

Exp. 08-000123-0161-CA

Res. 000300-F-S1-2009

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas veinticinco minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **MARÍA DE LOS ÁNGELES ARROYO VARGAS**, divorciada, empresaria; contra el **BANCO DE COSTA RICA**, representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Alfonso Alejandro Faba Alpízar. Figura además, como apoderados especiales judiciales, de la actora, Rodrigo Solano Sabatier, y Marvin Brenes Leitón, y del ente demandado, Manuel Enrique Ventura Rodríguez, Neftalí Garro Zúñiga y Luis Alonso Ortiz Zamora y Rodolfo Flores Mora, no indica calidades ni domicilio. Las personas físicas con mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, 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, a fin de que en sentencia se condene al ente accionado a:
“1) ...reintegrar las sumas sustraídas por su falta del deber de cuidado, cuenta corriente en colones Na (sic) 00 – 10126986 – 0 del Banco de Cosa (sic) Rica, por la suma de un millón doscientos noventa y seis mil setecientos noventa colones con sesenta y nueve céntimos. 2) A

reintegrar las sumas sustraídas por su falta del deber de cuidado, cuenta en dólares, moneda de los Estados Unidos de América, cuenta del Banco de Costa Rica Na (sic) AH-946-0001420-6 por la suma de tres mil ochocientos setenta dólares con treinta seis centavos, moneda de los Estados Unidos de América. 3) Que se condene al Banco de Costa Rica, al pago de los intereses legales a partir del 19 de julio de 2007 y hasta el pago efectivo de las sumas aquí reclamadas (sic) 4) Que se condene al Banco de Costa Rica, al pago de las costas procesales y personales del presente proceso.” En la audiencia previa, la parte actora amplió su pretensión por cuanto fue víctima de fraude electrónico, nuevamente, por las sumas de sumas de ciento noventa y dos mil quinientos colones y quinientos nueve dólares con diecisiete centavos.

2.- El representante del Banco demandado contestó negativamente y opuso la defensa previa de falta de integración de la litis consorcio necesaria y las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva comprensible de la expresión genérica de *“sine actione agit”*.

3.- Se señalaron las 13 horas 30 minutos del 28 de abril de 2008, con el fin de realizar la audiencia de conciliación; al no lograr acuerdo conciliatorio entre las partes, la audiencia se declaró fracasada.

4.- Para efectuar la audiencia preliminar se señalaron las 9 horas del 1 de agosto de 2008, oportunidad en que hicieron uso de la palabra, los representantes de ambas partes hicieron uso de la palabra.

5.- Se fijó fecha y hora para realizar el juicio oral y público, y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, integrada por los Jueces Roberto J. Gutiérrez Freer, Ana Isabel Vargas Vargas y Joaquín Villalobos Soto, en sentencia 708 de las 15 horas del 19 de setiembre de 2008, resolvió: *“Se rechazan las defensas de falta de derecho, falta de*

interés 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 DE COSTA RICA** al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la señora Arroyo Vargas, los cuales consisten en resarcir los fondos que poseía en las cuentas de ahorro en dólares, cuenta N° AH-946-0001420-6, de la cual le sustrajeron un total de **CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE COLONES** (sic) **CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$4.379,53)** moneda estadounidense; así como de la cuenta corriente en colones Número 00-10126986-0, la suma total de **UN MILLÓN CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA COLONES CON SESENTA CÉNTIMOS**, más los intereses legales sobre dichas sumas de conformidad con lo preceptuado por el numeral 497 del Código de Comercio y para efecto de computar el punto de partida de los intereses se desglosan los montos por fechas de la siguiente manera: a partir del **19 de julio de 2007**, la suma de **mil novecientos treinta y cinco dólares con dieciocho centavos**, así como la suma de **un millón de colones exactos**; a partir del 20 de julio de 2007 (sic), otra suma idéntica de **mil novecientos treinta y cinco dólares con dieciocho centavos**, y de **doscientos noventa y seis mil setecientos noventa colones con sesenta y nueve céntimos**. A partir del 24 de abril de 2008 (sic), las sumas de **quinientos nueve dólares con diecisiete centavos** y de **ciento noventa y dos mil quinientos colones**, y hasta su efectivo pago. Son las costas personales y procesales a cargo del Banco vencido.”

