

Exp. 09-001097-1028-CA

Res. 001607-F-S1-2012

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas quince minutos del seis de diciembre de dos mil doce.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **FABIO VARGAS ARIAS**, no indica estado civil, no indica ocupación; contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**, representado por su apoderado general judicial, Hilel Zomer Befeler. Figura como apoderado especial judicial del actor, Mario Navarro Arias, no indica estado civil, abogado, no indica domicilio. Las personas físicas son 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, para que en sentencia se declare: *“1.) Que se admita y de curso a la presente demanda. 2.) Que se fije fecha para la audiencia de conciliación. 3.) En caso de no prosperar la misma que se fije hora y fecha para la audiencia oral respectiva. 4.) Que en sentencia se declare la responsabilidad total del Banco Nacional de Costa Rica en la sustracción de mis ahorros, y consecuentemente la obligación del Banco Nacional de Costa Rica de resarcirme de (sic) los dineros sustraídos más los perjuicios; así como los intereses calculados*

desde el día de la sustracción y hasta su efectivo pago. 5.) Que se condene al demandado al pago de ambas costas de este proceso conforme el Decreto Ejecutivo vigente.”

2.- El apoderado bancario contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, hecho de un tercero y culpa de la víctima.

3.- Se señalaron las 8 horas del 11 de junio de 2010 para realizar la audiencia de conciliación. El apoderado bancario expresó su negativa por conciliar por lo que se prescindió de dicho trámite.

4.- Al ser las 9 horas 11 de junio de 2010, se efectuó la audiencia preliminar, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada por las Juezas Ileana Sánchez Navarro, Laura García Carballo y el Juez Julio Cordero Mora, en sentencia no. 133-2010 de las 16 horas 5 minutos del 31 de mayo de 2011, resolvió: ***“Se rechazan las excepciones de FALTA DE DERECHO, CULPA DE LA VÍCTIMA y HECHO DE UN TERCERO formuladas por el accionado. En consecuencia, se declara con lugar, en todos sus extremos, la demanda planteada por el señor FABIO ENRIQUE VARGAS ARIAS y se condena al BANCO NACIONAL DE COSTA RICA a pagarle los daños y perjuicios ocasionados, que consisten en reponer los fondos debitados sin autorización de la cuenta de ahorros en dólares, número 200-02-091-502524-8, monto que asciende a la suma de DIECISÉIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES DÓLARES CON 4 (sic) CENTAVOS (\$16.493,04), que se reconoce por concepto de capital, más los intereses legales sobre esa suma de conformidad con el numeral 497 del Código de Comercio, a calcular en fase de ejecución de sentencia, teniendo como punto de partida del lapso temporal a reconocer la fecha de sustracción ocurrida en cada caso, 28 o 29***

de abril del 2009, hasta el efectivo pago del monto de capital. Asimismo, se condena al accionado al pago de quinientos mil colones por concepto de daño moral (\$500.000,00), los que devengarán intereses al tipo de ley desde la firmeza de este fallo hasta su efectiva cancelación. Son ambas costas del proceso a cargo de la parte perdidosa.”

6.- El representante del banco 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.- El señor Fabio Enrique Vargas Arias es titular de una cuenta de ahorros en dólares del Banco Nacional de Costa Rica (en lo sucesivo Banco Nacional o Banco). Con el fin de realizar transacciones de su interés, es usuario de los servicios electrónicos que brinda esa entidad, a saber, del denominado “BN-Internet Banking”, desde el 12 de setiembre de 2008. Fecha desde la cual posee una clave y contraseña personalizada bajo el mecanismo de teclado virtual. Asimismo, como autorizado en su cuenta tenía a su hijo, señor Fabio Enrique Vargas Salazar, de manera que este último poseía acceso a la cuenta con su propio usuario y clave personal. Para finales de junio de 2009, a efecto de ingresar a la cuenta utilizando el sistema de “internet banking”, en el portal Banco, el cliente debía, digitar su usuario (número de cédula) en el espacio asignado, posteriormente, en una segunda pantalla, debía digitar a través de dos pasos, en razón del uso del teclado virtual, su clave personal, que había sido elaborada por él. Este instrumento de seguridad (teclado virtual) era obligatorio para finales de junio de 2009. El primer paso consistía en utilizar el teclado de la computadora, en específico, las teclas

