

# EL HECHO DE UN TERCERO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA BANCARIA

Licda. Marianna Fonseca Villanea (\*)

## Resumen

Actualmente, muchas personas no sólo en nuestro país, sino en el mundo entero han sido y son actuales víctimas de los delincuentes informáticos. Producto de esto, es que los Bancos han tenido que implementar medidas de seguridad para velar por la protección requerida para los clientes.

Debido a que en nuestro país no existe una normativa especial que regule este conflicto, surgen varias incógnitas o problema jurídicos que pueden colocar principalmente al Banco, en un estado de indefensión.

Con este trabajo, se pretenden estudiar los principales problemas jurídicos en relación con la aplicación de la responsabilidad objetiva a los Bancos en casos de delitos informáticos y la posibilidad de considerar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad civil.

**Palabras Claves:** Responsabilidad Objetiva Bancaria, eximentes de responsabilidad civil, phishing, fraude electrónico, el hecho de un tercero.

## Abstract

Presently, not only in our country but in the whole world, many people have been and are actual victims of the hackers or informatics thieves. In connection with this, the Banks are forced to implement security measures to fulfill with the protection required for the clients.

Because in Costa Rica there is not an especial legislation that can regulate this conflict, many legal problems can raise the Bank at a defenseless position.

By means of this investigation, the purpose is to study the principal legal problems in connection with the imposition of the objective liability to the banks in case of informatics crimes, and the possibility to consider the act of a third party as an excuse of this civil responsibility.

**Key Words:** Banking Objective Liability, civil responsibilities excuses, phishing, electronic fraud, the act of a third party.

## Introducción

Se ha logrado comprobar, a través de la historia, la importancia de la Banca para el funcionamiento y crecimiento de la economía de un país. Debido a lo anterior, la Banca debe buscar ser más eficiente en sus servicios para poder hacerle frente a la fuerte demanda y competencia en el mercado.

El sistema financiero no sólo se ha visto beneficiado con la presencia de nuevas tendencias tecnológicas, sino más bien se ha convertido en un imán para personas sin escrúpulos que deciden cometer delitos por medio del engaño en contra de usuarios de la Banca Electrónica.

Este no es únicamente un problema que se da fuera de nuestras fronteras. Al contrario cada vez es más común escuchar o leer una noticia sobre fraudes electrónicos en nuestro país. Aún así, el tema es muy reciente en Costa Rica, prueba de ellos son los escasos votos de nuestro tribunales resueltos al respecto.

Estos fraudes por Internet se imponen mes tras mes por parte de los piratas informáticos. Los métodos son cada vez más perfectos y precisos y se convierten en una plaga para los establecimientos financieros.

En varias oportunidades se ha logrado detectar correos falsos que pretenden robar información a los clientes del Banco Nacional, Banco de Costa Rica y Banco Popular, Banco HSBC

Cuscatlán, entre otros. Según información brindada por el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), durante el año anterior se recibieron aproximadamente 300 denuncias por fraudes electrónicos.

Esto supera la cifra de ₡ 1.300 millones de colones. Jorge Rojas, director del OIJ, manifiesta que las denuncias siguen llegando y sólo en San José, a principios del año ya se contaba con 31 nuevos casos (El Financiero, 1 enero de 2008).

El periódico El Financiero, confirmó que según estadísticas del OIJ, hasta agosto del 2007, el 41% de los casos correspondían al Banco Nacional, 40% Banco de Costa Rica, 8% al Banco Popular y el 11% no indicaba a cuál banco correspondía (El Financiero, 13 enero 2008). No obstante lo anterior, esta evolución no se ha dado a nivel legislativo provocando este desfase, inseguridad jurídica y hasta posibles interpretaciones antojadizas o parcializadas por parte de las autoridades judiciales.

Debido a esta falta de regulación, algunos votos relacionados con la responsabilidad objetiva declaran que aquellos comerciantes que obtienen una ganancia de una actividad riesgosa, deben hacerse responsable de los daños causados a sus usuarios mientras se está brindando el servicio. Sin embargo, todavía queda la incógnita si jurídicamente está correcta la aplicación de la normativa, o si por el contrario no puede aplicarse ni interpretarse de la forma que se ha hecho debido a la escasez de una legislación especial. Asimismo, parece que existen ciertas contradicciones y vacíos legales en algunas leyes utilizadas para fundamentar su argumentos.

A continuación se analizarán objetivamente los eximentes de la responsabilidad objetiva bancaria frente a estos delitos informáticos desde varias vertientes, con la finalidad de demostrar si realmente se está resolviendo conforme a derecho y si existe la posibilidad de considerar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad bancaria y bajo cuáles circunstancias.

## **1. Importancia de la Banca y generalidades del internet banking**

### **1.1 Importancia de la Banca**

La creación de la figura bancaria se considera tan antigua como la misma aparición de las organizaciones humanas, debido a que toda persona desde sus inicios ha tenido la necesidad de que alguien le financie y organice sus proyectos a lo largo de su vida.

Los bancos se originaron con la finalidad de ejecutar simples operaciones de cambio de moneda y crédito a nivel personal, pero a los pocos años sus funciones se empezaron a diversificar y se constituyeron en grandes organizaciones financieras.

Actualmente se puede considerar que la principal actividad de las entidades bancarias es la inversión de los depósitos realizados por terceros, los cuales se deben reintegrar, asumiendo evidentes riesgos de manera que se obtenga un beneficio que permita la remuneración de un interés (Bernabé, 2002).

Las entidades financieras movilizan ahorros, diversificación riesgos y producen información sobre oportunidades de inversión.

Dichas funciones incentivan la productividad de los recursos invertidos (Guerra Juárez, 2007).

En su función intermediadora, los Bancos promueven en estos días, la utilización más eficiente de los recursos dispuestos por un país (Soto Fonseca, 1997). Es evidente que dicha intermediación desboca un costo y constituye de la misma manera la movilización del capital.

La Banca, para Bernabé (2002), es clave en la economía de un país, ya que gran parte del ahorro, inversión y financiamiento se canaliza a través de ella. Debido a lo anterior, la regulación y las prácticas bancarias generalmente son objeto de una mayor atención para que su funcionamiento se materialice en beneficio de la actividad económica general.

Guerra (2007) considera que las instituciones bancarias, ejecutan diferentes metas de la política económica de cada país, las cuales se desarrollan y cambian a través de la historia, y reflejan las necesidades financieras de las diversas etapas de desarrollo de cada economía.

La importancia de la banca es primordial para el desarrollo de la economía de un país, debido que su principal ocupación es suministrar fondos tanto a empresas públicas, privadas, como personas físicas que lo requieren para poder cumplir con sus compromisos de pagos contraídos con los proveedores de bienes y servicios.

### 1.2 Necesidad de la Banca Electrónica

La Banca es el propulsor del mundo, por lo que es indispensable que esta se mueva al ritmo del mundo globalizado y conforme con las demandas actuales de la sociedad. A raíz de esto, la tecnología realiza un papel elemental al brindar a las instituciones financieras la posibilidad de tener una aceleración cada vez mayor.

Moreno Azofeifa (2007), considera que con la presencia de nuevas tecnologías, el Internet ha propuesto una gran revolución del comercio a nivel mundial. El Internet vino a impulsar la comunicación sin límites geográficos ni tiempo, al romper barreras donde todo aquel que tenga acceso a él puede comerciar y realizar un sin número de transacciones sin la necesidad de conocer la parte con la que se está entablando la comunicación.

Asimismo, las entidades financieras afrontan un entorno muy competitivo, principalmente por la inclusión de la banca electrónica, la cual las empuja a tomar el Internet como un arma muy seria y necesaria para su crecimiento y consolidación.

Trejos Antillón (1996) explica que en la actualidad es necesario contar con sistemas automatizados de procesamiento de datos, ordenadores, equipos de transmisión de datos y señales electrónicas para poder atender la enorme demanda de servicios por medio de estas vías. Estas herramientas proporcionan agilidad y seguridad necesaria para que los Bancos puedan atender esa inmensa demanda de servicios que cada día va en aumento.

Se puede definir la banca electrónica o *internet banking*, como el conjunto de productos y servicios que permiten por medio

de los procesos informáticos, que el cliente pueda realizar una serie de transacciones bancarias sin la necesidad de acudir a la sucursal (Feria Domínguez, 2008).

La banca electrónica permite mejorar el servicio y calidad de las transacciones, ya que se pueden disminuir costos operativos y lograr que la prestación sea más personalizada y competitiva (Revista Canalempresa, 2001).

Un eficiente sistema de Banca Electrónica provoca que los usuarios simplemente no necesiten acercarse a las oficinas del banco, pues podrán manejar todas sus transacciones (consulta de saldos, transferencias, pagos de servicios y solicitud de créditos) desde una computadora en su misma casa o la oficina.

Los principales beneficios que brinda el Internet a la Banca son los siguientes:

- ◆ La entrada de una nueva unidad estratégica de negocio que ofrece un alto potencial de crecimiento.
- ◆ La reducción de costos de transacción.
- ◆ El acceso a la información general del banco (marketing directo)
- ◆ La adecuación de los productos y servicios bancarios adicionales según las nuevas y constantes necesidades de los clientes (Feria Domínguez, 2008 ).

Un ejemplo de la implementación de servicios adicionales en la Banca Electrónica para atraer a clientes y cumplir con sus continuas necesidades, lo constituyen los sistemas de pago de servicios básicos a través de su Página Web.

Los bancos desarrollan una plataforma en la cual el usuario puede de manera fácil y eficiente cancelar sus recibos de agua, electricidad y teléfono a través de su computadora con acceso a Internet. Por dicha operación el banco puede cobrar una pequeña comisión, la cual muchas personas están dispuestas a asumir a cambio de no invertir tiempo y traslado a la sucursal bancaria.

### 1.3 Fraudes Electrónicos. Problemática mundial

El cambio abrupto, según Rojas Álvarez (2005), que ha tenido la humanidad gracias al Internet produjo que así como se incrementaba su utilización, también se incrementaron los llamados delitos o fraudes informáticos. Muchos de estos delitos se dan gracias a la extraterritorialidad, la dificultada para la investigación, la disociación temporal, entre otros.

