

Responsabilidad objetiva en actos de consumo.

Actualización jurisprudencial

La Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 19 de diciembre de 1994, establece, en el artículo 35, el régimen de responsabilidad objetiva en actos de consumo. El legislador la ha incorporado con el fin de proteger, no sólo al consumidor y al usuario, entendido como el destinatario final, sino a cualquier perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos y que cuyo efecto dañoso sea consecuencia de un acto de consumo. Es el caso del establecimiento comercial con servicios sanitarios, donde no hay cobro por el uso de los mismos por cuanto es asumido por el prestador, pero a pesar de su utilización, se sustrae el vehículo que se parqueó en las instalaciones. Otro caso es la compraventa de vivienda y vendida por un agente económico dedicado a la construcción y venta de viviendas para ser habitada por un consumidor, presentando defectos tales que la gravedad de los mismos es de tal magnitud que hacen imposible habitar el mismo, como el caso de rellenos que permiten el desplazamiento de la vivienda.

Establece el artículo 35:

Artículo 35.- Régimen de responsabilidad.

El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

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

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los

actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.

El párrafo primero de este artículo, reconoce la responsabilidad objetiva en caso de que el consumidor resulte perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Se distingue por tanto, la responsabilidad por el producto y la responsabilidad por el servicio. En cuanto al primero, la circulación del producto es suficiente para, en caso de defecto, sea posible tratar de atribuir responsabilidad al fabricante por un producto cuya seguridad es esperable. La atribución de responsabilidad no es automática ni absoluta, porque el fabricante puede eventualmente excepcionarse. Tratándose de los servicios y caracterizados por la actividad, es esperable la seguridad de los mismos. Por ejemplo, el caso de un establecimiento cuya estadía debe ser segura: salones de baile, restaurantes, establecimientos bancarios (*ver considerandos IX y X del voto 1337 de 2 de noviembre del 2007, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*), el caso de la banca electrónica, (*ver considerando VIII voto 399-2009 de 10:45 horas de 23 de abril de 2009, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*).

En ambos casos, el consumo del producto o el servicio, dependerá de las informaciones correspondientes y en el momento oportuno, es decir, antes de la decisión o manifestación del consentimiento, salvo que el destinatario sea quien haya generado o producido el daño, en cuyo caso, accederá la autorresponsabilidad, (*ver voto 516-F-S1-2009 de Sala Primera*), pero debe quedar claro que se parte del riesgo creado y sólo accedera la autorresponsabilidad si el consumidor, cuando conociendo todos y cada uno de los riesgos aún así quiere asumirlos.

El tipo de responsabilidad, que contempla el ordinal de cita, es objetiva. El nexo causal y la imputación objetiva son básicos para atribuir responsabilidad objetiva en materia de consumo, -*ver considerando XIII del voto 229 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, de 13:55 horas del 30 de agosto del 2007-*, la cual puede ser, por comisión o por omisión; derivada de una relación contractual o bien de forma extracontractual. Para que exista responsabilidad y sea

consecuencia del hecho, es necesaria la existencia de un nexo causal, justificante de la responsabilidad objetiva. El nexo causal, se establece de acuerdo con los hechos determinados y creadores del daño. La teoría de la imputación objetiva, por su parte, señala que aquellas conductas (activas u omisivas), que no eleven el riesgo normal a que está ordinariamente expuesto un bien jurídico, no se le pueden atribuir al autor del comportamiento dado.

La responsabilidad objetiva puede aplicarse en una gran cantidad de situaciones (ver sentencias 1071-F-04, 654-F-04 y 607-F-02, todas de la Sala Primera). Sin embargo, tratándose de actos de consumo, el operador del derecho debe analizar si el acto o contrato, es en realidad de consumo y si contiene afectación al contratante y a terceros. En efecto, si se trata de un contrato entre comerciantes, que no implique una adquisición del objeto para destino final, las reglas serán distintas de las de un contrato donde se identifique a un agente económico y a un consumidor, como también serán diferentes las regulaciones en aquellos casos en que se trate de contrataciones de consumidor-consumidor. Sin embargo, tratándose de contrataciones entre agentes económicos y consumidores, los contratos pueden ser mercantiles o civiles, pero con la aplicación de las normas de consumidor. Esta y no otra, es la forma, de aplicar la integración normativa para analizar los contratos en la actualidad.

Pero el sílabo, además de la relaciones contractuales y su fase de ejecución, por hechos no derivados de relaciones contractuales, también puede ampliarse a tratativas preliminares.

La responsabilidad objetiva, contractual o extracontractual, parte de la base de la teoría del riesgo creado y por consecuencia, sustituye el concepto de culpa, antijuridicidad, etc. La acreditación del nexo causal es fundamental para imputar este tipo de responsabilidad y el juzgador debe acreditarlo y justificar en que casos procede la responsabilidad objetiva contractual y en cuales la extracontractual, y porque no, puede ocurrir que un mismo hecho genere ambos tipos de responsabilidad. Como ejemplo, se supone el caso de un producto defectuoso, no conocido por el consumidor. Este adquiere el producto y tanto él como su grupo familiar lo utilizan y lamentablemente, se genera un daño por omisión informativa en la etiqueta. El consumidor jurídico o contratante, reclamará por tanto, la

responsabilidad objetiva contractual y los demás, la extracontractual. Otro caso, vehículo defectuoso y se vuelca. El consumidor contratante reclamará la responsabilidad objetiva contractual contra su vendedor - distribuidor local- y los acompañantes, la extracontractual. Pero, con respecto al fabricante y al importador, que tipo de responsabilidad habría? Puede reclamarse daño moral contractual o bien el extracontractual? Cual es la vía para reclamar: la sumaria o la ordinaria?

En los últimos años, la jurisprudencia patria ha informado el ordenamiento jurídico de forma suficiente, sobre responsabilidad objetiva en temas de consumo. Las citas jurisprudenciales se han utilizado con el fin de ilustrar la actualización jurisprudencial; que firmes o no; el operador social, económico y jurídico debe verificar si la cita de jurisprudencia ha adquirido firmeza y si la misma se mantiene como criterio válido para la situación de hecho que se trate.

Por último, el otorgamiento de daño moral por responsabilidad objetiva en actos de consumo se comprueba como manifestación extrapatrimonial, siendo indispensable como se ha reiterado, la comprobación del nexo causal. No obstante, se hace la advertencia, que conceder el daño moral puede representar un sanción de carácter punitivo. Además de las citas que se dirán, en un arbitraje tramitado en el Centro de Conciliación y Arbitraje Internacional en 2006, fue concedido daño moral como consecuencia de acto de consumo.

Resumen de citas jurisprudenciales

1.- Régimen de responsabilidad objetiva.

1.1 Res. 000399-F-S1-2009 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintitrés de abril de dos mil nueve.

VII.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por

prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: *"el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el*

*servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor." (la negrita es suplida).* Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido como *donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser

realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.

1.2 Res. 000398-F-S1-2009 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta minutos del veintitrés de abril de dos mil nueve.

VIII.- A los anteriores motivos de casación, fundados en presuntos quebrantos en la valoración de la prueba, el recurrente agrega las violaciones de fondo que se detallan a continuación. Como **sexto** cargo, acusa una indebida interpretación y aplicación de los numerales 35 y 42 de la Ley de Defensa del Consumidor. Inicia su exposición indicando que la responsabilidad es un tema general en Derecho. Cita el quebranto de los preceptos 41 y 46 constitucionales. Alude al concepto clásico de responsabilidad fundada en culpa, e indica que, en el caso de la objetiva, se da, únicamente, cuando una ley la contemple de manera expresa y en los términos en que esta la prescribe. Afirma, la diferencia entre ambas está en si la culpa es necesaria o no para el surgimiento del deber de reparar, así como en la carga de la prueba, pero que la causalidad es un elemento *sine qua non* en cualquier tipo de responsabilidad. En apoyo de su desarrollo, incluye una serie de citas doctrinales. En cuanto a la carga de la prueba, refiere, la víctima debe demostrar el daño y el nexo de causalidad, mientras que el demandado la existencia de alguna eximente de responsabilidad. Tratándose de responsabilidad por riesgo, asevera, este debe haber sido producido por el accionado, y ser causa directa, inmediata, eficiente y suficiente del daño. Analizando el texto del canon 35 de la ley de cita, concluye, como notas caracterizadoras, que se trata de una responsabilidad contractual objetiva, elimina el requisito de la culpa, exige la existencia de un nexo de causalidad y no es absoluta, pues no surge en caso de que el daño sea ajeno al demandado. Sobre este último, lo caracteriza como negativa, en la medida en que solamente exige comprobar que el daño no se origina en el servicio, no si el daño se produjo exactamente por alguna de las causas que "rompen" la causalidad. Añade, si bien es cierto que el usuario tiene derecho a una información veraz y oportuna sobre el servicio, incluyendo sus riesgos, ello sólo se refiere a aquel brindado por el demandado. Alude, la sustracción de la clave se hizo en Internet; el Banco da un servicio que permite realizar transacciones en forma virtual, pero no administra ni controla la red mediante la cual se puede dar este acceso, que es la que utiliza el cliente. Manifiesta, nunca se comprobó que el servicio del banco fallara, y ante esta situación, no puede afirmarse que causó el daño. Lo

anterior lo considera sustentado en que de la prueba documental y testimonial-pericial se concluye que dicha situación no se dio, ni que se sustrajera, de la entidad bancaria, la clave creada por el cliente, o que los desembolsos se efectuaran sin cumplir los requisitos convenidos. Todo lo anterior descarta, en su opinión, el nexo de causalidad. Sobre este tema, adiciona, la sustracción se realizó aprovechando los defectos de Internet, ya que el sistema interno no falló. En cuanto a la responsabilidad por riesgo, señala que esta surge cuando se crea dicha situación, no cuando es preexistente, como en el presente asunto. Esta ausencia de causalidad, arguye, puede ser analizada conforme al concepto de ajenidad, tal y como lo establece el artículo 35 de cita, lo cual considera demostrado en el caso particular, en donde incluso se comprobó donde se depositaron los dineros sustraídos. Recrimina la interpretación realizada en la sentencia que afirma que es irrelevante si hubo culpa de la víctima o el hecho de un tercero, y que basta el riesgo creado. Considera inaceptable el que se le imponga a la entidad bancaria el garantizar al 100% la seguridad en materia informática, lo que, en todo caso, califica de imposible. En forma concomitante, acusa la vulneración del numeral 1022 del Código Civil y 411 del Código de Comercio, ya que se está desconociendo el contrato addendum, en el que se regula el servicio, según el cual, el banco acepta órdenes del cliente una vez cumplidos precisos requisitos. El Banco se compromete, aclara, a tramitar las instrucciones recibidas atendiendo los requisitos de ingreso aceptados por el cliente, entre los que no se encuentra el comprobar que él, físicamente, sea quién dio la orden. De allí la responsabilidad del cliente de mantener en secreto su clave, y de protegerse contra eventuales sustracciones de esta. Por otra parte, indica, el contrato no puede ser desconocido por el Juez. Considera violatorio del ordenamiento el tener por nulo un contrato entero, sin el menor examen y sin concretar si es la totalidad del contrato o solo algunas cláusulas. De esta situación deriva la nulidad del fallo, toda vez que, sin que el actor lo demandara y sin que se justifique en cuál causal de nulidad absoluta del canon 42 de la Ley de Defensa del Consumidor se incurrió se desconoció su validez. Complementa esta argumentación, manifestando que, en responsabilidad contractual se responde dentro de la relación, y únicamente respecto de lo que se genera en esta. El apoderado del Banco plantea que la entidad es consciente de la obligación que le asiste de tratar de proteger a sus clientes, pero

califica la naturaleza de esta como comercial, no jurídica. Afirma, el prestador del servicio no responde si ha desarrollado el servicio bajo estándares de calidad aceptables. Por otro lado, califica de absurdo y desproporcionado el exigirle al banco garantizar, al 100%, la seguridad, lo cual arguye, resulta vulneratorio del principio de razonabilidad constitucional. En consecuencia, aduce, la interpretación no se realizó de conformidad con el precepto 10 del Código Civil, el cual considera quebrantado. Finalmente, asevera que la responsabilidad se deriva del riesgo creado, no del simple riesgo que se suscita a propósito del servicio, lo cual ejemplifica con la instalación de cajeros automáticos, en donde entiende, no sería responsable la entidad bancaria por los asaltos que ocurran en la vía pública de acceso.

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

cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: *"el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, e **independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor."* (la negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial

adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido como *donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es

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

2. Nexo causal del daño. Carga de la prueba para el consumidor.

2.1 RES: 001308-F-S1-2009 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas veinte minutos del diecisiete de diciembre de dos mil nueve.

III ... (En igual sentido, pueden consultarse las resoluciones 300-F-S1-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo, 394-F-S1-2009, de las 10 horas 20 minutos, 396-F-S1-2009 de las 10 horas 30 minutos, 397-F-S1-2009 de las 10 horas 35 minutos, 398-F-S1-2009 de las 10 horas 40 minutos, 399-F-S1-2009 de las 10 horas 45 minutos, las cinco del 23 de abril, y 516-F-S1-2009 de las 10 horas 20 minutos del 27 de mayo, todas del año 2009. De igual manera, tocante a la carga de la prueba, en las sentencias antes indicadas, se indica: "Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el

deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el "onus probandi" (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el 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, las consideraciones expuestas resultan, igualmente, aplicables al demandado. Esta necesidad se hace aún más patente, si se considera que el comercio electrónico se caracteriza por el hecho de ser impersonal, ya que las partes no entran en contacto directo al momento de realizar la transacción, sino que lo hacen mediante canales informáticos mediante los cuales se transmiten los datos, lo que facilita que se cometan ilícitos originados

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

IV.- En autos no fue demostrado el daño, afirma el recurrente. Sin embargo, contrario a ese aserto, en los hechos probados antecedidos con los números 2 y 3 de la resolución cuestionada, se acreditó el reclamo interpuesto por don ... , en el sentido de que el día 12 de septiembre de 2007 se efectuaron avances de efectivo de las tarjetas de crédito sin su consentimiento y autorización, para un total de \$6.000.000,00, monto depositado en su cuenta de ahorros. Al día siguiente, de esa suma, \$4.000.000,00 son acreditados a los saldos de las tarjetas de crédito afectadas, por lo que no se perjudicó su cuenta. Empero, los \$2.000.000,00 restantes fueron retirados a través de Internet Banking, siendo depositados en tres cuentas distintas, pertenecientes a terceros: 1) \$1.000.000,00 en la número..., 2) \$980.000,00 en la ... y, 3) \$20.000,00 Este último depósito fue bloqueado porque, conforme se acredita en el hecho probado marcado con el número 4, dicha señora ha figurado en otros casos de fraudes con esa modalidad, siendo aprehendida y presentada al Ministerio Público. Ante esa situación, el día 14 de septiembre de aquel año don ... le solicitó al ... iniciar la investigación respectiva, a fin de recuperar el dinero sustraído por personas con las cuales no mantenía ningún tipo de relación. De lo anterior se determina, al amparo de lo expuesto en el considerando anterior, especialmente, en torno a la presunción de buena fe que le asiste al actor, contrario a lo manifestado por el casacionista, sí se acreditó la existencia del daño, el cual consiste en la sustracción no autorizada, a través de Internet Banking, de \$1.980.000,00. En este sentido el casacionista no indica cuáles son los elementos de convicción con los cuales se combate o echa abajo dicha presunción de buena fe que le asiste al demandante respecto de sus pretensiones. Tómese

en cuenta que en autos existen indicios con los cuales se confirma esa presunción. En primer lugar, el que una de las cuentas de ahorro donde se depositó parte del monto sustraído, pertenezca a una persona quien ya había sido aprehendida y presentada al Ministerio Público por haber figurado en otros casos de fraudes por medio de Internet Banking, razón por la cual, el monto depositado fue bloqueado. Y, en segundo término, no se demostró que, para el momento cuando sucedieron los hechos, la información preventiva respecto al "Phishing" (modalidad de fraude electrónico) estuviera a disposición del actor. Corolario, no se producen los quebrantos a las normas sustantivas alegadas.

V.- A mayor abundamiento de razones, es oportuno anotar lo siguiente. La experiencia confirma que las transacciones realizadas por Internet tienen cierto nivel de riesgo. La responsabilidad del banco surge como consecuencia del funcionamiento específico del servicio que se ofrece al público. La razón de ser de la entidad es la intermediación financiera. Concepto que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, que lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que se encuentra sometida a una ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza, en cuanto a la identificación de las personas que se encuentran facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas. La responsabilidad del Banco se fundamenta en la existencia de un riesgo en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. La actividad financiera, específicamente la bancaria genera, por sí misma, un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario (Internet Banking), que impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también

para su beneficio. Por lo anterior, no puede alegarse, como eximente de responsabilidad, que internet no es del banco, pues el demandado ofrece un servicio altamente riesgoso. De todas maneras, la relación existente entre el banco y un tercero para la prestación de un servicio no excluye la responsabilidad del primero frente a sus clientes. Lo delicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duda y, por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo, aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno, y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio ente bancario conoce y reconoce como riesgosos. Responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio y así lo ofrece y garantiza. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su carácter riesgoso) produjo una lesión importante al cliente quien figura en el proceso como parte actora. El medio para acceder a la plataforma del banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que si bien es accesoria a la que realiza el intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente -usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él, como parte del servicio. No en vano el Sistema Financiero se ha abocado a la implementación de mecanismos de doble identificación, al mejoramiento de las claves y, en general, el uso de sistemas recientes como la utilización de tokens, claves cambiantes, llaves con dispositivos especiales, entre otros. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que el surgimiento de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva sea la excepción, debiéndose determinar, en este caso, si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, tal y como se extrae del principio de indemnidad patrimonial. Esta antijuridicidad de base, se identifica, en la especie, con el riesgo existente en el funcionamiento del servicio. La obligación de seguridad es de naturaleza jurídica más

que comercial. El desarrollo de actuaciones asumidas por un sujeto de derecho, que previsiblemente tengan la potencialidad de causar daños, lleva implícito el deber de garantizar la seguridad de estas. La falla en el funcionamiento del servicio que ofrece el intermediario financiero, radica en la falta de seguridad en los mecanismos de identificación del cliente para acceder a la plataforma interna. Desde esta perspectiva, producto de los riesgos inherentes a la transmisión de datos mediante Internet, se deben brindar las herramientas necesarias para reducir la posibilidad de que ocurra una suplantación de identidad. Se trata de una característica intrínseca del servicio que ofrece el banco. En este sentido, la responsabilidad se imputa como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema. En suma a lo expuesto, en el caso concreto, tampoco se demostró la concurrencia de una eximente de responsabilidad, como lo sería la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o fuerza mayor.

