



Exp. 08-000240-1027-CA

Res. 000398-F-S1-2009

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

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **LAURA PARÍS PAGES**, arquitecta; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representada por su apoderado general judicial Hilel Zomer Befeler. Figura como apoderado especial judicial de la actora, Luis Francisco Solórzano Víquez. Las personas físicas con mayores de edad, casados, vecinos de San José, y con la salvedad hecha, abogados.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, a fin de que en sentencia se declare: "*...CON LUGAR LA PRESENTE DEMANDA EN TODOS SUS EXTREMOS. – SE CONDENE A LOS DEMANDADOS A PAGARME LOS DAÑOS MATERIALES SUFRIDOS A CONSECUENCIA DE ESTE ILICITO (sic), MAS TODOS LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE ESTE HECHO. – EL DAÑO MATERIAL CONSISTE EN LA PERDIDA (sic) ECONOMICA (sic) SUFRIDA POR LA SUSTRACCION (sic) ILICITA (sic) DE MI DINERO Y QUE CORRESPONDE A LA SUMA DE \$21.726,48 DOLARES (sic). – EL PERJUICIO CORRESPONDE AL PAGO DEL LUCRO*

CESANTE, O INTERESES QUE ESE MONTO DINERARIO HUBIERA PRODUCIDO DESDE LA FECHA DEL DAÑO 24 DE OCTUBRE DEL AÑO 2007 A LA FECHA DEL EVENTUAL PAGO DD ESTE EXTREMO. CONFORME LO ESTABLECE EL ARTICULO (sic) 497 DEL CODIGO (sic) DE COMERCIO, a partir de la firmeza del fallo. – QUE ADEMAS (sic) RECLAMO EL RECONOCIMIENTO DE DAÑO MORAL, POR EL TRAUMA Y LA PERDIDA (sic) SUFRIDA POR LA SUSCRITA DURANTE TODOS ESTOS AÑOS EL CUAL FIJO EN LA SUMA DE VEINTE MIL DOLARES (sic) –QUE LOS DEMANDADOS SEAN CONDENADOS AL PAGO DE AMBAS COSTAS...Solicitamos que los anteriores montos se indexen conforme a la devaluación del colón, o bien, de conformidad con el interés legal vidente (sic) a la fecha de dictarse la sentencia.” En la audiencia preliminar, el representante de la parte actora aclara los montos cobrados por daños y perjuicios de la siguiente manera: *"1.1 DAÑOS: \$41.726,48, que se desglosan de la siguiente forma. 1.1.1 Materiales: pérdida económica sufrida por la sustracción de \$21.726,48 (sic) 1.1.2 Moral: el trauma y la pérdida sufrida durante todos estos años: \$20.000,00 (sic) **PERJUICIOS:** (sic) Intereses por el monto sustraído desde la fecha del daño (24 y 25 de octubre de 2007 respectivamente) a la fecha del eventual pago, conforme al art. 497 del Código de Comercio.”* Además, solicita la condena en costas.

2.- El representante del Banco demandado contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, culpa de la víctima, hecho de un tercero, falta de causa y la expresión genérica de *"sine actione agit"*. Además, interpuso la excepción previa de incompetencia, la cual fue rechazada en audiencia preliminar.

3.- Se señalaron las 8 horas 30 minutos del 3 de setiembre de 2008, con el fin de realizar la audiencia de conciliación; al no asistir el representante del ente demandado la audiencia se declaró fracasada.

