



**Exp: 08-000211-0161-CA**

**Res: 000827-S1-F-2009**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las ocho horas del siete de agosto de dos mil nueve.

Proceso ordinario establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **PROYECTOS Y SOLUCIONES BSM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su tesorera, con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma, Ana Lidieth Solís Mata, soltera, licenciada en Contaduría Pública y vecina de San José; contra el **BANCO DE COSTA RICA**, representado por su apoderado general judicial, Alejandro Faba Alpízar, de calidades no indicadas. Figuran además, como apoderados especiales judiciales de la parte demandada, los licenciados Manuel Enrique Ventura Rodríguez, Andrés López Vega, Neptalí Garro Zúñiga y Luis Alonso Ortiz Zamora, de calidades ignoradas. Las personas físicas son mayores de edad.

### **RESULTANDO**

**1.-** Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la sociedad actora estableció demanda ordinaria, a fin de que en sentencia se declare: "a) *Se acoja en un todo la presente demanda. b) Se declare con lugar la misma. c) El banco (sic) de Costa Rica, debe indemnizar a mi representada de los dineros defraudados por terceros, máxime que se han seguido uno a uno las indicaciones del*

*banco para no sufrir estafas de índole alguna. d) El dinero debe ser reintegrado con sus respectivos intereses a la fecha de su efectivo pago y el honorable Tribunal deberá incluir dentro de su pronunciamiento la actualización de dicha suma, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda, ocurrida durante el lapso que media del despojo del dinero y su pago efectivo (artículo 123 CPCA) e) El buen nombre de la Compañía ha sufrido daño y en tal razón debe ser resarcida. f) Se nombre perito matemático para el cálculo de los daños causados. g) En caso de oposición a la presente demanda, se condene al Banco de Costa Rica al pago de ambas costas.”*

**2.-** La entidad bancaria contestó negativamente e interpuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, la expresión genérica “*sine actione agit*”, así como falta de integración de la litis consorcio necesaria. Esta última resuelta en forma interlocutoria.

**3.-** Para la audiencia de conciliación se señalaron las 13 horas 30 minutos del 23 de junio de 2008, no obstante la parte demandada no se presentó, por lo que se dio por fracasada la audiencia.

**4.-** En audiencia preliminar de las 9 horas 40 minutos del 30 de julio de 2008 la parte actora aclara la pretensión y valora el daño moral en dos millones de colones.

**5.-** Se fijó hora y fecha para realizar el juicio oral y público y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada por la Jueza Laura García Carballo y los Jueces Alner Palacios Garcia y Julio Cordero Mora, en sentencia no. 293-09 de las 14 horas del 23 de febrero de 2009, con voto salvado del juez Palacios García, dispuso: *“Se rechazan las defensas de falta de derecho y legitimación activa y pasiva*

*opuestas por el Banco accionado. Por consiguiente se declara con lugar la presente demanda y se ordena al Banco de Costa Rica pagar la suma sustraída de la cuenta corriente del actor de Proyectos y soluciones (sic) BSM S.A (sic) y que asciende a dos millones de colones, los intereses que se generen a partir de la sustracción y hasta su efectivo pago, conforme a la tasa de interés que prevé el artículo 497 del Código de Comercio se aprueba la indexación solicitada sobre la suma del principal y se difiere para la etapa de la ejecución de sentencia, su cálculo. Se rechaza la partida correspondiente al daño moral y se condena al banco accionado al pago de ambas costas (sic) de este proceso."*

**6.-** El licenciado Faba Alpízar, en su expresado carácter, 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 Ana Isabel Vargas Vargas.

**Redacta el Magistrado Rivas Loáiciga**

### **CONSIDERANDO**

**I.-** La empresa Proyecto y Soluciones BSM Internacional S.A. es titular de la cuenta corriente número 001-0256499-8 colones, en el Banco de Costa Rica (en adelante el Banco), de la cual sustrajeron, mediante transferencia bancaria electrónica, la suma de ₡2.000.000,00. Este débito se presentó el día 10 de diciembre de 2008. La afectada realizó sendas denuncias ante el Organismo de Investigación Judicial y la entidad bancaria, por el fraude perpetrado. El Banco desestimó el reclamo presentado