2.2 Nº 229 **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.-** San José, a las trece horas cincuenta y cinco minutos del treinta de agosto de dos mil siete.-

XIII.- Ahora bien, el apelante también alega que le cabría responsabilidad a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en cuanto establece que " **Régimen de responsabilidad.** *El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente 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. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño...*" Esa norma establece una especie de responsabilidad legal objetiva, y responde a la tendencia moderna de proteger en forma efectiva al consumidor, protección que este Tribunal y Sección no ha dudado en acordar cuando realmente el consumidor ha sido lesionado en sus derechos a causa de un bien o servicio prestado por alguno de los sujetos pasivos indicados en el citado artículo 35 -véanse, entre otros, los votos números 82 de 2006 y 15 de 2007 -. En la especie no hay duda que entre el actor y la demandada se dio una relación de consumo, prohijada por ende por toda esa normativa. Pero aún así, desde esa otra perspectiva, la demanda tampoco es procedente, porque no se demostró que el

actor, como consumidor, haya resultado perjudicado por razón del bien o servicio que le prestó la demandada como dueña del restaurante donde él adquirió los alimentos indicados, carga de la prueba que recaía sobre el actor y no sobre la accionada como se alega en los agravios, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil, y no cumplió con ella. Si se hubiera probado esa relación causa efecto por parte del actor, entonces sí le correspondía a la demandada probar que era ajena al daño, para poder liberarse de la responsabilidad atribuida en el artículo de comentario. De ahí que todos los agravios del apelante, que giran alrededor de esa norma, tampoco son atendibles para con base en ellos revocar la sentencia recurrida. Una última consideración: de admitirse que el actor se produjo la lesión por el simple hecho de morder la hamburguesa, pero sin que ésta tuviera ningún objeto duro dentro de ella, esa circunstancia tampoco daría mérito para acoger la demanda de conformidad con el mencionado artículo 35, porque en ese caso el actor tendría que haber demostrado que antes del suceso su diente o muela antes de quebrarse estaba en buen estado; y que una materia -pan, carne, tomate, etc.- como la que compone o conforma el tipo de hamburguesa que consumió, tiene la entidad suficiente o es capaz de ocasionar una fractura de diente o muela como la que sufrió. Lo anterior porque dentro del orden natural de las cosas y de lo que dicta la sana crítica, no es posible admitir ni concluir, sin prueba idónea que lo respalde, que las hamburguesas que expende la demandada al consumidor, del tipo que consumió el actor, son capaces, por sí mismas, de fracturar dentaduras al morderlas. A folio 131 consta la declaración que se le recibió al odontólogo privado que le dio tratamiento médico al actor con motivo de la lesión sufrida por él, de nombre... Pero de su testimonio no se extrae nada importante en cuanto a lo que se analiza, porque ninguna pregunta se le formuló al respecto, lo que pudo haberse hecho aunque no haya comparecido como perito. El apelante reprocha en sus agravios que la juzgadora de primera instancia no señaló otros posibles motivos por los que su representado haya podido sufrir ese daño, y que al no hacerlo se tendría que admitir que lo fue por morder la hamburguesa con un objeto duro dentro de ella. Al respecto cabe decir que la a quo no estaba en la obligación de señalar la posible causa del daño sufrido por el actor, al descartar la acusada por él. Solo le correspondía determinar si lo alegado por el actor en su demanda era cierto o no, y resolver en consecuencia, como lo hizo

(artículos 99 y 155 del Código Procesal Civil). Era al actor a quién le correspondía probar su dicho, y no lo realizó (numeral 317 inciso 1) ibídem), y de ahí que el reproche aludido no es de recibo.

3. Legitimación.

Res. 000168-F-S1-2010 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de enero de dos mil diez.

IV.- Los restantes agravios se resolverán de manera conjunta, ya que denuncian la ausencia de legitimación activa, a través de la infracción de los artículos 5, 6 y 7 de la Ley de Tránsito; 698, 701 del Código Civil; 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. El casacionista insiste que en la fecha del accidente don Fernán no era el propietario registral del vehículo, pues lo adquirió con posterioridad a dicho evento, por lo tanto no estaba legitimado para reclamar la indemnización de los daños. Acerca de ese punto, el Tribunal señaló, "El demandante como consumidor está legitimado para pretender la indemnización de la empresa prestataria del servicio. Cuando ocurrió el hecho generador de responsabilidad, él era la persona que lo poseía, y su posterior inscripción en el Registro, a título de dueño, lo que produce es la reafirmación de su titularidad, pues el perjuicio provocado por la acción de la empresa accionada, fue real, con lo que, con independencia de que en ese momento el automotor estuviera o no, inscrito a su nombre, el demandante, como poseedor del bien que convino con la empresa demandada la prestación de un servicio de reparación, en el taller que ésta destina a esos efectos, estaba legitimado para demandar en procura de la restitución de sus intereses patrimoniales lesionados." (folio 213). Además fue enfático el Ad quem al indicar que los daños que sufriera el bien son responsabilidad de la empresa, pues "Es una responsabilidad objetiva, en donde lo que interesa es que un bien de un consumidor, por acción atribuible a la empresa, resultó dañado. Como se trata de una compañía destinada a prestar servicios al usuario, debe responder por los daños que se deriven de la prestación que brinda, conforme a la doctrina que inspiran los artículos 698 y 701 del Código Civil, y 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor..." (folio 213). La Sala coincide con la tesis expuesta por el

Tribunal, debido a que este caso versa sobre los daños ocasionados a un consumidor, cabe aclarar que para ostentar esa condición no se requiere ser el propietario registral del bien, pues es suficiente de acuerdo a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ser el destinatario final que adquiere o utiliza los servicios propuestos para ello, por tanto en este caso es suficiente que el actor se presentara ante la empresa demandada para obtener un servicio -tramado y alineamiento de un vehículo-, para situarlo en la condición de consumidor y como tal, legitimado para reclamar la indemnización de los menoscabos ocasionados por el servicio. Cabe agregar que, a partir de que se contrató el servicio mencionado, entre el actor y la empresa demandada, surgió una relación jurídica, donde el daño causado al objeto de la contratación debe ser indemnizado, y la legitimación surge de tal vínculo. Si producto de la práctica habitual de la compañía demandada, los vehículos son sacados de sus instalaciones para probar la reparación, y producto de ello le ocasionó al accionante la pérdida total del automotor, es evidente la responsabilidad de la empresa. Atendiendo a lo dicho, es evidente que lo reclamado no surge como consecuencia de un hecho de tránsito aisladamente, como lo pretende hacer ver el recurrente, sino dentro del contexto antes mencionado, es decir de una prestación de servicios hacia un consumidor, de ahí que la normas de la Ley de Tránsito relacionadas con la propiedad de los vehículos, los títulos sujetos a inscripción y la responsabilidad civil derivada de ese tipo de acontecimientos no sean las aplicables en la especie. Por ende, resultó atinada la decisión del Tribunal al actuar los numerales 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 698, 701 del Código Civil, lo que conlleva a denegar los agravios acusados.

4. Autorresponsabilidad de la victima

4.1 Res. 000516-F-S1-2009 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veinte minutos del veintisiete de mayo de dos mil nueve.

III.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. En lo que se refiere a la responsabilidad,

se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación

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

soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido como *donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales eximentes demuestra que la

legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.

IV.- En el caso en concreto, las pretensiones de la actora fueron acogidas por el Tribunal, quién consideró que el funcionamiento del sistema de banca electrónica presenta una peligrosidad tal que permite imputar los daños irrogados al banco. La experiencia confirma que las transacciones realizadas por Internet presentan cierto nivel de riesgo, por lo que las generalidades apuntadas en el considerando anterior resultan aplicables. Así las cosas, la responsabilidad del banco surge, no por el acto específico de la sustracción del dinero por un tercero, sino como consecuencia del funcionamiento específico del servicio que se ofrece al público. La razón de ser de la entidad es la intermediación financiera, concepto que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, concepto que lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que se encuentra sometida a una ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza en cuanto a la identificación de las personas que se encuentran facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas. La responsabilidad que le fue imputada al Banco se fundamenta, no en la sustracción del dinero por un tercero, sino en la existencia de un riesgo, según lo expuesto en el considerando IX, en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. La actividad financiera, específicamente la bancaria, genera por sí misma, un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario, que impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también para su beneficio. Por lo anterior, no es admisible el argumento,

para eximirse de responsabilidad, de que internet no es del Banco, cuando bien sabe el demandado que ofrece un servicio altamente riesgoso. En todo caso, la relación existente entre el Banco y un tercero para la prestación de un servicio no excluye la responsabilidad del primero frente a sus clientes. Lo delicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duda, y por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su carácter riesgoso) produjo una lesión importante a quien figura en el proceso como parte actora. En consecuencia, en vez de una indebida interpretación de la norma, se ha dado al artículo el recto y correcto sentido. El medio para acceder a la plataforma del Banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que si bien es accesoria a la que realiza el intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente -usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él como parte del servicio. No en vano, el Sistema Financiero se ha abocado, en general, a la implementación de mecanismos de doble identificación, al mejoramiento de las claves y, en general, el uso de sistemas recientes como la utilización de tokens, claves cambiantes, llaves con dispositivos especiales, entre otros. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que el surgimiento de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva sea la excepción, debiéndose determinar, en este caso, si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, tal y como se extrae del principio de indemnidad patrimonial. Esta antijuridicidad de base, se identifica, en la especie, con el riesgo existente en el funcionamiento del servicio, según se desprende del propio

acervo probatorio cuya indebida valoración se reclama. Es por lo indicado hasta este punto, que no es de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en el sentido de que la obligación de seguridad es de naturaleza comercial y no jurídica. Como ya se adelantó, el desarrollo de actuaciones asumidas por un sujeto de derecho, y que previsiblemente tengan la potencialidad de causar daños, lleva implícito el deber de garantizar la seguridad de estos. En esta línea, no se trata de que el demandado demuestre la diligencia que ha asumido, ya que este es un aspecto propio de un sistema subjetivo de responsabilidad. Finalmente, y desde el punto de vista general, debe aclararse al recurrente, que el caso sub-examine no se asimila al supuesto en donde el cliente es víctima de un robo en la calle cuando se dirige a un cajero o una sucursal bancaria. Las situaciones planteadas no son comparables. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que la falla en el funcionamiento del servicio que ofrece el intermediario financiero radica en la falta de seguridad en los mecanismos de identificación del cliente para acceder a la plataforma interna. Desde esta perspectiva, producto de los riesgos inherentes a la transmisión de datos mediante Internet, y de los cuales es claro que el Banco tiene pleno conocimiento, como lo demuestran las campañas publicitarias desplegadas, este proceso para acreditar la identidad de la persona que utiliza el servicio debe, necesariamente, brindar las herramientas para reducir la posibilidad de que ocurra una suplantación de identidad. Se trata de una característica intrínseca del servicio que ofrece el Banco. En este sentido, se aprecia que el ejemplo planteado por el recurrente no resulta aplicable, toda vez que la responsabilidad no se imputa por lo ocurrido previo al acceso, sino como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema, analizado en su conjunto. Una sustracción de dinero en la calle se agota en el acto, sin que exista ningún tipo de participación por parte de la entidad financiera, mientras que en el caso bajo estudio, el perjuicio se da producto del riesgo no administrado de una suplantación de identidad, elemento sobre el cual el Banco se erige en una posición de control (respecto de la reducción del riesgo, claro está). En segundo lugar, existe una segunda diferencia que desvirtúa el símil planteado, cual es el margen de autodeterminación que le asiste al cliente. Así, en el ejemplo planteado, el medio para llegar, la hora, así como la misma escogencia del cajero o de la sucursal bancaria depende, exclusivamente, de la decisión del cliente. En este caso,

la administración del riesgo depende, en forma preponderante -por no decir exclusiva-, del cliente, a diferencia del servicio de banca electrónica, en donde la única forma de acceder al servicio es mediante Internet, con los riesgos ya comentados. Si bien es cierto el usuario puede elegir entre conectarse en un lugar más o menos seguro, decisión respecto de la cual debe asumir su cuota de responsabilidad, en términos generales se encuentra supeditado a los riesgos propios de la conexión de Internet, de la cual depende.

V.- Asimismo, resulta importante referirse a la carga de la prueba en asuntos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el "onus probandi" (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el 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 consideraciones expuestas resultan, igualmente, aplicables al demandado. Esta necesidad se hace aún más patente, si se considera que el comercio electrónico se caracteriza por el hecho de ser impersonal, ya que las partes no entran en contacto directo al momento de realizar la transacción, sino que lo hacen mediante canales informáticos mediante los cuales se transmiten los datos, lo que facilita que se cometan ilícitos originados en la connivencia o confabulación de los usuarios del sistema financiero. Es por lo anterior, que las probanzas deben ser valoradas considerando el acceso a las fuentes probatorias por las partes, cuyo análisis ha de abarcar, necesariamente, y en aplicación de las reglas de la sana crítica, la existencia de elementos que, eventualmente, contradigan la presunción de buena fe que le asiste al actor respecto de sus pretensiones, considerando la dificultad, ya comentada, de demostrar ciertos hechos constitutivos de su ruego. Así, un correcto entendimiento de los mecanismos de seguridad que en cada momento implementen los intermediarios financieros resulta clave para apreciar si la parte demandante actúa, o no, con buena fe.

VI.- En lo medular, el reclamo del recurrente gira en torno a una indebida valoración probatoria de la confesión de la parte, de la cual, considera, se demuestra, precisamente, un supuesto de culpa de la víctima, y en forma indirecta, el quebranto de los numerales 190 de la Ley General de Administración Pública y 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. El recurrente recrimina al Tribunal, no tener por acreditada la culpa de la víctima, a pesar de existir una confesión de parte en donde la señora ... acepta haber recibido un correo electrónico y que suministró su clave. Asimismo, reclama lo indicado que aún de presentarse alguno de estos supuestos en concurrencia con una situación de riesgo, no se eliminaría la

responsabilidad, ya que no se podría afirmar la ajeneidad que exige el precepto 35 de la Ley del Consumidor. Sobre este último punto particular, lleva razón el recurrente, toda vez que la responsabilidad objetiva no puede ser vista como una transferencia patrimonial automática. Por el contrario, de operar una causa eximente a favor del demandado, resulta imposible afirmar la existencia de un nexo de causalidad. Ahora bien, revisada la evacuación de la prueba en cuestión, la actora manifestó: "abrí el correo y comencé a *completar datos pero ese día andaba un poquillo apuradilla y como yo en realidad no tenía ningún cambio en los datos que se me estaban solicitando, cerré el correo, me desconecté de internet y decidí que mejor después, en algún momento, pasaba al banco*" (transcripción de la grabación del juicio oral y público, a las 10 horas 10 minutos del 22 de octubre del 2008, reiterado a la 10 horas 20 minutos del mismo día). Asimismo, indica que el correo que recibió era, en apariencia del banco, ya que presentaba características similares a la imagen publicitaria de este. Lo anterior se extrae de lo manifestado a las 10 horas 18 minutos, durante el juicio oral y público. De la deposición de la actora, valorada en su conjunto, se extraen conclusiones importantes para la resolución del caso. Por un lado, la víctima recibió un correo electrónico, en el cual se le solicitaba que entregara información personal de sus cuentas. Por el otro, queda claro que dicha comunicación no sólo fue abierta, sino también completada, al menos en forma parcial. La situación descrita debe ser considerada dentro del cuadro fáctico al momento de valorar el nexo de causalidad, en particular, la influencia que esta pueda tener en el posible origen del daño. En criterio de mayoría, la conducta reconocida por la víctima tiene incidencia directa en la lesión jurídica, contribuyendo como causa de esta. Según lo expuesto sobre la carga de la prueba, y en aplicación de la sana crítica, el juzgador debe considerar el grado de probabilidad de que el daño se derive de una imprudencia de la víctima en el manejo de su clave personal y no del funcionamiento inadecuado del servicio que presta el intermediario bancario. En la especie existen indicios suficientes de que se dio la primera situación. Si bien en virtud del régimen de responsabilidad objetiva que impone la Ley de Defensa del Consumidor, el proveedor se encuentra obligado a la reparación de los daños causados incluso como derivación de un riesgo creado, ello no libera al usuario de un nivel medio de diligencia en la administración de aquellos elementos riesgosos que le incumben. La utilización de un