4.- Para efectuar la audiencia preliminar se señalaron las 13 horas del 17 de noviembre 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 Cuarta, integrada por los Jueces Roberto J. Gutiérrez Freer, J. Joaquín Villalobos Soto y Yazmín Aragón Cambroner, en voto 1186-08 de las 15 horas 30 minutos del 4 de diciembre de 2008, resolvió: *"Se acoge la excepción de falta de derecho únicamente en cuanto al daño moral, se rechaza junto con las de: culpa de la víctima, hecho de un tercero, falta de legitimación causal activa y pasiva y falta de interés actual en lo demás (sic). Se declara **CON LUGAR** la presente demanda, entendiéndose denegada en lo que no se indique expresamente. Se condena al **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA** al pago de los daños y perjuicios ocasionados (sic) a la señora **LAURA PARÍS PAGÉS** de la siguiente manera: por el concepto de daño material, las sumas sustraídas de la cuenta corriente número número (sic) 200-02-080-512906-4, en un total de dieciséis mil cuatrocientos veinte dólares de los Estados Unidos con treinta y dos centavos (\$16,420,**32**) (sic) y por concepto de perjuicios los intereses legales sobre la cantidad indicada, a partir de la fecha de las sustracciones acaecidas, o sea sobre la suma de once mil seiscientos treinta y nueve dólares con diecinueve centavos (\$11,639.19) a partir del veinticuatro de octubre y sobre la*

suma de cuatro mil setecientos ochenta y un dólares con trece centavos (\$4,781.13), a partir del veinticinco de octubre, ambas fechas del año 2007 y hasta su efectivo pago, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 497 del Código de Comercio. Son las costas personales y procesales a cargo del Banco vencido.”

6.- El representante del ente demandado 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, salvo el considerando XVI que lo redacta el Magistrado Solís Zelaya

CONSIDERANDO

I. A la actora le sustrajeron de la cuenta que mantenía en el Banco Nacional de Costa Rica, la suma de \$21.726,48, mediante transacciones realizadas los días 24 y 25 de octubre de 2007. En esta última fecha, un funcionario de la entidad bancaria llamó a la actora para consultarle si había realizado los movimientos en cuestión, y ante la respuesta negativa, se procedió a investigar el asunto. De la cantidad que fue transferida, en forma ilegítima, se recuperó la suma de ₡2.642.467,25, la cual fue restituida por el intermediario financiero. La afectada interpuso proceso de conocimiento ante el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo para que, en lo medular, se declarara la responsabilidad del Banco y se le condenara al pago de \$16.420,32, más los intereses correspondientes y al daño moral, el cual cuantifica en un monto equivalente al daño material sufrido. El demandado

contestó en forma negativa y planteó las excepciones de falta de derecho, culpa de la víctima, hecho de un tercero, falta de causa, y la genérica, sine actione agit. El A quo declaró con lugar la demanda en forma parcial, condenando al accionado al pago de la suma reclamada, los intereses y de las costas. Rechazó lo pedido en cuanto al daño moral. El banco interpone recurso extraordinario de casación.

II.- Como **primer** agravio, manifiesta que la sentencia tiene por probado que el Banco era consciente de que debe dar una solución al problema de los fraudes electrónicos. Con tal afirmación, indica, se insinúa que el ente estatal tenía conocimiento que respondería, jurídicamente, por estos, lo cual considera que no encuentra sustento probatorio. Concluye, una cosa es lo que se realiza con la intención de atraer y retener a los clientes y otra distinta, lo que se debe de realizar para no responder desde el punto de vista civil. Cita como normas vulneradas los numerales 82.1 y 82.4 del Código Procesal Contencioso Administrativo y el 155.3, inciso ch) y d) del Código Procesal Civil.

III.- En lo que se refiere al error en la valoración probatoria, a pesar de que el recurso no lo puntualiza, no cabe duda de que corresponde al hecho quinto de la sentencia, en donde el Tribunal, con base en la deposición del testigo, tuvo por demostrado que: *"el Banco Nacional de Costa Rica era y es conocedor, de algunas de las técnicas utilizadas en nuestro país y y el resto del mundo por los delincuentes para realizar transacciones electrónicas fraudulentas por lo que a partir del 5 de setiembre del 2008 h procurado brindar soluciones que doten de mayor seguridad a sus clientes. Al efecto se tiene la declaración del testigo Ciliam Alberto Cuadra Cavaría en el juicio oral y*