6.- El representante del ente demandado formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

7.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- La señora María de los Ángeles Arroyo Vargas es titular de las cuentas bancarias números 00-10126986-0 y AH-946-0001420-6, ambas en el Banco de Costa Rica (en adelante el Banco), de las cuales sustrajeron, mediante transferencia bancaria, la suma total de ₡1.489.290,60 y \$4.379,53, respectivamente. Estos debitos se dieron los días 19 y 20 de julio de 2007 y 24 de abril de 2008. La afectada realizó sendas denuncias ante el Organismo de Investigación Judicial y la Contraloría de Servicios de la entidad bancaria por cada uno de los fraudes perpetrados en contra suya. El Banco desestimó el reclamo presentado debido a que la transacción se realizó utilizando una clave válida. La actora plantea demanda civil de hacienda contra el Banco de Costa Rica y solicita, en lo medular, el reintegro de las sumas indicadas y el pago de los intereses sobre dichos montos, a partir del 19 de julio de 2007 y hasta que se cumpla con dicha obligación, además de las costas del proceso. El accionado contestó en forma negativa e interpuso las excepciones de falta de derecho, interés actual, legitimación pasiva y litisconsorcio, de las cuales, la última fue rechazada por el juez tramitador en la audiencia preliminar. Solicita, además, se declare que no ha existido ningún funcionamiento anormal o actuación alguna que viole los estándares de la debida diligencia. El Tribunal Contencioso Administrativo rechazó las excepciones y declaró con lugar la demanda en todos sus extremos. El Banco de Costa Rica presentó recurso extraordinario de casación, alegando cuatro motivos, los cuales se analizarán a continuación.

II.- En el **primer** cargo, aduce, **a-**) 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 cien por ciento 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 la deposición del testigo-perito Alejandro Sebiani Serra, del cual considera se desprende 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 actora. Asevera, de la deposición 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 riesgo, 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 por la falta de ejercicio, por parte del Tribunal, de la facultad conferida por 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. **b-)** Como consecuencia de lo expuesto hasta este punto, en criterio del recurrente se origina una violación indirecta 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 personal de la señora Arroyo Vargas, 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 verificó fuera del foco de riesgo que controla el Banco. Expone, para que un hecho dañoso proveniente de una actividad riesgosa resulte indemnizable,

este 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 el riesgo típico y restringido sobre el 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 daño 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 daño, sino el instrumento para su provocación.

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 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la

aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: *“el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, **e independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.”* (la negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario.

Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido como *donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada

como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.

IV.- Sobre la carga de la prueba. Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el “onus probandi” (deber probatorio) le

corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad. A manera de síntesis, se puede observar que se trata de una redistribución del deber probatorio en atención a las circunstancias específicas de cada uno de las partes y su proximidad a las fuentes probatorias, las cuales, en todo caso, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales, los juzgadores deben recurrir, no sólo a las consecuencias que se derivan en forma directa del acervo probatorio, sino también de indicios y su propia experiencia al momento de valorarlo. Ahora bien, en casos como el presente, se da la particularidad de que, para el demandado, la demostración de las causas eximentes presenta la misma complejidad a la que se enfrenta el actor, ya que allegar al proceso prueba de un eventual supuesto de culpa de la víctima, como lo podría ser el que se haya entregado la clave a un tercero, requeriría verificar, entre otros actos, un comportamiento del ámbito personal del

actor, respecto del cual resulta absolutamente ajeno. En este sentido, 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.