correspondientes a letras. El segundo residía en digitar los números de la clave, usando para ello un teclado virtual que aparece en la página y que en cada oportunidad que debía utilizarse variaba la colocación de los números en dicho instrumento. Después de ingresar la clave correctamente, el usuario accedía al menú, pudiendo realizar gestiones de pagos de servicios públicos, algunos privados, revisar los saldos, hacer transferencias a cuentas favoritas según el límite definido por el propio cliente, entre otros. El cambio de clave debía hacerse cada 30 días. Para incrementar el límite de las transferencias o adicionar cuentas favoritas, y dado que el actor no contaba con el mecanismo denominado “token celular”, una vez que había ingresado al menú de servicios básicos, debía contar con los datos de la tarjeta plástica, tanto de la parte anterior cuanto posterior, los que serían requeridos por el sistema de la manera y orden que éste indicara. Además debía brindar su número de PIN para acceder a los cajeros electrónicos. Entre los días 28 y 29 de abril de 2009, utilizando los datos de ingreso al sistema del señor Vargas Salazar, hubo un cambio en el límite diario de transacciones, se incorporaron cuentas favoritas y se realizaron traslados de efectivo utilizando como cuentas de recepción las recién incorporadas como favoritas. El monto total de las transacciones fue de \$16.493,04; se realizaron a las siguientes cuentas y en por los montos: 1) Jorge Lidefonso Quevedo Varah, \$913,00; 2) José Francisco Pérez Rodríguez, \$920,00 ; 3) Alvin Elí Winter García, \$917,00; 4) Sujey María Rizo Martínez, \$915,44; 5) Stevens Novoa Bogantes, \$919,00; 6) Marjorie Fernández Amador, \$923,00; 7) Gustavo Alberto Jiménez Chaves, \$925,00; 8) Alexander Bolaños Gutiérrez, \$926,00; 9) Angie Daniela Sanabria Vindas, \$1.60; 10) Yaylin Sánchez Alvarado, \$922,00 ; 11) Jorge Lidefonso Quevedo Varah, \$923,00; 12) José Francisco Pérez Rodríguez, \$910,00; 13) Marjorie Fernández Amador, \$916,00; 14) Gustavo Jiménez Chaves, \$911,00; 15) Alexander

Bolaños Gutiérrez, \$905,00; 16) Angie Daniela Sanabria Vindas, \$918,00; 17) Gerson Tubome Murray, \$919,00; 18) Ana Patricia Quesada Briceño, \$906,00; y 19) Rosibel Rosales Vásquez, \$903,00. El señor Vargas Arias presentó reclamo en sede administrativa y denuncia en la penal por cuanto las transacciones indicadas, dijo, no fueron ejecutadas por él. La Sección de Delitos Informáticos del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial presentó el informe no. 150-SDI-2010 INFORME del 18 de agosto de 2010 en el expediente número 09-008234-0042-PE iniciado ante la denuncia presentada y tramitada por fraude informático. En el informe se determinó que: 1) los fondos de la cuenta fueron transferidos electrónicamente mediante el usuario asignado al señor Vargas Salazar, quien se encontraba como autorizado en la cuenta de su señor padre; 2) a pesar de que el señor Vargas Salazar recibió en su correo del Instituto de Acueductos y Alcantarillados un mensaje donde se pedía actualización de datos que simulaba provenir del Banco, sin serlo, no fue posible confirmar que accediera a la dirección que se documento ; 3) que la dirección IP del Instituto de Acueductos y Alcantarillados no fue utilizada para transferir fondos de la cuenta de ahorros de don Fabio Enrique Vargas Arias a terceras cuentas; 4) ambos usuarios indicaron no haber brindado a terceras personas sus datos para utilizar internet banking; y 5) los dineros fueron retirados a través de cajeros automáticos de las cuentas en que fueron depositados. En virtud de lo anterior, el señor Vargas Arias demanda al Banco Nacional, para que en sentencia se le declare responsable de la sustracción de su dinero y se le obligue a resarcirle la suma de \$16.493,04, más los intereses desde el día de la sustracción y hasta su efectivo pago, asimismo a pagarle el monto de \$5.400,00 por concepto de daño moral y ambas costas. El Banco Nacional se opuso a la demanda y formuló la excepción de falta de derecho, así como el hecho de un