Este mismo autor, considera que el fraude informático puede considerarse como toda aquella actividad ilícita que se lleva a cabo por medio de manipulaciones, con la intención de que tenga lugar una transferencia ilegítima de propiedad en perjuicio de tercero, el legítimo propietario.

En síntesis, el delito informático se puede conceptualizar como toda aquella acción que cause un daño en el patrimonio de un tercero, y la cual es consumada por medio de la utilización de herramientas informáticas.

Una de las principales metas de los grandes estafadores, para Moreno Azofeifa (2007) es sabotear y abatir la existencia y credibilidad de las empresas o empresarios participantes del comercio electrónico. Estos

hacen de esta herramienta comercial un arma de doble filo: una es la facilidad para el cliente y otra es la posibilidad de los estafadores de cometer sus delitos.

Dentro de las tecnologías más aplicadas para cometer este tipo de delitos se encuentra *el Phishing, el Hacking, el Pharming y el Spoofing*, entre otros. Sin embargo para efectos del presente trabajo se analizará el *Phishing*, el cual es el método de estafa más utilizado en contra de la banca electrónica y sus usuarios.

### 1.3.1 Phishing

Todo aquel que utilice el comercio electrónico está expuesto a ser víctima de un posible fraude electrónico. Uno de los principales y favoritos fraudes por medio de Internet es el conocido como *Phishing*.

El *Phishing* se conoce como aquella simulación o copia casi exacta de una Página Web, el cual sirve como puente para adquirir información confidencial de una persona mediante el engaño y la simulación de una situación real (Moreno Azofeifa, 2007).

Asimismo, Moreno Azofeifa (2007), afirma que dicho término nace de la palabra en inglés *fishing*, la cual significa en español “pescando” y surge de la contracción de *password harvesting fishing*, “cosecha y pesca de contraseñas” en español. La razón de su nombre radica en la metáfora de “pescar” la información confidencial del usuario mediante el engaño, la cual pretende que la víctima entregue dicha información y luego el *phisher* o “pescador” saque su cuenta bancaria.

Según la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América, normalmente los *phishers* envían a la víctima un correo electrónico en el cual se hacen pasar por el banco (con sitios Web reconocidos), donde se les informa la necesidad de actualizar, validar o confirmar datos personales como contraseñas de sus cuentas bancarias, número del documento de identidad, así como toda otra información sensible y confidencial.

Es común que soliciten a los usuarios que llenen un formulario con dicha información y la envíen a una copia idéntica a la Página Web del banco. A partir de ese momento, el usuario es víctima de un fraude.

Dada la rápida proliferación de este tipo de estafa, se ha convertido en una de las principales causas de lucha de las empresas contra los delitos en línea. En Estados Unidos se ha creado la “Anti-Phishing Working Group” (APWG), la cual es una asociación de industrias cuyo principal objetivo es acabar con el robo de identidad y fraudes resultantes del creciente problema del phishing en correos electrónicos fraudulentos.

Pimentel (2007) aporta que entre los países donde las instituciones financieras recibieron más ataques mediante el método *phishing*, destaca Estados Unidos con un 79%, el Reino Unido con un 10%, Canadá con un 4% y España con un 2%.

Estos fraudes por Internet se imponen cada vez más como el método mayormente empleado por parte de los delincuentes informáticos, cada vez más perfectos y precisos, convirtiéndose en una pesadilla para los establecimientos financieros.

## 2. Responsabilidad Civil Extracontractual

### 2.1 Concepto

La responsabilidad civil se considera como la sujeción del patrimonio de una persona que incumple un deber de conducta, de manera que le haga frente a la obligación adquirida de resarcir el daño producido. Dicha responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, e implica la primera, una trasgresión de un deber de conducta impuesta por un contrato y la segunda por la producción de un daño a otra persona sin que exista previamente una relación jurídica entre el autor y el perjudicado (Montero Piña, 1999).

El respetado tratadista Pérez Vargas (1984), manifiesta que la responsabilidad extracontractual consiste en aquella relación de índole jurídica constituida cuando una persona transgrede la esfera jurídica de la otra, sin que necesariamente exista una relación jurídica anterior, o sí, existiendo ésta no guarda relación con el comportamiento ilícito o la actividad productora del daño.

La Sala Primera razona que la responsabilidad civil extracontractual recae sobre quien, aparte de toda relación contractual previa, causó un daño en la esfera jurídica de otra persona, ya sea por culpa o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un determinado vínculo, sino de la simple violación del deber civil general de no dañar a otros.

Rivero (2001) argumenta que la esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual) la constituye el daño,

entendido como aquella lesión a un bien jurídico o a un interés humano jurídicamente relevante. En síntesis, la esencia de un daño es la lesión a un interés jurídicamente que debe ser reparado o resarcido.

### 2.2 Fundamento

La responsabilidad Civil Extracontractual contiene fundamento jurídico en el artículo 1045 del Código Civil, donde establece que “todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro daño, está obligado a repararlo junto con sus perjuicios”.

Asimismo, dicha responsabilidad tiene sustento constitucional el artículo 41, donde se dispone que “Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”.

Para Montero Piña (1999) es importante que el daño causado sea atribuible al agente productor, ya sea porque así lo causó intencionalmente o porque pudiendo y debiendo hacerlo, no lo previó por negligencia. Este mismo autor, argumenta que la obligación general de debida diligencia está impuesta a todos los individuos de una sociedad y su finalidad radica en la convivencia armónica de los miembros, pues los obliga a actuar bajo la norma de conducta de buen padre de familia, entendida como aquella obligación de tomar las previsiones del caso para no causar daño a los demás.

En este mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su voto 2007-000658 reconoce que el origen de tener que restituir el daño causado, surge del principio general de “no dañar a los demás”

(*alterum non laedere*). Por lo anterior deben resarcirse los daños ocasionados por un comportamiento –conducta activa u omisiva–, entendido éste como una iniciativa humana externa, que incide sobre intereses jurídicamente relevantes, cuando media un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado; y, en el caso de la responsabilidad extracontractual, sin que hubiere mediado un vínculo previo.

Se puede considerar que la Responsabilidad Civil Extracontractual se puede clasificar en dos modalidades, una subjetiva que consiste en la omisión de diligencia a un deber de hacer que se debió haber realizado en aras de evitar un daño, y la objetiva, constituida por la producción indirecta de un daño.

A continuación, una pequeña reseña de estas dos modalidades, que permitirán tener un concepto más completo de la responsabilidad civil extracontractual.

## 2.3 Clasificación

### 2.3.1 Responsabilidad Subjetiva (o por culpa)

Este tipo de responsabilidad nace cuando el daño causado se le puede imputar a la conducta reprochable de un sujeto. Dentro de ésta, se pueden señalar dos tipos de categorías, y depende si el sujeto productor del daño y al que se atribuye la responsabilidad es el mismo o no (Soto Fonseca, 1997).

#### 2.3.1.1 Directa

En la responsabilidad subjetiva indirecta, se da la conducta propia del sujeto productor del daño, que obliga a éste al

resarcimiento de todos los daños resultantes de su conducta antijurídica (Pérez Vargas, 1994).

Soto Fonseca (1997) señala en nuestro sistema jurídico, la responsabilidad civil subjetiva directa o también conocida como responsabilidad con culpa o responsabilidad por acto propio. Se puede vislumbrar en el artículo 1045 del Código Civil, al establecer que esta modalidad de responsabilidad se adquiere por medio del dolo, la falta, la negligencia o imprudencia.

#### 2.3.1.2 Indirecta

Pérez Vargas (1994), se ha referido a la aclaración hecha por la Sala de Casación, en el sentido de que la responsabilidad subjetiva indirecta nace del deber de toda persona de vigilar a aquellas personas, animales o cosas que de una u otra forma dependen de ellas.

Esta modalidad también se le llama responsabilidad por actos ajenos. Para Soto Fonseca (1997), ésta procede por la presunción que la normativa otorga a la existencia de un acto dañoso de la persona responsable, ya sea por una falta de vigilancia (*culpa in vigilando*) sobre el sujeto causante directo del daño, como por la desafortunada elección (*culpa in eligendo*) del mismo servicio y que tales faltas o desaciertos son considerados como la verdadera causa del daño.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su voto 2002-00607, reconoce la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, en sus dos manifestaciones, *in eligendo e in vigilando*; obligando la ley a quien encarga a otro la realización de determinado trabajo, a

elegir a alguien apto y a vigilar su ejecución. En caso de que el encargado en la ejecución y dentro del ámbito de confianza otorgada, cause daños a terceros, éstos podrían demandar directamente al mandante, quien responderá por un actuar doloso o culposo del encargado.

#### 2.3.1.2.1 Culpa in Vigilando

La responsabilidad subjetiva *in vigilando* se encuentra regulada en el artículo 1048 de nuestro Código Civil, pues dicta que los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, cuando estén a su cuidado.

Asimismo, el artículo 1047 *ibídem* establece que los padres, tutores o encargados son responsables por el daño causado por sus hijos menores de 15 años que habiten en la misma casa.

Se puede considerar que este tipo de culpa se da cuando la responsabilidad del daño se atribuye a aquellos que están obligados a la vigilancia o cuidado de personas, que en razón de su vínculo legal, se encuentran en la obligación de cuidar las acciones de estas personas bajo su cargo o dirección, de manera que no perjudiquen los intereses ajenos (Soto Fonseca, 1997).

Montero Piña (1999), plantea que en este tipo de responsabilidad existe una separación entre el sujeto productor del daño y aquel sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad indemnizatoria, los cuales evidentemente son personas distintas pero existe responsabilidad por los hechos dañosos de personas que se hallan al servicio de otro o bajo su custodia.