V.- Sobre la valoración de la prueba y el caso concreto. En su primer agravio, el recurrente reclama una violación indirecta del numeral 35 de la Ley del Consumidor como consecuencia de un error en la valoración del testimonio rendido por el testigo perito evacuado en el juicio oral. Con base en lo expuesto en los anteriores considerandos, en donde se establecen los parámetros jurídicos sobre los cuales se debe analizar la prueba en un caso como el presente, el agravio interpuesto debe ser rechazado por las siguientes razones. De la deposición del señor Sebiani, queda claro que en materia de seguridad los esfuerzos deben ser continuos y acordes con los más altos estándares de seguridad. En el mismo sentido, luego de

analizado el testimonio en comentario, quedó demostrado que la plataforma informática del Banco de Costa Rica no fue vulnerada para obtener la clave y el usuario de la señora Arroyo Vargas, aspecto sobre el cual lleva razón el recurrente, y que la seguridad con que cuenta resulta adecuada para proteger la integridad de la base de datos y la plataforma transaccional a lo interno. No obstante lo anterior, debe tomar en cuenta la entidad financiera demandada que su función esencial es la intermediación financiera, 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 III, en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. Lo anterior, a pesar de disponer de mecanismos 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 basados en la firma digital, el cual fue postergado debido a la iniciativa que desarrolla otra institución gubernamental, y que en su lugar, se implementó la “clave dinámica”, la cual constituye un factor adicional para verificar la identificación del cliente. De igual forma, la

prueba evacuada tampoco permite acreditar que en el caso concreto se de la concurrencia de alguna causa eximente de responsabilidad de la cual se extraiga la ajenidad del demandado respecto del daño. 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. El Tribunal fundamentó su fallo en la existencia de un riesgo con base en el cual imputa el daño al Banco, lo cual resulta acorde con lo manifestado, en su conjunto, por el testigo perito en cuanto a la seguridad informática. Por otro lado, en cuanto a las eximentes, el recurrente expone dos argumentaciones que se complementan. Por un lado, afirma, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, y concluir que la causa del daño fue ajena; y por el otro, que este se derivó de una acción u omisión, consciente o inconsciente de la víctima. Como ya se adelantó, no existen elementos que permitan desvirtuar la presunción de que la señora Arroyo Vargas es demandante de buena fe. En virtud de lo expuesto, a pesar de que se desprende del testimonio del señor Sebiani que la plataforma interna del Banco no fue vulnerada y que los sistemas de seguridad son adecuados para garantizar la integridad de las bases de datos, considera esta Sala que no hay casación útil, toda vez que no se acreditó ninguna causa eximente de responsabilidad. En sede jurisdiccional, no se puede afirmar que la actora haya producido, por conducta suya, la lesión a su propio patrimonio; según se ha dicho reiteradamente, no quedó acreditado un uso indebido ni incorrecto de sus mecanismos de seguridad – usuario y claves

propias. Asimismo, se plantea en el recurso, como parte de la argumentación relativa al presunto error en la valoración de la prueba, que el Tribunal incurrió en un yerro al afirmar que un tercero no hubiera podido acceder a las cuentas de la actora de no haber sido por las facilidades creadas por el sistema de banca electrónica. En este sentido, debe tomarse en cuenta que el riesgo en el funcionamiento del sistema se da, precisamente, por el mecanismo mediante el cual se comprueba la identidad del cliente, motivo por el cual, no se aprecia el yerro que se imputa a la sentencia del Tribunal. De igual forma, es por esta misma razón, que debe desestimarse la afirmación realizada en el sentido de que el elemento riesgoso se encuentra bajo el control de proveedores de otros servicios. 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 (como también se alega) 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 accesorio a la actividad del 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. Por todo lo expuesto, no lleva razón el recurrente en sus formulaciones, ya que el Tribunal, basándose en la prueba recabada, determinó, correctamente, la existencia de un riesgo, a partir del cual, consideró que el daño sufrido por la señora Arroyo Vargas era imputable al funcionamiento del servicio (entendido este como un todo, es decir, tanto el

sistema de correo como el de Internet) ofrecido por el Banco. Así, en aplicación del numeral 35 de la Ley del Consumidor, apuntó la existencia de una relación de consumo dentro de la cual se produjo un daño como consecuencia de un servicio riesgoso, lo cual conlleva a que se despliegue el régimen de responsabilidad objetivo. Si bien no se comparte lo indicado en cuanto a que la culpa de la víctima o el hecho de tercero no eliminaría la responsabilidad, lo cierto del caso es que estas circunstancias no fueron demostradas, ni que la entidad bancaria hubiese adoptado las máximas y mejores medidas de seguridad en la totalidad del servicio que ofrece y presta, por lo que se debe declarar sin lugar el presente motivo de casación.

