



**Exp. 08-000059-0161-CA**

**Res. 000516-F-S1-2009**

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

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **DIANA CARLOTA RAMÍREZ FERNÁNDEZ**, soltera, médico; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representada por sus apoderados generales judiciales, Marietta Herrera Cantillo, viuda, y Alejandro Gómez Picado, soltero, vecino de Heredia. Figuran además, como apoderados especiales judiciales de la actora, Eduardo Sancho González y Miguel Sancho Monge, de ambos no se indica el estado civil. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, abogados y vecinos de San José.

### **RESULTANDO**

**1.-** Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, para que en sentencia se declare: *"...con lugar la demanda en todos sus extremos y en consecuencia, se condene al Banco Nacional de Costa Rica al pago de las siguientes partidas por concepto de daños y perjuicios irrogados: a) La suma de \$ 23.739,00 (dólares de los Estados Unidos de América (sic) sustraída de mi cuenta corriente; b) La suma de ₡ 840.000 (colones costarricenses) sustraída de mi cuenta corriente; c) Los*

*intereses sobre ambas partidas a partir del 25 de junio del 2006, en que se hizo la primera transacción ilegítima de los fondos y hasta su total pago. d) Ambas costas de este juicio.”*

**2.-** La representante del Banco demandado contestó negativamente y opuso las defensas previas de falta de integración de la litisconsorcio pasiva necesaria y litis pendencia, y las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de derecho, culpa de la víctima, hecho de un tercero y falta de causa.

**3.-** Se señalaron las 9 horas del 2 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 9 horas del 24 de julio 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, integrado por los Jueces Roberto J. Gutiérrez Freer, Ana Isabel Vargas Vargas y Joaquín Villalobos Soto, en sentencia No. 878-08 de las 15 horas del 22 de octubre de 2008, resolvió: ***"Se rechazan las defensas de: culpa de la víctima, hecho de un tercero, falta de derecho, falta de causa entendida como falta de interés actual y falta de legitimación en su doble carácter. 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 a la señorita DIANA RAMÍREZ FERNÁNDEZ, por concepto de daño debe resarcir el demandado, las sumas sustraídas (sic) en junio del 2007 de la cuenta de la actora número 200-02-014-001709-0, el día 25 de junio \$10,500, el día 26 \$ 5,850 (sic) y \$5,000 en dos transacciones y el día 27, \$2,389 en un total de VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES de los Estados Unidos y de la cuenta 200-01-099-012636-4, la suma de ₡840,000 (OCHOCIENTOS CUARENTA MIL COLONES), también el día 27 de junio de 2007, por concepto de perjuicios los intereses legales sobre las cantidad (sic) indicadas, a partir de la fecha de cada sustracción 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. Interviene en la decisión de este asunto la Magistrada Suplente Stella Bresciani Quirós.

**Redacta el Magistrado González Camacho, salvo los considerandos VI y VII que los redacta la Magistrada Bresciani Quirós**

#### **CONSIDERANDO**

**I.** Los días 25, 26 y 27 de junio de 2007, se realizaron diversas transferencias electrónicas no autorizadas de la cuenta bancaria que mantenía

la señora Diana Carlota Ramírez Fernández en el Banco Nacional de Costa Rica, por la suma total de \$23.750,00 y ₡840.000,00. Ante esta situación, solicitó al Banco el reintegro del monto sustraído, reclamo que le fue denegado, ante distintos órganos administrativos, entre otros motivos, aduciendo que la operación fue realizada utilizando su usuario y clave de seguridad. Luego de agotar la vía administrativa, la afectada presentó proceso de conocimiento ante el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, para que, en lo medular, se condene a la entidad financiera estatal al pago de las sumas sustraídas, los intereses correspondientes y las costas. El accionado contestó en forma negativa la demanda e interpuso las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, de derecho y de causa, así como culpa de la víctima y hecho de un tercero. El A quo rechazó las excepciones interpuestas y declaró con lugar, en todos sus extremos, las pretensiones de la actora. El Banco Nacional de Costa Rica interpone recurso de casación alegando motivos de fondo.

**II.-** Dentro de los reparos planteados, señala que el fallo tiene por indemostrados hechos en contradicción con la prueba que consta en el proceso.

**a-)** En primer lugar, indica que el Tribunal tuvo como no probado el que la actora diera sus datos o claves de acceso de Internet Banking a pesar de que reconoció, durante su confesión, que recibió un correo electrónico sospechoso y que suministró esta información. Asimismo, reconoció que no dio aviso inmediato al Banco de la situación, lo que, al no ser considerado por el Tribunal, tolera la falta de diligencia o de cuidado en su custodia. Lo anterior implica, considera, una vulneración del artículo 338 del Código Procesal Civil en cuanto a la confesión como plena prueba. Asimila el cuidado de la clave al de