tercero y la culpa de la víctima. El Tribunal denegó las defensas, declaró con lugar la demanda, ordenó al Banco a cancelar a la parte actora los daños y perjuicios ocasionados, esto es, a reponer la suma de \$16.493,04, debitadas sin su autorización, más los intereses legales desde las fechas de la sustracciones hasta el pago efectivo, de conformidad con el canon 497 del Código de Comercio, los que se calcularían en fase de ejecución de sentencia. Asimismo, condenó al Banco al pago del daño moral en la suma de \$500.000,00, más intereses sobre esa suma desde la firmeza de ese fallo y hasta su efectiva cancelación. Por último, le impuso ambas costas del proceso. Inconforme, el Banco establece recurso de casación que fue admitido por esta Sala.

II.- Arguye el recurrente que el Tribunal, aplicando el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no. 7472 (en adelante Ley del Consumidor), declaró con lugar la demanda en su contra, por cuanto revirtiendo la carga de la prueba, estimó que no logró demostrar eximentes que rompieron el nexo de causalidad, a saber, culpa de la víctima y hecho de un tercero que había establecido como defensas. Discrepa bajo el fundamento de que *“sobre este tipo de asuntos, el Juez Alner Palacios García”*, en el voto salvado de la sentencia no. 910-2010, razonó de manera correcta. Reseña el criterio expresado en ese voto disidente. Dice, en el sub lite, el fallo es contrario a derecho pues desconoce que el nexo causal se quebró por el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, ya que solamente por el descuido del actor o de las personas que él autorizó, hubo acceso a las cuentas bancarias. Explica, con este criterio se torna el sistema de responsabilidad objetiva en un *“callejón sin salida para el demandado”*, donde la parte actora, con su simple dicho, le exige a la Banco el deber de probar fehacientemente la culpa del cliente, lo cual resulta imposible pues se trata de

actos que suceden en su esfera de intimidad o en la de los sujetos autorizados por él. Reproduce las resoluciones no. 2708-2009 y 1496-2010 ambas del Tribunal Contencioso, en las que afirma se analiza correctamente este tipo de casos. En su parecer el examen debe basarse en que: 1) la parte actora debe acreditar fehacientemente que ha observado patrones de comportamiento adecuado para proteger sus datos sensibles, entre ellos, no haber divulgado su clave, PIN y datos numéricos de la tarjeta de débito, y en este caso, ello no ocurrió pues las transacciones se realizaron con los datos sensibles del hijo del actor, señor Fabio Vargas Salazar, quien no fue traído al proceso; 2) es imposible explicar como un tercero puede acceder a los datos sin el concurso del propio titular de la cuenta o las personas por él autorizadas. En aplicación de la sana crítica racional, dice, el primer obligado en la custodia de datos es el cliente y las sujetos autorizados, quienes al no actuar diligentemente, generan el que terceros puedan accederla, sin que sea posible demostrar que él o alguno de los autorizados se colocó en condiciones de riesgo; 3) el Banco ha implementado los medios para que los datos privados queden consignados en distintos medios, es decir, que hay datos electrónicos y físicos que solo se corroboran si se tiene a mano la tarjeta, y otros que son de creación del cliente; y 4) no se puede obviar que la única forma posible de que haya ocurrido el supuesto fraude es que por descuido grave del cliente o su autorizado, sea por acción u omisión, haya permitido la fuga de sus datos.