público.” (según video, 15 horas 34 minutos). Luego de revisar la evacuación de la prueba testimonial-pericial, este órgano considera que no existe el error endilgado. En dicha deposición, el señor Ciliam Cuadra emitió distintos criterios que fundamentan dicha situación, refiriendo, incluso, que iniciaron la preparación de la campaña publicitaria antes de que se dieran los primeros casos. Adicionalmente, la fijación del hecho realizada por el Tribunal encuentra sustento en las propias manifestaciones de la demandada al momento de contestar la demanda, en la que detalla las medidas adoptadas para la protección de sus sistemas, la campaña de divulgación adoptada así como la creación del *“Protocolo para el Manejo de Reclamos Administrativos relacionados a los Servicios de Internet Banking”* que, en lo que interesa, dispone el procedimiento para atender los reclamos presentados por los clientes. Como parte de este agravio, el recurrente incluye una serie de manifestaciones en relación con las presunciones o insinuaciones que, en su criterio, se desprenden del hecho en cuestión. Sobre este punto, y por lo términos en que se encuentra planteado, es importante mencionar que dichos alegatos no configuran un vicio que sea susceptible de ser analizado en casación. Por lo expuesto, el cargo debe ser rechazado.

IV- Como **segundo** cargo, plantea su inconformidad por cuanto el Tribunal tuvo por probado, que el servicio de *“Internet Banking”* del Banco Nacional de Costa Rica no ofrece el 100% de seguridad, aduciendo como normas infringidas, las mismas citadas en el primer agravio. Expone, que de la prueba evacuada no se puede llegar a la conclusión de que el servicio falló. Asevera, ni siquiera se dice en qué consiste el servicio del Banco, el cual se da

a partir de una simple ventanilla virtual, en un sitio web, donde se aceptan órdenes que implican desembolsos de cuentas bancarias, bajo condiciones convenidas. Agrega, se omite tener por acreditado el contenido del contrato que rigió. Apunta, se confunde el servicio del Banco con la vía de acceso, que es un servicio que no presta el Banco. El presente agravio debe ser rechazado. De la argumentación esbozada, es claro que la inconformidad se subsume dentro de lo indicado en el inciso b) del artículo 138 del Código Procesal Civil, que se refiere a la determinación de hechos, probados y no probados en contradicción con la prueba. No obstante, la sentencia no se refiere sobre el aspecto reclamado, ya sea como demostrado o indemostrado, lo que impide que se ingrese al análisis del error alegado. Cabe destacar que, el presente agravio no puede ser analizado como una errónea valoración de la prueba (inciso a) de la norma citada) por cuanto no se precisa respecto de cuál se da el reclamo.

V.- Como **tercer** agravio, el recurrente se muestra inconforme con la resolución impugnada por cuanto tiene por no probado su ajenidad respecto del daño, a pesar de que admite que fue un tercero el autor del daño, como consta en el expediente. La forma en que se encuentra planteado el agravio impide ingresar al estudio correspondiente. De su lectura, se desprende que pretende aducir un error en la valoración de la prueba, de la cual afirma se puede concluir que el daño es ajeno a la entidad bancaria. No obstante, el recurrente es omiso en señalar cuáles fueron las probanzas que fueron preteridas, o cuyo análisis fue incorrecto. No le corresponde a este órgano la revisión de toda la prueba para determinar aquellas pruebas que fueron mal ponderadas, lo cual

no es propio del recurso. Si bien con el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo se implementó un régimen procesal menos formalista que el que se regula en el Código Procesal Civil, el instituto de la casación mantiene los tecnicismos que le son propios. Así, de conformidad con el numeral 139 del Código de rito, el casacionista se encuentra en la obligación de plantear el fundamento fáctico y jurídico que le sirve de sustento a su reclamo, del cual se debe desprender los motivos por los cuales combate la sentencia. El cargo formulado se limita a manifestar la inconformidad del banco con la resolución, sin enunciar, aún de manera sucinta, los argumentos sobre los cuales se basa. En virtud de lo anterior, este debe ser rechazado.