las fórmulas de cheque. Concluye, las situaciones presentadas exime al banco del deber de indemnizar a la actora. **b-)** Aduce, el segundo hecho que se tiene por no acreditado es que el Banco Nacional sea ajeno al daño. Dice, durante el proceso su representada procuró la averiguación de la verdad real de los hechos, solicitando la incorporación al proceso de las personas físicas que aparecen como destinatarios de los fondos que se trasladaron. Al rechazar dicha gestión, asevera, se vulneró la obligación del juez de ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias consagrada en el numeral 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Asimismo, en otro agravio independiente, pero relacionado, endilga la trasgresión del cardinal 190 de la Ley General de la Administración Pública, el cual contiene tres eximentes de responsabilidad: la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. Manifiesta, en el caso resulta evidente que un tercero obtuvo la información de la cuenta, no porque el banco la suministrara, sino porque la actora la entregó al recibir y llenar el correo. Aduce, esto es evidente y se desprende de la prueba confesional y de los datos que señalan los sistemas de información y los registros del Banco, los cuales fueron aportados como parte del expediente administrativo, así como de la prueba testimonial pericial. Considera inaceptable la formulación del Tribunal que, en contraposición con lo dispuesto en la norma de cita, afirma que aún si se hubiere demostrado la intervención de un tercero, no por ello se da una liberación de responsabilidad. Su inconformidad se basa en que, por tratarse de un ente público, no puede haber un acto administrativo que reconozca y devuelva los dineros a la actora si los registros e informes internos señalan que las transacciones fueron

autorizadas con sus claves. Reclama, el fallo incurre en error de hecho y de derecho, ya que el Banco Nacional no puede impedir que el usuario asuma conductas que lo pongan en riesgo mientras usa Internet, el cual no es un servicio que proporciona. Argumenta, pretender hacer responsable a la entidad financiera de las conductas activas u omisivas del cliente, como lo hace la sentencia, conlleva una indebida aplicación del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante, Ley de Defensa del Consumidor), por cuanto el riesgo de que al cliente se le haya infiltrado un tercero no le es atribuible al Banco Nacional. En **tercer** lugar, y también como un agravio independiente, el recurrente endilga una errónea interpretación del precepto citado de la Ley del Consumidor. Fundamenta dicho error en que no se reconoce la existencia de una relación contractual entre las partes, por lo que, junto con la vulneración de los artículos 702 y 704 del Código Civil, se quebranta el precepto 1021 del mismo cuerpo legal, considerando que la responsabilidad aplicable al caso es la contractual (subjética) y no la objetiva, enmarcando esta última como una modalidad de la extracontractual. Apunta, el hecho de que el servicio se preste en forma electrónica no implica un cambio en las relaciones bilaterales existentes entre las partes. Señala que la sentencia desconoce que las transacciones solo es posible realizarlas utilizando las claves pertinentes puestas en custodia del cuentahabiente. En este sentido, aduce, el fallo irrespeta el compromiso contractual existente, libremente aceptado por la actora, y le traslada los efectos de las transacciones que la actora determina como espurias al Banco, calificando su conducta como riesgosa. Señala que el fallo desconoce que es un

hecho notorio que cualquier usuario de Internet está expuesto a ser infiltrado por diversos programas que le pueden extraer sus datos sensibles, como sucedió con la señora Ramírez Fernández, quien recibió un correo sospechoso y suministró sus datos. Afirma, el Tribunal rechaza que el sistema de seguridad del Banco está dirigido a impedir que sin la clave de identificación correspondiente, haya una infiltración de un tercero no autorizado a las cuentas de sus clientes. Para definir este conflicto, considera, se deben valorar dos teorías, la del riesgo y la de la ajeneidad del daño. En este sentido, indica, el Tribunal le resta importancia al hecho de que los contratantes utilizan el servicio que brinda un tercer proveedor (Internet), de forma que lo que ofrece el Banco es, únicamente, el ingreso del cuentacorrentista a su cuenta. Califica como contrario al principio de razonabilidad y proporcionalidad el que se le obligue a verificar el manejo que realizan sus clientes de su computadora, así como del antivirus. Señala, al haberse demostrado que el acceso se hizo utilizando la clave del usuario, se rompe el nexo de causalidad. Agrega, en el proceso se demostró la participación de un tercero, lo que comprueba la ajeneidad. Apunta, tanto en la responsabilidad subjetiva como objetiva, existe un elemento esencial común, cuál es la causalidad, la cual afirma, no se da en el presente caso, toda vez que se acreditó que el sistema del Banco no falló, y en ese tanto, no causó el daño. En refuerzo de su tesis, realiza un símil con la colocación de un cajero de depósitos nocturnos, aseverando que no se admitiría que se responsabilice al Banco por lo que ocurra en la vía de acceso pública antes de ingresar, por el solo hecho de que se está sirviendo de la calle. Señala que las medidas que pueda adoptar para paliar el riesgo del ejemplo planteado

lo hace, no porque exista una obligación jurídica, sino porque le conviene comercialmente.

**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 artículo 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se

ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: *"el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, **e independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por*

*las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor."* (la negrita es suplida).

Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los

demás, debe también soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido *como donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo

un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.