servicio altamente tecnológico hace suponer cierto grado de conocimiento y precaución. Así como nadie concebiría entregar las llaves de su casa a un extraño, de igual forma, el sentido correcto de las cosas impone al cliente bancario cierto grado de prudencia en el manejo de la clave de acceso al sistema de "internet banking"; esto resulta más evidente al considerar que se trata de la llave de entrada que permite el ingreso a las cuentas en que se encuentran depositados sus recursos. En la especie, la confesión que consta en la tramitación del juicio oral permite determinar que este deber de cuidado no fue observado por la víctima, quien en definitiva contribuyó para que se causara el daño. Se puede presumir, en forma razonable, que la inclusión de datos en el correo falso que recibió la actora fue el mecanismo utilizado para el acceso no autorizado, por un tercero, a sus cuentas. A esta situación, se debe agregar el hecho de que, según su propia narración, lo indicado ocurrió 15 días antes de que se diera el hecho dañino, tiempo suficiente para tomar las previsiones del caso, como realizar un cambio de clave o, al menos, apersonarse a las instalaciones de la entidad financiera para asesorarse sobre la situación acontecida. La actora fue omisa de cualquier acto de prevención que impone la buena administración de un servicio de acceso por internet a las cuentas bancarias. De lo expuesto se colige, en el caso particular, que ha existido culpa de la víctima. Surge una duda razonable acerca de si el correo fue enviado o no, y si asociado al correo se encontraba algún programa que remitiera los datos, aún y cuando no se haya enviado el mensaje. En este sentido, cabe destacar que no resulta razonable exigirle al Banco que demuestre que datos específicos fueron los que llenó mediante el correo, ya que no tiene acceso a dicha fuente probatoria. Así las cosas, la resolución impugnada incurre en el quebranto alegado por el casacionista por una indebida aplicación del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor, según el cual, y de conformidad con lo ya expuesto, el demandado no debe ser responsable cuando resulte ajeno al menoscabo sufrido por el perjudicado. Ahora bien, por haber sido objeto del debate, es necesario referirse al tema de la información suministrada. Es responsabilidad del intermediario financiero promover una cultura bancaria que permita a los usuarios de sus servicios y productos realizar un uso adecuado de ellos. Las entidades financieras, públicas y privadas, se encuentran en la obligación de informar y asesorar a sus clientes. Ello deviene de su posición dentro de la relación jurídica, ya que como agente económico

relevante (siendo, sin lugar a dudas, la parte más fuerte del vínculo contractual), se encuentra en posibilidad de sistematizar la información relevante para el usuario y suministrarlo mediante los canales que tiene a su disposición. Esta es una obligación que deriva, no solo de las buenas prácticas en materia bancaria, sino también de lo dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor. En este sentido, resulta paradigmático lo estipulado en los cardinales 32 inciso c) y 34 inciso b) de dicho cuerpo normativo. De igual forma, la norma de cobertura del régimen de responsabilidad aplicable a la entidad bancaria incluye, dentro de los criterios de imputación, la omisión en el suministro de información suficiente al cliente. Así las cosas, el comportamiento de la señora ... debe ser valorado y confrontado con el nivel de información disponible a la fecha de los hechos, esto es, junio de 2007. Tal y como consta en el informe pericial que fue admitido en la audiencia preliminar, en la página 32, se detallan las distintas publicaciones realizadas en relación con los fraudes electrónicos, advirtiendo a los clientes y al público en general, de los cuidados que debían tomar. Como se puede observar, previo a la fecha en que se dio la estafa sufrida por la actora, se dieron múltiples publicaciones y apariciones en medios de comunicación masiva, por lo que no podría concluirse que ha existido falta de información sobre el tema. Dicha campaña inició, de acuerdo con el dictamen en cuestión, a partir del 11 de marzo, haciendo énfasis sobre el hecho de que en ningún momento el Banco solicita datos mediante correo electrónico. En consecuencia, dicho supuesto no implica responsabilidad para el Banco. A raíz de todo lo expuesto, el reparo debe ser acogido. Asimismo, por la forma en que se resuelve, por innecesario, se omite pronunciamiento sobre los restantes agravios.

5. Daño moral y acto de consumo.

5.1 RES: 000071-F-2007 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas del dos de febrero del dos mil siete.

V. - En primer lugar, es menester señalar que, de conformidad con lo expuesto por el Tribunal en su sentencia -folios 114, 115 y 116- el soporte jurídico mediante el cual confirmó la procedencia de la indemnización por daño moral, pero variando su monto, lo constituye las

disposiciones contenidas en la Ley número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor-, en concreto, los numerales 2 y 35, especialmente el último. Por ello, los ordinales invocados por el casacionista del Código Civil no han podido resultar conculcados por aplicación indebida. En segundo término, el presente reparo adolece de una adecuada precisión, según lo impone la técnica propia de la casación; no obstante, se analiza de la siguiente manera. El reproche planteado se compone de dos aspectos: 1) indebida valoración de la declaración del testigo..., fundamento del hecho probado antecedido con el número 6, el cual sirvió de base, según indica el casacionista, para reconocer la existencia del daño moral pretendido, a pesar de que lo relatado no fue expuesto en la demanda; y, 2) que la indemnización fijada resulta ilegal y exorbitante, pues no hubo fundamentación o juicio de valor alguno; tampoco se explicaron los criterios en que se basó el Tribunal para determinar el quantum; ni se hizo referencia o valoración respecto de los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, como consecuencia de la prueba testifical cuestionada. Tocante al primer punto, según se analizó en el considerando III de este fallo, el reconocimiento del daño moral fue dispuesto por el juzgador a quo en su sentencia. Empero, tal decisión no fue objetada por la sociedad demandada. Por otro lado, el recurrente insiste con el argumento de que el Tribunal varió la causa de pedir -aspecto de orden procesal-, al tenerse por cierta la existencia de hechos no alegados oportunamente por el actor en su demanda; sin embargo, como también fue objeto de análisis en ese apartado, tal alegato resulta falaz, pues don ... sí los invocó como fundamento de la pretensión resarcitoria del daño moral. En torno al segundo aspecto (ausencia de juicio de valor con el cual se sustentara la decisión de aumentar el monto por concepto de daño moral) -agravio por motivos de fondo-, esta Sala difiere de lo afirmado por el recurrente. Con independencia de lo que se indicará en el apartado IX de este fallo, los juzgadores de segunda instancia, en el considerando III de la sentencia impugnada, acápite denominado " *SEGUNDO MOTIVO DE DISCONFORMIDAD* ", el cual se extiende de los folios 112 al 118, especialmente a partir del 117, se exponen las razones por las cuales, en su criterio, debíase modificar el monto por concepto de daño moral; por consiguiente, tampoco resulta de recibo esta argumentación. Ergo, se impone la desestimación del presente motivo de disconformidad.

VI. - Como **segundo** reparo, el recurrente aduce violación directa de ley. Señala conculcados los artículos 156 del Código Procesal Civil y 1045 del Código Civil, ambos por aplicación indebida, al condenarse a su patrocinada a una suma millonaria por concepto de daño moral, sin estar acreditada su existencia. Es cierto, apunta, el actor sufrió una caída en las instalaciones del hotel y, consecuentemente, una lesión en una vértebra de su columna. Sin embargo, acota, en autos no hay hechos concretos alegados, como tampoco pruebas directas, claras y precisas, acerca de daños psicológicos, afectivos, emocionales u otros de índole espiritual o moral, como consecuencia del daño físico sufrido, que ameriten el pago de una indemnización exagerada. Esto, argumenta, se asemeja más a un enriquecimiento sin causa. No existe demostración, mediante alegatos oportunos y prueba, de los daños psicológicos o morales, producto directo y causal de la caída y lesión de vértebra sufrida por el accionante. Por el contrario, es el propio Tribunal, de oficio, quien se encarga de elaborar y enunciar la existencia de hechos configurativos de tal daño. Para aplicar los cánones indicados, anota, resultaba indispensable que el actor alegara y probara la existencia de los hechos constitutivos del daño moral, y no que el ad quem, de oficio, los elaborara e introdujera en la sentencia. Esta segunda condición, procesalmente, no resulta posible, porque no se trata de "hechos evidentes" que no requieran demostración, como lo afirma el Tribunal. Por el contrario, asevera, al producirse un daño, su magnitud y las consecuencias posteriores sólo son determinables por medio de la prueba técnica, que no se ofreció, como tampoco se alegaron los hechos que pudieron dar lugar a la declaración del daño moral y a la aplicación de las normas infringidas.

VII. - Como se indicó en el considerando V de esta sentencia, el fundamento normativo, con base en el cual el Tribunal sustenta su decisión de mantener la condenatoria al pago por daño moral dispuesta por el a quo, pero incrementando su monto, son los numerales 2 y 35 de la Ley número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; sin embargo el recurrente omite señalarlos como violados por aplicación indebida o errónea interpretación. Nótese que la cita efectuada del ordinal 1045 del Código Civil en el folio 117, es a manera de ejemplo; además, en ningún momento, de manera expresa o tácita, el ad quem se refiere al canon 156 del Código Procesal Civil; razón por la cual no han podido ser

conculcados por aplicación indebida, según lo alega el casacionista. Por consiguiente, al invocarse como quebrantados únicamente los indicados numerales del Código Civil y del de rito, el recurso resulta informal, imponiéndose su rechazo. En todo caso, es menester indicar que, lo alegado en el presente agravio -haberse condenado a la sociedad demandada al reconocimiento del daño moral, sin estar demostrada su existencia- de darse, configuraría un quebranto indirecto de ley; empero, el recurrente omite indicar la probanza indebidamente valorada y, en caso de alegarse error de derecho, las normas sobre su valor que han resultado conculcadas, con la explicación de cómo sucedió, lo cual lo torna informal. Además, como hartó se ha expuesto, la procedencia de ese extremo fue dispuesta por el a quo, sin que la empresa accionada se opusiera.

VIII. - En el **último** reparo, también por violación directa de ley, el recurrente alega quebranto de los artículos 41 de la Constitución Política; 11, 1045 del Código Civil; y 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; así como la jurisprudencia de esta Sala, plasmada, entre otras, en la sentencia número 112 de 1992. En su criterio, el quantum indemnizatorio del daño moral, determinado en la sentencia recurrida, violenta los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad que toda resolución condenatoria debe tener. Por una parte, alega, el actor no probó los hechos configurativos del daño moral, ni tampoco los enunció en la demanda. Por otro lado, el Tribunal, ignorando los principios citados, aplica, de manera arbitraria, las normas de la responsabilidad civil subjetiva, fijando un quantum indemnizatorio exorbitante, fundamentado en "estimaciones" o "suposiciones" de hechos derivados de la lesión física sufrida por el actor. Es más, agrega, ni siquiera se estableció un porcentaje o grado de incapacidad sobre la capacidad general del actor, ni las secuelas de la lesión. Por consiguiente, no podría pensarse en la existencia de un daño moral de tal magnitud indemnizatoria, pues no existe prueba alguna que demuestre los supuestos "vejámenes", "fuertes dolores", "angustias", "depresiones", etc., que la sentencia recurrida dice que el actor sufrió como consecuencia de la lesión de vértebra.

IX. - El quid de lo recriminado por el casacionista en el presente motivo de disconformidad, radica en su objeción al monto fijado por el ad quem por el daño moral

reclamado. Al respecto, debe indicarse que se está en presencia del daño moral subjetivo, pues lo pretendido es la indemnización por la perturbación injusta de las condiciones anímicas. En relación, esta Sala, de manera reiterada, ha señalado lo siguiente: " V.- Respecto al agravio donde se alega que la sentencia es omisa en fijar el parámetro para establecer la condenatoria por daño moral, esta Sala, en otras oportunidades, ha dispuesto que el daño moral subjetivo no requiere de una prueba directa y queda a la equitativa valoración del Juez. Si se trata de daño moral subjetivo los tribunales están facultados para decretar y cuantificar la condena. La naturaleza jurídica de este tipo de daño no obliga al liquidador a probar su existencia porque corresponde al ámbito interno. Ello no es problema de psiquiatras o médicos. Se debe comprender su existencia o no. Porque pertenece a la conciencia. Se deduce a través de las presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa". Tampoco es menester probar su valor. Porque el daño moral subjetivo, como los otros, no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente. Entonces la prueba pericial es inconducente. "(Sentencia número 631 de las 11 horas 10 minutos del 10 de agosto del 2001. En igual sentido, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones 970 de las 15 horas del 15 de diciembre del 2005 y 308 de las 10 horas 30 minutos del 25 de mayo del 2006). Luego de analizar el cuadro fáctico de esta lite, este órgano jurisdiccional llega al convencimiento, al igual que los juzgadores de las instancias, de que las secuelas del accidente sufrido por don ... en las instalaciones del hotel propiedad de la empresa demandada, al tener que guardar reposo absoluto, padecer dolores, suspender sus labores profesionales y de distracción, incurrir en gastos extraordinarios, amén de depender de otras personas para realizar sus actividades básicas, le provocó sentimientos de disgusto, desánimo y angustia, lo cual implicó un padecimiento emocional o psicológico. Sin embargo, de conformidad con lo expuesto en los hechos probados antecedidos con los números 4 y 6, cuyo sustento fáctico lo configuran el dictamen emitido por el doctor ... y la declaración del hijo del actor, don ..., respectivamente, tal situación se prolongó por espacio de entre dos meses a un año, recuperándose plenamente, ya que no le quedó secuela

alguna, según lo refirió el señor ...en su testimonio a folio 52; además, la indemnización por el daño material, fijada por el a quo, ascendió a la suma de ¢64.385,00. Por ello, considerando el tiempo en que duró restableciéndose el actor y que su recuperación fue total, este órgano colegiado estima que lleva razón el casacionista al señalar que el monto concedido por concepto de daño moral (¢10.000.000,00) resulta inequitativo, desproporcionado e irrazonable. Por consiguiente, se impone acoger parcialmente el recurso formulado, casar la sentencia impugnada y, resolviendo sobre el fondo, revocar la del juzgado, únicamente en cuanto al monto establecido por concepto del daño moral, para fijarlo en la suma de ¢1.000.000,00 (un millón de colones).

5.2 - N° 45 TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho del veintiséis de enero del año dos mil siete.

VI.- El monto concedido por daño moral en primera instancia es ínfimo, considera este Tribunal, mas acorde con las circunstancias del caso concreto, un monto mayor. Se valora al efecto que en los supuestos de alimentos enlatados el consumidor tiene un mayor riesgo, pues estos alimentos están listos totalmente para su consumo. Si se presenta algún elemento nocivo en los alimentos, como es un insecto, hay un mayor riesgo para la salud de quien lo coma. En esas condiciones, la lesión es mayor pues involucra tanto la salud personal, como la seguridad de los alimentos distribuidos en el mercado. Por lo expuesto, se modificará la sentencia de primera instancia para fijar el daño moral concedido en quinientos mil colones.

6. Responsabilidad objetiva. Defecto del servicio.

6.1 Régimen de responsabilidad objetiva.

6.1.1 RES. 000694-F-SI-2008 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas cincuenta y cinco minutos del dieciséis de octubre de dos mil ocho.

V. ... la prestación de servicios que brindan los empresarios a sus clientes, dentro de lo que es el giro normal de su actividad, impone todo un régimen de responsabilidad de tipo objetivo, donde no interesan cuestiones atinentes a

dolo o culpa como base justificante del hecho o acontecimiento que genera el daño o perjuicio. Es la ley la que determina esa responsabilidad y lo que da base para acceder a una pretensión de resarcimiento, obviamente, cuando se haya demostrado el hecho, el daño y la relación causal entre ambos.

6.2 Falta al deber de seguridad. Banca electrónica.

6.2.1 Res. 000399-F-S1-2009 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintitrés de abril de dos mil nueve.

VIII.- En el caso en concreto, las pretensiones de la sociedad actora fueron acogidas por el Tribunal, quién consideró que el funcionamiento del sistema de banca electrónica presenta una peligrosidad tal que permite imputar los daños irrogados al banco. La experiencia confirma que las transacciones realizadas por Internet presentan cierto nivel de riesgo, por lo que las generalidades apuntadas en el considerando anterior resultan aplicables. Así las cosas, la responsabilidad del banco surge, no por el acto específico de la sustracción del dinero por un tercero, sino como consecuencia del funcionamiento específico del servicio que se ofrece al público. La razón de ser de la entidad es la intermediación financiera, concepto que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, concepto que lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que se encuentra sometida a una ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza en cuanto a la identificación de las personas que se encuentran facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas. La responsabilidad que le fue imputada al Banco se fundamenta, no en la sustracción del dinero por un tercero, sino en la existencia de un riesgo, según lo expuesto en el considerando IX, en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. La actividad financiera, específicamente la bancaria, genera por sí misma, un

elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario, que impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también para su beneficio. Por lo anterior, no es admisible el argumento, para eximirse de responsabilidad, de que internet no es del Banco, cuando bien sabe el demandado que ofrece un servicio altamente riesgoso. En todo caso, la relación existente entre el Banco y un tercero para la prestación de un servicio no excluye la responsabilidad del primero frente a sus clientes. Lo delicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duda, y por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su carácter riesgoso) produjo una lesión importante a quien figura en el proceso como parte actora. En consecuencia, en vez de una indebida interpretación de la norma, se ha dado al artículo el recto y correcto sentido. El medio para acceder a la plataforma del Banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que si bien es accesoria a la que realiza el intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente -usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él como parte del servicio. No en vano, el Sistema Financiero se ha abocado, en general, a la implementación de mecanismos de doble identificación, al mejoramiento de las claves y, en

general, el uso de sistemas recientes como la utilización de tokens, claves cambiantes, llaves con dispositivos especiales, entre otros. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que el surgimiento de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva sea la excepción, debiéndose determinar, en este caso, si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, tal y como se extrae del principio de indemnidad patrimonial. Esta antijuridicidad de base, se identifica, en la especie, con el riesgo existente en el funcionamiento del servicio, según se desprende del propio acervo probatorio cuya indebida valoración se reclama. Es por lo indicado hasta este punto, que no es de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en el sentido de que la obligación de seguridad es de naturaleza comercial y no jurídica. Como ya se adelantó, el desarrollo de actuaciones asumidas por un sujeto de derecho, y que previsiblemente tengan la potencialidad de causar daños, lleva implícito el deber de garantizar la seguridad de estos. En esta línea, no se trata de que el demandado demuestre la diligencia que ha asumido, ya que este es un aspecto propio de un sistema subjetivo de responsabilidad. Finalmente, y desde el punto de vista general, debe aclararse al recurrente, que el caso sub-examine no se asimila al supuesto en donde el cliente es víctima de un robo en la calle cuando se dirige a un cajero o una sucursal bancaria. Las situaciones planteadas no son comparables. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que la falla en el funcionamiento del servicio que ofrece el intermediario financiero radica en la falta de seguridad en los mecanismos de identificación del cliente para acceder a la plataforma interna. Desde esta perspectiva, producto de los riesgos inherentes a la transmisión de datos mediante Internet, y de los cuales es claro que el Banco tiene pleno conocimiento, como lo demuestran las campañas publicitarias desplegadas, este proceso para acreditar la identidad de la persona que utiliza el servicio debe, necesariamente, brindar las herramientas para reducir la posibilidad de que ocurra una suplantación de identidad. Se trata de una característica intrínseca del servicio que ofrece el Banco. En este sentido, se aprecia que el ejemplo planteado por el recurrente no resulta aplicable, toda vez que la responsabilidad no se imputa por lo ocurrido previo al acceso, sino como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema, analizado en su conjunto. Una sustracción de dinero en la calle se agota en el acto, sin que exista ningún tipo de participación por

parte de la entidad financiera, mientras que en el caso bajo estudio, el perjuicio se da producto del riesgo no administrado de una suplantación de identidad, elemento sobre el cual el Banco se erige en una posición de control (respecto de la reducción del riesgo, claro está). En segundo lugar, existe una segunda diferencia que desvirtúa el símil planteado, cual es el margen de autodeterminación que le asiste al cliente. Así, en el ejemplo planteado, el medio para llegar, la hora, así como la misma escogencia del cajero o de la sucursal bancaria depende, exclusivamente, de la decisión del cliente. En este caso, la administración del riesgo depende, en forma preponderante -por no decir exclusiva-, del cliente, a diferencia del servicio de banca electrónica, en donde la única forma de acceder al servicio es mediante Internet, con los riesgos ya comentados. Si bien es cierto el usuario puede elegir entre conectarse en un lugar más o menos seguro, decisión respecto de la cual debe asumir su cuota de responsabilidad, en términos generales se encuentra supeditado a los riesgos propios de la conexión de Internet, de la cual depende.