VI.- Como **segundo** motivo de casación, aduce, de interpretarse que la teoría del riesgo resulta aplicable al caso concreto, y que la responsabilidad del Banco por el servicio de banca electrónica se extiende a todos los focos de riesgo que tienen incidencia en el servicio, se incurre, afirma, en una interpretación indebida del precepto 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. Señala, se estarían extendiendo los alcances de esta responsabilidad, de forma tal que haría imposible concretar el criterio de ajenidad como eximente. Indica, se incurre en una socialización absoluta de cualquier riesgo que surja en la totalidad de las relaciones de consumo. Asimismo, siendo que en el primer agravio se desarrollaron los argumentos sobre la vulneración del numeral 35 de la Ley de cita, remite el análisis del reproche a lo indicado en el primer motivo expuesto en el recurso para evitar, en su criterio, reiteraciones innecesarias, aclarando que los argumentos son los mismos. Sobre lo expuesto por el casacionista, cabe indicar que el fundamento sobre el cual se basa puede ser subsumido en lo expuesto hasta este punto en el recurso. Sobre este particular, la correcta interpretación de la norma cuyo quebranto se acusa ya se ha analizado en detalle, así como su aplicación al servicio que presta el intermediario

financiero. Así las cosas, el presente cargo debe ser rechazado por los motivos señalados en los anteriores considerandos.

VII.- Por otra parte, en el **tercer** reparo 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, regido 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 artículo 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. Asimismo, asevera que la propia actora admitió que la aceptación expresa del citado Reglamento es un requisito indispensable para acceder por primera vez a dicho servicio. Manifiesta, las anteriores disposiciones se reputan 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.

VIII.- En cuanto a la falta de aplicación de las normas citadas del Código Civil, así como del Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, no lleva razón el recurrente según las razones que de seguido se exponen. Si bien el presente proceso es un civil de hacienda, el cual se origina producto de una relación subyacente de naturaleza comercial, el objeto de este no es el cumplimiento o no de las cláusulas contractuales. Por el contrario, se trata de la aplicación de un régimen de responsabilidad cuyo factor de atribución objetivo es el riesgo creado por el demandado al poner a disposición de sus clientes el servicio de banca electrónica, o lo que es lo mismo, por su funcionamiento. Lo determinante es, entonces, valorar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad. En este sentido, es importante aclarar que el numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable tanto a los supuestos de responsabilidad extracontractual como contractual, independientemente, en este último caso, del incumplimiento de los acuerdos inter-partes que regulan la relación específica. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el surgimiento del deber de reparar surge de la existencia, en el caso concreto, de los supuestos exigidos por la disposición correspondiente, y que para los efectos respectivos, se reiteran: el daño, la conducta lesiva, el nexo de causalidad que vincula los dos anteriores y el criterio de imputación determinado por la norma, en este caso, la teoría del riesgo. Ahora bien, las disposiciones reglamentarias citadas, disponen, por un lado, el deber de confidencialidad de la clave, y por el otro, que aquellas transacciones realizadas con dicho mecanismo de identificación se