debido a que la transacción se realizó utilizando los datos personales del usuario y la clave válida. La actora plantea demanda civil de hacienda contra el Banco de Costa Rica. Solicita, en lo medular, el reintegro de la suma indicada y el pago de los intereses sobre esos montos, hasta que se cumpla con dicha obligación, así como la indexación, daños por la pérdida del buen nombre de la compañía, y, las costas del proceso. El accionado contestó en forma negativa e interpuso las excepciones de falta de: derecho, legitimación activa y pasiva e integración de la litis consorcio necesaria. Esta última fue rechazada interlocutoriamente. El 6 de febrero de 2009 el demandado solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad con causas penales, la que se rechazó en la audiencia de juicio oral. El Tribunal Contencioso Administrativo rechazó las excepciones y declaró con lugar la demanda excepto en lo relativo al daño moral, con ambas costas a cargo del demandado. El Banco presentó recurso extraordinario de casación, alegando cuatro motivos, los cuales se analizarán a continuación.

**II.- Primero:** reprocha, el Tribunal incurrió en una indebida valoración o preterición de la prueba testimonial-pericial, al tener por demostrado que el sistema denominado banca electrónica o "*internet banking*" no es 100% seguro, y que la actora no se hubiera visto afectada de no ser por las facilidades creadas por dicho sistema. Concomitantemente, afirma, se tuvo por indemostrado que el Banco es ajeno a la producción del daño por ausencia de prueba contundente sobre el particular. Recrimina, se incurrió en un error probatorio, al valorar las deposiciones del testigo-perito Alejandro Sebiani Serra y del perito de la actora, Edy Miguel Ramírez Jiménez, de las cuales considera, se desprende que a pesar de no ser posible afirmar que todo el

sistema es 100% seguro (lo cual acepta el Tribunal), lo cierto es que no es posible vulnerar el sistema o plataforma informática que provee y administra el Banco de Costa Rica con el fin de apropiarse de las claves de acceso y el pin de los clientes, a lo que agrega, esta situación no se presentó en el caso de la demandante. Asevera, del testimonio se colige que el sistema es 100% seguro y que las eventuales vulnerabilidades se dan en el foco de riesgo que controlan los proveedores de Internet o los mismos usuarios, debiéndose indicar que el sistema, como un todo, se entiende integrado por la conjunción de un sinnúmero de elementos (personas, bienes y servicios), muchos de ellos ajenos a la entidad financiera, y respecto de los cuales, también resulta aplicable el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante, Ley de Defensa del Consumidor). Señala, exigir que todo el sistema sea 100% seguro es un contrasentido, ya que en dicho caso, no habría inseguridad, y por lo tanto, la teoría del riesgo no tendría ninguna aplicación en el caso concreto. De lo anterior desprende que resulta distinto que terceros puedan obtener los datos personales del cliente, lo que corresponde a un estadio previo al acceso y utilización del sistema del Banco, sobre el cual este no tiene control alguno. En la especie, reclama, siguiendo la línea argumentativa, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, con la finalidad de concluir que la causa del daño fue ajena. Cuestiona que el A quo se haya apartado de los criterios técnicos del testigo-perito con base en su propio conocimiento privado de los hechos, sin que, adicionalmente, se expusieran las razones por las cuales decidieron descartar el testimonio en cuestión. Lo anterior, considera, se ve agravado debido a la falta de

ejercicio del Tribunal, de la facultad que le confiere el Código Procesal Contencioso Administrativo de ser asistido por un especialista en la materia, de conformidad con el precepto 103.1 del Código de rito. Como consecuencia de lo expuesto hasta este punto, en criterio del recurrente, se origina una violación directa del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor, con base en las siguientes argumentaciones. Acusa, el quebranto referido se da en el tanto no separa el foco de riesgo que controla la parte demandada de aquel que depende del cliente o de los proveedores del servicio público de Internet y, por lo tanto, se hace responsable al Banco de Costa Rica de todo lo que tenga que ver, directa o indirectamente, con el servicio de banca electrónica. Sostiene, no se valoró si es un riesgo atípico que asumen los restantes intervinientes en el sistema, entendido en la forma como se ha venido haciendo referencia. Indica, si las cuentas fueron accedidas con el pin y clave de la actora, y no se sustrajeron de la plataforma electrónica del Banco, se debe concluir que la causa del daño no fue el uso y riesgo del servicio, sino que derivó de una acción u omisión, consciente o no de la víctima, o bien, del acaecimiento del riesgo típico de otro servicio independiente y desligado de la banca electrónica. Realiza una comparación con los criterios jurisprudenciales de esta Sala respecto al citado artículo 35 y concluye que en dichos casos, la causa que originó el hecho dañoso o el perjuicio, se verificó dentro del foco de riesgo que controlan, y asumen, los comerciantes, es decir, en los términos de la norma legal, "*por razón de la utilización del bien o el servicio*". No obstante, de acuerdo con su planteamiento, en el presente asunto la causa eficiente y adecuada del hecho dañoso se presentó fuera de la actividad que controla el Banco. Expone, para que un hecho de