6.2.2 Res: 2007-01333 **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas quince minutos del dos de noviembre de dos mil siete

IX.- Sobre la responsabilidad civil del Banco... Los recurrentes..., impugnan la sentencia por absolver de responsabilidad civil al Banco... . **1.-** Se alega como un motivo de casación por el fondo, la inobservancia de los artículos 2, 31, 32 inciso a) y f), 34 incisos d) y g) y 35 de la Ley 7472, denominada: "*Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*". En sustento de lo anterior, se expresa que el a quo fue contradictorio, al estimar que si bien la actividad financiera que despliega el Banco..., permite aplicar la ley citada de conformidad con su artículo 2 (razón por la que se estimó que el Banco ... estaba legitimado pasivamente para ser demandado), por otro lado, consideró que no le era aplicable el régimen de responsabilidad civil establecido en el numeral 35 del mismo cuerpo normativo. El Tribunal argumentó que era indispensable determinar que los daños y perjuicios percibidos por los actores civiles deriven de una de las siguientes causas: por razón del servicio de intermediación financiera ofrecido por el Banco, o bien, por razón de una inadecuada o insuficiente información respecto de la utilización o los riesgos derivados de tales

servicios. Los Juzgadores sostienen, que por el contrario los daños y perjuicios se debieron a la acción de un tercero sin vinculación orgánica con el Banco o bien, vinculación jurídica con el servicio de intermediación financiera que ofrece. A juicio del representante de la fiscalía, en lo concerniente a la interpretación normativa, los Juzgadores omiten el análisis de una obligación que es inherente a la disposición positiva del inciso a) del artículo 32 de la Ley 7472, *el deber de procurar la protección contra los riesgos que pueden afectar la seguridad de los consumidores*. Incurre en error al examinar el alcance de los presupuestos del artículo 35, en lo que respecta a los supuestos de responsabilidad, particularmente en lo que refiere al perjuicio derivado con ocasión del bien o el servicio. Por otro lado, sobre la interpretación fáctica, se señala que el error consiste en desligar totalmente la acción desplegada por... , de la naturaleza propia del servicio que ofrece el Banco..., calificándola como hecho de un tercero. De conformidad con la tesis de la sentencia, la única manera en la que sería posible derivar responsabilidad civil lo sería para todos aquellos daños y perjuicios de idéntica naturaleza al servicio prestado por el Banco, es decir de carácter financiero. De seguirse esta tesis de interpretación restrictiva, se estaría desnaturalizando el interés de protección al consumidor que tutela la normativa señalada, por el contrario, considera que el Banco no sólo estaría obligado a procurar la protección de todo riesgo contra la salud, la seguridad o la integridad de quienes utilizan sus servicios derivados propiamente de la intermediación financiera, sino también de todo riesgo que pueda significar para los usuarios y consumidores el simple uso y disfrute de los servicios que ofrece. En este orden de ideas, consideran que si el Tribunal tuvo como hecho demostrado que los antisociales se apersonaron con la clara intención de sustraer dinero de la agencia y las víctimas que perecieron eran clientes de dicha institución, consecuentemente, los daños y perjuicios que se reclaman se producen en razón del servicio financiero ofrecido por el Banco y de ahí su responsabilidad civil. El derecho del consumidor nace, históricamente, como respuesta a los daños a la salud sufridos por los consumidores de bienes y servicios, así lo dispone el artículo 46 de la Constitución Política al decir: "los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos", que de igual manera se contempla en el artículo 42 de la Ley 7472. Por consiguiente, la

apertura y funcionamiento de cualquier establecimiento mercantil de atención al público importa, per se, la creación de riesgos para el consumidor, y en el caso de un banco, dicho riesgo se agrava por su naturaleza. **2.-** Otro error en la aplicación del artículo 35 de la Ley 7472, radica en la concesión, al Banco demandado, de la causal de exoneración contemplada en el párrafo segundo de dicho artículo que refiere: "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", es decir la ruptura del nexo causal. Sobre este punto, indican que el nexo causal en la responsabilidad objetiva se construye por la unión de dos elementos: a) El riesgo creado por el demandado en el desarrollo de una actividad económica lícita; y b) El daño sufrido. La intervención de un asaltante no rompe el nexo causal, pues desde el momento en que se crea un Banco, se asume la realización de una conducta si bien lícita, riesgosa, de tal manera, que el daño en el contexto de ese riesgo debe ser asumido por el comerciante, y cuál riesgo, precisamente, el de un delincuente lesione la integridad física de los clientes por pretender robar el capital que la institución posee como ocurre en el presente caso.- **3.-** Considera que el error de la sentencia, es no haber tomado en consideración, que pueden concurrir dos factores de atribución de responsabilidad civil; uno subjetivo, el hecho culpable de ... y otro; objetivo, el riesgo creado por el Banco... Ambas obligaciones de responsabilidad civil coexisten como obligaciones "in solidum" (distinto a la obligación solidaria del artículo 1046 del Código Civil), que son aquellas cuya causa jurídica es distinta pero su objeto es coincidente. **4.-** El "hecho de un tercero" no exonera al comerciante, cuando el riesgo creado, precisamente es la materialización de dicho hecho. Así lo dispone la Sala Primera en su resolución número 460-F-2003, de las 10:45 horas del 30 de julio de 2003, donde se aplicó la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y de Defensa Efectiva del Consumidor, a un caso donde el vehículo de un actor fue dañado por un tercero, mientras se encontraba estacionado en el parqueo del Hotel... **El reclamo es de recibo:** De previo a ingresar a su análisis, interesa hacer algunas consideraciones en torno a los derechos y defensa de los consumidores, así como del régimen de responsabilidad aplicable. En este orden de ideas, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "*El descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los medios de comunicación, la ampliación y liberación de mercados, la*

aparición de nuevos métodos de ventas, la contratación masiva, las nuevas modalidades de contratación, entre otros factores, han provocado cambios sustanciales en el mercado. Los mercados locales de escasas dimensiones han desaparecido para dar cabida a un mercado de masas, en donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano, mediante diversificación de productos y manipulación de la información, al consumo en una forma indiscriminada e irracional, situación que produce verdaderas situaciones de superioridad de aquéllos frente a éstos, que conducen a un abuso en su situación para el logro de sus fines. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: 'II...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia...' (Voto N° 1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:45 hrs. del 2 de junio de 1992). Ante esta situación de desequilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales resultan poco satisfactorios para proteger los intereses de los consumidores, por lo que el legislador, para evitar o al menos paliar en la medida de

lo posible esa situación desventajosa del ciudadano-consumidor, ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa tratando de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores, supliendo así, en cierto modo, determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía. En ese orden de ideas, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996 se reformó el artículo 46 de la Constitución Política, introduciéndose en él un nuevo derecho económico justo al lado de la libertad de empresa y como delimitador de ésta: la protección del consumidor. (...) Como desarrollo de este nuevo derecho económico y en cumplimiento de éste mandato constitucional, tenemos la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, que contiene una serie de derechos sustanciales y procesales a favor de los consumidores y usuarios. Señala el artículo 29 de dicha normativa: "Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: a)- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b)- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. (...) f)- Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda. (...) Entre estos derechos, y en lo que importa para resolver el presente asunto, interesa destacar los derechos de los consumidores o usuarios a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y medio ambiente, y a la reparación del daño producidos por la lesión de estos bienes jurídicos (incisos a y f). Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con el claro interés de evitar que por dificultades probatorias prácticamente insalvables puedan quedar desamparadas las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio, actividades per se generadoras de riesgos para la integridad física o el patrimonio ajeno: "El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente 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 demuestra que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, lo encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (Artículo 32, Ley N° 7472 citada. La negrita no es del original). VII.- La responsabilidad objetiva, ha dicho esta Sala: 'Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. Esta teoría es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini, '... estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo... ella, agrega, ...' prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales..' (Alterini, Atilio. Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, III Edic., Buenos Aires, 1987, pág 106). Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc., del agente. Por eso para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto' (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 61, de las 14:50 horas del 19 de junio de 1997). (...) En la responsabilidad objetiva o por riesgo creado "... se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por

la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado. Tres son los elementos que conforman éste tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Resumiendo "...en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente y el daño ocasionado" (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990). Desde el punto de vista práctico -dice el jurista costarricense Victor Pérez Vargas- "...la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la (sic) de la prueba, en el sentido de que ésta queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa..." (Pérez Vargas, Victor, Derecho Privado, I Edición, Editorial Publitex, San José, Costa Rica, 1988, pag. 417). Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima (doctrina que informa los numerales 32 párrafo segundo de la Ley No.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil) " (Resolución número 646-F-2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001).- Al amparo de lo expuesto, es importante precisar cuáles son los alcances del servicio que brinda el Banco ..., para determinar el régimen de responsabilidad civil que corresponde aplicar en el presente caso. En esta misma operación intelectual el Tribunal de mérito estimó lo siguiente: "...En ese orden de cosas, este órgano sentenciador considera que en el caso de estudio, tal y como fuese alegado por la representación judicial del ente demandado, los daños sufridos por los actores civiles no derivan de los servicios de intermediación financiera ofrecidos por el Banco ... a sus clientes o usuarios. Precisamente, el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor preceptúa: 'El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e

independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.- Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.- Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 32 al 35)'.- De acuerdo con la disposición legal transcrita, y ajustando su alcance al caso concreto, la responsabilidad del Banco ... se encontraría comprometida si los actores civiles hubiesen resultado perjudicados en los siguientes supuestos: **a-)** Por razón del servicio de intermediación financiera por él ofrecidos. En efecto debemos recordar que el 'actual nivel de desarrollo de la banca permite distinguir diversos tipos de bancos, individualizados generalmente por su especialidad o su función. Bancos hay de depósito, de fomento, agrícolas y ganaderos, populares, de redescuento, etc. Todos ellos, califíquense o no así por sus razones sociales y en cuanto desarrollen profesionalmente la función de intermediarios financieros, pueden denominarse y de hecho se califican como 'entidades o instituciones bancarias.' (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Biblioteca Felaban, Cuarta Edición, 1990, p. 3). A la postre, en sus conclusiones el Licenciado Andrés Pérez González fue claro al indicar que de acuerdo con la página web del Banco ... su función es la de brindar servicios financieros a sus clientes. En otros términos, la responsabilidad patrimonial del banco demandado como consecuencia de su condición de comerciante o proveedor se vería comprometida si los actores civiles hubiesen resultado perjudicados como consecuencia directa del servicio de intermediación financiera por él ofrecido. En el caso de estudio, es evidente que ello no ha ocurrido. **b-)** Por razón de información inadecuada o insuficiente con respecto al servicio de intermediación financiera brindada. Desde nuestra perspectiva, en el caso de estudio, en razón de las circunstancias fácticas generadoras de los daños reclamados, puede afirmarse sin temor a equívocos que los actores civiles no sufrieron menoscabo alguno en razón de

informaciones inadecuadas o insuficientes por parte del Banco ... con respecto a sus servicios de intermediación financiera. **c-)** Por razón de información inadecuada o insuficiente sobre la utilización o riesgos derivados de sus servicios de intermediación financiera. A la postre, hemos de indicar que a ninguno de los actores civiles se le ha causado un daño por parte del Banco ... como consecuencia de falta de información con respecto a la utilización de los servicios de intermediación financiera a ellos ofrecidos por la entidad bancaria demandada. Con fundamento en las anteriores consideraciones, este Tribunal llega al convencimiento de que en el caso de estudio no puede considerarse que estemos en uno de los supuestos contemplados por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor como generador de responsabilidad civil para el comerciante o el proveedor. Ello es así, por cuanto como hemos tenido por demostrado los daños que pretenden los actores civiles les sean resarcidos derivan de la actuación de un tercero sin vinculación orgánica con el banco demandado, ni vinculación jurídica alguna con el servicio de intermediación financiera ofrecido por la entidad bancaria. Desde nuestra perspectiva, en el caso concreto estamos en uno de los casos de exclusión de responsabilidad contemplados por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En efecto, el artículo 35 ya citado, en su párrafo segundo, dispone que 'sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño'. En concordancia con esa disposición, consideramos que en el caso concreto el Banco ... es ajeno al daño que se causó por ... a los actores civiles. Sin lugar a dudas, como hemos dicho la comisión de un asalto por parte de un tercero sin ligamen alguno con los servicios ofrecidos por el comerciante o proveedor rompe el nexo causal entre la actividad y el daño causado. Dicho lo anterior, hemos de determinar si en el caso de estudio la responsabilidad del Banco ... ya no deriva del servicio mismo sino de las faltas que se le han imputado por parte de los actores civiles en sus respectivas conclusiones..." (ver folios 1956-1957). Contrario a esta posición expuesta en sentencia del a-quo, esta Sala, concuerda con los recurrentes, en que el Tribunal realizó una incorrecta aplicación e interpretación de la "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor" por estimar que los daños causados no se dieron en razón del servicio brindado por la entidad bancaria, y que su origen deriva de la acción de un tercero sin vinculación orgánica con el Banco. Tal interpretación,

obedece a una errónea equiparación de la causalidad penal (que busca definir cuál es la causa eficiente del delito), con el examen del nexo causal surgido entre el delito y los daños y perjuicios provocados, propio del derecho civil. Sobre el primer punto, según se desprende de los hechos que el Tribunal tuvo por demostrados, la responsabilidad penal producto de los homicidios calificados perpetrados, le fue atribuida al imputado... , e inclusive, la responsabilidad civil subjetiva coincide en la misma persona. No obstante, para determinar la posibilidad de dictaminar una posible responsabilidad objetiva, la fórmula a aplicar trasciende más allá del análisis subjetivo o individual, siendo que el nexo causal se determina al analizar si los daños y perjuicios producto del 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 bien diferir del sujeto sobre el que recae la responsabilidad penal. En tal sentido esta Sala ha indicado: *"Se trata de un caso evidente de la denominada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el presente caso, es necesario determinar la existencia de una relación de causalidad entre la mera prestación de un servicio, a saber, la prestación de servicios educativos privados, y los daños sufridos por las ofendidas. Si suprimiéramos hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, el resultado no se hubiera producido, de manera que en aplicación de la teoría de la conditio sine qua non, podemos concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo. Esto significa que los daños fueron producidos, precisamente, con ocasión del servicio brindado"*. (Sala Tercera. Voto 2005-1117, de las 16:25 horas del 29 de setiembre de 2005). Ante tal perspectiva, sobre el caso concreto cabe preguntarse, qué hacían las personas que se encontraban el día del altercado en la Sucursal del Banco ... ubicada en Monteverde, sino en espera de recibir un servicio (cualquiera que este sea), en dichas instalaciones. Es indiferente determinar si ya había sido atendido, si lo estaba siendo, o lo iba a ser, al momento de ser atacados, o bien la naturaleza del acto que se fuera a realizar (financiero, informativo, estadístico, económico), pues contrario, a lo expresado por el a quo, la especialización de la institución en determinada área, no descarta su naturaleza bancaria en general. Al respecto la Sala Primera recientemente ha indicado que: *"...En criterio de esta Sala, el simple hecho de no adquirir un producto, o*

requerir un servicio, no es un motivo jurídicamente aceptable para eximir de responsabilidad al productor, proveedor o comerciante, en aquellos supuestos en donde el usuario resulte lesionado en razón del bien o servicio recibido. El término 'consumidor', referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador. En concordancia con el parámetro constitucional, consumidor, debe entenderse en un planteamiento expansivo respecto al ámbito de aplicación de las personas que requieran de una especial protección en esta materia. No se supedita a un 'contrato de consumo', porque significaría aplicarla de forma restringida y limitada a aquella persona que compra, o que contrata. La posición del derecho moderno, según este Órgano decidor, es que se le conciba como cliente, entendido a quien participa en las actividades comerciales en la posición de potencial adquiriente -y no comprador efectivo-, de bienes y servicios con el titular de la oferta. Dependiendo de la etapa del proceso, se puede distinguir entre contratante y cliente. El primero, se denomina consumidor jurídico. Adquiere un bien o servicio mediante una relación jurídica típica, como por ejemplo, la compra. El segundo es el consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, puede potencialmente adquirirlo o utilizarlo. Este último es el centro de protección jurídica en el ámbito de la seguridad de los consumidores. Así, las necesidades específicas de amparo al señor... , se originan en su condición de usuario de un parqueo que se ofrece como parte de los servicios del supermercado, para sus clientes, al margen de que haya comprado o no. En la especie se han demostrado, como ya se dijo, los caracteres necesarios para imputar esa responsabilidad, es decir, se utilizó un medio creador de peligro o riesgo que es parte de la estructura económica de la demandada -estacionamiento del supermercado ... en San Sebastián-; se generó un daño que se determina con la lesión que sufrió la esfera jurídica del actor -despojo o pérdida del vehículo placas ... de su propiedad-; y la relación causa efecto entre el hecho y el daño -sustracción o robo del automotor en el aparcamiento del ...-. En definitiva, aquella lesión fue producto del robo del bien que se encontraba en el parqueo del supermercado ... en San Sebastián..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto: 000295-F-2007 de las 10:45 horas del 26 de abril de 2007). En este orden de ideas, se tiene por demostrado que las personas que ese día acudieron a dicha institución, fue en calidad de "usuario" o "consumidor" de los servicios

