuencias de cualquier movimiento financiero realizado mediante el uso de su clave. Se pretende derivar que la culpa de la víctima se debe presumir, liberándose de responsabilidad a la entidad bancaria, citando, en apoyo de esta tesis, la falta de aplicación del precepto 190 de la Ley General de la Administración Pública, así como del 1048 del Código Civil. Como primer punto, resulta importante destacar que el precepto 1022 del Código Civil hace referencia a la validez y exigibilidad recíproca de los acuerdos que regulan la relación jurídica que vincula a las partes contratantes. Sin embargo, y según se indicó, lo cierto del caso es que la responsabilidad se da por el funcionamiento del servicio, por lo que el canon de cita no tiene efectos respecto de la aplicación del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. El fallo del Tribunal, en forma alguna, implica el desconocimiento de lo anterior. Por el contrario, el fundamento de la resolución es la existencia de un riesgo que, en los términos de la Ley de Protección al Consumidor, genera el deber de reparar los daños derivados del servicio, salvo la existencia de una causal eximente de responsabilidad, lo que no implica el desconocimiento de los acuerdos –por adhesión– entre las partes. Se trata, por el contrario, de la aplicación directa del régimen de responsabilidad aplicable a la entidad proveniente de la Ley de Protección al Consumidor, en virtud del cual, el proveedor de un servicio solo se libera en caso de que concurra una eximente de responsabilidad que rompa el nexo de causalidad que liga el daño con la actividad desplegada. Dentro de esta lógica, resulta fundamental demostrar la ajenidad –de acuerdo a los parámetros

ya reseñados de la carga probatoria-, acreditando las circunstancias constitutivas de las defensas planteadas, lo cual no se logró demostrar mediante la prueba aportada al proceso. En esta línea, las causas eximentes de responsabilidad se dan, únicamente, cuando los hechos probados por las partes se pueden subsumir dentro del presupuesto de hecho de la norma, esto es, en el caso particular, que del cuadro fáctico se pueda afirmar la existencia de una fuerza mayor, un hecho de tercero o una culpa de la víctima. En segundo lugar, no resulta admisible pretender que un Reglamento interno del Banco (cuyo objeto es regular el servicio ofrecido al público, no el régimen de responsabilidad aplicable) configure una presunción que tenga por efecto variar el deber probatorio que vincula a las partes, ya que sería ir en contra de la norma legal correspondiente, máxime que la conducta que se analiza no es el incumplimiento de cláusulas contractuales. Adicionalmente, una disposición que la propia parte reconoce como contractual, no puede sustituir, en un tema de responsabilidad por daños, la prueba de los hechos constitutivos de la causa eximente. En virtud de lo anterior, no se observa el vicio que se reclama, y por ende, el agravio no es procedente para casar el fallo. No obstante lo anterior, y al margen de los hechos del caso concreto, resulta pertinente realizar algunas precisiones en cuanto a la posición del cliente en relación con los servicios electrónicos ofrecidos por las instituciones financieras, lo cual se hace a mayor abundamiento. En este sentido, debe quedar claro que la posición del cliente no resulta totalmente pasiva, sino que, por el contrario, se encuentra compelido por una serie de deberes que le impone la buena fe contractual. Así, no cabe duda que es su responsabilidad el garantizar el manejo adecuado de la clave de

acceso, así como seguir las recomendaciones dadas por las entidades financieras en materia de seguridad. La decisión de ser beneficiario de estos servicios lleva aparejado un deber de diligencia que, en caso de ser incumplido, podría liberar de responsabilidad al prestatario. No resulta admisible, de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, relevar al cliente de sus deberes de prudencia en aquellos aspectos que forman parte de su ámbito personal de control, como lo es el lugar donde realiza la conexión, así como utilizar equipos de cómputo adecuados y con los programas informáticos adecuados para garantizar la seguridad de la información.

VIII.- Como **tercer** motivo de casación, alega violación de los principios del derecho constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, desarrollando dicho concepto, incluyendo las cuatro etapas del denominado “test de razonabilidad”, a saber, legitimidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. En su opinión, aplicando el protocolo metodológico, no se aprecian defectos en las primeras dos fases. Considera, la vulneración se da en los dos últimos escenarios. Afirma, no es idóneo, con relación a la necesidad existente, considerar que el Banco deba responder por un «robo» que se da fuera de su esfera de control, como lo es “el infinito mundo de Internet”. Agrega, una medida que pretenda imputarle la responsabilidad por un daño cuya causa no se verifica con ocasión de la utilización del servicio ni de sus riesgos no es idónea, en virtud de la afectación injustificada, gravosa y confiscatoria que sufre la entidad bancaria, al existir otros medios para tutelar la posición del consumidor, como por ejemplo, las acciones penales y civiles contra los autores del delito. Reitera lo expuesto en cuanto a la socialización de

todos los riesgos derivados de cualquier relación de consumo como prueba de la falta de razonabilidad de la medida. Por su parte, refiere, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, cuestiona si la sentencia dictada es adecuada al ponderar el objetivo buscado y la limitación impuesta. Asimismo, plantea los efectos negativos que esta pueda tener, por cuanto el antecedente puede ser utilizado para la comisión de actos delictivos.