Resumiendo, dicho autor considera que esta responsabilidad se puede generar bajo los siguientes hechos:

- Los padres de familia son responsables por los actos de sus hijos menores de 15 años que vivan con ellos.
- Los tutores son responsables por los daños que cometan sus pupilos.
- Los directores de colegios o escuelas son responsables por los daños causados por sus discípulos menores de quince años, cuando estén bajo su custodia.

#### 2.3.1.2.2 Culpa in Eligendo

El artículo 1048 del Código Civil también dispone que aquella persona que encarga a otra el cumplimiento de uno o varios actos está obligada a escoger una persona apta para ejecutarlos y también a vigilar la ejecución en los límites de la diligencias de un buen padre de familia.

Los patronos serán responsables solidariamente de los perjuicios que su encargado cause a un tercero, ya sea por mala intención o por negligencia, cuando se de una mala escogencia del encargado.

#### 2.3.2 Responsabilidad Objetiva

En los párrafos 4,5 y 6 del artículo 1048 del Código Civil, se regula lo que la doctrina llama responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo creado. En ella, se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, orientándose en una conducta o actividad de una persona, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o



la mera tenencia de un objeto de peligro. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 654-2004 de las 11:59 del 5 de agosto de 2008).

La Sala Primera considera, siguiendo el mismo pensamiento, que en estos casos el elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora del riesgo. Por ello, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad. Dentro de esta categoría de responsabilidad, la doctrina ubica los accidentes de tránsito.

En dicha responsabilidad, se le atribuye al agente productor del daño una responsabilidad que se deriva no precisamente de una conducta o de un actuar, sino se da por la sola situación de la realización del hecho. Por lo anterior, se denomina objetiva, pues solamente se valora el daño causado sin considerar la subjetivo de la circunstancia (Montero Piña, 1999).

Esta responsabilidad sin culpa inicialmente tuvo la motivación de tutelar principalmente aquellos casos de riesgos de trabajo y también accidentes de tránsito (Pérez Vargas, 1984).

#### 2.3.2.1 Teoría del Riesgo

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, argumenta que los efectos de la revolución industrial y posteriormente la tecnología, comienzan a manifestarse y en particular como consecuencia de las grandes guerras mundiales, iniciando a ser deficitaria la responsabilidad civil subjetiva frente a la realidad (voto No.00607 de las 16:15 del 7 de agosto del 2002).

La Sala Primera, sigue manifestando en el voto arriba indicado, que por consecuencia de lo anterior, surgen nuevas teorías desarrolladas por la doctrina científica y más tarde una normativa especial. Nace y se consolida, la teoría del riesgo.

Ésta propone que si alguien crea un riesgo por encima de los estándares medios admisibles, y obtiene beneficios de la actividad riesgosa, no hay razón para que no cubra los daños que ella produzca. La realidad se ha encargado de reconocer la virtualidad de esta teoría.

#### 2.3.2.1.1 Actividad Peligrosa

Todas las actividades humanas conllevan en sí mismas un grado más o menos elevado de peligrosidad para quienes directamente las ejercen o para los terceros extraños. Sin embargo, el concepto de peligrosidad es por su naturaleza un concepto relativo, ya que depende del estado alcanzado por la ciencia y la tecnología en un determinado sector (Bueres y otra, 1997).

En el voto 00398-2001 de la Sala Primera, citado por el Carlos Manavella (2003), esta autoridad destaca que en la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino del haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta.

#### 2.3.2.1.2 "Riesgo-Provecho"

La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho y beneficio, crea una fuente de

posibles daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, está obligado si el daño ocurre. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 654-2004 de las 11:59 del 5 de agosto de 2008).

Montero Piña (1999), estima que la teoría del riesgo creado consiste en que la persona beneficiada de un bien o servicio que por su explotación constituye o representa un peligro social, tiene que hacerle frente a los daños ocasionados en su explotación.

Tamayo Lombana (1998), revela que los partidarios de la Teoría del Riesgo plantean que: una persona ha creado un riesgo (ya sea riesgo industrial, profesional, u otros) y lo ha creado para su provecho; por lo que se puede perfectamente hablar de un riesgo creado y de riesgo-provecho.

La motivación del riesgo-provecho o riesgo-beneficio, en su condición de criterio objetivo de la atribución del daño, es una concepción principalmente de carácter económico y estrechamente vinculado con la revolución industrial y creación de las empresas (Gamarra, 1995).

Gamarra (1995), sigue fundamentando que la sociedad moderna reconoce el nacimiento de grandes organizaciones económicas, en ocasiones multinacionales, que si bien son muy beneficiosas para la sociedad, al mismo tiempo también son fuente inevitable de daño.

Este autor Uruguayo, de forma muy objetiva, recuerda que se encuentra “judicialmente justificado” vincular el riesgo que

crean con los beneficios producto de la misma actividad que lo origina, y obligar a las empresas a reparar el daño que causan, como contrapartida del provecho desarrollado por la actividad dañosa procurada.

## 2.4 Eximentes de la Responsabilidad Civil

### 2.4.1 Culpa de la Víctima

La doctrina, se establece que el principio de autorresponsabilidad implica que el damnificado deberá asumir las consecuencias de su propio actuar, sea negligente o imprudente. La víctima carecería entonces del derecho a la indemnización cuando el daño ha sido originado por la propia conducta de aquel que reclama la reparación (Tanzi, 1995).

Cuando el comportamiento de la víctima participa en la producción del daño el ofensor queda exonerado de responsabilidad. Gamarra (1995) aporta al respecto, que el análisis de la actuación de la víctima en la producción del daño tendrá importantes repercusiones por el concepto de la reparación al excluir por completo la obligación indemnizatoria.

Gamarra (1995) sigue planteando, que quien debe reparar el daño es aquel sujeto que se lo cause a otro; de manera que al participar la víctima en la casación del daño, el ofensor no tiene responsabilidad alguna.

Tanzi (1995) sugiere que la culpa de la víctima opera como causa ajena e interrumpe el nexo de causalidad y suprime las consecuencias atribuibles. Asimismo, es trascendental que dicha culpa de la víctima sea demostrada de forma clara y contundente para poder exonerar total o parcialmente de responsabilidad.

#### 2.4.2 Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Un principio del Derecho indica que nadie puede ser responsable por un daño proveniente de un caso fortuito o fuerza mayor. Lo anterior está muy ligado al hecho de que nadie puede ser obligado a lo imposible.

Montero Piña (1999), predica que el caso fortuito se fundamenta en el acontecimiento que se puede prever, pero no evitar y es producido por un hecho ajeno al hombre, la naturaleza; en tanto que la fuerza mayor, tampoco es posible evitarla y ésta sí es producida por el hombre.

Este mismo autor plantea que al ser la culpabilidad determinante para acusar a alguien responsable de un daño, si no existe esta debido a la inexigibilidad del suceso, hace que se exima de las consecuencias patrimoniales del daño.

Eso sí, tienen que estar presentes ciertos elementos que hagan realmente el suceso inevitable. Para Silvia Y. Tanzi (1995), se exige que el hecho sea imprevisible, irresistible, sobreviniente, actual, extraño e insuperable. En caso que un hecho opere dentro de estas circunstancias, se liberará la obligación de responder por el daño.

#### 2.4.3 Hecho de un Tercero

Se trata en este caso de una tercera persona que no guarda relación jurídica contractual con el dueño o empresario, y es causa adecuada del daño sufrido. El tercero podría interrumpir la relación de causalidad nacida de ese hecho porque su conducta por sí

sola causó un daño, o concurrir con la culpa de la víctima (Tanzi, 1995).

En este tipo de eximente, un tercero es causa del daño sufrido por la víctima, y es importante destacar que en la producción del evento dañoso interviene un sujeto que no es el ofensor (o el presunto ofensor), ni algunas de las personas por las cuales éste responde (Gamarra, 1995).

Cuando se comprueba que el hecho realizado por el tercero fue la única causa del perjuicio, va a funcionar como una causal de exoneración de responsabilidad civil. Es claro que en estos casos, la responsabilidad se desplaza hacia el tercero, y queda comprobado que no hay vínculo de causalidad y el ofensor estaría exonerado de forma total (Tamayo, 1998).

Gamarra (1995) insiste que es de suma importancia comprobar la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho del tercero de manera que se logre descartar la causalidad y con ello se pueda excluir completamente la responsabilidad. En caso de no tener presente estos caracteres, podría complicarse la justificación de si se exime o no al ofensor.

### 3. Análisis jurisprudencial costarricense sobre la Responsabilidad Objetiva

Debido a que el tema de la responsabilidad objetiva bancaria es muy reciente en nuestro país, se analizarán primeramente varias sentencias de la Sala Primera y una de la Sala Tercera, de la Corte Suprema de justicia, donde se ha abarcado generalidades de este tipo de responsabilidad y la Teoría del Riesgo.

Posterior a esto, de la misma manera se revisará los principales elementos jurídicos evaluados en 3 votos del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que resuelven conflictos surgidos directamente por fraudes electrónicos a usuarios de bancos estatales de nuestro país.

El análisis de estos votos a su vez, brindará elementos valiosos para comprender la tendencia de las autoridades judiciales en este tipo de casos.

### 3.1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto no. 000295-F-2007 de las 10:25 del 26 de abril de 2007

Esta reciente sentencia vino a marcar un importante precedente sobre la responsabilidad de las empresas y establecimientos en los servicios que brindan, aún cuando son gratuitos, como es el caso de los parqueos para automóviles.

El conflicto se da cuando un consumidor de un supermercado ubicado en San Sebastián fue víctima del robo de su automóvil, el cual estaba estacionado en el parqueo del establecimiento. El actor del proceso solicitó que se condenara a las empresas demandadas al pago del valor del vehículo extraviado, el daño moral sufrido, perjuicios causados y a las costas del proceso.

El Juzgado Civil de Hatillo, en primera instancia, decidió acoger las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación pasiva, falta de causa genérica sine actione agit, alegadas por las demandadas, y declaró sin lugar en todos sus extremos petitorios.