bancarios que son ofrecidos en la Sucursal del Banco ... ubicado en Monteverde de Puntarenas, en cuyo lugar, conforme a la política institucional de dicho ente, se brinda el servicio de seguridad a todo aquel que ingrese a sus instalaciones a realizar cualquier gestión, en razón del alto riesgo que significa una actividad comercial de naturaleza monetaria, aún más, partiendo del supuesto que la institución no contara con tales mecanismos de seguridad, su obligación de responder por lo ocurrido dentro de sus instalaciones es inminente desde que asume la realización de una actividad comercial bancaria destinada al servicio del público en general, sin importar si su naturaleza es pública o privada. Partiendo de la anterior premisa, en uso de la lógica y la razón, debe entenderse que si en dicho lugar no se ofrecieran servicios bancarios (de cualquier naturaleza), no habría razón para que existan personas ajenas a la empresa en tales instalaciones, sin embargo, en el caso concreto, aún entendiendo que la acción delictiva fue producto de un tercero ajeno al ente financiero, no concurre la excepción de responsabilidad contemplada en el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que expresa: *"...Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño"*, pues 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. En un análisis comparativo del presente caso, con la posición plasmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el fallo anteriormente citado, se observa que a criterio de dicha autoridad judicial, el hecho delictivo realizado por un antisocial sin relación alguna con el Supermercado demandado, no descarta la responsabilidad civil objetiva del último por los daños producidos, en razón de haber ocurrido dentro de la esfera del servicio que se brinda al usuario, sin necesidad de contemplar si el cliente concretó alguna compra, o bien si el servicio de parqueo vehicular entra dentro de la naturaleza comercial de un supermercado. Propiamente se señala: *"...La objeción planteada por la recurrente de que en esa zona no se brinda el servicio de custodia de vehículos, que no es un parqueo público ni tampoco se alquilan espacios físicos, no es procedente, al contravenir los artículos 46 de la Constitución Política y 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. De la relación de estos preceptos, nace el principio rector que establece un régimen objetivo de responsabilidad en las*

relaciones de consumo, las cuales a su vez, corresponden a un régimen especial. Lo tocante a la naturaleza del parqueo, no excluye su ámbito de aplicación, por cuanto ese servicio forma parte unitaria de la estructura económica y logística del establecimiento comercial que originó su uso... Existe responsabilidad del titular del comercio que ofrece el estacionamiento a sus clientes, potenciales consumidores, pese a las advertencias que pudiera haber puesto en sentido contrario. La tesis de que su uso es gratuito y además corresponde a un servicio independiente de la venta de los productos que se ofrecen en el supermercado, contraviene los principios protectores del consumidor y usuario... Esta prestación accesoria, configura 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 la ley. En armonía con lo que se ha indicado, resulta intrascendente que el actor hiciera o no una compra efectiva en el supermercado, de ahí que no se den las infracciones acusadas, por lo que el reproche habrá de desestimarse..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto: 000295-F-2007 de las 10:45 horas del 26 de abril de 2007). De igual manera, en el caso de marras, el delito es cometido por un sujeto sin ningún vínculo con el Banco ... no obstante, la relación de este último con el daño es innegable, en razón del servicio que brinda a sus usuarios, incluyendo entre estos, el servicio de seguridad, cuyo análisis será retomado en el siguiente considerando. En consecuencia se declara con lugar el presente motivo, se anula parcialmente la sentencia, únicamente en lo concerniente a la responsabilidad civil del Banco... . En aplicación del artículo 35 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y la Defensa Efectiva del Consumidor, se condena civilmente al Banco..., con base en la responsabilidad objetiva que le atañe, a pagar los daños y perjuicios debidamente determinados en la sentencia a favor de aquellos cuyas acciones civiles fueron acogidas, razón por la que se omite realizar el juicio de reenvío correspondiente. Se omite pronunciamiento expreso sobre los demás motivos específicos tendientes a demostrar la responsabilidad de la entidad bancaria, o evidenciar los yerros intelectivos valorativos de la sentencia, en lo referente al punto en cuestión por considerarse innecesarios.

X.- Sobre la responsabilidad civil de la empresa "..."

Los recurrentes... , alegan que el Tribunal se equivocó al absolver a la empresa "... "de responsabilidad civil, por lo siguiente: **1.-** En los motivos del dos al seis del recurso de...; tercero y cuarto del recurso de... ; y único de..., se señala que los oficiales de seguridad destacados en dicha agencia bancaria, en una acción negligente, abandonaron sus posiciones estratégicas y desatendieron la casetilla de vigilancia que había sido construida luego de que ocurrieran dos asaltos anteriores, configurándose un incumplimiento contractual, de conformidad con el párrafo primero del artículo 1023 del Código Civil. Consideran que hay suficiente prueba para acreditar que tales personeros se encontraban conversando en la puerta principal de las instalaciones bancarias y que se desatendió el fortín por el oficial correspondiente. Se impugna que los Juzgadores no valoraron en forma acertada la prueba evacuada en el contradictorio, principalmente, los testimonios de:... , ya que de los mismos se puede extraer que los oficiales ... no se encontraban cumpliendo con su deber de vigilancia como correspondía. **2.-** El licenciado..., señala en su tercer motivo que entre el Banco ... y ... S.A., se concertó un contrato-licitación pública, en virtud del cual el contratista se obligó a proteger, por un lado, los bienes y empleados del contratante y, por otro, a los clientes del Banco. La seguridad y protección que el usuario recibe de tal empresa se da como beneficiario de una estipulación contractual a su favor. El esquema triangular, donde un sujeto pacta con otro la prestación de un servicio a un tercero, se denomina "estipulación a favor de un tercero" conforme al artículo 30 del Código Civil. El incumplimiento o la ejecución defectuosa de la prestación, por parte del deudor, da pie a la responsabilidad civil contractual frente al acreedor, el beneficiario de la estipulación. Tal figura es una excepción al principio de relatividad contractual regulado en el artículo 1025 del Código Civil "*los contratos obligan sólo a las partes contratantes...salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*". No es necesario que el tercero beneficiario conozca el clausulado contractual, basta con el consentimiento tácito de recibir la protección o seguridad que le brinda el banco o su encargado. El cliente se despoja, en la entrada, de cualquier mecanismo que lo pudiera defender y deposita en el banco o bien la empresa de seguridad, la protección de su integridad física, mientras realiza las gestiones financieras correspondientes. **3.-** Los licenciados ... y ... , señalan que existió un incumplimiento "deóntico" del

policía, por parte del oficial..., que corrió hacia la casetilla y se refugió en vez de enfrentar a..., desprotegiendo así a las víctimas que quedaron expuestos e indefensos ante la violenta agresión de su atacante que culminó con la vida de varias personas (ver folio 2202). De igual manera, expresa que en el contrato entre el Banco y ... S.A., existía una cláusula donde indicaba expresamente que en situaciones de desventaja los agentes de seguridad no podían impedir la entrada a los antisociales, en salvaguarda de la vida e integridad de las personas sobre los valores materiales. Sin embargo, los agentes de la empresa ... S.A. desacataron tal disposición, y por el contrario ante la ausencia de un protocolo de actuación para posibles enfrentamientos, y la falta del personal adecuado para brindar el servicio requerido, se provocó el desdichado acontecimiento. **El reclamo es procedente:** Sobre el tema en cuestión, esta Sala considera que, efectivamente la empresa "...S.A." es responsable civilmente pero por motivos distintos a los que alegan las partes recurrentes, sin embargo, el Licenciado ... no se equivoca, al resaltar la causa efectiva de responsabilidad de dicha empresa, afirmando que ésta es parte integral dentro de los entes encargados de rendir el servicio que se brinda en la institución bancaria. Doctrinalmente se establece: *"...las redes contractuales económicamente eficientes se tratan de fenómenos que no pueden ser considerados como simples relaciones contractuales obligatorias, ya que su densidad es tal que la red se presenta frente a terceros como una unidad...En estos casos resulta evidente que es necesario introducir el principio de la responsabilidad de toda red contractual, al que se puede llegar por medio de la teoría de la doble imputación.- La idea central es, entonces que lo que en el comercio de los hombres aparece como una unidad, debe tenerse, en el plano jurídico, como una unidad. Lo colectivo debe responder, entonces, como un todo. Luego pueden repartirse internamente los riesgos".*(RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. "Responsabilidad Civil. Tomo II". Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Areté. 2001. pp. 200-202). Conforme a este enfoque, no es necesario determinar los alcances de la actuación de las personas a cargo de la seguridad bancaria, si medió culpa, negligencia, impericia o un incumplimiento contractual, como pretenden demostrar los recurrentes en sus alegatos, ya que lo importante en la especie, es el papel que juega la empresa de seguridad en cuestión, como parte de "una red contractualmente eficiente". Dicha posición encuentra respaldo en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa

Efectiva del Consumidor, que en su artículo 32 indica: *"El productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrente 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"*. Es decir, conforme lo dicta esta norma, todo interviniente en la cadena de producción del bien o el servicio, posee una responsabilidad objetiva (independientemente de la culpa), y a la vez solidaria (concurrentemente) entre si y frente al consumidor o destinatario del servicio. Aplicado lo anterior al caso concreto, es claro que el Banco... , en razón de la actividad riesgosa que desarrolla (por llevar implícito el movimiento de grandes capitales económicos dentro de sus instalaciones destinadas al servicio público), tiene la obligación de responder por los daños y perjuicios causados a sus usuarios mientras se encuentren dentro de la agencia. Para lo anterior, es indiferente si contaba con los suficientes recursos materiales y humanos en materia de seguridad; si la elección de los mecanismos de protección fueron los correctos; si se actuó contrario a lo señalado por un posible protocolo de actuación frente a atentados como el ocurrido; o si la entidad bancaria tenía noticia del aumento del riesgo promovido por la delincuencia del lugar, ya que ha quedado claro que todas las personas que se encontraban en las instalaciones bancarias en ese momento, esperaban recibir un servicio de dicha institución. Ahora bien, existe un contrato-licitación (Expediente de licitación pública número 1776-2004) suscrito entre el Banco ... y ... S.A., que lejos de ser entendido en el marco del principio de "relatividad de los contratos", es un medio que permite constatar que la segunda funge como proveedor de un servicio (de seguridad) que brinda la primera al usuario. Es decir, se tiene claro que son dos entidades de distinta naturaleza (jurídica, organizacional y operacional), pero que ambas forman parte de la cadena de producción de un servicio, o bien de una "red contractual económicamente eficiente", y por consiguiente, vistas como "una unidad" frente al destinatario del servicio. En tal sentido, el artículo 2 de la citada Ley expresa: *" (...) Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos (...)"*. En otras palabras, la ley faculta al consumidor, usuario o destinatario final de un bien o servicio, accionar en contra del comerciante, productor o proveedor indistintamente, entendiendo a estos

últimos como miembros de la denominada "cadena de producción", para que se responsabilicen por los daños y perjuicios ocasionados en razón de los bienes y servicios brindados por ellos, sin importar si estos son su actividad principal o bien accesoria. En este plano, queda claro que si bien los daños y perjuicios surgen del ilícito perpetrado por el imputado, lo cierto es que esto ocurre dentro de la esfera del servicio bancario brindado en la Sucursal del Banco ... de Monteverde, en cuyo establecimiento, la empresa demandada se encontraba comprometida a proveer los mecanismos eficientes para garantizar la seguridad e integridad de los usuarios en razón del contrato que regía entre ambas instituciones accionadas, conformando de tal manera parte intrínseca dentro de la unidad civilmente responsable y por tal, legalmente legitimada para responder de acuerdo a la Ley 7472. Con base a lo anterior, se declara con lugar el presente reclamo, se anula la sentencia en lo referente a la absolutoria de responsabilidad civil a favor de la empresa de seguridad... S.A., en su lugar se le declara civilmente responsable en forma solidaria, por los daños y perjuicios cuyos montos a indemnizar fueron establecidos en sentencia a favor de los actores civiles debidamente legitimados. Se omite el reenvío por existir una liquidación pecuniaria realizada por el a quo, al condenar civilmente al imputado... , de la cual deberán responder los condenados civiles en forma solidaria, mediante la vía correspondiente.

6.3 Falta deberes de cuidado y vigilancia

6.3.1 RES: 000575-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas del diecisiete de octubre del año dos mil tres.

VIII.- De consuno con el elenco de hechos probados que incorporan las sentencias de instancia y que deviene inalterado, a eso de las 14 horas 30 minutos del 9 de octubre de..., en las instalaciones del restaurante..., ubicado en el Centro Comercial..., la señora ... sufrió una caída, al resbalar con un producto líquido y aceitoso derramado en el piso. Al ser atendida en la Clínica ..., se le diagnosticó luxación y fractura de últimas vértebras coccigeas ...

IX.- El Tribunal, luego de hacer referencia a las formas de responsabilidad civil extracontractual, reseñar el fundamento histórico y el desarrollo del instituto de la responsabilidad subjetiva e introducir el tema de la teoría del riesgo, que no es sino lo dicho por esta Sala en la sentencia No. 607 de las 16 horas 15 minutos del 7 de agosto del 2002, redactada por el entonces Magistrado Rodrigo Montenegro Trejos, incursiona en el estudio del régimen de responsabilidad extracontractual objetiva, que sienta la Ley 7472. De ella, en apoyo normativo, cita los ordinales 2 y 32 (hoy artículo 35, pues mediante Ley 8343 de Contingencia Fiscal, de 18 de diciembre del 2000, que crea la Sección I de la Comisión de Mejora Regulatoria, la numeración de la Ley 7472 se corrió), asimismo, el 46 de la Constitución Política, expresando, en lo esencial, que los hechos conocidos en este asunto, tienen su origen en una relación de consumo entre la actora y la demandada, la primera en carácter de consumidora de los servicios de comida que brindaba la segunda, en cuyo caso, el artículo 32 de la Ley 7472, dispone que el comerciante debe responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio brindado, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos, salvedad hecha cuando demuestre haber sido ajeno al daño. Agrega en su sentencia: "Por ende, la accionada, como comerciante dedicada a una actividad lucrativa, como lo es la venta de comida, está obligada a hacerse responsable por los daños derivados de la actividad que realiza".

6.3.2 N° 359 **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION EXTRAORDINARIA.-** San José, a las diez horas del catorce de diciembre del dos mil seis.-

V.- " La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias,.. es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini,"... estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo... prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige

la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales. Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc, del agente. Por eso, para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N° 61 de las catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis). Dentro de esta concepción, se ubica el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor, el cual, establece un régimen de responsabilidad objetiva, al indicar que "el productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente 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". Quiere decir entonces, que para achacarle responsabilidad al comerciante, basta con que la víctima demuestre la existencia del hecho dañoso y el nexo causal. En este caso, a pesar de la escasa prueba que existe, el a quo, la tuvo por acreditada básicamente con la declaración de la madre del menor accidentado, señora..., la cual es cuestionada por la parte accionada en el recurso que se conoce. Sin embargo, más allá de todas las interrogantes y contradicciones que plantea, lo cierto es que la sociedad accionada reconoce la relación de causalidad ante esta instancia, a pesar de haberla negado en el escrito de contestación de la demanda, y hasta ensayó su propia versión de los hechos, así "siendo la hora de almuerzo la familia se sentó a comer. En ese momento el personal de la escalera de ascenso estaba gozando de su hora de almuerzo. Habiendo finalizado su comida los niños dejaron la mesa y se fueron a jugar en las instalaciones de... . El actor fue a la pared de ascenso y dado que no había personal, sin protección alguna empezó a escalar la pared de ascenso que no se deslizaba puesto que no estaba activada, y se cayó produciéndose la lesión." Esa narración evidencia que el daño se produjo en las instalaciones de..., al utilizar un juego ofrecido al público visitante y por consiguiente, es claro que la sociedad accionada no resulta ajena al hecho dañoso, lo que imposibilita eximirla de responsabilidad. Al parecer, el juego de la pared escaladora resulta más peligroso cuando está fuera de funcionamiento, que cuando se encuentra en uso, pues según las afirmaciones de la accionada, si el juego está en operación dos empleados

encargados, uno sujeta al cliente a un arné y el otro se encarga de movilizar la pared, de manera que el cliente, al escalar no alcanza una altura superior a los cincuenta centímetros. En cambio, cuando no está funcionando, si el cliente escala, lo hace sin ninguna seguridad, porque no utiliza arné y además puede llegar a escalar hasta dos metros de altura. Esto significa entonces, que cuando el juego no está operando es necesario que la empresa se encargue de que haya al menos un vigilante que no permite el acceso al juego, o bien, que haya alguna barrera material como un portón o baranda que impida que el público tenga acceso al juego y que además haya un rótulo en el que se advierta del peligro. Esas precauciones debió tomarlas la parte accionada, puesto que el público que visita los juegos es principalmente el infantil, que se caracteriza por su inquietud e irreflexión. Se concluye entonces, que la parte accionada no demostró ser ajena al daño causado.

