



EXP: 09-002543-1027-CA

RES: 000513-F-S1-2010

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

Proceso de conocimiento tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo por **JOSÉ EDUARDO GÓMEZ VILLAPLANA**, Técnico en Presupuesto y **MARÍA ELENA ZELEDÓN ROVIRA**, Maestra de Educación Preescolar; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representado por su Subgerente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, José Antonio Vásquez Castro, ingeniero agrónomo. Actúa como apoderado general judicial de la demandada, el licenciado Hilel Zomer Befeler. Figuran además, como apoderados especiales judiciales de los actores, los licenciados Claudio Zeledón Rovira y Julieta Bejarano Hernández, divorciada. Las personas físicas con mayores de edad, vecinas de San José y con las salvedades hechas, casados y abogados.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expusieron y disposiciones legales que citaron, los actores establecieron proceso de conocimiento, a fin de que en sentencia se declare: "a) *Que el Banco Nacional de Costa Rica, debe reintegrarnos a nuestras cuentas de ahorro, las sumas de dinero que nos fueron sustraídas en forma indebida; b) que esas sumas de dinero deberán ser indexadas, desde la fecha en que se nos sustrajeron y hasta su efectivo pago;*

c) que el Banco demandado deberá pagarnos, además, los intereses de ley sobre las indicadas sumas de dinero.- Ello, a partir de la sustracción de los fondos y hasta su efectivo pago por parte del Banco; y d) que se condenará al Banco demandado, al pago de ambas costas de esta acción."

2.- El apoderado del Banco demandado contestó conforme a su escrito de folios 22 al 41 y opuso las excepciones de falta de derecho, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

3.- Se señalaron las 13 horas 30 minutos del 11 de noviembre de 2009, con el fin de realizar la audiencia de conciliación. A la misma renunció el Banco Nacional de Costa Rica.

4.- La audiencia preliminar se efectuó a las 8 horas del 24 de noviembre de 2009, oportunidad en que hicieron uso de la palabra ambas partes.

5.- Se fijó fecha y hora para realizar el juicio oral y público, y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, integrada por los Jueces Cynthia Abarca Gómez, Marianela Álvarez Molina y Otto González Vílchez, en sentencia no. 2708-2009 de las 7 horas 58 minutos del 1º de diciembre de 2009, dispuso: *"Se rechaza la excepciones de falta de derecho, así como los eximentes de responsabilidad de culpa de la víctima y hecho por un tercero opuestos por el Banco demandado como excepciones de fondo. Se declara con lugar la demanda interpuesta por José Eduardo Gómez Villaplana y María Elena Zeledón Rovira contra el BNCR. En consecuencia: **1)** Se ordena al Banco Nacional de Costa Rica reintegrarle a **José Eduardo Gómez Villaplana** la suma de un millón doscientos treinta y seis mil quinientos veinte colones y a la accionante **María Elena Zeledón Rovira** la suma (sic) ochocientos veinticinco mil*

colones. 2) Debe el BNCR cancelar a los actores intereses sobre las sumas mencionadas a partir de la sustracción y hasta su efectivo pago, lo que se determinará en fase de ejecución de sentencia. La tasa de interés que deberá pagarse será la establecida en el artículo 497 del Código de Comercio 3) Por conexidad, se anulan los oficio (sic) DRC-948-2009 Y DRC-1033-2009 dictados por el Director Regional Central del BNCR y el Artículo 16 de Sesión de la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica, número 11566 del 18 de agosto de 2009. 4) Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales y personales de este asunto.”

6.- El Lic. Hilel Zomer Befeler, formula recurso de casación indicando expresamente 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. Intervienen en la decisión de este asunto los Magistrados Suplentes Gerardo Parajeles Vindas, José Rodolfo León Díaz y Silvia Consuelo Fernández Brenes.