esa especie resulte indemnizable, debe constituir un riesgo típico, es decir, se origina de una actividad o situación que el legislador haya sometido a un régimen de responsabilidad objetiva. Afirma, de la exposición del testigo-perito, se desprende que el servicio de banca electrónica que presta el Banco de Costa Rica, específicamente, resulta 100% seguro -aunque el sistema como un todo no lo sea- y que la falta de seguridad sobre la cual aplica la teoría del riesgo creado, se da en cuanto al manejo personal de la clave o en los servicios de proveedores independientes al servicio ofrecido por la entidad bancaria. De esta manera, la causa del menoscabo se verificó, en su opinión, de forma externa y sin la participación activa ni pasiva del servicio que regenta el Banco. En esta línea, refiere, de conformidad con el Reglamento de Servicios de Banca Electrónica, numerales 4 y 14, la custodia del pin y clave son de entera responsabilidad del cliente, por lo que al realizarse una transacción con estos, la operación se tiene por legítima. Complementa, el Banco es ajeno al daño, puesto que no se produjo por razón ni con ocasión del uso del bien o servicio ofrecido. Considera, no existe vínculo causal entre la banca electrónica y el daño, lo que libera de responsabilidad al comerciante. La utilización y riesgos del servicio de banca electrónica no fueron la causa del detrimento, sino el instrumento para su provocación. **Segundo:** alega, falta de aplicación del inciso 16 del numeral 6 de la Ley General de Telecomunicaciones. Afirma, la mayoría del Tribunal no aceptó la distinción de los focos de riesgo y el hecho de que Internet es una plataforma pública sobre la que el Banco no tiene control alguno. Ajustó, dice, la existencia de ese medio público, y del uso por parte del Banco, para determinar que es un proveedor de servicios de

telecomunicaciones. En el fallo se concluyó que, dado el uso de la plataforma pública de internet, *"el banco entonces asume la figura de un proveedor de un servicio de Internet que utiliza ese canal electrónico para desarrollar su actividad, como lo es la prestación de un servicio a determinados consumidores"*. En su criterio, esa afirmación es imprecisa, llama a confusión y resulta contraria a la legislación vigente. Apunta, ese concepto es definido de manera distinta en el ordenamiento jurídico costarricense. Señala, la mayoría del Tribunal consideró que únicamente existe un tipo de riesgo, en razón de que el Banco es un proveedor de servicios de internet, o sea, de telecomunicaciones. Considera, lo anteriormente esgrimido confirma que la fuga de información ocurrida fue en razón de que los actores son usuarios de Internet y no porque lo sean del Banco. Sin embargo, el Tribunal, para contrarrestar dicha posición, creó la ficción jurídica de que el Banco es un proveedor de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, manifiesta, dicha concepción no tiene asidero jurídico y es contraria a la legislación vigente en esta materia. En este sentido, asevera, el término proveedor de servicios de este tipo no puede ser utilizado a la ligera, pues es un término jurídico específico que viene a ser definido en la Ley General de Telecomunicaciones. Específicamente, el artículo 6, inciso 16 dispone, en términos claros y precisos, que proveedor es toda aquella *"persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda"*. De ahí, hace notar, para que un sujeto sea considerado proveedor de servicios de telecomunicaciones, debe contar con la debida concesión o autorización.