VI.- El intento de la parte accionada de trasladar la responsabilidad a los padres del menor, atribuyéndoles una conducta descuidada o negligente resulta inútil porque la responsabilidad de la empresa supera el cuidado que estos pudieron haber tenido. En efecto, no ha quedado demostrado en autos, si el juego citado estaba o no en funcionamiento cuando acaeció el accidente, pero lo cierto es que de ninguna de las dos formas se puede liberar a la parte accionada de responsabilidad, pues si se encontraba en acción, manipulado por dos empleados, se cumple el supuesto previsto en el numeral 35 de la citada Ley de Protección al Consumidor y si no lo estaba, debió haberse tomado alguna de las precauciones supra indicadas, para avisar al público sobre la peligrosidad del juego cuando se encontraba en esas condiciones, lo cual no se hizo, de manera que el deber de cuidado de los padres queda totalmente diluido en la apuntada responsabilidad objetiva de la accionada, pues no hay evidencia de una negligencia de tal magnitud que demuestre que la sociedad accionada haya sido ajena al daño, ya que el hecho de que los padres hicieran la sobremesa mientras el menor jugaba con otros niños, no tiene esa implicación, puesto que se encontraban en un lugar que se promociona como seguro, según las palabras de la accionada, y de los trabajadores de..., que comparecieron a declarar a este proceso. El representante de la accionada indica que "...no es ni siquiera remotamente un establecimiento peligroso, pues contiene juegos infantiles basados en el concepto de juegos NO violentos, pues la

forma habitual y diaria de funcionamiento de ... cubría plenamente la seguridad absoluta de los niños y que era necesario seguir estrictamente la observancia de las medidas de seguridad" (folio 325) Entonces, ante esa imagen que indudablemente se vendía al público, no se podía esperar que los padres de ... extremaran la medidas de cuidado sobre el menor mientras permanecían en ese lugar.

6.3.3. Res: 2006-0671 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL . Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las nueve horas cinco minutos del siete de julio del dos mil seis.

CONSIDERANDO:

I. El Tribunal de Juicio de Guanacaste, sede Santa Cruz, según sentencia N° 85-2004 de las 16:30 horas del 29 de noviembre del 2004, absuelve de toda pena y responsabilidad -por prescripción de la acción penal- al imputado..., por el delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de... Por su parte, el ofendido y actor civil ... formula recurso de casación contra la citada sentencia, el cual reúne los requisitos exigidos por los artículos 444 y 445 del Código Procesal Penal, por lo que se admite para su conocimiento.

II. El recurso de casación consta de dos motivos, uno por el forma y otro por el fondo, siendo que ambos alegatos combaten aspectos exclusivamente de fondo y se encuentran estrechamente relacionados, se conocerán y resolverán en forma conjunta. Se señala que a pesar de que el tribunal de instancia menciona el contrato existente entre la ... y la empresa de seguridad..., para quienes laboran los guardas que se encuentran en dicha Universidad y, además, alude al reglamento interno de ésta, omite analizar en qué consisten y qué regulan dichas pruebas, esto frente a la responsabilidad extracontractual objetiva, reclamada por el actor civil, la cual, en su criterio, alcanza la mencionada Universidad en su carácter solidario, lo anterior conforme en el párrafo tercero del ordinal 1048 del Código Civil, normas vigentes del Código Penal de 1941 sobre Responsabilidad Civil y normas aplicables del Código Procesal Penal vigente. Se refiere que el fallo es omiso en cuanto al reclamo del actor civil respecto a la reclamada responsabilidad civil extracontractual objetiva que se le atribuye a la Universidad, por culpa tanto en la escogencia como en la vigilancia de la empresa contratada por ella

para desplegar una actividad riesgosa en su sede de Santa Cruz. Se aduce que la empresa de seguridad contratada para la seguridad de la ... en Santa Cruz, Guanacaste, es una simple razón social, carente de los más mínimos requisitos para el desempeño de labores de seguridad privada, pues sus agentes no contaban con formación en seguridad, carentes de permisos para la portación de armas. **El reclamo se declara sin lugar.** Revisada la sentencia en su contenido propio de resolución de los extremos civiles, se llega a la conclusión que cuenta con una debida fundamentación y aplicación de disposiciones normativas de fondo. En efecto, tenemos que el aspecto de medular de determinación de la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de la..., sede Santa Cruz, Guanacaste, radica en la contratación que hiciera de una empresa que le prestaba los servicios de vigilancia en su sede o centro de estudios de Santa Cruz. Esta relación contractual, conforme se dice en la sentencia, dirige a que la contratación del personal, su preparación en actividades de seguridad, así como la entrega y portación de armas, se realice en forma correcta, eficiente y conforme las regulaciones legales y reglamentarias existentes. Esta vigilancia no se llevó a cabo por la empresa "... S.A.", la cual resultó condenada civilmente por responsabilidad objetiva directa que se genera el artículo 1048 del Código civil. La exclusión en la condena civil de la citada Universidad se encuentra debidamente realizada conforme la norma señalada, pues quien debía realizar esta labor de vigilancia y correcto desempeño de los guardas, así como el cumplimiento de las normas de seguridad para el efectivo desempeño de sus labores lo era, sin lugar a dudas, la empresa "... S.A." y no la... Es importante realizar un análisis que ni siquiera se alega en el recurso de casación, pero resulta de especial relevancia; dirigido hacia el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor, que describe el régimen de responsabilidad. En este sentido se dice en dicho artículo lo siguiente;

"El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente 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" (la negrita ha sido suplida).

En el presente caso, estamos ante un servicio ofrecido y contratado por el ofendido con la... , sede Santa Cruz, el

cual consiste en recibir educación universitaria que lo capacite para el ejercicio profesional de una profesión. Como vemos, éste fue el servicio contratado por el ofendido con la Universidad mencionada, lo que nada tiene que ver con el servicio de seguridad que presta la empresa "... S.A." a la... Es evidente que la relación que mantiene el ofendido con el centro universitario, es estrictamente en el ámbito académico, respecto a la aplicación de la normativa de protección al consumidor. Por su parte, la empresa ... resulta la responsable por la prestación del servicio de seguridad ante su contratante -la ... - y, por supuesto, de los daños y perjuicio que provoque a terceros -caso del ofendido-, conforme las reglas de responsabilidad objetiva que se recogen en el art. 1048 del Código Civil. Por ello, resulta adecuada la declaratoria sin lugar de la acción civil resarcitoria en contra de esta última.

III.- El Juez Salazar Murillo salva el voto . No he logrado un acuerdo con la mayoría del Tribunal sobre cómo ha de resolverse lo relativo a la acción civil resarcitoria, por lo que dejo plasmado mi criterio en los siguientes términos. La parte actora civil en su recurso reclama que la ... tiene responsabilidad objetiva por lo ocurrido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1048 del Código Civil, referente a la culpa in eligendo, en el tanto seleccionó para resguardar la vigilancia de la entidad y sus estudiantes a una compañía que no tiene personas diestras para realizar una actividad riesgosa como la de vigilancia y manejo de armas. El primer aspecto que ha de tenerse en cuenta es que el ofendido ... al momento de los hechos era estudiante de la ... y en ese tanto un usuario de los servicios de formación educativa que se brindaba en la sede de Santa Cruz, pudiendo entonces acceder a las instalaciones, llevar su vehículo y disfrutar de los diferentes servicios que esa entidad le otorga a sus estudiantes, en cuenta la seguridad personal, la cual se daba a través de una empresa denominada ... Sociedad Anónima, la cual fue contratada por la Universidad para ese fin. La ... que es la co-demandada civil, adquiere la calidad de comerciante o empresa proveedora de servicios y el actor civil es un usuario de esos servicios. Esto armoniza con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley para la promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor (No.7472 de 26 de mayo del 2000), que en su artículo 1 define al consumidor como: " *Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien,*

recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano - en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros ." y define al Comerciante o proveedor como " Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal ." La citada ley establece deberes y obligaciones para el comerciante o proveedor de servicio para con sus clientes o usuarios, y en el artículo 35 refiere: " Artículo 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. " (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 32 al 35) De la lectura de la norma referida, se infiere que el proveedor de los servicios responde cuando media culpa o sin ella, si el consumidor resulta perjudicado por en razón del bien o el servicio recibido, siendo obvio que en este caso el actor civil se vio perjudicado por la prestación del servicio que le ofrecía la institución, el cual no se limita a dar el servicio de formación educativa, sino el acceso a sus instalaciones en condiciones de seguridad, puesto que ello también es valorado por el cliente al momento de requerir el servicio. Por tal razón, aunque la parte cita erróneamente el numeral 1048 del Código Civil, no es en dicha norma en donde se regula lo relativo al caso que nos ocupa, pero sí está contemplada la responsabilidad objetiva en la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. El artículo 35 antes referido establece que sólo se exime de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño, no obstante en este

caso, es nuevamente evidente que la Universidad no le brindó el servicio al actor civil en condiciones de seguridad necesarias puesto que una empresa que tiene en la seguridad falló y justo cuando salía de clases al estacionamiento fue impactado con un disparo de arma de funcionarios que la misma entidad ha autorizado a que permanezcan en sus instalaciones y utilicen armas, de manera que el daño producido es consecuencia directa de una deficiente prestación del servicio, entonces debe responder objetivamente por el hecho. Sobre este tema y en un caso similar la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al resolver un reclamo similar indicó:

"XI. En los motivos primero y tercero del recurso por la forma, así como en el apartado primero del recurso por el fondo planteado por los licenciados ... y ... , representantes de la sociedad demandada civil, se alega falta de fundamentación y violación al artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor. Estiman los recurrentes que el tribunal omitió señalar cuáles fueron las fallas en las condiciones de seguridad que debieron tomarse por parte de su representada para proteger a las menores de edad, sobre todo si se toma en cuenta que el imputado, según el criterio de los recurrentes, tomó las previsiones necesarias para no ser descubierto, lo cual estima que no se ajusta a la normativa por ellos señalada. El reclamo no es atendible: El principio general de la culpa es el centro del sistema de la responsabilidad civil. La denominada culpa aquiliana genera responsabilidad civil extracontractual, y engloba los conceptos de culpa y dolo, tal y como se observa en el artículo 1045 del Código Civil, cuya redacción data del año 1886: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo, junto con los perjuicios". Se suele afirmar que el dolo implica "la directa intención de producir el daño, mientras que la culpa se da cuando, sin intención de causar un daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción u omisión propias" (VISINTINI, Giovanna, Tratado de Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 48). Frente a este concepto de responsabilidad por culpa, se han ido implementando desde inicios del siglo pasado una serie de responsabilidades en donde se prescinde total o parcialmente del elemento de culpa, como todos aquellos casos de responsabilidad por hechos ajenos. En el año de 1906 se reformó el artículo 1048 del Código Civil,

introduciendo algunos supuestos de responsabilidad donde se prescinde, total o parcialmente, del elemento de culpa, entendida en sentido amplio arriba indicado. Tal es el caso de la responsabilidad de los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o los casos de culpa in eligendo o de culpa in vigilando. En estos dos supuestos se exige de responsabilidad a los sujetos cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en vigilar. En el caso de la explotación de minas, fábricas, establecimientos industriales o construcciones, no puede beneficiarse con esa excepción -a saber, la actuación diligente-, quien realiza dicho tipo de actividades. En el caso de medios de transporte, la empresa explotadora sólo puede eximirse de responsabilidad si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. Todos estos casos descritos en el artículo 1048 del Código Civil, establecen grados de responsabilidad sin culpa, con diferentes atenuantes de responsabilidad según sea la actividad a que se refieran. Por otro lado, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un regimen de responsabilidad objetiva para la Administración que prescinde parcialmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exige de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) Fuerza Mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. La doctrina señala otros casos de responsabilidad en donde se prescinde total o parcialmente del concepto de culpa, como el caso de los accidentes de tránsito, los daños ocasionados por animales (VISINTINI, Giovanna, Tratado de Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 361). Esto significa que frente al concepto de responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad derivada de la culpa o el dolo, ha ido surgiendo, de diversas formas y con distintas regulaciones, la denominada responsabilidad civil sin culpa, o responsabilidad civil objetiva. Lo característico de este tipo de responsabilidad es que la eliminación del concepto de culpa puede ser total o parcial, en virtud de leyes especiales y respecto de actividades concretas, no pudiéndose afirmar que exista una única forma de responsabilidad objetiva (MORENO QUESADA, Bernardo -coordinador-, Curso de Derecho Civil, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 511 y 512). -coordinador-, Curso de Derecho Civil, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 522). La Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000 se aplica, según lo dispone su artículo 9, a todos los agentes económicos, excepto los

concesionarios de servicios públicos y a los monopolios estatales. El artículo 2 de la citada ley define el agente económico como: "toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios". Es evidente que las instituciones de educación privada encuadran dentro de la amplia definición de agente económico trascrita, y por lo tanto entran dentro del ámbito de aplicación de la citada ley. (En igual sentido: RIVERO, Juan Marcos, "La responsabilidad del Estado por el abuso sexual de los niños en los centros educativos", REVISTA DE CIENCIAS PENALES No. 14, Diciembre de 1997). El artículo 35 de la misma, reformado mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, establece: "ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor". Se trata de un caso evidente de la denominada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el presente caso, es necesario determinar la existencia de una relación de causalidad entre la mera prestación de un servicio, a saber, la prestación de servicios educativos privados, y los daños sufridos por las ofendidas. Si suprimiéramos hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, el resultado no se hubiera producido, de manera que en aplicación de la teoría de la conditio sine qua non, podemos concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo. Esto significa que los daños fueron producidos, precisamente, con ocasión del servicio brindado. Ahora bien, en materia de derecho de los consumidores, una vez demostrada la existencia de un nexo causal entre la prestación de un servicio y el daño, resta analizar un elemento más. El artículo 35 de la ley arriba indicada, que regula la materia reza: "ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el

comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (La negrita es suplida). La frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", evidentemente significa que no estamos ante una prescendencia total, sino parcial del concepto de culpa. Este no es el único caso de responsabilidad objetiva en donde se prescinde de la culpa sólo en forma parcial. El artículo 1048 del Código Civil exime de culpa a los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o a las personas que encargan a otra el cumplimiento de uno o varios actos, cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en elegir o vigilar. También exime a las empresas explotadoras de medios de transporte si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. Sin embargo hay que reconocer que no queda del todo claro qué significa ser "ajeno al daño". El artículo 71 de la misma ley establece una regla de supletoriedad, según la cual, "para lo imprevisto en esta Ley, regirá, supletoriamente, la Ley General de la Administración Pública". Esta regla no se refiere al procedimiento administrativo, ya que hay otra norma específica que también instaura la regla de supletoriedad en materia procesal, a saber, el artículo 56 párrafo final que reza: "para establecer la sanción correspondiente, la Comisión Nacional del Consumidor deberá respetar los principios del procedimiento administrativo...". El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un regimen de responsabilidad objetiva para la Administración, pero que no prescinde totalmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un

tercero. Esto significa que la frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", contenida en el artículo 35 de la Ley de de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, debe integrarse con el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que los agentes económicos que brinden servicios a los consumidores se liberan de responsabilidad civil en los tres supuestos allí establecidos, a saber: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. En esos tres supuestos debe considerarse que el agente económico que brinda un servicio es ajeno al daño. En el caso sometido a estudio la sociedad demandada no ha acreditado que haya fuerza mayor o actuación de un tercero ajeno a la institución, ni mucho menos culpa de las víctimas. Para los efectos de la condenatoria civil, resulta irrelevante, por lo tanto, si hubo o no una actuación negligente de la institución. En aplicación del artículo 35 de la Ley de de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000, lo determinante es el hecho objetivo de haber ofrecido la prestación de servicios a los consumidores, y que esa actividad haya concretado un resultado dañoso, como en efecto ocurrió en el caso sometido a examen. Por tratarse de responsabilidad objetiva (sin culpa), no es necesario demostrar la existencia de culpa o dolo al elegir o vigilar el personal; esto por parte de la institución educativa. Se ha demostrado la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, hecho objetivo que por sí solo genera responsabilidad civil en los términos de la ley comentada. Por esta razón, el reclamo se rechaza.

XII. En el segundo motivo por la forma, así como en el segundo apartado del recurso por el fondo, se alega violación al artículo 1048 del Código Civil. Estiman los recurrentes, que su representada no incurrió en culpa in eligendo o in vigilando, toda vez que la directora de la institución cumplió a cabalidad todos sus deberes, tanto en la contratación del imputado, como en su vigilancia dentro de los límites de la diligencia de un buen padre de familia. El reclamo no es atendible: Al respecto, el Tribunal indicó: "Además, el artículo 32 no admite duda de que la responsabilidad indemnizatoria es procedente aun y cuando no exista ni se demuestre que hubo culpa (sea in vigilando o in eligendo). En estos términos, cualquier argumentación a favor de la empresa demandada para

demostrar que no hubo culpa en la vigilancia de la niña ni en la elección del abusador como maestro o educador resulta innecesaria, pues para la acreditación de la responsabilidad de la sociedad basta y sobra la demostración de que M. sufrió un daño y que ese daño se lo causó un empleado de la escuela donde estudiaba la menor" (ver folio 630). Esto significa, que los Juzgadores emitieron la condena civil con base en la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, reformada mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, y no con base en el artículo 1048 del Código Civil, adicionado mediante Ley No. 14 del 6 de junio de 1902. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior, y en este caso la norma aplicada fue emitida cien años después de la reforma al Código Civil. Además de lo anterior, la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor es una ley especial respecto de la norma general establecida en el Código Civil. Por esas razones la primera prevalece sobre la segunda, no siendo de recibo la pretensión de los recurrentes de resolver el caso con base en las regulaciones del Código Civil. Al ser aplicable la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, sólo se exime de responsabilidad a los agentes económicos por: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero, careciendo de relevancia la diligencia en la contratación o vigilancia del personal alegada por la sociedad recurrente. Por estas razones los reclamos deben rechazarse." (Sentencia 2005-01117 de las 16:25 horas del 29 de setiembre de 2005).