VI.- En el **cuarto** reparo, relacionado con la valoración del acervo probatorio realizado por el A quo, acusa falta de valoración del contrato de "Internet Banking", en el que se advierte sobre cuidados y riesgos. De igual forma, afirma, no se tomó en cuenta que el intermediario financiero ha mantenido siempre información pública sobre el mismo tema, ni los reportajes de la prensa. Finalmente, considera que los riesgos de la red son harto conocidos erga omnes, públicos y notorios. Una vez analizado el presente motivo, se concluye que este no permite una casación útil. No debe perderse de vista que el objeto del proceso es determinar si existe, en la especie, responsabilidad al amparo del precepto 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. Concretamente, la parte considerativa y dispositiva de la sentencia, elementos sobre los cuales se debe dar la discusión en esta sede, se centra en la existencia de un riesgo que permite realizar la imputación del daño al ente estatal, así como la inexistencia de causas eximentes de

responsabilidad. Aún y cuando se compruebe el planteamiento esbozado, ello no permitiría, por sí mismo, desvirtuar, en el caso concreto, el fallo del Tribunal. Lo anterior por cuanto es un aspecto tangencial respecto del eje central del proceso, en particular, el grado de riesgo creado y la existencia o no de exigencias de responsabilidad.

VII.- Como **quinto** agravio, recrimina al Tribunal que omite tener por probado el texto del contrato que forma parte del expediente, en particular, en cuanto a los requisitos convenidos para el acceso a las cuentas. Al igual que el anterior motivo de casación, el presente no permite una casación útil. Aún de llevar razón el recurrente, la comprobación de estos requerimientos acordados entre las partes no demuestra, por sí mismo, la culpa de la víctima o la culpa de un tercero, aspectos sobre los cuales se carece de prueba adecuada, por lo que debe rechazarse el reclamo aducido.

VIII.- A los anteriores motivos de casación, fundados en presuntos quebrantos en la valoración de la prueba, el recurrente agrega las violaciones de fondo que se detallan a continuación. Como **sexto** cargo, acusa una indebida interpretación y aplicación de los numerales 35 y 42 de la Ley de Defensa del Consumidor. Inicia su exposición indicando que la responsabilidad es un tema general en Derecho. Cita el quebranto de los preceptos 41 y 46 constitucionales. Alude al concepto clásico de responsabilidad fundada en culpa, e indica que, en el caso de la objetiva, se da, únicamente, cuando una ley la contemple de manera expresa y en los términos en que esta la prescribe. Afirma, la diferencia entre ambas está en si la culpa es necesaria o no para el surgimiento del deber de reparar, así como en la carga de la prueba, pero que

la causalidad es un elemento *sine qua non* en cualquier tipo de responsabilidad. En apoyo de su desarrollo, incluye una serie de citas doctrinales. En cuanto a la carga de la prueba, refiere, la víctima debe demostrar el daño y el nexo de causalidad, mientras que el demandado la existencia de alguna eximente de responsabilidad. Tratándose de responsabilidad por riesgo, asevera, este debe haber sido producido por el accionado, y ser causa directa, inmediata, eficiente y suficiente del daño. Analizando el texto del canon 35 de la ley de cita, concluye, como notas caracterizadoras, que se trata de una responsabilidad contractual objetiva, elimina el requisito de la culpa, exige la existencia de un nexo de causalidad y no es absoluta, pues no surge en caso de que el daño sea ajeno al demandado. Sobre este último, lo caracteriza como negativa, en la medida en que solamente exige comprobar que el daño no se origina en el servicio, no si el daño se produjo exactamente por alguna de las causas que "rompen" la causalidad. Añade, si bien es cierto que el usuario tiene derecho a una información veraz y oportuna sobre el servicio, incluyendo sus riesgos, ello sólo se refiere a aquel brindado por el demandado. Alude, la sustracción de la clave se hizo en Internet; el Banco da un servicio que permite realizar transacciones en forma virtual, pero no administra ni controla la red mediante la cual se puede dar este acceso, que es la que utiliza el cliente. Manifiesta, nunca se comprobó que el servicio del banco fallara, y ante esta situación, no puede afirmarse que causó el daño. Lo anterior lo considera sustentado en que de la prueba documental y testimonial-pericial se concluye que dicha situación no se dio, ni que se sustrajera, de la entidad bancaria, la clave creada por el cliente, o que los desembolsos se efectuaran sin cumplir los requisitos