**IV.-** En el caso en concreto, las pretensiones de la 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.

**V.-** Asimismo, 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.

**VI.-** En lo medular, el reclamo del recurrente gira en torno a una indebida valoración probatoria de la confesión de la parte, de la cual, considera, se demuestra, precisamente, un supuesto de culpa de la víctima, y en forma indirecta, el quebranto de los numerales 190 de la Ley General de Administración Pública y 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. El recurrente recrimina al Tribunal, no tener por acreditada la culpa de la víctima, a pesar de existir una confesión de parte en donde la señora Ramírez Fernández acepta haber recibido un correo electrónico y que suministró su clave. Asimismo, reclama lo indicado que aún de presentarse alguno de estos supuestos en concurrencia con una situación de riesgo, no se eliminaría la responsabilidad, ya que no se podría afirmar la ajeneidad que exige el precepto 35 de la Ley del Consumidor. Sobre este último punto particular, lleva razón el recurrente, toda vez que la responsabilidad objetiva no puede ser vista como una transferencia patrimonial automática. Por el contrario, de operar una causa eximente a favor del demandado, resulta imposible afirmar la existencia de un nexo de causalidad. Ahora bien, revisada la evacuación de la prueba en cuestión, la actora manifestó: *“abrí el correo y comencé a completar datos pero ese día andaba un poquillo apuradilla y como yo en realidad no tenía ningún cambio en los datos que se me estaban solicitando, cerré el correo, me desconecté de*

*internet y decidí que mejor después, en algún momento, pasaba al banco'* (transcripción de la grabación del juicio oral y público, a las 10 horas 10 minutos del 22 de octubre del 2008, reiterado a las 10 horas 20 minutos del mismo día). Asimismo, indica que el correo que recibió era, en apariencia del banco, ya que presentaba características similares a la imagen publicitaria de este. Lo anterior se extrae de lo manifestado a las 10 horas 18 minutos, durante el juicio oral y público. De la deposición de la actora, valorada en su conjunto, se extraen conclusiones importantes para la resolución del caso. Por un lado, la víctima recibió un correo electrónico, en el cual se le solicitaba que entregara información personal de sus cuentas. Por el otro, queda claro que dicha comunicación no sólo fue abierta, sino también completada, al menos en forma parcial. La situación descrita debe ser considerada dentro del cuadro fáctico al momento de valorar el nexo de causalidad, en particular, la influencia que esta pueda tener en el posible origen del daño. En criterio de mayoría, la conducta reconocida por la víctima tiene incidencia directa en la lesión jurídica, contribuyendo como causa de esta. Según lo expuesto sobre la carga de la prueba, y en aplicación de la sana crítica, el juzgador debe considerar el grado de probabilidad de que el daño se derive de una imprudencia de la víctima en el manejo de su clave personal y no del funcionamiento inadecuado del servicio que presta el intermediario bancario. En la especie existen indicios suficientes de que se dio la primera situación. Si bien en virtud del régimen de responsabilidad objetiva que impone la Ley de Defensa del Consumidor, el proveedor se encuentra obligado a la reparación de los daños causados incluso como derivación de un riesgo creado, ello no libera al usuario de un nivel medio

de diligencia en la administración de aquellos elementos riesgosos que le incumben. La utilización de un servicio altamente tecnológico hace suponer cierto grado de conocimiento y precaución. Así como nadie concebiría entregar las llaves de su casa a un extraño, de igual forma, el sentido correcto de las cosas impone al cliente bancario cierto grado de prudencia en el manejo de la clave de acceso al sistema de "internet banking"; esto resulta más evidente al considerar que se trata de la llave de entrada que permite el ingreso a las cuentas en que se encuentran depositados sus recursos. En la especie, la confesión que consta en la tramitación del juicio oral permite determinar que este deber de cuidado no fue observado por la víctima, quien en definitiva contribuyó para que se causara el daño. Se puede presumir, en forma razonable, que la inclusión de datos en el correo falso que recibió la actora fue el mecanismo utilizado para el acceso no autorizado, por un tercero, a sus cuentas. A esta situación, se debe agregar el hecho de que, según su propia narración, lo indicado ocurrió 15 días antes de que se diera el hecho dañino, tiempo suficiente para tomar las previsiones del caso, como realizar un cambio de clave o, al menos, apersonarse a las instalaciones de la entidad financiera para asesorarse sobre la situación acontecida. La actora fue omisa de cualquier acto de prevención que impone la buena administración de un servicio de acceso por internet a las cuentas bancarias. De lo expuesto se colige, en el caso particular, que ha existido culpa de la víctima. Surge una duda razonable acerca de si el correo fue enviado o no, y si asociado al correo se encontraba algún programa que remitiera los datos, aún y cuando no se haya enviado el mensaje. En este sentido, cabe destacar que no resulta razonable exigirle al