Redacta la Magistrada Fernández Brenes

CONSIDERANDO

I.- La señora María Elena Zeledón Rovira y el señor José Eduardo Gómez Villaplana, funcionarios públicos y esposos, señalan en su demanda que poseen cuentas de ahorro en el Banco Nacional de Costa Rica, donde su patrono les deposita el salario. En fecha 28 de mayo de 2009, aseveran, sin su autorización, se ingresó al sistema de Internet Banking, se incrementó el límite diario de transferencias de las cuentas de ahorro de ambos, en las que se depositan mensualmente sus salarios devengados como funcionarios del

Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Educación, y se realizaron transferencias de fondos de la siguiente manera: a) de la cuenta del señor Gómez se transfirieron las sumas de: 1) ¢502.500 a la cuenta del Yuri Cristel García López, 2) ¢516.000 a la cuenta de Abraham Chacón Solano, y 3) ¢215.000 a la cuenta de María Elena Zeledón Rovira; b) de la cuenta de la señora Zeledón se transfirieron los montos de: 1) ¢509.000 a la cuenta de Virginia Porras Delgado, 2) a la cuenta de José Eduardo Gómez Villaplana el importe de ¢215.000, y 3) ¢511.000 a la cuenta de Erick Arce Gatica. Por este motivo establecieron denuncia por fraude informático, que se tramita en el expediente 09-010402-0042-PE, y reclamo administrativo ante el Banco Nacional. La Dirección Regional Central de la entidad rechazó dicha gestión así como la revocatoria presentada en oficios DRC-948-2009 del 2 de julio y DRC-1033-2009 del 21 de julio ambos de 2009 respectivamente. La misma suerte corrió el recurso de apelación subsidiario, que fue conocido por la Junta Directiva del Banco en el artículo 16 de la sesión no. 11566 celebrada el 18 de agosto de 2009, dando así por agotada la vía administrativa. En virtud de lo anterior, demandan para que en sentencia: a) se ordene al Banco a reintegrar el dinero sustraído a sus cuentas de ahorro; b) sobre esos montos se le obligue a indexar y a pagar los intereses de ley desde la fecha de la sustracción y hasta su efectivo pago; c) y se le condene en ambas costas del proceso. El representante del Banco Nacional de Costa Rica contestó de forma negativa y formuló las defensas de falta de derecho, culpa de la víctima y hecho de un tercero. El Tribunal Procesal de lo Contencioso Administrativo denegó las excepciones interpuestas, declaró con lugar la demanda, y ordenó al Banco

Nacional de Costa Rica a reintegrar al señor José Eduardo Gómez Villaplana la suma de ₡1.236.520, y a la señora María Elena Zeledón Rovira el monto de ₡825.000, así como a cancelar sobre esas sumas, intereses de conformidad con el numeral 497 del Código de Comercio, a partir de la sustracción y hasta su efectivo pago, los que se liquidarán en ejecución de sentencia. Asimismo, al tenor del artículo 122 inciso k) del Código Procesal Contencioso Administrativo, anuló por conexidad los oficios DRC-948-2009 y DRC-1033-2009 dictados por el Director Regional Central del demandado y el artículo 16 de la sesión de Junta directiva no. 11566 del 18 de agosto de 2009; y condenó al demandado al pago de las costas personales y procesales. Inconforme, el apoderado del Banco establece recurso de casación, que fue admitido por esta Sala en auto de las 10 horas 30 minutos del 25 de marzo de 2010.

II.- Expresa el representante bancario en su único agravio (memorial a folios 77 a 93 del legajo de casación), la entidad inició con la prestación del servicio de Internet Banking, para lo cual los clientes necesitan tener una cuenta activa, tarjeta de crédito o débito y su PIN, así como un código de seguridad suministrado por propio ente, que se caracteriza por ser confidencial y personal. Con esta información, los clientes realizan el registro en línea y crean su clave personal y secreta. Por esto, dice, el acceso a las bases de datos del Banco por medio de Internet sólo puede realizarse por quien tiene la clave habilitada por el propio cliente; y siendo que ésta es personal, debe concluirse que las transacciones que fueron realizadas con dicho código, PIN y datos de la tarjeta, fueron hechas por el cliente. Al no existir actualmente una regulación del servicio de Internet Banking, añade, se requiere acudir a la normativa sobre

