



Exp. 08-000130-1027-CA

Res. 000399-F-S1-2009

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

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **PROVEEDORA DE SEGURIDAD INDUSTRIAL H.A. SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma Hugo Ávalos Benavides, empresario; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, José Antonio Vásquez Castro, ingeniero agrónomo. Figura como apoderado especial judicial del ente demandado, Rafael Ángel Brenes Villalobos, abogado, vecino de Heredia. Las personas físicas con mayores de edad y casados, y con la salvedad hecha, vecinos de San José.

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: *"1)QUE (sic) SE ADMITA Y DE CURSO A LA PRESENTE DEMANDA. 2)QUE (sic) EN SENTENCIA SE DECLARE LA RESPONSABILIDAD TOTAL DEL BANCO NACIONAL EN LA SUSTRACCION (sic) DE LOS FONDOS DE MI EMPRESA Y CONSECUENTEMENTE LA OBLIGACION (sic) DEL BANCO NACIONAL DE RESARCIR A MI REPRESENTADA DE LOS DINEROS SUSTRADOS*

(sic) *MAS LOS PERJUICIOS, ASI (sic) COMO LOS INTERESES CALCULADOS DESDE SENTENCIA Y HASTA SU EFECTIVO PAGO. 3)SEAN (sic) AMBAS COSTAS DE ESTE PROCESO A CARGO DEL DEMANDADO.*" 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 legitimación activa y pasiva y falta de causa.

3.- Se señalaron las 13 horas 30 minutos del 30 de julio de 2008, con el fin de realizar la audiencia de conciliación. El apoderado general judicial del banco demandado expresó su falta de interés en conciliar en este asunto, por lo que el Tribunal prescindió de dicho señalamiento.

4.- Para efectuar la audiencia preliminar se señalaron las 8 horas 30 minutos del 7 de octubre 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 Julio Alberto Cordero Mora, José Paulino Hernández y Alner Palacios García,

en sentencia 1148-08 de las 15 horas 30 minutos del 24 de noviembre de 2008, con nota separada del segunda y voto salvado del tercero, resolvió: *"Se rechazan las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA y PASIVA, FALTA DE DERECHO, FALTA DE CAUSA, CULPA DE LA VÍCTIMA y HECHO DE UN TERCERO formuladas por el accionado. En consecuencia, se declara parcialmente procedente la demanda planteada por la empresa PROVEEDORA DE SEGURIDAD INDUSTRIAL (sic) SOCIEDAD ANÓNIMA y se condena al BANCO NACIONAL DE COSTA RICA a pagarle los daños y perjuicios ocasionados que consisten en reponer los fondos debitados sin autorización de la cuenta corriente de la actora número 100-01-157-176-9, monto que asciende a la suma de nueve millones cien mil colones por concepto de capital, más los intereses legales sobre esa suma de conformidad con el numeral 497 del Código de Comercio, los que se remiten a la fase de ejecución de sentencia respecto de los siguientes tramos solicitados: desde el 04 de octubre del 2007 hasta el 08 de mayo del 2008 y desde el presente día –dictado de la sentencia- hasta su efectivo pago. Sobre el monto de capital se aprueba la indexación al amparo del artículo 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Son ambas costas del proceso a cargo dela parte perdidosa."*

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 XIV que lo redacta la Magistrada León Feoli

CONSIDERANDO

I. La empresa Proveedora de Seguridad Industrial H.A.S.A. fue objeto de una sustracción de dinero, realizada mediante transacciones no autorizadas, utilizando su clave de acceso al sistema de banca en línea del Banco Nacional de Costa Rica. La suma total transferida ilegítimamente es de ₡9.100.000,00. La afectada interpuso proceso de conocimiento para que, en lo medular, se declare la responsabilidad del Banco y se le condene a restituir los montos sustraídos, los perjuicios así como los intereses a partir de la sentencia y hasta el efectivo pago. Solicita, además, que ambas costas del proceso sean impuestas al demandado. Este contestó en forma negativa y planteó las excepciones de falta de derecho, de causa y de legitimación activa y pasiva, así como las de culpa de la víctima y hecho de un tercero. El Tribunal declaró con lugar la demanda en forma parcial, condenando al accionado al pago de los daños y perjuicios ocasionados que consisten en reponer la suma reclamada, los intereses legales sobre esta desde el 4 de octubre de 2007 al 8 de mayo de 2008 y desde el dictado de la sentencia hasta su efectivo pago. Impuso al demandado ambas costas. El Banco interpone recurso extraordinario de casación.

II.- Como **primer** agravio, manifiesta, la sentencia tiene por probado que el Banco era consciente del deber de 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 tuvo por demostrado que: *"el Banco Nacional de Costa Rica es conocedor de los riesgos de brindar un servicio electrónico utilizando la red de internet, por lo que cuenta con una serie de mecanismos de protección de la información procurando disminuir esos peligros respecto de las bases de datos."* (video, 15 horas 07 minutos). Luego de revisar el documento que sirvió de base para la conclusión a que arriba el Tribunal, sea el oficio DSI-107-2008, este órgano considera que no existe el error endilgado. En este sentido, del contenido de dicho documento se desprenden las medidas implementadas por el Banco, por lo que ese hecho se debe tener por acertado. Adicionalmente, la situación indicada encuentra sustento en las propias manifestaciones del demandado 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 los 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. Ahora bien, 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.- 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 **cuarto** 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. 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. Estipula, el

Banco solo sería responsable si se accede a la cuenta del cliente sin su clave de seguridad, pero que, en el supuesto contrario, es preciso determinar dónde se produce la pérdida de esta. Afirma, no tiene sentido aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual de la LGAP, y que en el caso concreto, existe un hecho de tercero reconocido incluso por la parte actora en su demanda. 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.

VII.- 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 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.

VIII.- 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. 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.

IX.- 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 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. Si bien, tal y como se indicó, 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. No obstante, en la especie esto no

fue demostrado, ni 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. En mérito de lo expuesto, al no observarse ninguna de las infracciones denunciadas, el cargo deberá desestimarse.

X.- 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.

XI.- 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.

XII.- 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 cardinal 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

XIII.- 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.

XIV.- 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

Carmenmaría Escoto

Fernández

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 XIV 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 yerro 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