Posteriormente, como resultado del recurso de apelación interpuesto por el actor, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda revocó la sentencia y acogió la demanda con lugar en forma parcial únicamente en cuanto a la condena del pago del valor del automóvil y las costas del proceso. Sin embargo, se llevó el proceso a la Sala Primera la cual declaró finalmente sin lugar el recurso de casación.

Las empresas demandadas alegan dentro de este proceso, que no se les puede condenar ya que el propietario del vehículo no compró ni consumió nada del establecimiento, por lo que no se les puede dar la protección que establece el artículo 32 de la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor. Dicho artículo señala como derecho fundamental e irrenunciable del consumidor la protección contra los riesgos que puedan afectar la salud, su seguridad y el medio ambiente.

Siguiendo la misma línea, las demandadas razonan que al no acreditarse que el actor ingresa al parqueo con el fin de hacer una compra en el establecimiento, no era consumidor, por lo que las partes no estaban ligadas a un vínculo contractual o legal que dé soporte a la aplicación de la ley sustantiva.

Asimismo, estiman que la actividad comercial y el servicio que presta no es alquilar una zona de estacionamientos, no guardando el hecho dañoso relación con el servicio que presta el supermercado.

En contraposición a lo manifestado por las demandadas, la Sala Primera argumenta contrariamente con lo manifestado por las demandadas que sí existe una relación

comercial, siendo ésta de inferioridad y por ende necesaria una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios. Calcula también, que el consumidor no es aquel que necesariamente adquiere un servicio, teniendo también la Ley de Protección del Consumidor el deber brindar la misma protección a los consumidores en potencia.

De la misma manera, la Sala Primera señala que la lesión sufrida por el actor, se originó en su condición de usuario del parqueo que se ofrece como parte de los servicios del supermercado para sus clientes, haya o no comprado.

Con base en lo anterior, se podría entender que el Supermercado pudo poner al actor en una situación o condición de peligro-riesgo de sus derechos como consumidor, y le corresponde de esta forma la responsabilidad objetiva de los daños causados.

Esta Sala parte del criterio que el servicio de parqueo, sea o no gratuito, forma parte unitaria de la estructura económica y logística del establecimiento comercial que originó su uso, por lo que debe responder por los daños y perjuicios ocurridos durante la estancia de los vehículos en esa área.

La prestación accesoria del servicio de estacionamiento "VII...es parte inherente del servicio que prestan en su actividad comercial y por tal, deben responder por los daños y perjuicios ocurridos durante la estancia de los vehículos en esa área, porque tienen el deber de custodia, guarda y restitución de un deber de protección del comerciante, que le crea una obligación frente a quienes aparquen en ese lugar...es decir, está obligado a guardar, custodiar y restituir el vehículo (artículos 698 y

1349 del Código Civil), como derivación propia de la responsabilidad objetiva impuesta por ley".

Gracias a este voto, se puede resaltar y asimismo aplicar a la actividad bancaria, el hecho que la Sala Primera estima que toda aquella prestación sea accesoria o no, que ofrezca el establecimiento debe brindarse en el resguardo y custodia de los derechos del consumidor. Lo anterior especialmente en protección contra los riesgos que puedan afectar, en este caso, su seguridad.

Podría asemejarse en cierta manera, el servicio de parqueo que brinda el supermercado al servicio de banca electrónica que ofrecen los bancos a sus usuarios debido a que ambos son accesorios al principal, los cuales brindan los comercios. A simple vista, si se pudiera aplicar una analogía, se entendería que los bancos son responsables por aquellos daños y perjuicios que pueda sufrir el consumidor durante el uso de su plataforma electrónica.

3.2 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto no. 000460-F-2003 de las 10:45 del 30 de julio de 2003.

Para al actor de este proceso, el Hotel donde estaba parqueado su automóvil que sufrió diversos actos vandálicos, incumplió con su deber de cuidado y vigilancia de su vehículo, de manera que consecuencia de esa falta debe hacerse responsable por los daños sufridos a su propiedad privada.

La mencionada demanda fue declarada con lugar y asimismo en segunda instancia sus extremos fueron acogidos y la sentencia confirmada. La demanda aún así decidió alzar

el proceso al nivel de la Corte Suprema de Justicia.

La demandada argumentó que el servicio de parqueo que brinda a sus clientes es totalmente gratuito por lo que acusa una indebida aplicación de los ordinales 1349 y 1023 del Código Civil, ya que no existe un vínculo contractual entre el actor y la demanda.

La demandada afirma que lo acontecido obedece a un caso de fuerza mayor, por lo que resulta inaplicable lo dispuesto en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil. En amparo de lo anterior, considera se da una exoneración de responsabilidad al romperse el nexo causal entre la conducta de la demandada y el daño ocasionado al vehículo del actor.

Además de lo anterior, reputa que los daños ocasionados al vehículo derivan de un hecho vandálico no atribuible al Hotel ni a sus dependientes o auxiliares. Aún tomando en consideración que se cuenta con personal de vigilancia, mantiene que la conducta realizada por este tercero vándalo no se ha podido resistir.

La Sala Primera en respuesta a todos estos alegatos, justifica que la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico, lo constituyen las máximas de naturaleza constitucional normadas en los artículos 41 y 45 de la Constitución Política.

Esta Sala sigue fundamentando que “V...la inviolabilidad del patrimonio y derecho de cualquier persona por obtener la reparación de los daños ilegítimamente infringidos a sus intereses patrimoniales, definen la posición ideológica del constituyente en torno al rango de tutela de la propiedad privada.”

Para esta autoridad, se está frente a un caso de responsabilidad objetiva, ya que la culpa como elemento fuera de consideración en atención a la actividad desempeñada por la causante del daño supone una creación de un riesgo connatural al ejercicio de la actividad.

La Sala Primera sigue justificando, que aunque el riesgo pueda ser considerado como posible, no faculta a que el damnificado deba soportarlo en beneficio de la actividad desarrollada, y el causante debe responder por ello aún cuando se esté frente a una conducta ilícita. En armonía de lo indicado, se declara sin lugar el recurso de casación y se confirma las sentencias antes dictadas.

Este voto, como se puede observar de forma clara, brinda aún más elementos que se podrían utilizar como un parámetro de criterios por utilizar en procesos delictivos cometidos a usuarios de la banca electrónica.

El primero de ellos lo trae a tapete la Sala Primera al confirmar que aunque los daños causados sean producto de una actividad ilícita ajena al establecimiento, no conlleva a la exoneración su responsabilidad. Esta manifestación calza de forma perfecta al supuesto estudio de esta investigación.

Se ha aclarado durante el transcurrir del presente análisis, que el fraude ha sido el arma utilizada por muchos delincuentes para despropiar de dinero a la víctima y por consecuencia que el banco se vea envuelto en el problema de tener que responder por esos daños. Siguiendo entonces el mismo pensamiento que la Sala Primera ha dado a conocer, sería evidente que no se exonera de

responsabilidad aun cuando el perjuicio se supeditó de un delito.

También así, dicha autoridad resalta el factor de la creación de un riesgo connatural al ejercicio de la actividad. Vuelve a la luz entonces la teoría del riesgo implícita en la responsabilidad objetiva. Lo mismo también se puede considerar presente en la banca electrónica, ya que es una fuente de riesgo creada por el mismo banco.

Hasta ahora, es evidente que la jurisprudencia no favorece en absoluto al banco. Existen varios argumentos jurídicos que señalan de forma absoluta la responsabilidad de los comercios que ofrecen servicios accesorios que por sí mismos implican un riesgo-peligro.

### 3.3 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto no. 2007-1333 de las 10:15 del 2 de noviembre de 2007.

Esta sentencia de las Sala Tercera corresponde a la condena por homicidio calificado suscitado en la Agencia del Banco Nacional de Costa Rica ubicada en la comunidad de Monteverde, provincia de Puntarenas.

Con respecto del tema que compete en este estudio, en la citada sentencia se condena civilmente al Banco Nacional de Costa Rica, con base en la responsabilidad objetiva que le atañe y fundamentada en el artículo 35 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Esta autoridad contradice totalmente lo argumentado por el Tribunal Penal competente,

al considerar que realizó una incorrecta aplicación e interpretación de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor por estimar que los daños causados no se dieron en razón del servicio brindado por la actividad bancaria, y que por ende su origen deriva de la acción de un tercero sin vinculación orgánica del Banco.

Para la Sala Tercera, el nexo causal se determina al valorar los daños y perjuicios producidos por el ilícito, se encuentran enmarcados dentro de la esfera objetiva de una relación de consumo, uso o disfrute de determinado bien o servicio, sin que esto descarte la posibilidad de que tal responsabilidad pueda coincidir o por el contrario diferir del sujeto sobre el que recae la responsabilidad penal.

Esta misma Sala, en otro voto con condiciones similares, interpretó que para poder determinar la causalidad entre la mera prestación del servicio y los daños sufridos se debe realizar el siguiente ejercicio:

Si se suprime hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, si el resultado no se hubiera producido en aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, se puede concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo (voto 2005-1117 de las 16:25 del 29 de setiembre de 2005).

Los magistrados de esta Sala especialista en materia penal, que sigue esta misma línea, reflexionan que el servicio de seguridad brindado a toda aquella persona que ingrese a sus instalaciones a realizar cualquier gestión, en razón del alto riesgo que significa una actividad comercial de naturaleza

monetaria. Su obligación es responder por lo ocurrido dentro de sus instalaciones. Esto es inminente desde que asume la realización de una actividad comercial bancaria destinada al servicio.

Este voto sigue insistiendo, en este caso concreto, que aunque la acción delictiva fue producto de un tercero ajeno al ente financiero no concurre la responsabilidad contemplada en el párrafo segundo del artículo 35 *ibídem*, el cual reza: "...Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño". Esto, porque no necesariamente el atribuir la acción delictiva a un sujeto distinto al comerciante, excluye que éste último sea responsable civilmente, ya que lo importante es determinar si el daño es producido dentro de la esfera del servicio que se brinda.