cuentas corrientes. En particular al canon 629 del Código de Comercio, que impone un deber de custodia al titular sobre el cuaderno de cheques, pues en caso de extravío, pérdida, hurto o robo, ha de avisarse de inmediato al Banco, quien no pagará entonces ningún cheque extendido. Manifiesta, al respecto ha señalado la jurisprudencia que la falta de cumplimiento de esas obligaciones eximirá de responsabilidad al Banco. Así, afirma, se observa que el cliente debe custodiar los instrumentos para realizar los giros bancarios. De haber incumplimiento de su parte, la entidad será eximida de toda responsabilidad. En este caso, sostiene, el aviso de ley, se dio hasta el 29 de mayo de 2009, cuando los actores informaron sobre una supuesta sustracción de fondos de sus cuentas realizada el 28 de mayo de ese año. Del oficio D.J./ 1296-2009 se extrae que los sistemas de seguridad del Banco no pueden ser expuestos ni vulnerados, además, se tiene que antes de las transacciones cuestionadas la entidad implementó mayores mecanismos de seguridad, que a su vez exigen mayor responsabilidad del cliente, quien debía utilizarlos; siendo que el señor Gómez Villaplana conocía que para esa fecha el Banco ofrecía el servicio de token celular, y sin embargo fue su decisión no adquirirlo, con lo cual aumentó su nivel de exposición al riesgo, lo que según la jurisprudencia de esta Sala rompe el esquema bajo el cual se puede exigir responsabilidad a su representada. Cita en refuerzo de su tesis las sentencias no. 395-F-SI-2009 de las 10 horas 25 minutos del 23 de abril y no. 516-F-SI-09 de las 10 horas 20 del 27 de mayo ambas de 2009 de esta Sala. Agrega, el fallo aplica el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que contempla la responsabilidad objetiva del prestador de servicios. Si bien, el

ente ha tenido que aceptar que por esa norma se produce una inversión en la carga de la prueba, en virtud de la cual le corresponde probar la ajénidad del daño como eximente, los esfuerzos del demandado en ese sentido han sido infructuosos, pues se ha considerado que el hecho de un tercero y la culpa de la víctima no quiebran el nexo causal. Asevera, se olvidó que pese a la aplicación del régimen objetivo, se requiere la demostración efectiva del daño, lo que no se ha dado en el presente caso. Con ello, dice, se vulnera el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, que establece la indemnización del daño cuando éste es cierto y demostrable. No puede tenerse por probada la lesión, sostiene, si las transacciones que se reclaman fraudulentas fueron realizadas con la información en poder del usuario y los sistemas del Banco no han sido vulnerados, por ello no puede hablarse de sustracción.

III.- En casos similares al presente, esta Sala se ha referido al régimen de responsabilidad objetiva por riesgo en materia de consumidor. Así, en la sentencia no. 300-F-SI-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009, dictada dentro de proceso de conocimiento en que se discutió la indemnización solicitada por la actora al Banco de Costa Rica, en virtud de la sustracción de dinero de sus cuentas por medio del servicio Internet Banking, se dispuso “**III.- 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 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar

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

físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (ubi emolumentum, ubi onus, el cual puede ser traducido como donde está el emolumento, está la carga). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo

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

que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática. [-] **IV.- Sobre la carga de la prueba.**

Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el "onus probandi" (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar

que el régimen establecido en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad. A manera de síntesis, se puede observar que se trata de una redistribución del deber probatorio en atención a las circunstancias específicas de cada uno de las partes y su proximidad a las fuentes probatorias, las cuales, en todo caso, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales, los juzgadores deben recurrir, no sólo a las consecuencias que se derivan en forma directa del acervo probatorio, sino también de indicios y su propia experiencia al momento de valorarlo. Ahora bien, en casos como el presente, se da la particularidad de que, para el demandado, la demostración de las causas eximentes presenta la misma complejidad a la que se enfrenta el actor, ya que allegar al proceso prueba de un eventual supuesto de culpa de la víctima, como lo podría ser el que se haya entregado la clave a un tercero, requeriría verificar, entre otros actos, un comportamiento del ámbito personal del actor, respecto del cual resulta absolutamente ajeno. En este sentido, 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." En ese mismo fallo, sobre el servicio de Internet Banking se indicó "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. 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. Por ende, 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."