Banco que demuestre que datos específicos fueron los que llenó mediante el correo, ya que no tiene acceso a dicha fuente probatoria. Así las cosas, la resolución impugnada incurre en el quebranto alegado por el casacionista por una indebida aplicación del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor, según el cual, y de conformidad con lo ya expuesto, el demandado no debe ser responsable cuando resulte ajeno al menoscabo sufrido por el perjudicado. Ahora bien, por haber sido objeto del debate, es necesario referirse al tema de la información suministrada. Es responsabilidad del intermediario financiero promover una cultura bancaria que permita a los usuarios de sus servicios y productos realizar un uso adecuado de ellos. Las entidades financieras, públicas y privadas, se encuentran en la obligación de informar y asesorar a sus clientes. Ello deviene de su posición dentro de la relación jurídica, ya que como agente económico relevante (siendo, sin lugar a dudas, la parte más fuerte del vínculo contractual), se encuentra en posibilidad de sistematizar la información relevante para el usuario y suministrarlo mediante los canales que tiene a su disposición. Esta es una obligación que deriva, no solo de las buenas prácticas en materia bancaria, sino también de lo dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor. En este sentido, resulta paradigmático lo estipulado en los cardinales 32 inciso c) y 34 inciso b) de dicho cuerpo normativo. De igual forma, la norma de cobertura del régimen de responsabilidad aplicable a la entidad bancaria incluye, dentro de los criterios de imputación, la omisión en el suministro de información suficiente al cliente. Así las cosas, el comportamiento de la señora Ramírez Fernández debe ser valorado y confrontado con el nivel de información disponible a la fecha de los hechos, esto es, junio de 2007. Tal y

como consta en el informe pericial que fue admitido en la audiencia preliminar, en la página 32, se detallan las distintas publicaciones realizadas en relación con los fraudes electrónicos, advirtiéndolo a los clientes y al público en general, de los cuidados que debían tomar. Como se puede observar, previo a la fecha en que se dio la estafa sufrida por la actora, se dieron múltiples publicaciones y apariciones en medios de comunicación masiva, por lo que no podría concluirse que ha existido falta de información sobre el tema. Dicha campaña inició, de acuerdo con el dictamen en cuestión, a partir del 11 de marzo, haciendo énfasis sobre el hecho de que en ningún momento el Banco solicita datos mediante correo electrónico. En consecuencia, dicho supuesto no implica responsabilidad para el Banco. A raíz de todo lo expuesto, el reparo debe ser acogido. Asimismo, por la forma en que se resuelve, por innecesario, se omite pronunciamiento sobre los restantes agravios.

**VII.-** De conformidad con lo expuesto, el recurso de casación debe ser declarado con lugar. En consecuencia, se debe acoger, y así se hace, la excepción de culpa de la víctima y se declara sin lugar la demanda. En cuanto a las costas del proceso, considera esta Sala que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo, por haber existido motivo suficiente para litigar, se debe resolver sin especial condenatoria en costas.

### **POR TANTO**

Se declara con lugar el recurso. Se anula la sentencia recurrida. Fallando por el fondo, se acoge la excepción de culpa de la víctima y se declara sin lugar la demanda. Se resuelve sin especial condenatoria en costas.

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**

**Román**

**Solís Zelaya**

**Óscar Eduardo González Camacho**

**Stella Bresciani**

**Quirós**

**Voto salvado de los Magistrados Solís Zelaya y González Camacho**

**I.-** Con el debido respeto para la posición de los compañeros, nos separamos del criterio de mayoría que consideró que en el presente caso no existía responsabilidad del Banco por existir culpa de la víctima. Si bien se comparte el análisis en torno a la responsabilidad de las entidades bancarias en materia del consumidor, con base en la prueba recabada no es posible, en nuestro criterio, afirmar que la actora suministró sus datos mediante un correo sospechoso que recibió. En este sentido, la conclusión del Tribunal de que la prueba no es contundente en cuanto a la entrega de la clave a un tercero por parte de la señora Ramírez Fernández, encuentra mérito en la declaración de la actora. Según su deposición, una vez que recibió el correo electrónico sospechoso, en apariencia proveniente del Banco, si bien reconoció que empezó

a cumplimentar la solicitud de datos, también es lo cierto que no finalizó este proceso ni envió el correo, aspecto sobre el cual no existe prueba alguna que contradiga su dicho, mereciendo credibilidad, a quienes suscriben este voto, el testimonio brindado. Aunado a lo anterior, dentro de los elementos probatorios evacuados en el proceso no existe prueba técnica que permita afirmar que, con el sólo hecho de llenar la solicitud de información, esta puede ser remitida, en forma automática, a terceras personas, sin que sea necesario el envío del correo por parte del destinatario. Lo anterior hace que no pueda concluirse que en la especie se haya demostrado la culpa de la víctima, lo que obliga al rechazo de los agravios encaminados a dicho fin. La misma solución se impone respecto de la inconformidad planteada en tanto el Tribunal tuvo por no demostrada la ajeneidad del daño, en particular, por la participación de un tercero en su producción. Sobre el particular, ya se ha indicado que la responsabilidad del banco proviene, no de la sustracción del dinero por un sujeto extraño a la relación que lo vincula con la cliente, sino que se fundamenta en la existencia de un riesgo en el funcionamiento propio del servicio que ofrece el Banco. En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, consideramos que dicho reparo debe ser rechazado.