Expresa, es evidente que la definición contiene elementos técnicos, propios del área de telecomunicaciones, y, que debe tomarse en cuenta que el servicio de telecomunicaciones se presta, como lo indica la ley, al público en general. Arguye, una persona no puede contratar al Banco de Costa Rica para que le permita conectarse a Internet, pero afirma, esta es la premisa que lleva a error a la mayoría del Tribunal. En primer término, anota, el Banco no es concesionario para prestar servicios de telecomunicaciones. Y, en segundo término, el Banco no brinda un servicio de ese tipo al público en general. Así, concluye, de manera fehaciente, el Banco es un usuario más de la plataforma pública de Internet. En otras palabras, estima, que considerarlo un proveedor de servicios, significaría que la entidad bancaria se encuentra actuando ilegalmente, ya que carece de título habilitante. La sentencia, indica, contra la Ley General de Telecomunicaciones, por utilizar una plataforma pública -que obviamente comprenderá la utilización de dominios y la contratación de un diseño de página web-, de forma automática lo convierte en un proveedor de servicios de Internet. Sin embargo, arguye, es lo opuesto, ya que el Banco comparte una plataforma pública para brindar un servicio tan solo como un usuario más. De esta forma, argumenta, el Tribunal erróneamente denomina al Banco de Costa Rica como un proveedor de servicios de telecomunicaciones, solo porque utiliza como usuario una plataforma pública. En su concepto, tiene que distinguirse lo que es brindar servicios en Internet, como lo hace el Banco, de lo que es prestar servicios de Internet ya que son distintos. En su concepto, el primer supuesto es el que contiene los dos focos de riesgo detallados. **Tercero:** endilga, falta de aplicación de los artículos 1022 del Código Civil y

190 de la Ley General de la Administración Pública. Inicia la exposición señalando que la sentencia del Tribunal tuvo por demostrado que la actora suscribió el servicio de banca electrónica, y concluyó, además, que se trata de materia contractual, regida por el derecho mercantil. Asimismo, refiere al acervo probatorio que fue admitido por el juzgado de instancia, en particular, al Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, que en su numeral 4 establece que, el usuario asume toda la responsabilidad si por descuido, por su decisión o por acciones de terceros, la clave o pin fuere de conocimiento de otras personas. De igual forma, menciona el precepto 14, según el cual, todas aquellas transacciones realizadas mediante la plataforma de banca electrónica, y en que se utilice la clave de identificación correcta, se reputan como efectuadas por el cliente. Manifiesta, las anteriores disposiciones se consideran como cláusulas contractuales, las cuales fueron desconocidas por el Tribunal en su fallo, sin que hubieren sido anuladas, lo que constituía una condición previa para poder imputar la responsabilidad al Banco. Producto de lo anterior, considera quebrantado el canon 1022 del Código Civil. Reitera lo dicho en el recurso en cuanto a que el cliente se beneficia del servicio por lo que debe asumir con parte de los riesgos inherentes a aquél, lo cual se encuentra plasmado en el Reglamento cuya inaplicación se recrimina, y que por tratarse de un asunto de responsabilidad contractual, las partes pueden reclamarse incumplimientos recíprocos de los compromisos adquiridos en el contrato de marras. Cita dentro de las normas vulneradas el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, y el 1048 del Código Civil, los cuales establecen el hecho o culpa de la víctima como eximente. **Cuarto:** alega quebranto de los principios

constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, desarrollando dichos conceptos. Expone las cuatro etapas del denominado "test de razonabilidad", a saber, legitimidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. En su opinión, al aplicar este protocolo metodológico, no se aprecian defectos en las primeras dos fases. La vulneración se produce, considera, en los dos últimos escenarios. Afirma, no resulta idóneo, con relación a la necesidad existente, considerar que el Banco debe responder por un robo que se da fuera de su esfera de control, como lo es internet. Agrega, una medida que pretenda imputarle la responsabilidad por un daño cuya causa no se verifica como producto de la utilización del servicio ni de sus riesgos, no es idónea, en virtud de la afectación injustificada, gravosa y confiscatoria que sufre la entidad bancaria, al existir otros medios para tutelar la posición del consumidor, como por ejemplo, las acciones penales y civiles contra los autores del delito. Reitera lo expuesto en cuanto a la socialización de todos los riesgos derivados de cualquier relación de consumo, como prueba de la falta de razonabilidad de la medida. Por su parte, refiere, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, cuestiona si la sentencia dictada es adecuada al ponderar el objetivo buscado y la limitación impuesta. Asimismo, plantea los efectos negativos que esta pueda tener, por cuanto el antecedente puede ser utilizado para la comisión de actos delictivos.