IV.- Se colige en suma, que para que surja responsabilidad de un sujeto por los daños y perjuicios ocasionados a otro, se requiere una conducta lesiva de su parte, la existencia de la lesión, el nexo de causalidad, y las más de las veces, un criterio de imputación, según determine la normativa. En particular, la Ley del Consumidor prevé un régimen objetivo de responsabilidad sobre las relaciones de consumo, de manera que los inconvenientes de una actividad lucrativa, como la bancaria, sean asumidos por quien la despliega. Ahora bien, pese a que se configura como objetiva, la atribución de responsabilidad no opera de pleno derecho. El esquema admite el rompimiento del nexo de causalidad cuando el agente demuestre ajenidad en el daño, cual es la existencia de los eximentes hecho de tercero y culpa de la víctima.

V.- Al igual que en el antecedente, en el sub lite se tiene que el Banco Nacional de Costa Rica presta a sus clientes el servicio de Internet Banking, de modo que se está frente a una relación de consumo, a la que resulta aplicable el canon 35 de la Ley de comentario, tal y como dispuso el Tribunal. Debe descartarse entonces la idea de someter el conflicto a la normativa comercial que regula la cuenta corriente, pues la responsabilidad endilgada al demandado obedece a la existencia de un riesgo en el servicio que ofrece, y no por la sustracción del dinero. Arguye el representante del Banco que el esquema de responsabilidad objetiva aplicado, significa que la entidad debe probar la

ajenidad del daño, y a ello se ha avocado infructuosamente (pues en la mayoría de los casos no se ha aceptado como elemento que rompe el nexo causal), sin embargo, a expensas de esa discusión, se ha ignorado un elemento esencial: el daño mismo; el que no ha sido demostrado en este caso, por cuanto las transacciones tildadas de fraudulentas se llevaron a cabo con el uso de la clave e información en poder del usuario. Según consta en el archivo de audio y video de la sentencia, el Tribunal tuvo por demostrado que en fecha 28 de mayo de 2009, utilizando el dispositivo “teclado virtual” se cambió el límite diario de transferencias de los actores, se agregaron cuentas favoritas, y se traspasaron fondos a las cuentas de los señores Yuri García López, por el monto de ¢502.500, Abraham Chacón Solano por la suma de ¢516.000, Virginia Porras Delgado por el importe de ¢509.000, y Erick Arce Gatica por la cantidad de ¢511.000, así como de la señora María Elena Zeledón Rovira por la suma de ¢215.000. Desde otro ángulo, la sentencia impugnada estableció como hechos no probados el que los actores hubiesen realizado las transferencias dichas y que hubiesen revelado el pin, clave, código de seguridad, número o fecha de vencimiento de la tarjeta. Asimismo, tuvo por no acreditado que el Banco fuese ajeno a las sustracciones no autorizadas por los demandantes y que hubiese informado directamente a los actores de los diversos mecanismos de seguridad y su funcionamiento. Este elenco de elementos fácticos tenidos demostrados y no demostrados no es atacado por el casacionista. Pese a que su reclamo es en apariencia por violación directa de los numerales 196 de la LGAP y 35 de la Ley del Consumidor, tal quebranto, en su parecer, se origina en que no se haya probado el daño. Del cuadro fáctico reseñado se tiene que el Tribunal en efecto

tuvo por demostrada la lesión sufrida por los actores, sin embargo, el casacionista no señala de forma prístina el yerro en la valoración de las probanzas en que a su juicio se incurrió y que lo llevó a esa conclusión. No obstante cita el informe técnico anexo al oficio USI-2007-2009 del 24 de junio de 2009, y es a partir de allí es que afirma que el detrimento patrimonial no fue comprobado, en razón de que se utilizó la clave y datos de acceso de los actores, por lo que para todos los efectos, dice, las transacciones deben reputarse por ellos realizadas. Tal argumento no es de recibo. Como se evidencia en el fallo, el 28 de mayo de 2009 se efectuaron transferencias de fondos de las cuentas de los actores a otras cuentas, transacciones cuya autorización no se logró demostrar fuera otorgada por los demandantes. Tampoco se aportó elemento alguno que permitiese desvirtuar la presunción de buena fe que les cobija. Luego, el menoscabo patrimonial existe. Del que se haya utilizado la clave y otra información de los clientes, no puede extraerse, como pretende el ente bancario, que las transferencias fueron realizadas por la señora Zeledón y el señor Gómez, pues precisamente la posibilidad de suplantación de identidad es harto conocida y aceptada por el agente financiero, lo que se observa de la declaración del testigo perito, quien advirtió la falta de seguridad de los mecanismos del Banco. De modo que el servicio de Internet Banking es uno servicio que lleva implícito un riesgo que en la actividad de captación de fondos públicos y su custodia, asume el Banco Nacional de Costa Rica. Por último, esta Sala no comparte el alegato de que el señor Gómez aumentó el riesgo del servicio al no adquirir el *token celular*. Se reitera el riesgo de suplantación ha sido asumido por el Banco, quien debe