**II.-** En consecuencia, siendo que el voto de mayoría omitió criterio sobre los restantes agravios, al considerar que el recurso de casación era admisible al mediar culpa de la víctima, lo procedente es pronunciarse respecto de los mismos. En este sentido, se endilga una indebida valoración de la prueba pericial aportada por el Banco Nacional, así como del oficio BRHL-207-2007 del 16 de julio de 2007, dirigido a la actora. El Tribunal, indica, desconoce dichas

probanzas y tiene por demostrado que las transacciones no fueron realizadas por la actora con base en su declaración. Señala, se vulnera el numeral 318 del Código Procesal Civil. El presente reparo debe ser rechazado. Como se puede colegir de la misma prueba que considera valorada en forma indebida, el propio banco reconoce, en forma implícita, que la actora no fue quien realizó las transacciones, al señalar el oficio en cuestión que *"el caso presenta el perfil típico de una estafa mediante modalidad de Phishing, que en su término más genérico es el "Robo de Identidad", delito que vienen utilizando los estafadores, pues se orienta a la obtención de los datos personales de la víctima, incluida su clave confidencial de acceso al sistema, para acceder a sus cuentas y ordenar transferencias a cuentas previamente preparadas para el fraude."* En consecuencia, el yerro que se pretende imputar a la sentencia no encuentra sustento en el acervo probatorio, siendo que, por el contrario, confirma la calificación de fraudulenta otorgada por el Tribunal a las transacciones. En otro orden de ideas, si bien el casacionista hace referencia a la prueba pericial, omite precisar el presunto error que se endilga, lo que impide que dicho cargo sea pasible de análisis ante este órgano por falta de fundamentación suficiente.

**III.-** La **segunda** inconformidad del recurrente se da por cuanto el Tribunal tuvo por acreditado, sin que existiera prueba en ese sentido, que la señora Ramírez Fernández, mantenía actualizado su ordenador, así como que contaba con un antivirus. Con dicho proceder, apunta, quebranta las reglas de la sana crítica a que se refiere el inciso 4) del numeral 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Si bien es innegable el recurrente se refiere a los deberes de los clientes bancarios que utilizan el sistema de banca electrónica, el

cargo no puede ser admitido ya que, en primer lugar, se omite puntualizar el elemento demostrativo que se pretirió o que fue mal valorado. En segundo lugar, aún de haberse cumplido con este requisito, de ello no se desprende, en el caso concreto, el que haya concurrido una causal eximente que impida que, en la especie, se despliegue el régimen de responsabilidad establecido en el numeral 35 de la Ley del Consumidor. Ergo, el cargo debe ser rechazado.

**IV.-** Aduce, como **tercer** reparo, una indebida valoración de la prueba documental ofrecida durante el debate, en particular, y aclarando que no se limita a esta, el oficio 14766 de la Contraloría General de la República, en el que se atiende un requerimiento de contratación administrativa del Banco. Expone, el mismo órgano fiscalizador reconoce como notoria la actuación cuidadosa de la entidad financiera en la materia, ya que acreditó *“la valoración de la tecnología más adecuada, la indagación del mercado para seleccionar a un contratista idóneo y la justificación de los costos de la contratación”*. Considera que la sentencia descontextualiza la prueba, interpretándola en contradicción con las reglas de la sana crítica. En refuerzo de lo anterior, apunta que el testigo perito fue enfático en que la solución lo que persigue es darle mayor seguridad a los clientes. El reparo en cuestión debe ser rechazado. En lo medular, cuestiona que con base en el oficio citado, el Tribunal haya tenido por probado que el sistema no era 100% seguro. Como lo reconoce el propio recurrente, se trata de una solicitud al órgano contralor para que se autorice una contratación de urgencia, en la cual se pretendía la adquisición de *“una solución integral para brindar autenticación de Dos Factores en las aplicaciones de Internet Banking del Banco Nacional”*. Esta Sala no aprecia que

exista una contradicción entre la prueba y la conclusión que de ella extrae el Tribunal, en la medida en que realizar una compra en estas condiciones implica, evidentemente, que el sistema no resultaba 100% seguro, ya que de lo contrario, no existiría justificación para dicho trámite. Por el contrario, del detalle de la justificación de la solicitud se extrae que el mismo banco reconoce la inseguridad por parte de los usuarios, afirmando, incluso, la existencia de un estado de emergencia. Aunado a lo anterior, es pertinente destacar parte de la resolución de la Contraloría, que indica: *"resulta relevante reconocer que la entidad bancaria debe ultimar las medidas a su alcance para procurar que los servicios que presta se desarrollen en un ambiente con las mayores medidas de seguridad posibles, de manera que tanto el patrimonio de los usuarios como el de la institución, estén debidamente resguardados ante fraudes. El riesgo que se ha acreditado en el expediente justifica por lo tanto la aplicación de medidas inmediatas, en el sentido antes apuntado."* No cabe duda, entonces, que la conclusión del Tribunal de fijar como hecho demostrado que el sistema no es absolutamente seguro encuentra asidero en la prueba documental. En relación con los restantes argumentos del recurrente en cuanto a que dicha probanza contiene un reconocimiento por parte de la Contraloría del actuar cuidadoso del Banco, lo cierto del caso es que dicho aspecto carece de relevancia para la solución del presente asunto, en la medida en que se juzga la responsabilidad objetiva que le puede ser imputada, en donde la debida diligencia no es un aspecto que libere al demandado del deber de reparar.