**III.-** Esta Sala al resolver un asunto similar expresó: "**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 y la infracción indirecta del ordinal 35 de la Ley de defensa del Consumidor.** 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, las consideraciones expuestas resultan, igualmente, aplicables al demandado. Esta necesidad se hace aún más patente, si se considera que el comercio electrónico se caracteriza por el hecho de ser impersonal, ya que las partes no entran en contacto directo al momento de realizar la transacción, sino que lo hacen mediante canales informáticos mediante los cuales se transmiten los datos, lo que facilita que se cometan*

*ilícitos originados en la connivencia o confabulación de los usuarios del sistema financiero. Es por lo anterior, que las probanzas deben ser valoradas considerando el acceso a las fuentes probatorias por las partes, cuyo análisis ha de abarcar, necesariamente, y en aplicación de las reglas de la sana crítica, la existencia de elementos que, eventualmente, contradigan la presunción de buena fe que le asiste al actor respecto de sus pretensiones, considerando la dificultad, ya comentada, de demostrar ciertos hechos constitutivos de su ruego. Así, un correcto entendimiento de los mecanismos de seguridad que en cada momento implementen los intermediarios financieros resulta clave para apreciar si la parte demandante actúa, o no, con buena fe". Sentencia no. 300 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009.*

**IV.- Sobre la valoración probatoria en el caso de estudio.** Lo expuesto es de importancia ya que se aplica plenamente a la especie. En su primer agravio, el recurrente aduce quebranto del cardinal 35 de la Ley del Consumidor como consecuencia de un error en la valoración del testimonio del señor Alejandro Sebiani Serra, así como del peritaje rendido por don Edy Miguel Ramírez Jiménez. Sin embargo, dichos yerros no se producen, de ahí, el reparo formulado ha de ser rechazado por lo que de seguido se dirá. Tanto de la deposición del señor Sebiani, como del informe del perito, es claro que en materia de seguridad bancaria en medios electrónicos los esfuerzos deben ser continuos y acordes con los más altos estándares. En ese sentido, luego de analizadas las pruebas acotadas, se acreditó que la plataforma informática del Banco de Costa Rica no fue vulnerada para obtener la clave y el usuario de la empresa Proyecto y Soluciones BSM Internacional S.A., aspecto sobre el cual lleva razón el

impugnante. Además, que la seguridad con que dispone el Banco, resulta adecuada para proteger la integridad de la base de datos y la plataforma transaccional a lo interno. Pero, no debe dejarse de lado que teniendo en cuenta que su función esencial es la intermediación financiera, que incluye la captación de capitales provenientes del público, lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que está obligado a garantizar la seguridad de las operaciones realizadas, ya sea en ventanilla o en cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos dispositivos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza en cuanto a la identificación de las personas que están facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas, -como el uso de la clave dinámica, implementada con posterioridad a los hechos que dieron lugar a esta demanda-. La responsabilidad que le fue imputada al Banco se fundamenta, lo cual debe quedar muy claro, no en la sustracción del dinero por un tercero, sino en la existencia de un riesgo, según lo enunciado en el considerando III, en la propia marcha del servicio que ofrece, lo que admite atribuir el origen del daño al desarrollo de esa prestación, pese a que se disponga de instrumentos que permiten mayor seguridad. Esto se extrae del testimonio del señor Sebiani, quien indicó que la Institución se encontraba trabajando en la implementación de sistemas de identificación con fundamento en la firma digital, que se postergaron merced al desarrollo que ejecuta otra institución gubernamental, y que en su lugar, se implementó la "clave dinámica", como elemento extra para comprobar la identificación del interesado. Su inexistencia al momento de los hechos que permitieron