Se continúa constituyendo un ambiente complicado para los bancos en cuanto al tema de responsabilidad objetiva. Este voto, contiene la figura estricta del banco como parte del proceso, y logra que las manifestaciones en él puedan compararse de aun mejor forma con el objeto de este estudio.

Si bien el homicidio calificado y el fraude no son equiparables en relación con la reprochabilidad penal, ambos son delitos tipificados en nuestro Código Penal. Por lo anterior, se puede simplemente partir del hecho que se está frente a un delito.

La Sala Tercera, es bastante clara en cuanto a la aplicación de la responsabilidad objetiva civil en los sucesos donde se encuentra presente el alto riesgo de una actividad monetaria. Considera trascendental determinar la causalidad entre la prestación de los

servicios y los daños causados, la cual parece ser bastante extrema.

#### 3.4 Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, voto no. 708-2008 de las 15 horas del 19 de setiembre de 2008.

Esta es la primera sentencia en nuestro país, donde se condena a un banco por causa de un delito de fraude realizado por medio de la banca electrónica.

La parte actora del proceso solicitó que en sentencia se condenara al Banco a reintegrarle de vuelta las sumas de ¢1 296 790.60, ¢192 500. 00, \$3.870,36 y \$509,17 las cuales fueron sustraídas sin su autorización y por falta de deber de cuidado de sus cuentas bancarias, asimismo se condenara al Banco al pago de los intereses legales a partir del 19 de julio del 2007 y hasta el pago efectivo de esas sumas reclamadas. De la misma manera, pidió que se condenara al Banco al pago de las costas personales y procesales del proceso.

El Banco, por su parte, alegó que el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, establece como eximentes de la responsabilidad la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, y manifiesta que es claro que no existe el nexo de causalidad alguno entre el daño sufrido por la aquí actora y la conducta del Banco.

En virtud de lo anterior, consideran los representantes del Banco, que fue el descuido de la obligación personalísima que se le atribuye a la víctima, como es el cuidado de su clave, y la conducta delictiva de terceros lo que



produjo el daño, siendo esta entidad bancaria totalmente ajena a éste.

El demandado expuso en concreto las defensas de falta de derecho, falta de interés actual, falta de legitimación pasiva y la defensa previa de falta de integración de la litis consorcio necesaria. Adicionalmente, solicita que en sentencia se declare que no ha existido funcionamiento anormal por parte del mismo en el manejo de la banca electrónica, que siempre han actuado conforme al ordenamiento jurídico y que no han violado ningún estándar de la debida diligencia. En consecuencia, que el Tribunal rechace en todos sus extremos la demanda y se condene en ambas costas a la parte actora.

El Tribunal a cargo manifiesta que el numeral 46 de la Constitución Política de la República de Costa Rica garantiza a todos los consumidores y usuarios el derecho de protección de sus intereses, en el presente caso concretamente intereses de tipo económico. Este derecho ha sido desarrollado de manera muy puntual por la ley 7472 denominada "Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor".

Los juzgadores argumentan que el criterio de imputación es el riesgo creado y se excluyen así los criterios de antijuricidad y culpabilidad, siendo el régimen de responsabilidad objetiva, tema ya analizado de forma reiterada por nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Entre ellos destacan que quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos o riesgosos para los demás, debe soportar los inconvenientes que se deriven de esa situación.

El Tribunal aclara que queda demostrado que la actora suscribió con el Banco un servicio de banca electrónica utilizando el Internet, mediante lo cual era posible acceder y realizar diferente operaciones de sus cuentas corrientes y de sus cuentas de ahorros vía electrónica.

Fue a través de este medio, según el Tribunal, que se facilitó la sustracción fraudulenta del dinero de la actora, configurándose así de esa manera el nexo causal. Dicha relación únicamente puede ser destruida cuando se presente el eximente de responsabilidad de que habla esta Ley de Protección al Consumidor de manera general y eso se establece en el párrafo segundo del numeral 35.

Para los miembros este Tribunal, en caso que se demostrara la existencia de alguna de los eximentes (fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero) en concurrencia con la situación de riesgo creado, no se elimina la ajenidad, y por lo tanto subsiste el nexo causal al permanecer la situación de riesgo imputada al banco.

Asimismo, razonan que el Banco no pudo demostrar, que la afectada proporcionara su número de PIN o su clave de acceso por una falta de cuidado o una indebida diligencia en el manejo de sus datos personales privados.

También adicionan que en el examen del hecho de un tercero, por definición simple se refiere a la participación de un tercero que ocasiona el daño de manera totalmente independiente de la conducta de la parte demandada, esto es, sin la concurrencia del riesgo creado, situación que tampoco resultó demostrado. Este Tribunal, entonces considera

que un tercero no hubiere podido acceder a las cuentas de la accionante sin las facilidades creadas por el sistema de banca electrónica.

Aún y cuando se hubiera demostrado la intervención de un tercero o terceros, según el Tribunal, ello carece de aptitud para liberar al banco de su responsabilidad, ya que el daño se provocó por un medio que proporciona el mismo banco y que insiste se le cataloga como riesgoso.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, rechazó las defensas interpuestas por la demanda y declaró con lugar la demanda, condenando al Banco a los daños y perjuicios ocasionados a la actora los cuales corresponden a la devolución del dinero sustraído más los intereses legales correspondientes.

3.5 Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, voto no. 743-2008 de las 14 horas y 10 minutos del 26 de setiembre de 2008.

La empresa actora acudió a esta vía, con la finalidad de que se condenara al Banco accionado el reintegro de la suma de \$4,040.41 que fueron sustraídos de su cuenta corriente, los intereses correspondientes y la suma de ambas costas. Lo anterior porque, fundamentado en el hecho que es responsabilidad del Banco el reintegro de dicha suma toda vez que el sistema del banco es vulnerable.

El Banco por su parte manifiesta que esta demanda debe declararse sin lugar en todos sus extremos por ser infundada. Además,

solicita se condene a la parte actora al pago de ambas costas e interpone las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación e interés actual, contenidas en la sección genérica sine accione legis.

Uno de los principales argumentos del Banco, consiste en que la clave secreta del actor fue utilizada para realizar la transacción y transferir los montos reclamados y concluye que el Banco no tiene responsabilidad por las transacciones realizadas las cuales fueron efectuadas con una clave válida y por lo tanto imputable al actor.

El Tribunal considera que el Banco como proveedor de servicios, debía cumplir con una prestación de servicios eficiente y continua, siendo su deber el suministrarle al consumidor toda la información adecuada y suficiente que pudieran determinar su decisión de su consumo y también además le permitieran hacer un uso adecuado del servicio, conociendo los riesgos que asumía al realizar dicha contratación.

Le parece importante a esta autoridad señalar que desde el punto vista del contrato virtual, para poder acceder al servicio virtual que brinda el Banco, el consumidor necesariamente tiene que hacer uso de la plataforma de Internet, ya que es el único medio por el cual el Banco puede facilitar este servicio. En consecuencia de lo anterior, el Banco asume una figura de proveer de servicios de Internet, que utiliza un canal electrónico para que sus clientes puedan acceder al servicio.

Para este despacho, al prestar el Banco un servicio de intermediación financiera y de custodia de valores, entre otros, y obtiene por

ello un lucro, debe tener altos estándares de seguridad; pero además si decide adoptar el uso de nuevas tecnologías como son los medios virtuales para brindar su servicio, debe asumir la responsabilidad que se pueda derivar de ello pues está creando un riesgo al ofrecer el servicio. De tal forma, si el daño se produce como consecuencia del servicio que presta el Banco, se configura la relación causal, y por ende surge la responsabilidad objetiva.

Se cita en la sentencia, que el artículo 35 de la Ley 7472, establece una causa de exclusión de responsabilidad al indicar que sólo se libera de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Este concepto de ajenez es indeterminado. Sin embargo, no debe de interpretarse desde el punto de vista literal sino desde el punto de vista del daño y el rompimiento del nexo causal por causas ajenas.

Este Tribunal interpreta, que durante el transcurso del proceso no se logra acreditar que la producción del hecho ajeno haya podido romper un nexo causal entre el daño producido y el riesgo que genera la actividad virtual propiciada por el banco. Con base en lo anterior, este Tribunal considera responsable al Banco por el daño que se produjo en la esfera patrimonial del actor, pues se logró probar que el servicio brindado lo hace en un medio de riesgo, y que entre el daño causado y el hecho dañoso se da una relación de causalidad.

A diferencia de lo interpretado anteriormente por la autoridad competente, el Juez Alner Palacios García salva su voto argumentando principalmente y de forma muy puntual, lo siguiente:

1. **El servicio de acceso a la red Internet no lo da el Banco.** Tanto el Banco como el cliente, son ambos usuarios de la plataforma de comunicación denominada Internet, la cual es de acceso público. El Banco no le ofrece a su cuentahabiente el servicio de Internet, sino que le da al cliente la opción de acceder a sus cuentas, recurriendo para ese fin, a la plataforma de uso público, tal cual autopista de información, que es en realidad. Lo anterior concuerda con que los medios utilizados para fraguar un fraude electrónico afectan al usuario de Internet por el hecho de ser él, aun y cuando no esté haciendo uso de los servicios del Banco en línea.
2. **El servicio de Internet Banking es de uso voluntario, no obligatorio.**
3. **El banco no puede impedir que el usuario asuma conductas que lo pongan en riesgo mientras usa el Internet aun cuando no esté realmente usando los servicios bancarios.** Para Palacios, queda demostrado que el Banco informa a su cliente acerca de la necesidad de mantener secreta su clave de acceso y su contraseña. No le es posible al Banco impedir que el usuario asuma conductas que lo pongan en posición de riesgo de perder o de fugar sus datos, aun cuando el cliente ni siquiera sea consciente de ello, puesto que tal cosa le puede ocurrir al cliente por el sólo hecho de ser usuario del servicio de Internet, no del servicio que presta el Banco.