**V.-** El **cuarto** motivo planteado en el recurso se refiere a que la declaración del testigo perito Mario Arguedas fue valorada en forma indebida,

ya que en esta se hace referencia a los principales equipos del servicio internet que se protegen en el Banco Nacional, así como los controles de seguridad que se aplicaban en las fechas en que se dieron las transacciones fraudulentas objeto de este proceso. Plantea, a pesar de lo anterior, así como del peritaje de seguridad que fue aportado, el Tribunal afirma que el banco no tenía controles de seguridad y que el riesgo está constituido por la actividad de servicio bancario en línea que ofrece el intermediario financiero. Fundamenta que el sistema sí es seguro en el hecho de que 340.000 personas lo emplean, movilizándolo ₡750.000.000.000,00. El Tribunal, en lo que interesa, consideró que el sistema de Internet Banking era, al momento en que ocurrieron los hechos, riesgoso, lo que permitía establecer un nexo de causalidad entre el daño sufrido y la operación del servicio. Una vez revisada la declaración del señor Arguedas, se desprende que si bien el Banco Nacional adoptó una serie de medidas que garantizan la seguridad informática de su plataforma interna, lo cierto del caso es que no existen elementos que desvirtúen la conclusión expuesta en la sentencia en cuanto a que la actividad desplegada por el Banco era riesgosa. El servicio de banca electrónica, tal y como se ha indicado en precedentes de esta Sala, comprende, no sólo el sistema al que se accede mediante la página web, sino también los canales informáticos utilizados para conectarse a la misma. Por otro lado, el recurrente pretende fundamentar su argumento en aspectos estadísticos, sin aportar elementos técnicos que permitan arribar a una conclusión diferente a la que se encuentra plasmada en la sentencia. En virtud de lo anterior, al fijar los hechos probados o motivar su decisión, el Tribunal no incurrió en una indebida valoración de la prueba, la cual

fue considerada dentro de los parámetros señalados, por lo que el reparo debe ser rechazado.

**VI.-** Acusa, como **quinto** motivo, una indebida valoración del concepto de derecho a la información. Afirma que el Tribunal incurre en un error de hecho y de derecho en la valoración de las publicaciones citadas, y que en estas, así como en el sitio de Internet, se informó plenamente, no sólo al consumidor o usuario, sino al público en general. Resume su argumentación que, con base en las circunstancias expuestas, no puede tenerse por cierta la afirmación del Tribunal de que "*...el usuario es sometido a una oferta en la que no se le informa del riesgo.*" El presente agravio debe ser rechazado. Al margen de la opinión que pueda tener este órgano respecto de si en el caso concreto la entidad financiera cumplió o no con el deber brindar aquella información que resulte veraz, oportuna y pertinente, lo cierto del caso es que el objeto del proceso se encuentra circunscrito a la responsabilidad que solicita la señora Ramírez por la sustracción de dinero de que fue víctima y que concedió el órgano jurisdiccional. En este sentido, de un análisis integral de la sentencia que se revisa, se coligue que el criterio de imputación utilizado por el Tribunal para conceder la pretensión de la parte es que el servicio ofrecido es riesgoso, situación que resulta independiente de la valoración realizada sobre la información suministrada al cliente. Así las cosas, los argumentos del casacionista sobre este punto no permitirían, aún de llevar razón, quebrar el fallo impugnado.

**VII.-** Expone, como **sexto** agravio, que el fallo interpreta en forma indebida diversas normas jurídicas. **a-)** En primer lugar, acusa como

transgredido el canon 60 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en la medida en que dispone que los depósitos se regirán por los reglamentos emitidos por las entidades financieras y disposiciones de las leyes comunes. En línea con lo anterior, señala, el servicio de Internet Banking es una contratación adicional que tiene sustento en la relación de la misma naturaleza que existe entre Banco y cuentacorrentista. Concluye, no se trata de algo que el cliente tenga que soportar, sino voluntario, y el uso de las claves es parte del acceso al servicio y el mecanismo de manifestación y verificación de la voluntad del usuario. **b-)** Se quebrantan, asevera, los numerales 702 y 704 del Código Civil. La primera, en el tanto establece la relación de causalidad entre el daño causado y el obligado a pagarlo, indicando que en el proceso se acreditó que las transacciones se realizaron, por su voluntad y conforme a la clave que solo ella conocía. En cuanto a la segunda, interpreta, se vulnera por cuanto no se determinó su falta de cumplimiento de la obligación contractual, siendo que del testimonio del testigo perito se demostró que el sistema es 100% seguro, y así lo reconoció el abogado de la actora en sus conclusiones. Ambas inconformidades deben ser rechazadas. En el caso de la interpretación indebida del canon 60 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Si bien es cierto que las entidades bancarias se encuentran habilitadas para reglamentar los servicios que ofrecen, resulta igualmente claro que esta facultad se refiere a la relación comercial que surge producto del contrato mediante el cual se realiza la captación. El objeto del proceso versa sobre la responsabilidad que le es imputable a la entidad por la implementación de un servicio que presenta un riesgo anormal, según lo ya expuesto en los considerandos anteriores, lo que