el fraude, en opinión del perito Ramírez Jiménez, significaba *"...que el único impedimento o dificultad que el banco ofrecía para que un tercero pudiera ingresar a las cuentas, consistía en lograr averiguar la clave y el password del cliente o utilizar una sesión existente de su víctima..."*. Asimismo, la prueba evacuada no lleva a demostrar que, en la especie, se está en presencia de alguna causa eximente de responsabilidad, de la que se extraiga la ajenidad del accionado en el daño. No puede obviarse que el origen de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva se escape de ello. Por ende, lo pertinente es determinar si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, como se deduce del principio de indemnidad patrimonial. Precisamente, esa antijuridicidad, se asimila, en este caso, con el riesgo inherente al funcionamiento del servicio, según se deriva de la prueba que se acusa como indebidamente valorada. El Tribunal fundamentó su fallo en la existencia de ese riesgo con base en el cual hace responsable del daño al Banco, lo que resulta acorde con lo manifestado, en su conjunto, por el testigo y el perito en cuanto a la seguridad informática. Por otra parte, en cuanto a las eximentes, el recurrente expone dos argumentos complementarios. Primero, señala, hubo de aplicarse la figura de la presunción o indicio, y derivar que el origen del daño fue ajeno; y, segundo, que provino de una acción u omisión, consciente o inconsciente de la perjudicada. Pese a que se desprende de la declaración del señor Sebiani que la plataforma interna del Banco no se vulneró y los sistemas de seguridad son apropiados para garantizar la integridad de las bases de datos, estima esta Sala que no hay casación útil, pues no se acreditó ninguna causa eximente de responsabilidad. En vía jurisdiccional, no es factible

concluir que la demandante haya producido, por una actuación de su parte, la lesión a su propio peculio; según se ha expuesto, no se demostró un uso indebido ni incorrecto de sus mecanismos de seguridad (usuario y claves propias). Además, se plantea en el recurso, que el Tribunal cometió un error al afirmar que un tercero no podía ingresar a las cuentas de la actora de no haber sido por las facilidades creadas por el sistema de Internet banking. Pero ello es desacertado, ha de tenerse en cuenta que el riesgo en el funcionamiento del sistema se da, concretamente, por el mecanismo usado para comprobar la identidad del cliente, por lo que no se produce la conculcación que se señala. También, debido a esto, lo procedente es desestimar la afirmación de que, el elemento de riesgo se encuentra en control de proveedores de otros servicios. La actividad financiera, más concretamente la bancaria, produce un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en la banca por internet, que impone al Banco de un fortalecimiento de los dispositivos de seguridad en todos los niveles, tanto en lo relativo con sus actividades, las realizadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo pertinente a los medios que sus clientes, se ven compelidos a usar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, además, se desarrolla, establece, implementa y promueve por la entidad bancaria, también para su beneficio. De ahí, no procede la tesis tendiente a eludir la responsabilidad, de que la plataforma de internet no es suya, cuando sabe el servicio ofrecido es de alto riesgo. Además, la relación existente entre el Banco y un tercero para la prestación de un servicio no exime de responsabilidad al primero frente a sus clientes. Lo sensible de la actividad desplegada queda fuera de toda duda, por consiguiente, los parámetros de exigibilidad de diligencia, seguridad,

eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo se incrementan. En consecuencia, los bancos, sin que el accionado quede excluido, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; a saber, fondos del público. Así las cosas, no solo ha de responder por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de aquellos que para accederlos se valen de los únicos canales que el propio Banco conoce y admite como riesgosos. Y, responde entonces al constituir el medio del que se prevalece para prestar el servicio. Según lo dispone el precepto 35 de la Ley de Protección al Consumidor, hay un perjudicado en razón del servicio, que al utilizarse (y en razón de su condición de riesgoso) produjo un detrimento importante a quien funge en el proceso como demandante. Por ende, contrario a lo aducido, a la norma se le ha concedido el sentido correcto. La manera de acceso a la plataforma bancaria no es un foco ajeno de riesgo, sino un medio consustancial al servicio prestado; y, aunque pueda catalogarse accesorio a la actividad del intermediario, resulta indispensable. Consecuentemente, los dispositivos de garantía al cliente –usuario-, deben brindarse no solo en lo referente a los muros informáticos del Banco, sino de igual forma en el recorrido de acceso a él como parte integrante de la prestación. Según lo expresado, yerra el casacionista en sus formulaciones, ya que el Tribunal, con fundamento en la probanzas aportadas, estableció, de manera correcta, la existencia de un riesgo, a partir del cual, consideró que el daño soportado por la compañía Proyecto y Soluciones BSM Internacional S.A. era atribuible al funcionamiento del servicio brindado por el Banco. De ahí, en aplicación del canon 35 de la Ley de Protección al Consumidor, asentó la existencia de una relación de consumo dentro de la que se causó un daño como resultado de la

prestación de un servicio riesgoso, lo que conllevó el despliegue del régimen de responsabilidad objetivo. Es notorio, no se acreditó que el Banco tomara las mejores y más amplias medidas de seguridad en la totalidad del servicio que ofrece y presta -pese a su vulnerabilidad-, por lo que se debe declarar sin lugar el presente reproche.