IX.- Los agravios esgrimidos en el considerando anterior se corresponden a plenitud con la causal que expresa y claramente prevé el apartado d) del artículo 138 del Código Procesal de reiterada cita. Todo operador jurídico se debe al bloque de constitucionalidad, y por excelencia el Juez, que en sus pronunciamientos debe procurar ajustarse al elenco jerárquico del sistema jurídico. Este particular aspecto se torna especialmente trascendente para el Juez de Casación, pues hay que recordar que, a más de la correcta aplicación del Derecho en el caso concreto (y con ello la máxima aproximación posible a la justicia), el órgano encargado de la casación tiene como fin primordial la recta y correcta interpretación de la norma jurídica a la luz del Derecho de la Constitución. Con ello se cierra el círculo del control constitucional que, expresamente, ha excluido de la Sala encargada de la materia, la revisión de los pronunciamientos jurisdiccionales (a no ser, en la línea reiterada de su interpretación) según lo dispone el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y envía dicho control, como debe, al vértice último de fiscalización jurisdiccional, que no es otro, que el órgano de casación (y que para este caso particular, lo sería la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). El Juez de Casación se erige no sólo en operador del Derecho de la

Constitución, sino también (y sobre todo) en su contralor. Y no sólo de las normas positivas del derecho constitucional (que como es sabido no se agotan en la Constitución misma), sino también de sus principios y reglas, muchas de las cuales se han venido esclareciendo mediante la misma jurisprudencia. De esta forma, cualquier vulneración al subsistema normativo superior implica, casi siempre, una violación a las normas sustantivas del ordenamiento jurídico, lo que a su vez produce una nulidad de la sentencia, pues si las conductas de la Administración Pública y del propio legislativo deben sumisión al marco superior del sistema (Derecho de la Constitución), no existe norma ni razón alguna capaz de excluir, válidamente, la sumisión del juez al Derecho, pues por aplicarlo no queda exento de su mandato, antes bien, es quizá el operador con mayor vínculo al régimen. Este deber, aplicable a todas las materias, es reiterado, en forma expresa, por el precepto 138 del Código Procesal de mérito, que ha venido a reafirmar, en la tradición del sistema jurisdiccional costarricense, el sometimiento del juez y sus sentencias al Derecho de la Constitución, y el posible control de ello, asignado, no en este caso a la Sala Constitucional, sino a la Sala de Casación de lo Contencioso Administrativo, como punto máximo de la jerarquía jurisdiccional. De modo que habrá invalidez de la sentencia contencioso-administrativa, así como de aquellas dictadas en otras materias, siempre que habiéndose recurrido, se alegue y se encuentre, una desatención, inaplicación o indebida interpretación de cualquier norma o principio del Derecho de la Constitución, tal y como lo ha dispuesto y aplicado en múltiples precedentes esta misma Sala, con anterioridad, incluso, del propio Código Procesal Contencioso Administrativo.

X.- Tratándose del principio de razonabilidad o proporcionalidad, su vulneración puede darse, en forma directa, al momento de valorar el cuadro fáctico que se discute en el proceso como consecuencia de las pretensiones de las partes, o bien, cuando la interpretación realizada por el juzgador en la sentencia de normas legales sustantivas resulta contraria al contenido de dichos principios, supuesto en el que se da, a su vez, la vulneración, por irrazonabilidad o falta de proporcionalidad, de las disposiciones mal interpretadas o aplicadas. En respaldo de lo anterior, no puede perderse de vista que la finalidad del recurso de casación es verificar que la sentencia se ajuste a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, tanto a nivel legal como constitucional. En el caso concreto, no se aprecia que la sentencia del Tribunal haya dejado de aplicar, o lo haya hecho en forma indebida, los principios constitucionales citados. El juzgador de instancia, al dictar el fallo, lo hizo al amparo del régimen de responsabilidad establecido por el legislador, en actuación de lo dispuesto en los preceptos 41 y 46 constitucionales que procuran la protección del consumidor frente a su contraparte comercial, sin incurrir, tampoco, en una interpretación irrazonable de la norma legal. Resulta pertinente indicar que el test de razonabilidad a que hace referencia el recurso debe ser realizado teniendo como punto de partida un marco jurídico determinado, de forma tal que no es dable limitar los argumentos con que se combate la sentencia a cuestiones metajurídicas como lo hace el recurrente, como la presunta socialización de todos los riesgos de una relación de consumo. De igual forma, no resulta desproporcionado respecto del fin perseguido por el Derecho de la Constitución y la legislación especial dictada al

efecto, el surgimiento de responsabilidad a cargo del agente económico que ofrece bienes y servicios por los daños que de estos se deriven, siempre y cuando exista un nexo de causalidad que los vincule con la actuación de estos, máxime si se considera que responde a la aplicación del principio de rango constitucional de indemnidad patrimonial. Adicionalmente, no es dable aducir, como lo hace el recurrente, que el resultado de un fallo que aplica correctamente la legislación vigente, tal y como se determinó en los considerandos que anteceden, deviene en irrazonable o desproporcionado. Con base en lo expuesto, el agravio debe ser rechazado..

XI.- En conclusión, al no concurrir ninguna de las vulneraciones esgrimidas por la parte demandada, el recurso planteado debe ser rechazado. En aplicación del inciso 3 del numeral 150 del Código Procesal Contencioso Administrativo, las costas del recurso corren por cuenta del recurrente.

POR TANTO

Se rechaza el recurso formulado. Son sus costas a cargo del promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román

Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría

Escoto

Fernández

DCASTROA