convenidos. Todo lo anterior descarta, en su opinión, el nexo de causalidad. Sobre este tema, adiciona, la sustracción se realizó aprovechando los defectos de Internet, ya que el sistema interno no falló. En cuanto a la responsabilidad por riesgo, señala que esta surge cuando se crea dicha situación, no cuando es preexistente, como en el presente asunto. Esta ausencia de causalidad, arguye, puede ser analizada conforme al concepto de ajenidad, tal y como lo establece el artículo 35 de cita, lo cual considera demostrado en el caso particular, en donde incluso se comprobó donde se depositaron los dineros sustraídos. Recrimina la interpretación realizada en la sentencia que afirma que es irrelevante si hubo culpa de la víctima o el hecho de un tercero, y que basta el riesgo creado. Considera inaceptable el que se le imponga a la entidad bancaria el garantizar al 100% la seguridad en materia informática, lo que, en todo caso, califica de imposible. En forma concomitante, acusa la vulneración del numeral 1022 del Código Civil y 411 del Código de Comercio, ya que se está desconociendo el contrato addendum, en el que se regula el servicio, según el cual, el banco acepta órdenes del cliente una vez cumplidos precisos requisitos. El Banco se compromete, aclara, a tramitar las instrucciones recibidas atendiendo los requisitos de ingreso aceptados por el cliente, entre los que no se encuentra el comprobar que él, físicamente, sea quién dio la orden. De allí la responsabilidad del cliente de mantener en secreto su clave, y de protegerse contra eventuales sustracciones de esta. Por otra parte, indica, el contrato no puede ser desconocido por el Juez. Considera violatorio del ordenamiento el tener por nulo un contrato entero, sin el menor examen y sin concretar si es la totalidad del contrato o solo algunas cláusulas. De esta situación deriva la

nulidad del fallo, toda vez que, sin que el actor lo demandara y sin que se justifique en cuál causal de nulidad absoluta del canon 42 de la Ley de Defensa del Consumidor se incurrió se desconoció su validez. Complementa esta argumentación, manifestando que, en responsabilidad contractual se responde dentro de la relación, y únicamente respecto de lo que se genera en esta. El apoderado del Banco plantea que la entidad es consciente de la obligación que le asiste de tratar de proteger a sus clientes, pero califica la naturaleza de esta como comercial, no jurídica. Afirma, el prestador del servicio no responde si ha desarrollado el servicio bajo estándares de calidad aceptables. Por otro lado, califica de absurdo y desproporcionado el exigirle al banco garantizar, al 100%, la seguridad, lo cual arguye, resulta vulneratorio del principio de razonabilidad constitucional. En consecuencia, aduce, la interpretación no se realizó de conformidad con el precepto 10 del Código Civil, el cual considera quebrantado. Finalmente, asevera que la responsabilidad se deriva del riesgo creado, no del simple riesgo que se suscita a propósito del servicio, lo cual ejemplifica con la instalación de cajeros automáticos, en donde entiende, no sería responsable la entidad bancaria por los asaltos que ocurran en la vía pública de acceso.

IX.- 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 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 2008, 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 estos 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.