**V.-** Segundo, no lleva razón el casacionista en sus aseveraciones, ya que lo expresado por el Tribunal es distinto a lo argüido en el agravio. Lo que dice la sentencia es: *"el banco entonces asume la figura de un proveedor de un servicio **en** Internet que utiliza ese canal electrónico para desarrollar su actividad, como lo es la prestación de un servicio a determinados consumidores"* (la negrita es suplida). En lo transcrito en el recurso, lo que se da es una sustitución de la preposición "er" por la "de", esa sola variación cambia por completo el sentido de la oración. El Tribunal a lo largo de su fallo, insiste en que el Banco presta un servicio en internet, en ningún momento, indica que el demandado sea un prestatario de servicios de Internet. De ahí, no se produce el quebranto aducido del inciso 16 del ordinal 6 de la Ley de Telecomunicaciones, ya que no se dijo que el Banco fuera un proveedor de servicios de Internet, por ende, no requiere de concesión o autorización alguna, como tal. Respecto a la distinción de los focos de riesgo, según se señaló en los considerandos anteriores, no basta con la seguridad de los sistemas a lo interno de la institución bancaria, sino que además debe velar por la de aquellos usados para accesarlos, pues son los únicos canales que el Banco conoce y de los cuales es conciente de sus riesgos. En consecuencia, a partir de la existencia de ese riesgo, el Tribunal arribó a la conclusión de que el daño sufrido por

la actora es achacable al funcionamiento del servicio brindado por el Banco. De ahí, no se presentan las conculcaciones alegadas en el reproche.

**VI.-** Tercero, en cuanto a la falta de aplicación del canon 1022 del Código Civil, artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, así como los numerales 4 y 14 del Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, no se producen, según las razones que de seguido se exponen. Aunque el proceso es un civil de hacienda, originado en una relación subyacente de naturaleza comercial, su objeto no versa sobre si se cumplen o no las estipulaciones del acuerdo. En contraste, está referido a la aplicación de un régimen de responsabilidad, donde el elemento de atribución objetivo es el riesgo emanado del Banco al proporcionar a sus clientes el servicio de banca electrónica. Lo fundamental es, a la sazón, sopesar la existencia de los factores que conforman la responsabilidad. Valga, en este momento dilucidar que el ordinal 35 de la Ley de Defensa del Consumidor se aplica tanto a los supuestos de responsabilidad extracontractual como contractual, en cuanto a este última, independientemente del incumplimiento de las estipulaciones que regulan la relación específica. De ahí, nótese, el deber de reparar se genera en la especie, en los supuestos exigidos por la norma correspondiente, a saber, el daño, la conducta lesiva, el nexo de causalidad que vincula los dos anteriores y el criterio de imputación determinado por la disposición legal, en resumen, la teoría del riesgo. Las disposiciones reglamentarias de cita, establecen, por una parte, el deber de confidencialidad de la clave, y por la otra, que las operaciones ejecutadas con ese mecanismo de identificación se considerarán realizadas por el titular de la cuenta. Arguye el recurrente