III.- El fallo impugnado señaló que las condiciones especiales de este tipo de procesos, conllevan la obligación del banco proveedor del servicio, como tenedor de los mecanismos electrónicos que dan sustento al sistema de Internet banking, demostrar que los poseedores de las cuentas tuvieron participación. En este caso, sostuvo, no hay prueba alguna; las investigaciones de la Sección de Delitos Informáticos del Organismo de Investigación Judicial

descartan que el señor Vargas Arias o su hijo, facilitaran el acceso a la cuenta. De esa manera, continuó, toma trascendencia la circunstancia del riesgo del medio utilizado. Los fondos, dijo, fueron trasladados a cuentas de terceras personas utilizando direcciones IP cuyos propietarios tienen domicilio en el extranjero, lo que termina por desvincular al actor y su hijo. Las entidades bancarias, prosiguió, son conocedoras de los riesgos de las transferencias electrónicas y por ello utilizan recursos tecnológicos para proteger sus bases de datos, la información que mantiene dentro de sus instalaciones físicas. Lo cual, estimó, es fundamental, pero insuficiente, pues el servicio bancario trasciende esas instalaciones; y ese es el medio que los bancos decidieron emplear. Por ello, concluyó, no es de recibo el argumento del demandado en el sentido de que no se acreditó trasgresión a sus bases de datos; si el interés es brindar un servicio de altísimos beneficios por medio de Internet, el ámbito de responsabilidad también se ensancha. Indicó, si los enlaces tecnológicos son inseguros, peligrosos, como lo confirman los antecedentes y la propia protección que asumen los bancos, quienes constantemente incrementan su nivel de seguridad, cualquier lesión al usuario debe serle resarcida por el proveedor. El uso del teclado virtual, valoró, no es una solución robusta y no garantiza que terceros se encuentren imposibilitados de sustraer los datos y suplantar la identidad de los usuarios. Conforme a la sana crítica, relata, se arriba a la conclusión de esa insuficiencia, pues el propio Banco impuso como medio adicional el instrumento denominado “token”, lo que dice que el robo de identidad era posible y previsible. Agregó, la entidad demandada no argumentó ni presentó prueba sobre la credibilidad y buena fe. En suma, señaló, el señor Vargas Arias usó los mecanismos de seguridad que le brindó el Banco, quien no demostró que el primero tuvo un manejo inadecuado de la información de acceso a su cuenta y tampoco cuestionó o presentó elementos

que cuestionasen su buena fe. La computadora institucional que utilizaba su hijo fue revisada por el Organismo de Investigación Judicial, sin que se detectara irregularidad alguna, las direcciones IP provenían del extranjero. Por ende, sostuvo, no hay ruptura del nexo causal por ajenidad conforme al canon 35 de la Ley del Consumidor. El accionar lesivo del tercero, indicó, estuvo amparado por el Banco, pues este último decidió brindar el servicio protegiendo solo sus bases de datos, y dejó la protección de vínculo transaccional en el usuario, dejándolo expuesto.

IV.- En casos similares al presente, esta Sala se ha referido al régimen de responsabilidad por riesgo en materia del consumidor. Se ha reiterado que la normativa legal de la materia (Ley del Consumidor) estipula una responsabilidad objetiva para las relaciones de consumo, por la cual, los inconvenientes de una actividad lucrativa han de ser asumidos por quien la desarrolla (canon 35). Tal el caso de la actividad bancaria. Ahora bien, pese a la objetividad, la atribución de responsabilidad al agente, quien asume el riesgo o inconveniente, no opera de pleno derecho. El consumidor, debe demostrar la lesión y el nexo de causalidad con la acción que despliega el sujeto al que la reclama. Éste último, a su vez, puede acreditar el rompimiento de ese vínculo por ajenidad en el daño; esto es, si comprueba los eximentes de hecho de un tercero o culpa de la víctima. En estos términos, puede consultarse la sentencia no. 513-F-SI-2010 de las 13 horas 35 minutos del 30 de abril de 2010. En lo relativo al efecto de este particular régimen sobre la carga probatoria que pesa sobre las partes en un proceso judicial, en la sentencia no. 300-F-SI-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009, se dispuso: *“En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según*