considerarán hechas por el titular de la cuenta. El eje central del argumento del casacionista es afirmar que, producto de lo dispuesto por el artículo 1022 del Código Civil, y el Reglamento citado, es responsabilidad del cliente asumir las consecuencias de cualquier movimiento financiero realizado mediante el uso de su clave. Se pretende derivar que la culpa de la víctima se debe presumir, liberándose de responsabilidad a la entidad bancaria, citando, en apoyo de esta tesis, la falta de aplicación del precepto 190 de la Ley General de la Administración Pública, así como del 1048 del Código Civil. Como primer punto, resulta importante destacar que el precepto 1022 del Código Civil hace referencia a la validez y exigibilidad recíproca de los acuerdos que regulan la relación jurídica que vincula a las partes contratantes. Sin embargo, y según se indicó, lo cierto del caso es que la responsabilidad se da por el funcionamiento del servicio, por lo que el canon de cita no tiene efectos respecto de la aplicación del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. El fallo del Tribunal, en forma alguna, implica el desconocimiento de lo anterior. Por el contrario, el fundamento de la resolución es la existencia de un riesgo que, en los términos de la Ley de Protección al Consumidor, genera el deber de reparar los daños derivados del servicio, salvo la existencia de una causal eximente de responsabilidad, lo que no implica el desconocimiento de los acuerdos –por adhesión- entre las partes. Se trata, por el contrario, de la aplicación directa del régimen de responsabilidad aplicable a la entidad proveniente de la Ley de Protección al Consumidor, en virtud del cual, el proveedor de un servicio solo se libera en caso de que concurra una eximente de responsabilidad que rompa el nexo de causalidad que liga el daño con la actividad desplegada. Dentro de esta lógica, resulta fundamental demostrar la ajenidad –de acuerdo a los parámetros ya reseñados de la carga probatoria-, acreditando las circunstancias constitutivas de

las defensas planteadas, lo cual no se logró demostrar mediante la prueba aportada al proceso. En esta línea, las causas eximentes de responsabilidad se dan, únicamente, cuando los hechos probados por las partes se pueden subsumir dentro del presupuesto de hecho de la norma, esto es, en el caso particular, que del cuadro fáctico se pueda afirmar la existencia de una fuerza mayor, un hecho de tercero o una culpa de la víctima. En segundo lugar, no resulta admisible pretender que un Reglamento interno del Banco (cuyo objeto es regular el servicio ofrecido al público, no el régimen de responsabilidad aplicable) configure una presunción que tenga por efecto variar el deber probatorio que vincula a las partes, ya que sería ir en contra de la norma legal correspondiente, máxime que la conducta que se analiza no es el incumplimiento de cláusulas contractuales. Adicionalmente, una disposición que la propia parte reconoce como contractual, no puede sustituir, en un tema de responsabilidad por daños, la prueba de los hechos constitutivos de la causa eximente. En virtud de lo anterior, no se observa el vicio que se reclama. No obstante lo anterior, y al margen de los hechos del caso concreto, resulta pertinente realizar algunas precisiones en cuanto a la posición del cliente en relación con los servicios electrónicos ofrecidos por las instituciones financieras, lo cual se hace a mayor abundamiento. En este sentido, debe quedar claro que la posición del cliente no resulta totalmente pasiva, sino que, por el contrario, se encuentra compelido por una serie de deberes que le impone la buena fe contractual. Así, no cabe duda que es su responsabilidad el garantizar el manejo adecuado de la clave de acceso, así como seguir las recomendaciones dadas por las entidades financieras en materia de seguridad. La decisión de ser beneficiario de estos servicios lleva aparejado un deber de diligencia que, en caso de ser incumplido, podría liberar de responsabilidad al prestatario. No resulta admisible, de acuerdo a los principios de razonabilidad

y proporcionalidad, relevar al cliente de sus deberes de prudencia en aquellos aspectos que forman parte de su ámbito personal de control, como lo es el lugar donde realiza la conexión, así como utilizar equipos de cómputo adecuados y con los programas informáticos adecuados para garantizar la seguridad de la información.

IX.- Como **último** motivo de casación, 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 “*el infinito mundo de 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.

X.- 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.- En conclusión, al no concurrir ninguna de las vulneraciones esgrimidas por la parte demanda, el recurso planteado debe ser rechazado. En aplicación del inciso 3 del numeral 150 del Código Procesal Contencioso Administrativo, ambas costas corren por cuenta del recurrente.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso formulado. Son sus costas a cargo del promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

DCASTROA