garantizar la seguridad de las transacciones, tanto en ventanillas como por cualquier otro medio. Ello implica para el Banco utilizar todos los mecanismos disponibles que le permitan un mayor grado de certeza en la identificación de las personas que realizan transacciones electrónicas. Si la entidad da opción a sus clientes de obtener un dispositivo de seguridad adicional, ello no traslada el peligro a los consumidores, sino que para aquélla (el Banco) es posible entonces disminuirlo. En tanto es facultad de los clientes obtenerlo, el riesgo se mantiene en el mismo nivel o condiciones, pues el Banco presta el servicio aún si no se emplea, de modo que persiste su obligación de hacerse cargo de los inconvenientes de esa actividad. Dicho de otro modo, el demandado admite el riesgo, el que puede reducirse con la utilización de un dispositivo como el *token celular* o cualquier otro, sin embargo, no lo disminuye (estableciendo como requisito para acceder al servicio el uso del mecanismo), sino que exhibe ese instrumento como una seguridad extra al sistema, que se entiende ya de por sí debe brindar la seguridad a las transacciones. No es por ende, obligación de los clientes procurarse determinados mecanismos si éstos son ofrecidos como opción adicional a la ya presupuesta seguridad consustancial al sistema. A ello debe agregarse que, como expone la sentencia, en este caso, el señor Gómez poseía nivel 2 de seguridad *teclado virtual*, que había sido sugerido por el Banco como elemento de protección, sin embargo no surtió el efecto esperado. Al respecto, el testigo perito aportado por el Banco manifestó que actualmente con el *teclado virtual* pueden hacerse menos transacciones que en el pasado, y que incluso parecía inminente que la Junta Directiva de la institución decidiera no se realizaran más transacciones con éste, por desconfianza en el segundo

factor de autenticación. Lo anterior patentiza el pleno conocimiento y manejo del riesgo por parte de la entidad bancaria.

VI.- En síntesis, el Tribunal determinó la existencia del daño alegado por los actores, producto del riesgo que asume el Banco al desplegar su actividad de captación y custodia de fondos del público a través de Internet. Falló el demandado en demostrar la ajenidad de ese menoscabo, con lo cual se mantiene intacto el nexo causal entre la lesión y su actividad. Tampoco tuvo éxito en acreditar que hubiese adoptado las máximas y mejores medidas de seguridad en el servicio en cuestión. Por lo tanto debe responder. En virtud de las razones expuestas, el cargo deberá desestimarse, pues no se verifica en el fallo la desobediencia a los artículos 196 de la Ley General de la Administración Pública y 35 de la Ley del Consumidor. A más de lo anterior, con el fin de aclarar, se reitera que el criterio de esta Sala, también adoptado por el Tribunal en el sub lite (según puede constatarse en el audio y video de la resolución), es que aún entratándose de responsabilidad objetiva en materia de consumidor, el nexo causal se quiebra con la demostración de la eximente prevista en el ordinal 35 de la Ley (ajenidad). Sin embargo, ello se extraña en este asunto, y en todo caso no fue rebatido por el casacionista.

VII.- En consecuencia, al no encontrarse en la sentencia el vicio que le endilga el recurrente, procederá rechazar el recurso, y establecer las costas a su cargo conforme al precepto 150 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso. Deberá la parte recurrente sufragar las costas generadas con su ejercicio.

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Gerardo

Parajeles Vindas

José Rodolfo León Díaz

Silvia Consuelo

Fernández Brenes

mont/gdc.-