Lo dicho en el anterior pronunciamiento es plenamente aplicable al caso en discusión y en mi criterio la codemandada..., sede de Santa Cruz Guanacaste, debe responder también por los daños y perjuicios ocasionados al ofendido, por lo que debe acogerse el motivo alegado y extender esa responsabilidad a las dos empresas demandadas.

POR TANTO:

Por mayoría, se declara sin lugar el recurso de casación. El juez Salazar Murillo salva el voto.

7. Responsabilidad objetiva. Defecto del servicio Estacionamientos.

7.1 RES: 000295-F-2007 SALA PRIMERA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil siete.

V. De previo a ingresar a su análisis, interesa hacer algunas consideraciones en torno a los derechos y defensa de los consumidores, así como del régimen de responsabilidad aplicable. En este orden de ideas, esta Sala señaló: *"El descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los medios de comunicación, la ampliación y liberación de mercados, la aparición de nuevos métodos de ventas, la contratación masiva, las nuevas modalidades de contratación, entre otros factores, han provocado cambios sustanciales en el mercado. Los mercados locales de escasas dimensiones han desaparecido para dar cabida a un mercado de masas, en donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano, mediante diversificación de productos y manipulación de la información, al consumo en una forma indiscriminada e irracional, situación que produce verdaderas situaciones de superioridad de aquéllos frente a éstos, que conducen a un abuso en su situación para el logro de sus fines. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: "II...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al*

facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia..." (Voto N° 1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:45 hrs. del 2 de junio de 1992). Ante esta situación de desequilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales resultan poco satisfactorios para proteger los intereses de los consumidores, por lo que el legislador, para evitar o al menos paliar en la medida de lo posible esa situación desventajosa del ciudadano-consumidor, ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa tratando de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores, supliendo así, en cierto modo, determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía. En ese orden de ideas, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996 se reformó el artículo 46 de la Constitución Política, introduciéndose en él un nuevo derecho económico justo al lado de la libertad de empresa y como delimitador de ésta: la protección del consumidor. (...) Como desarrollo de este nuevo derecho económico y en cumplimiento de éste mandato constitucional, tenemos la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, que contiene una serie de derechos sustanciales y procesales a favor de los consumidores y usuarios. Señala el artículo 29 de dicha normativa: "Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: a)- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b)- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. (...) f)- Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda. (...) Entre estos derechos, y en

lo que importa para resolver el presente asunto, interesa destacar los derechos de los consumidores o usuarios a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y medio ambiente, y a la reparación del daño producidos por la lesión de estos bienes jurídicos (incisos a y f). Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con el claro interés de evitar que por dificultades probatorias prácticamente insalvables puedan quedar desamparadas las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio, actividades per se generadoras de riesgos para la integridad física o el patrimonio ajenos: "El productor, el proveedor y el comerciante **deben responder concurrente 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 demuestra que ha sido ajeno al daño.** Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, lo encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (Artículo 32, Ley N° 7472 citada. La negrita no es del original). **VII.-** La responsabilidad objetiva, ha dicho esta Sala: "Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. Esta teoría es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini, "... estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo... ella, agrega, "... prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la

causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales..." (Alterini, Atilio. Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, III Edic., Buenos Aires, 1987, pág 106). Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc., del agente. Por eso para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto" (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 61, de las 14:50 horas del 19 de junio de 1997. (...) En la responsabilidad objetiva o por riesgo creado "... se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado. Tres son los elementos que conforman de éste tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Resumiendo "...en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causa entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente y el daño ocasionado" (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990). Desde el punto de vista práctico -dice el jurista costarricense Víctor Pérez Vargas- "...la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la (sic) de la prueba, en el sentido de que ésta queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa..." (Pérez Vargas, Víctor, Derecho Privado, I Edición, Editorial Publitex, San José, Costa Rica, 1988, pag. 417). Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima (doctrina que informa los numerales 32 párrafo segundo de la Ley No.7472 y el 1048

párrafo quinto del Código Civil) " Resolución número 646-F-2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001.

VI.- Al amparo de lo expuesto, se debe determinar si el hecho de que el señor ... no realizara compra alguna en el ..., es suficiente para excluir la aplicación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En criterio de esta Sala, el simple hecho de no adquirir un producto, o requerir un servicio, no es un motivo jurídicamente aceptable para eximir de responsabilidad al productor, proveedor o comerciante, en aquellos supuestos en donde el usuario resulte lesionado en razón del bien o servicio recibido. El término "*consumidor*" referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador. En concordancia con el parámetro constitucional, consumidor, debe entenderse en un planteamiento expansivo respecto al ámbito de aplicación de las personas que requieran de una especial protección en esta materia. No se supedita a un "*contrato de consumo*", porque significaría aplicarla de forma restringida y limitada a aquella persona que compra, o que contrata. La posición del derecho moderno, según este Órgano decidor, es que se le conciba como cliente, entendido a quien participa en las actividades comerciales en la posición de potencial adquiriente -y no comprador efectivo-, de bienes y servicios con el titular de la oferta. Dependiendo de la etapa del proceso, se puede distinguir entre contratante y cliente. El primero, se denomina consumidor jurídico. Adquiere un bien o servicio mediante una relación jurídica típica, como por ejemplo, la compra. El segundo es el consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, puede potencialmente adquirirlo o utilizarlo. Este último es el centro de protección jurídica en el ámbito de la seguridad de los consumidores. Así, las necesidades específicas de amparo al señor ..., se originan en su condición de usuario de un parqueo que se ofrece como parte de los servicios del supermercado, para sus clientes, al margen de que haya comprado o no. En la especie se han demostrado, como ya se dijo, los caracteres necesarios para imputar esa responsabilidad, es decir, se utilizó un medio creador de peligro o riesgo que es parte de la estructura económica de la demandada -estacionamiento del supermercado ...-; se generó un daño que se determina con la lesión que sufrió la esfera jurídica del actor -despojo o pérdida del vehículo placas ... de su propiedad-; y la relación causa efecto entre el hecho y el daño -sustracción o robo del automotor en el aparcamiento del ...-. En definitiva, aquella

lesión fue producto del robo del bien que se encontraba en el parqueo del supermercado

VII.- El Tribunal aplicó la aludida normativa al estimar que se estaba ante una responsabilidad civil objetiva, en relación a una de las partes demandadas como consecuencia de la sustracción del vehículo del actor del parqueo del supermercado. La objeción planteada por la recurrente de que en esa zona no se brinda el servicio de custodia de vehículos, que no es un parqueo público ni tampoco se alquilan espacios físicos, no es procedente, al contravenir los artículos 46 de la Constitución Política y 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. De la relación de estos preceptos, nace el principio rector que establece un régimen objetivo de responsabilidad en las relaciones de consumo, las cuales a su vez, corresponden a un régimen especial. Lo tocante a la naturaleza del parqueo, no excluye su ámbito de aplicación, por cuanto ese servicio forma parte unitaria de la estructura económica y logística del establecimiento comercial que originó su uso. La advertencia mediante tiquetes entregados a los usuarios del parqueo y letreros ubicados en paredes u otros lugares visibles, en el sentido de que la empresa no se hace responsable de los daños que puedan sufrir los bienes y en particular a los vehículos no es una eximente de responsabilidad. Esta debe responder por más que advierta lo contrario, ya que, los derechos del consumidor son irrenunciables. Artículos 32 y 72 de la Ley supra citada. Los carteles del tipo "*La empresa no se responsabiliza por daños o robo*", no tienen el sustento jurídico suficiente para esos efectos. Existe responsabilidad del titular del comercio que ofrece el estacionamiento a sus clientes, potenciales consumidores, pese a las advertencias que pudiera haber puesto en sentido contrario. La tesis de que su uso es gratuito y además corresponde a un servicio independiente de la venta de los productos que se ofrecen en el supermercado, contraviene los principios protectores del consumidor y usuario. Sin duda que el mencionado servicio se presta como un modo de atraer clientes, ofreciéndoles una facilidad que quizás otros no tienen. La modalidad operativa constituye una prestación adicional gratuita, accesoria, complementaria de su actividad principal de comercialización de mercaderías, que se integran con la aceptación de quienes se avienen a aprovechar la infraestructura y la presunta seguridad suministrada para el resguardo de sus vehículos. En relación con el tema tratado, y a diferencia del criterio vertido por la recurrente, el voto número 460

de las 10 horas 45 minutos del 30 de julio del 2003 de esta Sala, es similar en sus principios rectores al presente, en tanto está referido a daños sufridos por un vehículo que permanecía en un parqueo privado y gratuito de un hotel capitalino. En él se dispuso: *"En el sub-lite, el actor dejó aparcado su vehículo con el fin de hacer uso de esa facilidad. Es justamente allí donde terceros causan daños al automotor, por los cuales, según la norma de comentario, responde la demandada, pues tuvieron lugar con ocasión de uno de los servicios a los clientes. Así las cosas, el servicio brindado por el comerciante, su uso y el daño ligado en relación de causa-efecto, son suficientes para acreditar la responsabilidad extracontractual objetiva de la parte demandada, sin que la culpa sea un elemento a considerar según fue expuesto en forma precedente, pues aunque fuera ejecutada con la diligencia debida, no es dable excluir la responsabilidad del comerciante frente al usuario del servicio."* El principio general de responsabilidad objetiva del comerciante frente al usuario del servicio es el mismo. En suma, el parqueo ofrecido a los clientes por los establecimientos o centros de comercio, aún y cuando no sea de naturaleza pública, no se alquile, y sea gratuito, 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 automotores en esa área, con fundamento en una responsabilidad civil objetiva especial sobre los derechos del consumidor. Son responsables de los eventuales daños o pérdida de los automóviles, porque tienen el deber de custodia, guarda y restitución. Cuando el comerciante facilita un lugar para ese propósito, está ofreciendo al público la posibilidad de que, sin llegar a adquirir una mercadería determinada, dejen su vehículo en ese lugar. Lo contrario, sería condicionar su uso a la exigencia de una compra real y efectiva, pese a que puede suceder que el bien a adquirir no se encuentre. Esta prestación accesoria, configura 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 la ley. En armonía con lo que se ha indicado, resulta intrascendente que el actor hiciera o no una compra efectiva en el supermercado, de ahí que no se den las infracciones acusadas, por lo que el reproche habrá de desestimarse.

7.2 . RES: 000460-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres.

VI.- La **responsabilidad contractual** atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. El fundamento legal de este tipo de responsabilidad está en el artículo 702 del Código Civil, que regla: *"El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito."* Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento. Por su parte, la **responsabilidad extracontractual** agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia. Concurren como sus elementos, el comportamiento ilícito contrario al deber genérico de no

dañar a otro, el daño patrimonial y el nexo causal entre ambos. Su pilar legal es el ordinal 1045 *ibídem*, que refiere: "*Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.*". Reciente doctrina ha puesto en entredicho la utilidad de este cariz bifronte de la responsabilidad, no sólo por las dificultades que entraña, sino también, porque ambas conducen a un idéntico destino: la obligación de reparar por los menoscabos patrimoniales ilegítimamente infringidos. A ello debe añadirse la infructuosa satisfacción de pretensiones del reclamante, bajo el principio de congruencia de la sentencia, cuando equivoca los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, y las disquisiciones doctrinales acerca de que un daño puede ser considerado como contractual y extracontractual al mismo tiempo, esto es, concurrencia de responsabilidades.

VII.- Ambas modalidades de responsabilidad, ergo, contractual y extracontractual, son susceptibles de adquirir matices diversos en torno a la culpa, dependiendo de su cariz objetivo o subjetivo, claro está, en atención a la inclinación tomada por el legislador. La **responsabilidad subjetiva** necesita de demostración de la conducta culposa del agente, en la inobservancia de la obligación prefijada (contractual) o bien, del deber de cuidado al que todos estamos sujetos (extracontractual), para lo cual, el parámetro de comparación suele ser el hombre medio, o bien la diligencia del buen padre de familia. En la **responsabilidad objetiva**, la culpa es un elemento fuera de consideración, en atención a la actividad desempeñada por el causante del daño, que supone una creación de un riesgo connatural al ejercicio de la actividad. El que ese riesgo sea aceptado como posible, no faculta a que el damnificado deba soportarlo en beneficio de la actividad desplegada, y el causante debe responder por ello, aún cuando se origine en una conducta lícita. Realizadas estas aclaraciones, conviene determinar si la corporación demandada tiene responsabilidad en los daños que fueron infligidos al actor y en caso positivo, a cuál de las modalidades expuestas corresponde.

VIII.- El señor..., al plantear su demanda, señaló que el 6 de mayo de 1998 acudió a una actividad en el Hotel..., dejando su vehículo aparcado dentro del estacionamiento del hotel. No existe ningún elemento en los autos que permita determinar si el accionante era huésped del hotel, por lo cual, el contrato de hospedaje que tiene como deber accesorio el de la guarda y custodia de los bienes del

huésped, queda descartado. También debe rechazarse la existencia de un contrato de depósito mercantil, pues éste requiere de pago del precio, que sólo puede ser obviado cuando medie pacto expreso (artículo 522 del Código de Comercio), situaciones que no ocurrieron en la especie. El depósito civil, que es fundamentalmente gratuito, al igual que el anterior, requiere, además de la natural entrega del bien, del ineludible consentimiento expreso e inequívoco de las partes en dejar un bien bajo la guarda y custodia del depositario; manifestación de voluntad que no puede derivarse (sin mayores elementos) de la conducta unilateral de aparcar el bien en un sitio destinado al efecto. En consecuencia, no es dable afirmar la existencia de una obligación previa -de hospedaje o depósito-, a cargo de la demandada. Sin embargo, es indubitado que el vehículo del actor se encontraba en el hotel, pues este asistió a una actividad que tuvo lugar en ese sitio. Esto implica, que, a pesar de no haberse establecido en forma incontestable la existencia de un contrato o relación jurídica previa entre los litigantes, el actor utilizó los servicios brindados por el hotel, por lo que la responsabilidad contractual está descartada. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su segundo numeral, define al comerciante como aquel que en nombre propio o por cuenta ajena se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, o a prestar servicios, en tanto que consumidor es quien, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o servicios. La sociedad demandada y el actor, en forma respectiva, se hallan dentro del supuesto de hecho previsto en la norma. El cuerpo normativo, además, establece en su artículo 31 que los comerciantes son beneficiarios de las normas establecidas en el Capítulo V. Dentro de ese acápite, el ordinal 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, dispone: "*El productor, el proveedor y el comerciante **deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos...***" La norma en cuestión regula la responsabilidad objetiva del comerciante, cuando el consumidor resulta perjudicado en razón del bien o servicio brindado. En el sub-lite, el actor dejó aparcado su vehículo con el fin de hacer uso de esa facilidad. Es justamente allí donde terceros causan daños al automotor, por los cuales, según la norma de comentario, responde la demandada, pues tuvieron lugar con

ocasión de uno de los servicios ofrecidos a los clientes. Así las cosas, el servicio brindado por el comerciante, su uso y el daño ligado en relación de causa-efecto, son suficientes para acreditar la responsabilidad extracontractual objetiva de la parte demandada, sin que la culpa sea un elemento a considerar según fue expuesto en forma precedente, pues aunque fuera ejecutada con la diligencia debida, no es dable excluir la responsabilidad del comerciante frente al usuario del servicio. Por esta razón, el numeral de comentario no resultó conculcado, y en efecto, fue bien aplicado por los juzgadores.

7.3 N° 223 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José a las nueve horas diez minutos del veintitrés de setiembre de dos mil ocho.-

VI.- La parte actora pretende el pago de daños y perjuicios que le ocasionó la sustracción del vehículo ya indicado, el único daño demostrado y señalado en la demanda es la pérdida del vehículo, no hay ningún otro, pero se omitió recibir prueba sobre su estimación. De conformidad con el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la responsabilidad del comerciante respecto al consumidor, es de tipo objetivo, es decir, el comerciante está obligado a resarcir los daños que sufre el consumidor al disfrutar sus servicios o productos, en este caso, el servicio de "...acondicionamiento físico, como clases de aeróbicos, spinning, clases de natación, uso de piscina, uso de jacuzzi (sic) o baño de vapor y equipo de cardio y equipo de pesas libre y polea..." Lo anterior, con independencia de si hubo o no negligencia de parte del comerciante. Se demostró la sustracción del vehículo, sin saber su autor y con ello, se tiene prueba fehaciente del daño sufrido. Debió demostrar la parte demandada, para ser exonerada, que fue el actor con su actividad quien contribuyó a la causación del daño, que no hizo, conforme lo estatuye el artículo 317 del Código Procesal Civil. Por ello, las excepciones opuestas deben ser rechazadas, se opuso el pago pero no se ha demostrado ninguno de parte de la demandada ... Al demostrarse el vínculo jurídico justificante del deber de resarcir, se debe rechazar la excepción de falta de derecho y falta de legitimación pasiva. La denominada sine actione agit debe rechazarse, porque no hay fundamento probatorio ni jurídico para acogerla. En consecuencia, se condenará a

la demandada ... al pago del valor del vehículo placas ..., que se liquidará en ejecución de sentencia. Asimismo, al pago de los intereses legales, conforme lo regula el artículo 1163 del Código Civil, sobre la suma que se llegue a demostrar, a partir de la firmeza de esta sentencia.