4. **El acceso a las cuentas del cliente, en particular, entiéndase a las bases de datos del Banco por medio de la red de Internet, sólo puede ser realizado por quien posea la clave, y la contraseña que le fue habilitada al cuentahabiente.** Según fundamenta Palacios, lo anterior hace que manipular las cuentas mediante la Internet, sólo sea posible en esas circunstancias, es decir, utilizando las claves pertinentes puestas en custodia del cuentahabiente, por lo que la cuenta bancaria es inaccesible de otra forma que no sea la indicada. Queda comprobado que el acceso lo hizo una persona usando la clave y la contraseña del usuario.

5. Palacios argumenta que el usuario manifiesta que no fue él quien accedió a la cuenta, pues no estaba en México para cuando se efectuó la operación, raíz desde el cual para efectos informáticos, provino la orden de giro, o de girar, según los testimonios; entonces queda absolutamente clara la participación de un tercero, que en la especie es la eximente de responsabilidad que dispone en sentido lato la ley, para desaplicar la teoría del riesgo, rompiendo el nexo de causalidad.

3.6 Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Cuarta, voto no. 802-2008 de las 15 horas del 9 de octubre de 2008.

Los actores del proceso solicitaron que se declare que el banco incumple con falta en los reglamentos de servicios por internet, por

falta de soporte de seguridad. Asimismo, solicitan se ordene al Banco Nacional de Costa Rica a reintegrar a los actores por concepto de daños los fondos sustraídos.

El representante del Banco, por su parte contestó de forma negativa y opuso defensas de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de causa, culpa de la víctima y hecho de un tercero. Asimismo alegó que por encontrarse ante una responsabilidad derivada de una relación contractual, no aplica la responsabilidad objetiva, sino en cambio la responsabilidad subjetiva.

Para este Tribunal, el criterio de imputación de esta responsabilidad está constituido primordialmente por el riesgo creado o la conducta creadora de él, elemento que sustituye los elementos de culpa o antijuricidad propios de la responsabilidad subjetiva.

En cuanto al nexo de causalidad, el Tribunal cree es un hecho no controvertido que el actor suscribió con el BNCR un servicio denominado "banca electrónica" por medio de la cual era posible acceder y realizar diferentes operaciones de sus cuentas de ahorro, vía electrónica; servicio que facilitó la sustracción fraudulenta de su dinero, configurándose así el nexo causal.

El despacho razona, de manera contundente en este voto, que al aprovecharse del servicio de internet y crear su propio espacio mediante sus página electrónica, cuando el cliente ingresa al banco en línea "III. ...es exactamente como si ingresaran a las paredes del edificio que alberga la institución; solo que en este caso, de la manera más moderna y cómoda, se hará en forma virtual,

desde una computadora y en ese sentido es que entiende el tribunal el servicio que presta el banco a sus clientes.”

Considera este Tribunal, que en cuanto al hecho de un tercero, este no hubiera podido acceder a las cuentas del accionante, sin las facilidades dadas por el sistema de banca electrónica, ofrecida por el ente demandado. Argumentan en este mismo voto, que si se hubiera demostrado la intervención de ese tercero o tercera, ello carece de aptitud para liberar al banco de responsabilidad, dado que el daño se provocó por un medio utilizado por el propio banco, en los términos anteriormente dichos y que se insiste de catalogar riesgoso.

Por último, estima este Tribunal, que los bancos deben tomar conciencia de su responsabilidad, a la hora de ofrecer un servicio tan expuesto al riesgo, y facilitar todas las medidas de seguridad hacia lo externo del banco, no pueden usarse en una dificultad para proteger al principal destinatarios de sus servicios, el consumidor.

Como anteriormente se expresó, ésta es una de las primeras sentencias que resuelven sobre este tema. Se puede desprender como actualmente se está respetando la línea tomada por la Sala Primera y Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Del voto se puede extraer, de la misma manera, como también la tendencia es la no aplicación de ningún eximente de responsabilidad, inclusive el hecho de un tercero. En el próximo apartado se analizará esta interpretación más a fondo.

#### **4. Posibles fisuras legales.**

##### **4.1 Falta de Regulación Especial.**

Como se ha desprendido a lo largo de este artículo, es evidente que nuestro legislador no ha implementado una normativa específica que regule la responsabilidad bancaria en temas de fraudes electrónicos. Lo anterior causa indudable inseguridad jurídica, al tener que implementar criterios descontextualizados y desactualizados a esta problemática.

El Diputado José Manuel Echandi Meza (2008), con base en lo anterior, en el mes de febrero del año en curso, presentó un Proyecto de Ley a la Asamblea Legislativa denominado “Regulación del Sistema de Tarjetas de Crédito y Débito para Responsabilizar a sus Emisores”.

Este Proyecto de Ley establece principalmente que los emisores de tarjetas de crédito y débito deberán tomar las medidas de seguridad necesarias para garantizarle al usuario que pueda utilizarlas de manera confiable a través del sistema de Internet, en cajeros automáticos o en cualquier otra forma que permita en el futuro acceso a la información y los recursos del usuario.

Asimismo, Echandi Meza (2008) propone que en los casos de fraude o sustracción electrónica de fondos, el emisor de la tarjeta será el responsable por las pérdidas que sufra el usuario, a quien únicamente le corresponderá asumir el pago de cincuenta mil colones.

Este proyecto plantea además que el emisor debe cubrir las sumas sustraídas salvo que, por vía judicial o administrativa, se compruebe que existió evidente culpa, negligencia o descuido del dueño de la tarjeta.

También se le otorga la SUGEF el deber de vigilar y supervisión en todo lo concerniente a los sistemas de seguridad, además de implementar programas que garanticen la calidad del servicio y la accesibilidad exclusiva del usuario a sus cuentas, su información y sus fondos disponibles.

Este proyecto todavía no ha prosperado en su largo trayecto por la Asamblea Legislativa, pero al menos puede considerarse como un primer inicio para lograr la regulación de un problema jurídico actual y que nos concierne a muchos.

#### 4.2 Análisis y lectura crítica de la Responsabilidad extracontractual objetiva en el Derecho del Consumidor.

Para Manavella C. (2002) con mayor insistencia los distintos autores señalan la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad extracontractual en la configuración del derecho de daños en el transcurrir de la era industrial hacia la era tecnológica.

Sigue argumentando el citado autor, que para analizar la responsabilidad objetiva específicamente en el derecho del consumidor, es trascendental citar el voto No. 646-F de las 16:45 horas del 22 de agosto de 2001 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En dicha resolución de la Sala Primera, el hecho se da debido a la explosión de una botella de gaseosa que al momento de abrirla le ocasionó al actor del proceso una importante herida corneal que produjo la pérdida de la

agudeza visual como incapacidad física permanente e irreversible.

Según lo manifestado por el magistrado Luis Guillermo Rivas Loáiciga, quien redacta esta sentencia, el actor debía ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por la lesión sufrida como consecuencia de la explotación del envase de vidrio y la falta de medidas de seguridad adecuadas que garantizan al consumidor una total tranquilidad en cuanto al producto adquirido.

Para dicho juzgador, los productos ofrecidos por la demandada debían garantizar total seguridad al consumidor y bajo ninguna circunstancia debe presentar un potencial peligro para quien consume estos productos.

Asimismo, esta Sala alega que las comercializadoras masivas contemporáneas de productos lo que les interesa es optimizar sus ganancias, e incitan al ciudadano, mediante la diversificación de productos y la manipulación de la información, al consumo indiscriminado e irracional. Esto produce verdaderas situaciones de superioridad que conducen a abusos.

Manavella (2002) nos recuerda que la reforma constitucional al artículo 46 en el año 1996, introdujo un nuevo derecho económico junto con la libertad de empresa y como delimitador de ésta, la protección del consumidor y que, a su vez, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante LPCDEC) aportó una serie de derechos sustanciales y procesales que favorecen a los consumidores y usuarios.

El artículo 35 de la citada ley, señala los derechos fundamentales e irrenunciables del

consumidor, tales como la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad, medio ambiente y otros.

El legislador adoptó un régimen de responsabilidad objetiva, con la finalidad de evitar que por dificultades probatorias prácticamente insalvables puedan quedar desamparadas por las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio, actividades per se generadoras de riesgos para la integridad física o el patrimonio ajenos (Sala Constitucional, voto No. 1441-92 de las 15:45 del 2 de junio de 1992).

El artículo 32 de la LPDEC (antes con la numeración del artículo 32 de esta misma Ley) específicamente abarca el tema de la responsabilidad objetiva en temas del derecho del consumidor, el cual reza lo siguiente:

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. Solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño...

Como se puede divisar, dicho artículo incluye un eximente de responsabilidad, el cual le aplicaría a aquel que demuestre que ha sido ajeno al daño. Pero ¿a qué se refiere exactamente cuando se habla de ajenidad? ¿podría el hecho de un tercero considerarse entonces como ajeno al actuar de un empresario o productor de servicios o bienes?

El término ajenidad doctrinalmente, en este momento no está muy claro, aunque

puede considerarse superficialmente como la ruptura del nexo causal. Para la Sala Tercera, el nexo causal en la responsabilidad objetiva se construye por la unión de dos elementos: a) El riesgo creado por el demandante en el desarrollo de una actividad económica lícita y b) el daño sufrido (voto No. 2007-01333 de las 10:15 del 2 de noviembre de 2008).

Algunos otros consideran que la interpretación de la Sala Tercera no es la correcta. Para Ortiz Zamora (2008) a pesar de que el artículo 35 de la LPDEC, establece que se libera de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño, la jurisprudencia costarricense ha hecho referencia del numeral 1048 del Código Civil al establecer que: “El “hecho de un tercero” no exonera al comerciante, cuando el riesgo creado, precisamente es la materialización de dicho hecho.”

Sin embargo, dicho profesional manifiesta que el artículo 1048 del Código Civil surgió en un contexto y realidad social muy distinta a la de hoy, razón por la cual, la jurisprudencia debería favorecer una interpretación bajo el alero de la realidad social del tiempo cuando la norma está siendo aplicada, en contexto de la interpretación gramatical y restrictiva que hasta este momento se ha venido aplicando.