escapa, claramente, al presupuesto de hecho contenido en la norma en comentario. En la medida en que se trata de una responsabilidad objetiva, el que la contratación del servicio sea voluntario resulta irrelevante para determinar si surge o no un deber indemnizatorio. Por su parte, los argumentos en relación con los numerales 702 y 704 del Código Civil ya han sido objeto de análisis a lo largo del presente recurso. No existen elementos probatorios que acrediten que las transacciones fueron realizados por voluntad de la titular de la cuenta, por el contrario, y según lo indicó el mismo Tribunal, éstas deben ser consideradas como fraudulentas. Asimismo, y siguiendo lo indicado en la sentencia, la causa del daño es el riesgo creado y asumido por el Banco al utilizar el canal de Internet para acceder a su plataforma interna, afirmación que debe ser complementada con lo ya indicado en cuanto a la implementación de mecanismos de seguridad. Con base en lo expuesto, existe un vínculo causal entre el funcionamiento del servicio, tal y como lo indicó el Tribunal, que permitió la realización del hecho dañoso, y el perjuicio económico sufrido. Así las cosas, no cabe afirmar que se quebranta el contenido del numeral 702 que exige, precisamente, este requisito. Lo indicado también respalda que no exista vulneración alguna del precepto 704 del Código Civil, en la medida en que la existencia de un incumplimiento contractual resulta irrelevante de cara a la solución del presente asunto. En virtud de lo anterior, ambas disconformidades aducidas deben ser rechazadas.

**VIII.-** En el **sétimo** reparo planteado en el recurso, endilga la falta de aplicación del Reglamento de Tarjetas de Crédito, Decreto no. 28712-MEIC, en particular el artículo 5, el que detalla los deberes de los tarjetahabientes.

Reitera, la clave de acceso es totalmente secreta, creada y manejada exclusivamente por el interesado, siendo desconocida para el Banco. En este sentido, considera que la norma cuya infracción se alude resulta aplicable al usuario de los sistemas de información, en particular, el deber de no divulgar las claves de acceso a los cajeros y otros servicios electrónicos, en la medida en que no existe un marco regulatorio sobre el servicio de banca electrónica. Apoya su argumentación en los numerales 10 y 12 del Código Civil que prevén la aplicación analógica ante la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico. En este sentido, señala la existencia de una cláusula contractual que dispone que la clave es confidencial y sustitutiva de la clave autógrafa, la cual encuentra sustento normativo en la norma citada del Reglamento, lo que, a su vez, excluye que pueda ser considerada como abusiva o vejatoria, tal y como lo hizo el Tribunal. De nuevo, el recurrente centra su argumentación respecto del deber de custodia que le corresponde al usuario del servicio de Internet Banking, pretendiendo imputar a esta circunstancia la causa del daño. Tal y como ya se indicó, al cliente le asiste un deber de cuidado y prudencia en lo que atañe al manejo de las claves, la conexión utilizada para acceder al sitio web así como los requerimientos propios del software de su computador, sin embargo, en el caso concreto, no existen elementos probatorios que permitan concluir que existió un incumplimiento por parte de la actora. En este sentido, lo expuesto no permite casar el fallo del Tribunal, el cual es claro en establecer el nexo de causalidad entre el daño y el nivel de riesgo del sistema, sin que de esto se derive una vulneración de la normativa citada. Asimismo, y de acuerdo a la prueba recabada, la sentencia que se impugna concluye que no se logró

acreditar un mal manejo de la clave por parte de la actora. En virtud de lo expuesto, se debe rechazar el agravio planteado.

**IX.-** Como **octavo** motivo, el casacionista considera quebrantados los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en la medida en que pretende que se pretende que el Banco se imponga de las conductas del cliente, de verificar sus sistemas de información o del uso que hace de su ordenador, así como de los antivirus que mantiene en el mismo, lo que resulta imposible. Señala que el ente público no puede acceder a la pretensión de la actora, ya que sus sistemas de información, los informes y dictámenes indican que las transacciones fueron realizadas por ella. Aunado a lo anterior, argumenta, no podría reintegrársele un dinero que el Banco no se apropió, sino que terminó en manos de terceras personas. De obligarse a la institución a proceder de esta manera, se incurriría en la violación de los preceptos 132, 133 y 134 de la Ley General de la Administración Pública, ya que no existe motivo que justifique dicha actuación. 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. Llama la atención a que la jurisprudencia que pretende sentar el Tribunal conduciría a un caos en las relaciones de que se ocupa el precepto 35 de la Ley de Protección al Consumidor, al tiempo que viene a facilitar la comisión de fraudes.