X.- En el caso en concreto, las pretensiones de la 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. Así las cosas, la responsabilidad del banco surge, no por el acto específico de la sustracción del dinero por un tercero, sino 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, 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 IX, 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, 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 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, 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. 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, según se desprende del propio acervo probatorio cuya indebida valoración se reclama. Es por lo indicado hasta este punto, que no es de recibo los argumentos

expuestos por el recurrente en el sentido de que la obligación de seguridad es de naturaleza comercial y no jurídica. Como ya se adelantó, el desarrollo de actuaciones asumidas por un sujeto de derecho, y que previsiblemente tengan la potencialidad de causar daños, lleva implícito el deber de garantizar la seguridad de estos. En esta línea, no se trata de que el demandado demuestre la diligencia que ha asumido, ya que este es un aspecto propio de un sistema subjetivo de responsabilidad. Finalmente, y desde el punto de vista general, debe aclararse al recurrente, que el caso sub-examine no se asimila al supuesto en donde el cliente es víctima de un robo en la calle cuando se dirige a un cajero o una sucursal bancaria. Las situaciones planteadas no son comparables. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que 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, y de los cuales es claro que el Banco tiene pleno conocimiento, como lo demuestran las campañas publicitarias desplegadas, este proceso para acreditar la identidad de la persona que utiliza el servicio debe, necesariamente, brindar las herramientas 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, se aprecia que el ejemplo planteado por el recurrente no resulta aplicable, toda vez que la responsabilidad no se imputa por lo ocurrido previo al acceso, sino como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema, analizado en su conjunto. Una sustracción de dinero en la calle se agota en el

acto, sin que exista ningún tipo de participación por parte de la entidad financiera, mientras que en el caso bajo estudio, el perjuicio se da producto del riesgo no administrado de una suplantación de identidad, elemento sobre el cual el Banco se erige en una posición de control (respecto de la reducción del riesgo, claro está). En segundo lugar, existe una segunda diferencia que desvirtúa el símil planteado, cual es el margen de autodeterminación que le asiste al cliente. Así, en el ejemplo planteado, el medio para llegar, la hora, así como la misma escogencia del cajero o de la sucursal bancaria depende, exclusivamente, de la decisión del cliente. En este caso, la administración del riesgo depende, en forma preponderante –por no decir exclusiva-, del cliente, a diferencia del servicio de banca electrónica, en donde la única forma de acceder al servicio es mediante Internet, con los riesgos ya comentados. Si bien es cierto el usuario puede elegir entre conectarse en un lugar más o menos seguro, decisión respecto de la cual debe asumir su cuota de responsabilidad, en términos generales se encuentra supeditado a los riesgos propios de la conexión de Internet, de la cual depende.

XI.- En suma a lo expuesto, en el caso concreto no se demostró la concurrencia de una eximente de responsabilidad, como lo sería la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Si bien se alude a la primera, no existen, dentro del acervo probatorio, elementos suficientes que permitan afirmar que la víctima tuvo participación en la producción del daño. Empero, no comparte esta Sala el criterio expuesto por el Tribunal en cuanto a que, tratándose de una responsabilidad objetiva por la existencia de un riesgo creado, al amparo del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor, la

demostración por parte del demandado de culpa de la víctima o hecho de un tercero no es suficiente para romper el nexo de causalidad, y en consecuencia, eliminar el deber de reparar. Por el contrario, tal y como ya se manifestó, la existencia de una eximente implica que la causa del menoscabo puede ser vinculada a otro sujeto, o lo que es lo mismo, que el demandado resulta ajeno al daño irrogado. En consecuencia, no es dable afirmar, como lo hace el Tribunal, que aún cuando se acredite la concurrencia de dichas circunstancias, el riesgo creado permite endilgarle responsabilidad a la entidad bancaria. Con tal aseveración, se confunde el criterio de imputación con el nexo de causalidad, los cuales resultan conceptos distintos e independientes. En todo caso, en la especie no se logró demostrar la concurrencia de una causa eximente o bien, que la Ley de Protección al Consumidor no sea aplicable, por lo que, al existir un daño como consecuencia de un servicio riesgoso, en los términos del numeral 35 del cuerpo normativo citado, no se aprecia una indebida aplicación del régimen jurídico por parte de los juzgadores de instancia.