que, según lo estipulado por el precepto 1022 del Código Civil, y las normas del Reglamento dicho, el cliente es el responsable y por ello, debe asumir las consecuencias de los movimientos financieros hechos usando su clave. Por ende, procura hacer ver que la culpa de la víctima se ha de presumir, con lo que el Banco se libera de toda responsabilidad, en consecuencia, señala, se dejó de aplicar el canon 190 de la Ley General de la Administración Pública. Es menester resaltar que el cardinal 1022 del Código Civil alude a la validez y exigibilidad mutua de los acuerdos que regulan la relación jurídica que obliga a los contratantes. No obstante, como se indicó, en este tipo de asuntos la responsabilidad emana de la prestación del servicio, así que la disposición legal citada no tiene incidencia en la aplicación del numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor. La sentencia, no desconoce lo anterior, sino que su fundamento es la existencia de un riesgo que, según dicha Ley, genera la obligación de resarcir los daños sufridos en razón del servicio, salvo, claro está, que concurra una eximente de responsabilidad, lo que no conlleva se desconozcan los acuerdos (por adhesión) entre las partes. En este caso, lo actuado es precisamente el régimen de responsabilidad aplicable al Banco como lo dispone la Ley de Protección al Consumidor, de modo, la entidad proveedora del servicio solo se libra en ocasión de que se produzca una causal eximente de responsabilidad, mediante la que se quiebre el nexo causal que une el daño, con la actividad desplegada. Es precisamente aquí, donde es importante acreditar, de conformidad con los parámetros ya expuestos de la carga probatoria, las circunstancias constitutivas de las defensas esbozadas, lo cual no se acreditó con los elementos probatorios traídos al proceso. Consecuentemente, la única manera de que

el Banco pudiera eximirse de responsabilidad, era si se demostrara la existencia de fuerza mayor, el hecho de tercero o culpa de la víctima. Luego, no es viable acceder a que el Reglamento interno de la entidad bancaria, establezca una presunción que altera el deber probatorio que vincula a las partes, pues atenta contra la disposición legal, sobre todo porque la actuación en estudio no versa sobre el incumplimiento de cláusulas de un contrato. Asimismo, una estipulación reconocida como contractual por el Banco, no puede sustituir, la probanza de los hechos que integran la causa eximente. Por ende, no se produce el yerro reclamado.

**VII.-** En cuanto a la supuesta infracción al principio de razonabilidad o proporcionalidad, esta Sala ha expresado: *“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'*. Sentencia ya citada, no. 300 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009.

**VIII.-** El principio de razonabilidad o proporcionalidad, puede ser quebrantado, al valorarse las situaciones fácticas discutidas en el proceso como producto de las pretensiones de las partes, o cuando el juzgador al interpretar en el fallo disposiciones legales lo hace contrariando el contenido de dichos principios, circunstancia en la que también se presenta la conculcación, por irrazonabilidad o falta de proporcionalidad, de esas normas mal interpretadas o aplicadas. Ha de recordarse que el propósito del recurso de casación es comprobar que la sentencia esté ajustada al ordenamiento jurídico, tanto legal como constitucionalmente. En el caso de análisis, no se aprecia que el fallo impugnado haya aplicado, o lo haya hecho de manera indebida, los principios constitucionales dichos. El Tribunal al emitir la sentencia, la forjó apegado al régimen de responsabilidad dispuesto por el legislador, en concordancia con lo establecido en los ordinales 41 y 46 de la Carta Magna que buscan proteger al consumidor ante su contraparte comercial, sin caer, nunca, en una exégesis irrazonable de la disposición normativa. En otro orden de ideas, en cuanto al test de razonabilidad aludido en el reparo debe hacerse partiendo de un marco jurídico fijado, por lo que no es factible circunscribir los razonamientos con que se ataca el fallo a aspectos metajurídicos como hace el casacionista. En este mismo sentido, es proporcionado en cuanto al fin perseguido por el Derecho de la Constitución y la legislación especial dictada al efecto,

que se responsabilice al agente económico ofertante de bienes y servicios por los daños que resulten de estos, en el tanto, exista el necesario nexo de causalidad, ya que es consecuente con la aplicación del principio constitucional de indemnidad patrimonial. Finalmente, es menester adicionar que no resulta factible alegar, como lo hace el casacionista, que la sentencia que aplica de manera acertada la normativa vigente, según quedó establecido en los anteriores considerandos, resulta contraria al principio de razonabilidad o proporcionalidad. De ahí, el reproche debe rechazarse.

**IX.-** Acorde con lo expuesto al no producirse ninguno de los quebrantos acusados habrá de rechazarse el recurso, con ambas costas a cargo del promovente. Artículo 150 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo.

### **POR TANTO**

Se declara sin lugar el recurso, son las costas a cargo del recurrente.

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**  
**Camacho**

**Óscar Eduardo González**

**Carmenmaría Escoto Fernández**

**Ana Isabel Vargas Vargas**

HBRENES/larce