**X.-** En este sentido, tal y como lo ha indicado esta Sala en otros antecedentes sobre el mismo tema, los agravios esgrimidos en el considerando

anterior se corresponden a plenitud con la causal que expresa y claramente prevé el apartado d) del artículo 138 del Código Procesal de reiterada cita. Todo operador jurídico se debe al bloque de constitucionalidad, y por excelencia el Juez, que en sus pronunciamientos debe procurar ajustarse al elenco jerárquico del sistema jurídico. Este particular aspecto se torna especialmente trascendente para el Juez de Casación, pues hay que recordar que, a más de la correcta aplicación del Derecho en el caso concreto (y con ello la máxima aproximación posible a la justicia), el órgano encargado de la casación tiene como fin primordial la recta y correcta interpretación de la norma jurídica a la luz del Derecho de la Constitución. Con ello se cierra el círculo del control constitucional que, expresamente, ha excluido de la Sala encargada de la materia, la revisión de los pronunciamientos jurisdiccionales (a no ser, en la línea reiterada de su interpretación) según lo dispone el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y envía dicho control, como debe, al vértice último de fiscalización jurisdiccional, que no es otro, que el órgano de casación (y que para este caso particular, lo sería la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). El Juez de Casación se erige no sólo en operador del Derecho de la Constitución, sino también (y sobre todo) en su contralor. Y no sólo de las normas positivas del derecho constitucional (que como es sabido no se agotan en la Constitución misma), sino también de sus principios y reglas, muchas de las cuales se han venido esclareciendo mediante la misma jurisprudencia. De esta forma, cualquier vulneración al subsistema normativo superior implica, casi siempre, una violación a las normas sustantivas del ordenamiento jurídico, lo que a su vez produce una nulidad de la sentencia, pues si las conductas de la

Administración Pública y del propio legislativo deben sumisión al marco superior del sistema (Derecho de la Constitución), no existe norma ni razón alguna capaz de excluir, válidamente, la sumisión del juez al Derecho, pues por aplicarlo no queda exento de su mandato, antes bien, es quizá el operador con mayor vínculo al régimen. Este deber, aplicable a todas las materias, es reiterado, en forma expresa, por el precepto 138 del Código Procesal de mérito, que ha venido a reafirmar, en la tradición del sistema jurisdiccional costarricense, el sometimiento del juez y sus sentencias al Derecho de la Constitución, y el posible control de ello, asignado, no en este caso a la Sala Constitucional, sino a la Sala de Casación de lo Contencioso Administrativo, como punto máximo de la jerarquía jurisdiccional. De modo que habrá invalidez de la sentencia contencioso-administrativa, así como de aquellas dictadas en otras materias, siempre que habiéndose recurrido, se alegue y se encuentre, una desatención, inaplicación o indebida interpretación de cualquier norma o principio del Derecho de la Constitución, tal y como lo ha dispuesto y aplicado en múltiples precedentes esta misma Sala, con anterioridad, incluso, del propio Código Procesal Contencioso Administrativo.

**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. Resulta pertinente indicar que el test de razonabilidad a que hace referencia el recurso debe ser realizado teniendo como punto de partida un marco jurídico determinado, de forma tal que no es dable limitar los argumentos con que se combate la sentencia a cuestiones metajurídicas como lo hace el recurrente, como la presunta socialización de todos los riesgos de una relación de consumo. De igual forma, no resulta desproporcionado respecto del fin perseguido por el Derecho de la Constitución y la legislación especial dictada al efecto, el surgimiento de responsabilidad a cargo del agente económico que ofrece bienes y servicios por los daños que de estos se deriven, siempre y cuando exista un nexo de causalidad que los 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.-** Como **último** agravio, el recurrente se muestra inconforme con la condena en costas dispuesta en la sentencia, en aplicación del numeral 221 del Código Procesal Civil y del artículo 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Justifica su reclamo en el hecho de que el propio Tribunal tiene por demostrado que a la actora le sustrajeron las claves de acceso. Afirma, en el caso existe suficiente motivo para litigar, realizando un repaso de los diferentes elementos considerados en la sentencia, y respecto de los cuales ha expuesto sus discrepancias. Adicionalmente, asevera, la participación de la entidad demandada, no sólo en este proceso sino también en sede administrativo, ha sido de buena fe, por lo que el juez se encuentra facultado de eximir al vencido en el pago de las costas. Finalmente, concluye, la naturaleza de estos procesos es muy nueva, contexto dentro del cual, el Banco tiene sobradas razones jurídicas y técnicas para sostener su posición, sin que exista jurisprudencia con base en la cual deban allanarse a las pretensiones expuestas. Sobre este punto, siendo que el voto salvado se da, únicamente en cuanto a los temas relacionados con la responsabilidad del Banco, se omite pronunciamiento sobre este aspecto por concurrir con la decisión adoptada por la mayoría.

**XIII.-** En virtud de las anteriores consideraciones, en criterio de quienes suscriben este voto de minoría, 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 declara sin lugar el recurso de casación formulado. Son las costas a cargo del promovente.

**Román Solís Zelaya**

**Óscar Eduardo González**

**Camacho**

DCASTROA