XII.- Por otra parte, el recurso se refiere a la falta de aplicación de los artículos 1022 del Código Civil, 411 del Código de Comercio, 42 de la Ley 7472, al desconocer el Tribunal las condiciones del servicio estipuladas en la adenda al contrato, donde no se contempla la obligación del Banco de comprobar físicamente quien da la orden, pues el usuario debe mantener en secreto su clave y protegerla de sustracciones. Si bien el presente proceso 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. 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, 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. En mérito de lo expuesto, al no observarse las infracciones denunciadas, el cargo deberá desestimarse.

XIII.- Respecto de los alegatos del recurrente en relación con la vulneración del principio de razonabilidad constitucional, cabe destacar que esta no se aprecia. Refiere dicha situación a que se pretenda exigir el 100% de seguridad a las entidades bancarias. Es bueno advertir en este punto que, los agravios expuestos por el casacionista corresponden, a plenitud, con la causal prevista en el apartado d) del artículo 138 del Código Procesal Administrativo. 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.

XIV.- 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. 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 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.

XV.- Finalmente, y a mayor abundamiento de razones, resulta importante referirse a la carga de la prueba en asuntos 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, la 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.

XVI.- Como último agravio, acusa la infracción de los numerales 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo, 221 y 222 del Código Procesal Civil al condenar al Banco al pago de las costas. Considera que, su cliente tiene sobradas razones jurídicas para sostener su posición de no obligado a resarcir. El Banco, apunta, de absoluta buena fe, no considera que su servicio sea el

causante del daño. Además, resalta, no hay jurisprudencia aún de esta Sala que indique que el Banco deba allanarse a semejantes pretensiones. En procesos contenciosos administrativos o de conocimiento, la mayoría de esta Sala, de conformidad, antes con el artículo 221 párrafo primero del Código Procesal Civil, ahora con el numeral 193 del CPCA, ha indicado que el pronunciamiento sobre las costas del proceso debe hacerse de oficio, condenando al vencido a su reconocimiento. La condenatoria se impone al perdedor por el hecho de serlo; es decir, por perder el litigio, sin que esa condenatoria signifique que se le considere litigante temerario o de mala fe. Por su parte, anteriormente los cánones 222 del Código de rito civil y 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en la actualidad, el mismo 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo, disponen los supuestos en los cuales podrá eximirse de su pago. Cuando no se hace uso de esta facultad no puede infringirse la norma. A la inversa, cuando se actúa, es posible que se haga mal uso o uno indebido de ella, entonces, según las circunstancias del caso, sí puede resultar procedente un recurso de casación; lo mismo sucedería si se condena dándose un supuesto de plus petitio (artículo 194 del Código Procesal Contencioso Administrativo). En el presente caso, la Sala considera que el Tribunal aplicó de manera correcta el canon 193 mencionado, pues impuso las costas personales y procesales al vencido. Atendiendo a lo expuesto el cargo deberá desestimarse.

XVII.- En virtud de las anteriores consideraciones, el recurso debe rechazarse, con las costas a cargo de su promovente. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en el numeral 150 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

POR TANTO

Se rechaza el recurso de casación formulado. Son las costas a cargo del promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román

Solís Zelaya

**Óscar Eduardo González Camacho
Fernández**

Carmenmaría

Escoto

Nota de los Magistrados González Camacho y Escoto Fernández

I.- Los suscritos integrantes no comparten el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala en el considerando XVI del fallo anterior, en cuanto deniega el control casacional para aquellos casos en los que tan sólo se hace uso de la regla general de la condena al vencido en el pago de ambas costas, es decir, cuando no se actúa o aplica ninguna norma atinente a la exoneración de ellas. En efecto, el fundamento jurisprudencial de mayoría, parte de que la exoneración en el pago de las costas es una **facultad**, en la que no se produce