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

de la víctima, como lo podría ser el que se haya entregado la clave a un tercero, requeriría verificar, entre otros actos, un comportamiento del ámbito personal del actor, respecto del cual resulta absolutamente ajeno. En este sentido, la [sic] 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” (el subrayado se agrega). En particular, sobre el riesgo en el servicio de Internet Banking que despliegan las entidades bancarias, en el mismo fallo, se señaló que: “La actividad financiera, específicamente la bancaria, genera por sí misma, un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario, que impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también para su beneficio. Lo delicado de la actividad ejercida queda

fuera de toda duda, y por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; y no cualquier bien, sino fondos del público. Por ende, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio” (el subrayado no es del original).

V.- El recurrente acusa una indebida aplicación e interpretación de normas sustantivas, que luego identifica como el artículo 35 de la Ley del Consumidor. A su juicio, el Tribunal desconoció el rompimiento del nexo causal, en trasgresión de la carga probatoria que pesa sobre las partes, según la cual el Banco no es el llamado a demostrar hechos que ocurren en la esfera de intimidad del actor o de las personas que el autorizó. Conforme se indicó en los antecedentes transcritos, esta Sala no desconoce que ante hechos como los que son objeto de este litigio, el Banco demandado posee dificultad para acreditar la ajenidad en la lesión (de manera similar a la que tiene la parte actora). En otras palabras se ve impedido para explicar cómo un tercero pudo acceder los datos sin el concurso del titular de la cuenta o de los sujetos a quienes el último autorizó, por este preciso motivo se ha establecido que los juzgadores están en la obligación de ponderar los elementos de juicio aportados por ambas partes, y deben determinar si con ellos se pueden extraer conclusiones que desvirtúen la presunción de buena fe que le asiste a la parte actora. Tratándose de los ofrecidos por el demandado, por ejemplo, aquéllos relativos a los mecanismos de seguridad que implemente, como documentación,

testimonial o una pericial. Así las cosas, el Banco, en razón de ese inconveniente o dificultad que –en efecto se observa-, debió adjuntar probanzas que se contrapusieran a la buena fe que se presume en el señor Vargas Arias. Y para efectos de esta fase casacional, debió indicar cuáles elementos aportó con esa finalidad, las conclusiones que de ellos se extraen, y por tanto, en qué estribó el error de apreciación en que incurrió el Tribunal. Sin embargo, en el desarrollo del cargo, el recurrente omite referir al menos el cumplimiento de ese deber probatorio y puntualizar además qué medios empleó con esa finalidad. De esta suerte, el cargo deberá desestimarse. A más de lo anterior, se observa que el Banco ofreció durante la audiencia preliminar al señor Siriam Cuadra Chavarría, Jefe de su Unidad de Seguridad Informática, en calidad de testigo perito, bajo la siguiente justificación *“en otros casos ha sido muy ilustrativo en su carácter de testigo perito ofrecido por la Administración, él puede explicar cómo funciona el sistema de Internet Banking, cuáles son todos los sistemas de seguridad, cuáles eran las barreras que deben pasarse y cuáles eran los sistemas que habían en el momento en que se produjeron las transacciones”*. Sin embargo, en el juicio el representante del Banco prescindió de la probanza (archivo de audio y video 09:13:00). Lo cual se agrega a lo dicho en el sentido de que en su impugnación no identifica de qué otros elementos admitidos y practicados se podría concluir la suficiencia de los sistemas de seguridad que implementó. Y esa carencia es el motivo principal por el cual el Tribunal le atribuyó responsabilidad, de manera que no combate el fallo. Ergo, se desestimaré el agravio.

VI.- En mérito de lo expuesto, procederá declarar sin lugar el recurso formulado. Deberá la parte recurrente sufragar las costas generadas con su ejercicio, conforme al artículo 150.3 del CPCA.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso de casación planteado por la parte demandada, quien deberá sufragar las costas generadas con su ejercicio.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

MACUNAQ