Ortiz Zamora (2008) recalcan que existe norma especial que, la cual de una forma más amplia, ha establecido que se libera de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño, concepto dentro del cual se engarzan otros eximentes de responsabilidad además de la culpa de la víctima o la fuerza mayor.

Este especialista de igual forma considera que la interpretación correcta de “ajenidad” para efectos de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor se refiere a la “causalidad” interrumpida, lo cual se da tanto por fuerza mayor y culpa de la víctima, como también por el hecho de un tercero.

Ortíz (2008), sigue insistiendo que de no interpretarlo de esta forma incitaría la complicidad entre el tercero y el consumidor en perjuicio de los comerciantes; así como también el incremento del costo de los bienes y servicios para el consumidor, ya que el comerciante simplemente tendría que trasladar esos costos a sus precios y pagarían así todos los consumidores para beneficiar a unos cuantos.

Lo anterior, puede reflejarse muy bien en el caso de un fraude cometido por medio de la banca electrónica. Al existir no solo vacíos legales, sino contradicciones en ciertos artículos desactualizados y confusos de nuestra normativa, podría creerse que se impulsa a la alianza en contra del comerciante.

Complementando la misma línea de los dos anteriores párrafos, Osterling Parodi (1997) informa que el costo social que una regla de responsabilidad obligue a asumir a una determinada empresa, será trasladado al costo comercial del bien o servicio que lo produce, ya sea mediante un sistema de seguros, un sistema de precio o similar.

El problema radica en el costo comercial en que un alto nivel de costos sociales podría incrementar el costo comercial en tal medida que sería susceptible de retraer la demanda de ciertos bienes y servicios, ya que a la larga es el

propio consumidor quien termina asumiendo el costo social al adquirir el bien o el servicio (Osterling Parodi, 1997).

Es evidente, que existen claras y contrarias interpretaciones sobre el eximente indicado en el artículo 35 de LPDEC. Lo anterior se agrava cuando se complementa con el artículo 1048 del Código Civil. Seguidamente se entrará a analizar más a fondo este numeral, pero se puede entender que hay problemas de contradicción en nuestra legislación, que conllevan hacia una inseguridad jurídica.

Debe tomarse también en cuenta que el riesgo creado del servicio de banca electrónica también abarca supuestos atípicos de riesgo fuera del foco de control del Banco, como son aquellos que el cliente controla y que por tanto asume (v.gr. el uso y resguardo de usuario y PIN de seguridad). Lo anterior por consiguiente implica que en materia de consumo debería considerarse este descuido o imprudencia también como eximente de responsabilidad del comerciante.

Aquellos que defienden los intereses de los comerciantes (Ortíz, 2008), manifiestan que las páginas electrónicas bancarias son suficientemente seguras, y que la causa del daño que sufren algunas víctimas de estos fraudes electrónicos no es por la utilización y el riesgo del servicio de la banca electrónica, sino que necesariamente se da por una acción u omisión, consciente o inconsciente, pero propia y exclusiva de la víctima.

Se suma a lo anterior el acaecimiento del riesgo típico de otro servicio independiente y desligado de la banca electrónica como es Internet (servicio público), lo que puede ser causa eficiente y adecuada del apoderamiento



del pin y clave de acceso personales de los clientes para realizar las transacciones fraudulentas (Ortíz, 2008).

A raíz de todo lo anterior, surge entonces un inconveniente, ¿cómo demostrar que la supuesta víctima no se puso de acuerdo con un tercero para simular un robo por medio del *internet Banking*?, ¿se deberá pensar entonces que por el hecho de brindar un servicio que implica un riesgo legalmente aceptado, sin excepción el Banco va tener que responder por los “daños causados”?, ¿qué tipo de mensaje se estará enviando a los delinquentes informáticos y sus posibles cómplices?

#### 4.3 Análisis y lectura crítica de la Responsabilidad Extracontractual Objetiva en nuestra legislación civil

Como ya se adelantó anteriormente, la responsabilidad objetiva está regulada principalmente en el artículo 1048 del Código Civil, donde de forma directa se exceptúan el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad civil objetiva.

Víctor Pérez (1984) comenta que nuestra jurisprudencia ha aclarado que los párrafos 4 y 5 del artículo 1048 del Código Civil, se basen en la responsabilidad objetiva (o sin culpa), la cual recae sobre los empresarios de establecimientos peligrosos y aquellos que se dedican a la explotación de los medios de transporte. Lo anterior, reflejo de la Teoría del Riesgo.

Para Manavella (2002) la jurisprudencia patria se incorpora a la tendencia objetivadora de responsabilidad extracontractual que, en el

caso de nuestro país, sin ánimo de abandonar el sistema central de responsabilidad por culpa normado en el artículo 1045 del Código Civil, admite a partir del artículo 1048 del mismo Código, regímenes especiales de responsabilidad objetivas basadas en las teorías de las cosas o de la actividad riesgosa.

La ley lo que pretende es excitar el celo de los dueños y empresarios de actividades peligrosas, en el sentido de impedir accidentes y también garantizar mejor el pago de la respectiva indemnización (Pérez Vargas, 1984).

Sin embargo, es importante analizar la realidad y época cuando el legislador decidió incluir este artículo en nuestro Código Civil, exactamente en el año 1886.

Pérez (1984), plantea que la llamada responsabilidad objetiva o “responsabilidad sin culpa” se encuentra acogida en nuestro ordenamiento jurídico en varios supuestos, el más relevante de los cuales es, el relativo a los riesgos de trabajo, aunque también de mucha importancia el de los accidentes de tránsito.

Según los récords doctrinales la responsabilidad objetiva aumentó considerablemente durante la primera mitad del Siglo XX. Se llegó a considerar que los medios de transporte y el desarrollo de actividades industriales peligrosas debían ser sometidos a la responsabilidad objetiva. Asimismo, se sometía a ámbitos como la energía nuclear, el ferrocarril, la navegación área o la circulación de vehículos a motor.

De esta misma manera, debemos recordar que en el año 1886, cuando entró en vigencia nuestro Código Civil, el mundo entero se encontraba en medio de la Revolución

Industrial. De ahí probablemente que la responsabilidad objetiva y el artículo 1048 estaba dirigido a atacar aquellos problemas propios de esa época. Muy distintos son los que vivimos hoy, y a falta de una regulación especial, se presentan todo este tipo de problemas.

Podría considerarse con base en lo anterior, que la responsabilidad objetiva impuesta en nuestro Código Civil no se ajusta a la realidad de nuestros días, y lo peligroso del caso es que aun así se sigue utilizando e interpretando sin importar el espíritu real de este numeral.

Para seguir con las contradicciones legales, no sólo el artículo 1048 del Código Civil contradice lo establecido en el artículo 35 LPDEC, sino que también lo hace en contra del inciso primero del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

#### 4.4 Análisis y lectura crítica de la Responsabilidad Extracontractual Objetiva en el Derecho Administrativo

La Ley General de la Administración Pública en su artículo 190, específicamente en el inciso primero profesa que: “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”.

Nótese que ni el artículo 35 de la LPDEC ni el artículo 1048 Código Civil, considera el hecho de un tercero como eximente de

responsabilidad, aunque así lo hace este artículo 190 de la LGAP.

Para el administrativista Ortiz Zamora (2008), el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración Pública que debería ser más estricto, curiosamente sí permite el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad. De esta manera, consideran ellos, la jurisprudencia estaría interpretando de forma discriminatoria e infundada en contra de los agentes económicos en general.

Asimismo, el citado profesional alega que con este tipo de interpretaciones, los Bancos e instituciones financieras se están colocando en una situación práctica de indefensión ante el acontecimiento de fraudes electrónicos cometidos por tercero y en los cuales se promueve su impunidad.

A raíz de todo lo anterior, también nace otra incógnita relacionado con la aplicación de este artículo 190. Como se ha comentado anteriormente en la investigación, actualmente ya se dictó sentencia en relación con un caso de responsabilidad objetiva bancaria en contra del Banco de Costa Rica. Sin embargo, el despacho correspondiente resolvió el caso fundamentándose en los artículos del Código Civil y la LPDEC, más no aplicando el artículo 190 LGAP debido a que el Banco de Costa Rica es una institución estatal.

#### 5. Conclusiones

Se ha demostrado que la Banca, a lo largo de la historia, es un componente imprescindible para el funcionamiento y desarrollo de la economía de un país. Lo anterior porque gran parte del ahorro, inversión y financiamiento se canaliza a través de ella.

Debido a la gran competencia y a la difícil situación mundial, la Banca debe implementar mecanismos modernos para hacer más eficiente sus servicios de manera que pueda atender la gran y exigente demanda del mercado.

La adecuación de nuevas tendencias tecnológicas en el sistema financiero, como es el *internet banking*, han arrojado muchísimos beneficios para los consumidores, como es la agilidad y facilidad en sus transacciones bancarias diarias. Sin embargo, también se ha convertido en un imán para los delincuentes.

Mundialmente, los piratas informáticos se aprovechan de la ingenuidad de los usuarios para, por miedo del engaño, obtener sus contraseñas e ingresar al *internet banking* proporcionado por un Banco. Con lo anterior, buscan sustraer ilegalmente todo el dinero posible de esas cuentas.

Nuestro país lamentablemente ha sido víctima de estos piratas. En los últimos años se han podido detectar correos electrónicos con datos falsos que buscan saquear la información personal de los clientes del Banco Nacional, Banco de Costa Rica y Banco Popular, Banco Cuscatlán, HSBC, entre otros.

Actualmente, no se ha dado ninguna realmente importante medida legislativa para combatir este tipo de delitos. Consecuentemente, se provoca una grave inseguridad jurídica que es posible conlleve parcializadas e infundadas interpretaciones por parte de las autoridades judiciales del país.

A lo largo del artículo se denota una gran incógnita: si jurídicamente se está

interpretando correctamente la normativa, o si por el contrario no puede aplicarse ni interpretarse de la forma que se ha hecho, debido a la escasez de una legislación especial y contradicciones en varios cuerpos legales.