erro ni infracción normativa cuando no se ejercita o aplica; por ello, se dice, si no hay violación legal, no es posible en casación entrar a valorar o modificar lo resuelto sobre la condena al vencido, pues se repite, para la mayoría de esta Sala, sólo puede haber infracción jurídica cuando se actúa la norma correspondiente a la exoneración (entre muchas pueden verse las sentencias de esta Sala no. 1001- F-2002, de las 11 horas 50 minutos del 20 de diciembre del 2002; la 249-F-2003, de las 11 horas 45 minutos del 7 de mayo del 2003 y la 306-F-2006, de las 10 horas 20 minutos del 25 de mayo del 2006). La concatenación parece en principio lógica, pues con esta premisa, si la exoneración constituye una facultad, el juzgador no está obligado a exonerar; y por ende, si no ordena o realiza tal exoneración, no viola las normas que corresponden al tema. Ergo, si no se da violación de normas, no puede haber revisión casacional (consúltense las resoluciones de esta Sala no. 765 de las 16 horas del 26 de septiembre del 2001 y 561-F-2003, de las 10 horas 30 minutos del 10 de septiembre del 2003). Esta relación de ideas, les permite concluir, que en ese supuesto específico (la simple condena o la inaplicación de las exoneraciones) *“no puede ser objeto de examen en esta sede”* (de este mismo órgano decisor, sentencia n° 419-F-03, de las 9 horas 20 minutos del 18 de julio del 2003), pues se trata de una hipótesis *“no pasible de casación”* (fallo n° 653-F-2003, de las 11 horas 20 minutos del 8 de octubre del 2003). Así, en opinión de los distinguidos compañeros: no tiene cabida el recurso de casación cuando no se hace uso de la facultad exoneratoria (véanse a contrario sensu los considerandos III y VIII, por su orden de las resoluciones 541-F-2003, de las 11 horas 10 minutos del día 3 y 563-F-2003 de las 10 horas 50 minutos del

día 10, ambas de septiembre del 2003). De esta forma se ha estimado por la mayoría que *"... la condena en costas al vencido, como aquí sucedió no es revisable en esta Sede, habida cuenta de que el Tribunal se limitó a actuar la norma en los términos por ella dispuestos"* (el destacado no es del original, véase el considerando X del voto no. 68-F-2005, de las 14 horas 30 minutos del 15 de diciembre del 2005). Y en materia notarial, con mayor contundencia, se ha señalado que: *"...el Tribunal le impuso el pago de las costas de la pretensión resarcitoria a la denunciante, pronunciamiento que, se repite, no tiene casación"*. (considerando X de la sentencia n° 928-F-2006, de las 9 horas 15 minutos del 24 de noviembre del 2006).

II.- Sin embargo, en parecer de los suscritos, la indebida inaplicación de los preceptos que permiten la exoneración de costas, infringe, sin duda, el Ordenamiento Jurídico y, en concreto, las normas que la autorizan, ya sea por error o inadecuada apreciación de los jueces en el conflicto específico. En ese tanto, aunque se trate de una facultad, es lo cierto que no se encuentra inmune al control casacional, pues tanto en su ejercicio como en su inaplicación, puede operar una violación de ley, y en esa medida, la indebida omisión no es ni debe ser, sinónimo de arbitrariedad, en tal caso, cometida por el propio Juzgador. Máxime si se trata de un apoderamiento al juez otorgado con supuestos específicos que limitan su poder discrecional en esta materia. En consecuencia, en este particular aspecto, estimamos que con la sola aplicación de la regla general del artículo 221 del Código Procesal Civil (condenatoria al vencido al pago de ambas costas), no se cierran las puertas al recurso de casación, pues al contrario, el asunto es admisible para su examen de fondo (siempre y

cuando se cumplan los requisitos de ley) ante un eventual vicio omisivo en la aplicación de las disposiciones legales que autorizan la exoneración de dichas costas (cánones 55 de la Ley de Jurisdicción Agraria y 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo). No obstante lo anterior, en el caso concreto de examen, estos integrantes comparten lo dispuesto en el fondo por el Tribunal, en cuanto se impuso al vencido el pago de ellas, circunstancia que nos lleva a rechazar el agravio, y con él, el recurso que en este sentido se formula.

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto

Fernández

DCASTROA