Las resoluciones de los tribunales y Salas Primera y Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por ahora han resuelto en función de la Teoría del Riesgo creada. Dicha teoría fundamenta que aquellos comerciantes que obtienen una ganancia de una actividad riesgosa deben hacerse responsable de los daños causados a sus usuarios mientras se está brindando el servicio.

En la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo creado se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, y se orienta en una conducta o actividad de una persona, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro.

Dicha responsabilidad reside en el hecho de que, todo aquél que, para su propio provecho y beneficio, cree una fuente de posibles daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, está obligado si el daño ocurre. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado.

Es importante valorar que ante esta responsabilidad, según doctrina y dependiendo de la situación, se pueden encontrar ciertos eximentes como son la culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de un tercero.

Este último eximente aplica en los casos donde una tercera persona no guarda relación jurídica con el dueño o empresario y es causa adecuada del daño sufrido, pudiendo interrumpir la relación de causalidad de ese hecho porque su conducta por sí sola causó un daño.

La poca jurisprudencia relacionada con este tema es bastante recelosa en cuanto considerar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad objetiva. Por ahora, no se favorece en absoluto al banco. La mayoría de los argumentos jurídicos señalan de forma absoluta la responsabilidad de los comercios que ofrecen servicios accesorios que por sí mismos implican un riesgo-peligro.

Hoy, la Sala Primera se vuelca por el pensamiento de que toda aquella prestación sea accesoria o no, que ofrezca el establecimiento debe brindarse en el resguardo y custodia de los derechos del consumidor. Lo anterior especialmente en protección contra los riesgos que puedan afectar, en este caso, su seguridad patrimonial.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con respecto de lo anterior interpreta que para que un empresario creador de un foco de riesgo, sea eximido de responsabilidad, debe lograr demostrar la ruptura de la causalidad de la prestación del servicio y los daños sufridos. De forma muy estricta proceden a realizar el siguiente ejercicio:

Si se suprime hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, si el resultado no se hubiera producido en aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, se puede concluir que hay una relación de

causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo.-

Del otro lado de la moneda, hay aquellos que manifiestan que existen claras y evidentes contradicciones entre los artículos 35 de la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor, el artículo 1048 del Código Civil y el artículo 190 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública. Esto, parece haber empujado a las autoridades judiciales a realizar una errónea interpretación de los eximentes de la responsabilidad objetiva.

A pesar de que el artículo 35 de la LPDEC, establece que se libera de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño, la jurisprudencia costarricense ha hecho referencia del numeral 1048 del Código Civil al establecer que el hecho de un tercero no exonera al comerciante, cuando el riesgo creado, precisamente es la materialización de dicho hecho.

Algunos consideran que el numeral 1048 del Código Civil, no es posible aplicarlo a la realidad del *internet banking*, debido a que éste fue creado totalmente bajo otro contexto social. Parece peligroso en consecuencia, adoptarlo a casos completamente disímiles a su espíritu jurídico. Lo anterior, tiene en cuenta también, que existe una norma especial que ampliamente libera la responsabilidad de aquel que demuestre ser ajeno al daño causado.

Podría pensarse, que la correcta interpretación de "ajenidad" en la LPDEC se puede llegar considerar como la causalidad interrumpida, la cual puede ser eximida por aquellos casos donde medie la fuerza mayor, la culpa de la víctima o también el hecho de un tercero.

Es muy sencillo, ante toda esta problemática, que se den lazos de complicidad entre el tercero y el consumidor en perjuicio de los empresarios, lo cual de forma casi inmediata arrastraría que el comerciante traslade esos costos a sus precios y pagarían así todos los consumidores para beneficiar a unos cuantos.

Asimismo, La Ley General de la Administración Pública en su artículo 190, inciso primero, se

refiere a la posibilidad de considerar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad por los daños causados.

De forma muy evidente se destaca como esta Ley debería ser más estricta que la misma norma civil, por lo que jurisprudencialmente se estaría analizando e interpretando de manera discriminatoria e infundada en contra de los bancos como agentes económicos.

### **Bibliografía**

#### Leyes:

*Código Civil de la República de Costa Rica.* (2006). 16 Ed. San José. Editorial IJSA.

*Ley General de la Administración Pública.* (2005). 9ª Ed. San José, Costa Rica. Editec Editores.

*Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.* (2005). 3era. Ed. San José, Costa Rica. Editec Editores.

#### Libros, Tesis y artículos:

Bueres, Alberto José (1997). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot:

Echandi Meza, José Manuel. (2008). *Proyecto de Ley "Regulación del Sistema de Tarjetas de Crédito y Débito para responsabilizar a sus emisores"*. Expediente No. 16.952. Departamento de Servicios Parlamentarios. Asamblea Legislativa. República de Costa Rica.

Gamarra, Jorge. (1995). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo.* Tomo XIX. Volumen I. Segunda edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.

Guerra Járez, Lucía. (2007). Importancia de la Banca en la economía de un país. *The University of Chicago Law School\_Práctica Profesional EW Financing Services LLC*, Chicago-México, p. 2.

Manavella C., Carlos. (2003). Cuestiones de Responsabilidad Objetiva en la jurisprudencia de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia. *Revista Ivstitia* año 17, No. 193-194: San José, Costa Rica.

Montero Piña, Fernando. (1999). *Obligaciones*. Primera edición. : San José, Costa Rica. Mundo Gráfico S.A.

Moreno Azofeifa, Deniece. (2007). *El Comercio Electrónico: principales amenazas*. Tesis de Licenciatura en Informática con Énfasis en Desarrollo, San José, Costa Rica. ULACIT.

Osterling Parodi, Felipe (1997). *Responsabilidad Civil: Costo Comercial y Costo Social. Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pérez Vargas, Víctor. (1984). *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Primera edición. : San José, Costa Rica. INS.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. (2001). *Responsabilidad Civil. Tomo II*. : Bogotá, Colombia. Biblioteca Jurídica Diké.

Rojas Álvarez, Iván Leonel. (2005). *Atipicidad relativa en los delitos informáticos en el código penal de Costa Rica*. Tesis de Licenciatura en Informática con énfasis en Telemática y Redes. San José, Costa Rica ULACIT.

Soto Fonseca, Alejandra María. (1997). *La Responsabilidad Bancaria en la Transferencia Electrónica de Fondos*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San Pedro, Costa Rica. Universidad de Costa Rica.

Tamayo Lombana, Alberto. (1998). *Manual de Obligaciones*. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

Tanzi, Silvia Y. (1995). *Responsabilidad Civil Objetiva*. Buenos Aires, Argentina. Abellerro-Perrot:

Trejos Antillón, Oscar. (1996). *La responsabilidad Civil en las Transferencias Electrónicas de Información: Necesidad de una Legislación sobre la Transferencia Bancaria*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San Pedro, Costa Rica. Universidad de Costa Rica.

#### Páginas de Internet:

Anti-Phising Working Group (APWG). Phishing Activity Trends Report Q1/2008. Recuperado el día 20 de setiembre de 2008 en la [http://www.antiphishing.org/reports/apwg\\_report\\_Q1\\_2008.pdf](http://www.antiphishing.org/reports/apwg_report_Q1_2008.pdf)

Bernabé Pérez, Mercedes. (2002). *Generalidades del Sistema Bancario*. Recuperado el día 17 de setiembre de 2008 en <http://ciberconta.unizar.es/LECCION/gensisban>

Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América. *Bank Failures, Mergers and Takeovers: A "Phish-erman's Special*. Recuperado el día 6 de octubre de 2008 en <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt089.shtm>

Cordero Pérez, Carlos. (2008, 1 enero) Alerta por nuevo phishing a nombre del BCR. *Periódico El Financiero.com*, Tecnología. Recuperado el día 17 de setiembre de 2008 en [http://www.elfinancierocr.com/ef\\_archivo/2008/enero/06/tecnología\\_1370672.htm/](http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2008/enero/06/tecnología_1370672.htm/)

Feria Domínguez, José Manuela (sin fecha). *La Banca en Internet: Riesgos Implícitos*. Recuperado el día 5 de octubre de 2008 en <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/Economia/02/texto2.htm>

Pimentel, Ruth. (2007). *Record de bancos afectados por Phishing*. Recuperado el 18 de setiembre de 2008 en <http://www.siliconnews.es/es/silicon/news/2007/01/16/phishing-n.mero-bancos>

Revista Canalempresa. (2001). *Actualidad legal. Banca electrónica*. Natalarium S.L. Barcelona, España. Recuperado el día 18 de setiembre de 2008 en <http://www.canalempresa.com/revista/feb2007/articulo22.htm>

#### Jurisprudencia:

Sala Constitucional. (1992). *Voto No. 1441-92 de las 15:45 del 2 de junio de 1992*.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (1990). *Voto No. 320 de las 14:20 del 9 de noviembre de 1990*.

Sala Constitucional, *voto No. 1441-92 de las 15:45 del 2 de junio de 1992*.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *voto No. 646-F de las 16:45 del 22 de agosto de 2001*.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *voto No. 2007-01333 de las 10:15 del 2 de noviembre de 2007*.

Sala Primera de la Corte suprema de Justicia. (2002). *Voto No. 607 de las 16:15 del 7 de agosto de 2002*.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2003). *Voto no. 000460-F-03 de Las 10:45 del 30 de julio de 2003*.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Voto no. 000295-F-2007 de las 10:25 del 26 de abril de 2007.*

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Voto No. 658 de las 10:10 del 12 de setiembre de 2007.*

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (2008). *Voto no. 2007-1333 de las 10:15 del 2 de noviembre de 2007.*

Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (2008) voto no. *708-2008 de las 15:00 del 19 de setiembre de 2008.*

Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (2008). *Voto no. 743-2008 de las 14:10 del 26 de setiembre de 2008.*

Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta (2008). *Voto no. 802-2008 de las 15:00 del 9 de octubre de 2008.*

Entrevista:

Ortiz Zamora, L. A. (2008, noviembre 17). Entrevista. (M. Fonseca, Interviewer)