7.4. N° 353 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA .-
San José, a las nueve horas del doce de octubre de dos mil siete.-

VI. Sobre el fondo: La responsabilidad civil puede derivar de distintas circunstancias según nuestro ordenamiento jurídico. Tradicionalmente se distingue entre la que encuentra sustento en relaciones contractuales, de la que por falta de un vínculo previo se denomina extracontractual. La diferencia es importante pues a efectos prácticos la carga de la prueba recae en distintos sujetos dependiendo de si se está ante una u otra circunstancia. El factor esencial que incide en esa diferencia de tratamiento lo encontramos en la culpa, criterio de imputación de carácter subjetivo que obliga a demostrar la negligencia -entiéndase en sentido lato- con que procedió el agente o autor del daño. En algunos supuestos se presume, en otros requiere su comprobación efectiva. No obstante, ello resulta intrascendente cuando la razón o causa de la responsabilidad civil no está en un juicio de reproche, sino en uno objetivo, por ejemplo el riesgo creado. ¿Qué interés puede tener ocuparse de la conducta del agente cuando ésta es irrelevante para determinar la responsabilidad civil?. Ahora bien, es criterio del Tribunal, que nuestra normativa, vista en conjunto, regula si se quiere una especie de sistema de responsabilidad que parte de criterios subjetivos de imputación, de manera que cualquier supuesto no regulado o tipificado, ha de tratarse bajo los parámetros de la responsabilidad subjetiva. Por ello los supuestos de responsabilidad objetiva sólo se dan cuando el Estado los haya reconocido expresamente en su legislación, en este sentido puede hablarse en **algún grado** de tipicidad. El caso que nos ocupa corresponde con uno de ellos según se pasa a explicar en el siguiente considerando.

VII. De la responsabilidad del demandado:

La ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor dice textualmente en su artículo 35: "El

productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño..." Esta norma, de aplicación sólo a relaciones de consumo, resulta procedente en el presente asunto. La empresa demandada califica de comerciante según la definición que la misma ley da sobre el particular. Dice: **Comerciante o proveedor.** " Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal". Se puede apreciar que la empresa demandada no sólo es un proveedor de bienes sino también se servicios, pues no sólo ofrece al consumidor bienes diversos de consumo, sino que lo hace de una manera por demás atractiva para el consumidor. Los ofrece en un mismo espacio, en una área bien dispuesta para ello, donde el potencial adquirente cuenta con condiciones especiales para observar, probar, tantear y algunas veces hasta degustar esos bienes -hechos notorios de conocimiento general-. La idea trae muchas ventajas y ello influye en el consumidor a efectos de visitar el lugar. El estacionamiento es parte de esa forma de mercadear y vender. No es lo mismo llegar a ... en vehículo, donde el usuario lo estaciona muy cerca de donde hace las compras y con condiciones apropiadas para hacer más fácil el acceso al almacén y la carga de los productos adquiridos, que ir al centro de la ciudad, donde se debe dejar el vehículo en la vía pública, probablemente lejos del lugar y en condiciones no sólo de inseguridad, sino también de dificultades de acceso y carga. En conjunto se ofrece un servicio, que se concede para hacer más fácil, segura y placentera la adquisición de bienes, y parte de ese servicio es el estacionamiento. Por otro lado, el actor es destinatario final de los bienes adquiridos en el almacén de la demandada y del servicio referido, en ese tanto es consumidor, convirtiéndose así en la contraparte de la demandada en lo que cabe definir como una relación de consumo. Ahora bien, tal y como se indicó *supra*, la culpa no es trascendental en este caso. En su lugar el ordinal 35 citado utiliza el riesgo como criterio de imputación. El tema aquí no es si el parqueo de la demandada es seguro o no, si tiene o no tiene malla, si

está o no bajo vigilancia, si los vigilantes faltaron a sus deberes. No se está haciendo ningún juicio de reproche contra la demandada directamente, ni indirectamente contra la conducta de sus dependientes o encargados. No se trata de una responsabilidad subjetiva, ni siquiera indirecta. La cuestión aquí es si el robo del vehículo aconteció como consecuencia o en razón del servicio que brinda la demandada. A criterio del Tribunal así fue. El actor estacionó su vehículo e ingresó al almacén de la demandada a hacer sus compras, momento durante el cual le sustrajeron el vehículo. El riesgo o los riesgos implícitos en el servicio que brinda la demandada, son la causa del resarcimiento de los daños cuando el evento acontece. A ello se refiere el numeral 35 cuando la norma dice que el comerciante debe responder "...independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, ... de su utilización y riesgos".

VIII. La culpa aunque sigue jugando un papel importante en la determinación de la responsabilidad, ha dejado de ser el parámetro básico. Nuestra sociedad actual, masificada y por ello despersonalizada e irresponsable, ha venido variando los parámetros de distribución de daños. Entre las razones que mejor justifican el cambio de paradigma están, la dificultad de encontrar reparo por los daños causados en situaciones donde la víctima queda prácticamente imposibilitada de demostrar quién es el causante de la conducta reprochable, e incluso la conducta misma. Sufre el daño, pero carece de los medios para atribuírselo a alguien. Al enfrentar la sociedad ese tipo de situaciones, varía el centro de imputación y deposita la responsabilidad en quien genera el riesgo, con lo que logra satisfacer al menos parcialmente a la víctima -resarcirla-, y redistribuye el costo de los daños de manera más equitativa, incluso diluyendo esos costos. Eso es precisamente lo que justifica no sólo la aplicación del artículo 35 referido a este caso, sino en el fondo, el proceder de este Tribunal para resolver a partir de esa norma.

7.5 Nº 015 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA .- San José, a las nueve horas quince minutos del veintitrés de enero de dos mil siete.-

XIV. El artículo 35 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en lo que

interesa, señala: "El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente 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...". (Lo destacado es suplido). Ya esta misma Sección y Tribunal en sendas resoluciones -372 de 19 de octubre de 2005 y 82 de 28 de junio de 2006- ha mantenido el criterio de que el estacionamiento o parqueo ofrecido a los clientes por los establecimientos comerciales, **es parte del servicio** que se brinda a dichos clientes. En consecuencia si, como ocurrió en este caso, el vehículo del actor estacionado en el ... ubicado en Zapote fue sustraído de ese lugar, la empresa propietaria del citado establecimiento comercial, sea, la sociedad aquí demandada, debe responder por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados al demandante con la pérdida de su automotor. Se trata ni más ni menos que de la responsabilidad objetiva establecida por el citado precepto 35. Un antecedente anterior, citado por las aludidas resoluciones de este Tribunal, fue el voto 460 de 30 de julio de 2003 de la Sala Primera de la Corte, en donde con fundamento en el precepto citado, la Sala dicha acogió la demanda en un caso en que el actor dejó estacionado su vehículo en las afueras de un hotel, concretamente en su área de estacionamiento y ahí le ocasionaron daños. Se consideró que el parqueo es parte del servicio.

XV. No existe entonces, como alega el recurrente, una incorrecta interpretación de la ley por parte del a quo. Por el contrario, precisamente de lo establecido por la norma de comentario, es que se deduce que el estacionamiento que brindan los establecimientos comerciales a sus clientes es parte del servicio y, por ende, si algún daño se produce al vehículo o si es robado -como en los antecedentes mencionados- la empresa propietaria del parqueo debe responder -responsabilidad legal objetiva- por los daños y perjuicios que se ocasionen. De ahí que no se trata -como lo interpreta el apelante- de que se haya tenido como probado que el parqueo es un servicio, cuando en su opinión no lo es básicamente por dos razones, por no ser exclusivo de ... y porque es una obligación impuesta por la Municipalidad de Curridabat. Contrario a lo señalado por el recurrente, no hay duda de que como parte del servicio que se brinda al cliente, en ese tipo de establecimientos comerciales como

lo es... , está la posibilidad de estacionar el vehículo cerca del negocio en donde se va a consumir. Esta facilidad que se da, sin duda alguna, -se reitera-, no es otra cosa que servicio al cliente. Tampoco tiene la entidad que le da el apelante al hecho de que -según él- el estacionamiento no es exclusivo de... , pues dice él que existen otros negocios como ... , etc., pues lo cierto es que en esa zona se da el servicio de parqueo y el actor, según quedó comprobado en autos, se presentó al lugar en calidad de consumidor de ... Ahora bien, de igual modo la demanda pudo haberse dirigido contra los otros establecimientos comerciales que conceden ese servicio de parqueo; sin embargo, el actor lo hizo contra ... pues fue ahí donde compró varios artículos el día de los hechos aquí investigados. En punto a que el parqueo es una obligación impuesta por el Reglamento de Zonificación y Vialidad de Curridabat y, por ende, no tiene carácter de servicio, tampoco le asiste razón al recurrente. Se trata de dos cosas distintas. El que la municipalidad respectiva establezca que para otorgar el permiso de construcción de un centro comercial éste deba contar con parqueo para los clientes, no le resta importancia al hecho cierto de que ese estacionamiento resulte ser parte del servicio para esos clientes. Precisamente esa supuesta obligación refuerza la idea de que a los clientes se les debe dar el servicio de parqueo. Con lo cual toma mayor fuerza la tesis de que, efectivamente, el hecho de poder estacionar el vehículo en el parqueo del negocio -o de los negocios- es parte del servicio que brinda el comercio al consumidor.

XVI. Por otra parte, la cita que se hace de la norma 35 de la ley mencionada en punto al tema de la responsabilidad solidaria, ninguna relación tiene con el punto en debate. Esa solidaridad establecida en el párrafo final del artículo en cuestión no es aplicable al caso bajo examen. Aquí el hecho encuentra su tipicidad en el párrafo primero del precepto aludido, al indicar dicha norma que el comerciante -en este caso ..., S. A.,- debe responder independientemente de la existencia de culpa -responsabilidad objetiva- si el consumidor resulta perjudicado -el actor a quien le fue sustraído su vehículo del estacionamiento-, por razón del bien o el servicio -de parqueo en este caso-.

XVII. Finalmente no tiene importancia el que no se haya probado que la demandada asumiera una obligación de

custodia o depósito del vehículo. Aquí lo que es de entidad es que **como parte del servicio al consumidor** la demandada ofrece la posibilidad de que aquél pueda estacionar su vehículo en el parqueo respectivo.

XVIII. Se demostró en autos que el 8 de octubre de 2004 el actor llegó al negocio denominado..., ubicado en Zapote, en donde dejó su vehículo marca... , placas... , en el estacionamiento de dicho lugar y luego compró varios artículos en dicho negocio por un monto ligeramente superior a los veintidós mil colones. Al salir del local, pasadas las dieciocho horas del citado día y dirigirse al estacionamiento para abordar su automotor, se encontró con que el vehículo no estaba ahí por cuanto había sido sustraído. Sobre este aspecto los testigos ... fueron contestes en punto a que en la fecha indicada se encontraron con el actor en el parqueo de ... de Zapote, cuando éste estacionaba su vehículo en el parqueo de ese lugar y que posteriormente también lo vieron ahí muy angustiado buscando su automotor que no estaba donde lo había dejado estacionado. Dichos testimonios no fueron combatidos en los agravios del apelante.

7.6 N° 082 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA .- San José, a las diez horas del veintiocho de junio de dos mil seis.- (sentencia fue confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.)

XIV. El artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor indica: "El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor". (Lo destacado es suplido). Las demandadas al dar respuesta a este reclamo coincidieron en el sentido de que el estacionamiento es un servicio gratuito que se da a los clientes. Se trata entonces del

supuesto contemplado por la citada norma, en donde claramente se establece que existe responsabilidad objetiva para -entre otros- el comerciante si el consumidor resulta perjudicado por razón -en este caso- del servicio. Aquí el actor hizo uso del servicio de estacionamiento que le brinda la codemandada ... S. A. y al salir del supermercado encontró que su vehículo había sido sustraído, es decir, resultó perjudicado por razón de ese servicio. Es un caso similar al citado por el a quo respecto a unos daños ocasionados a un vehículo estacionado en las afueras de un hotel, concretamente en su área de estacionamiento. En ese asunto la Sala Primera de la Corte en sentencia número 460-F-03 indicó, entre otras cosas, lo siguiente: "... La norma en cuestión -se refiere al aludido artículo 35- regula la responsabilidad objetiva del comerciante, cuando el consumidor resulta perjudicado en razón del bien o servicio brindado. En el sub-lite, el actor dejó aparcado su vehículo con el fin de hacer uso de esa facilidad. Es justamente allí donde terceros causan daños al automotor, por los cuales, según la norma de comentario, responde la demandada, pues tuvieron lugar con ocasión de uno de los servicios ofrecidos a los clientes. Así las cosas, el servicio brindado por el comerciante, su uso y el daño ligado en relación de causa-efecto, son suficientes para acreditar la responsabilidad extracontractual objetiva de la parte demandada, sin que la culpa sea un elemento a considerar según fue expuesto en forma precedente, pues aunque fuera ejecutada con la diligencia debida, no es dable excluir la responsabilidad del comerciante frente al usuario del servicio...". No hay duda que entre ese y este caso existe gran similitud. La juzgadora a quo no acogió la demanda básicamente al considerar que el actor no demostró haber estacionado su vehículo en el estacionamiento del...; sin embargo, en esta instancia se logró evacuar prueba que revierte esa situación. Ahora bien, quien debe responder por el daño sufrido por el demandante es ... S. A. al ser dicha sociedad la que brinda ese servicio. ...

7.7 **Nº 372** **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA** .- San José, a las catorce horas del diecinueve de octubre de dos mil cinco.-

IV.- A fin de dilucidar los cuestionamientos que invoca el apelante respecto a que no existe responsabilidad de la Corporación demandada por la sustracción del vehículo

endilgada en autos, conviene abordar inicialmente el tema de la adaptación de normas que ha operado en nuestro entorno jurídico respecto al campo de la responsabilidad civil en materia del consumidor y el fundamento del fenómeno. La sociedad de consumo que ha venido precediendo aceleradamente desde la segunda mitad del siglo pasado y asentada con absoluta intensidad hoy día, determinó un cambio radical en el mundo, con sus consecuentes ramificaciones sociológicas favorecidas entre otras variables por el cambio industrial y tecnológico provocado por el maquinismo, la producción en masa, las nuevas tecnologías, la avalancha de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por otro lado, la despersonificación de las relaciones económicas y jurídicas del mercado, la publicidad, el "marketing", los nuevos sistemas informatizados de promoción y ventas, llevan a nuevas formas de contacto social y jurídico entre empresarios y consumidores que determina una visión distinta de las políticas económicas tradicionales y los gobiernos comienzan a ejercer un mayor control sobre la economía. El fenómeno descrito ha determinado que el Derecho Clásico se mostrara insuficiente para abordar la problemática que ha originado la sociedad de consumo descrita, evidenciándose en el campo jurídico dos grandes reformulaciones: en el campo del derecho contractual con la aparición de los contratos de adhesión, y desde luego, lo referente al nuevo régimen responsabilidad civil en materia del derecho de consumo en su modalidad objetiva. La finalidad de esas propuestas radica en ayudar a los consumidores a reencontrar el papel que la "Teoría Económica Tradicional" les había venido prestando, pero el medio socioeconómico de la sociedad moderna les ha hecho perder terreno, al aparecer el consumidor como la parte más débil de la relaciones económicos con los empresarios. Precisamente ambas reformulaciones -contratos de adhesión y responsabilidad objetiva-, se encuentran recogidas en nuestro ordenamiento jurídico con la promulgación a mediados de la anterior década de la Ley Número 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y particularmente lo relativo a la responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo prevista en el artículo 35 del citado cuerpo legal.

V.- En el caso bajo examen, el juez de instancia aplicó la aludida normativa al estimar la concurrencia de una responsabilidad civil objetiva en relación a la parte demandada como consecuencia de la sustracción del vehículo

del actor que se encontraba dentro del parqueo propiedad de la Corporación accionada. Las objeciones planteadas contra la anterior tesis, las refuta el apelante tanto en la contestación de la demanda como en esta instancia en sus agravios, en el hecho de que la utilización del parqueo es de índole gratuito y corresponde a una especie de cortesía, y que además corresponde a un servicio independiente de la venta de abarrotes que se ofrece en el supermercado. La argumentación esbozada por la parte demandada no resulta de recibo, al contravenir los preceptos legales y jurisprudenciales trazados al respecto. Precisamente los artículos 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y el ordinal 42 del Reglamento del aludido cuerpo legal establecen un régimen objetivo de responsabilidad contractual y extracontractual en casos de relaciones de consumo las cuales corresponden a un régimen especial y sui generis. Lo relativo a que el servicio de parqueo sea de naturaleza gratuita, no excluye el ámbito de aplicación de la normativa aludida por cuanto forma parte unitaria de la estructura económica y logística del establecimiento comercial de supermercado en que ocurrió la sustracción del vehículo. Particularmente el citado artículo 42 en lo que interesa dispone: "*(sic)...Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a la Ley en perjuicio del consumidor.*" . En consonancia con lo anterior, en un caso similar al que nos ocupa referido a daños sufridos por un vehículo que permanecía en un parqueo privado y **gratuito** de un hotel capitalino que cita el juzgador de instancia la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 460 de las 10:45 horas del 30 de julio del 2003, dispuso: "*En el sub-lite, el actor dejó aparcado su vehículo con el fin de hacer uso de esa facilidad. Es justamente allí donde terceros causan daños al automotor, por los cuales, según la norma de comentario, responde la demandada, pues tuvieron lugar con ocasión de uno de los servicios a los clientes.*" Por ende, queda claro que el parqueo ofrecido a los clientes por los establecimientos o centros de comercio, aún y cuando sean de índole gratuito, son considerados como parte del servicio que prestan en su actividad empresarial y responden por los daños y perjuicios que pudieran ocurrir durante la estancia de los vehículos aparcados, bajo el

alero de una responsabilidad civil objetiva por tratarse de una normativa especial referida a los derechos del consumidor.

VI.- Adicionalmente a lo antes debatido, el apoderado de la sociedad demandada cuestiona lo resuelto por el juez de instancia alegando que el actor reconoció expresamente que aún y cuando ingresó al supermercado, no adquirió ningún artículo. Considera el impugnante que el a quo no le dio importancia a tal evento, cuando sí la tiene, al estimar que como comerciante, la demandada nada le vendió al actor, y por ende, ningún beneficio le trajo la visita del actor, con lo cual considera que por ello resulta incongruente el fallo combatido. El cuestionamiento que antecede en modo alguno releva de responsabilidad a la demandada por la sustracción del vehículo del actor como acertadamente lo determinó el juez de instancia. Ello en virtud a que el término "consumidor" referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al Supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador, derivado de que cada vez se ha venido presentado un planteamiento expansivo respecto al círculo de personas que se consideran necesitadas de una especial protección en materia de consumo. El Derecho moderno propone una noción de consumidor que no se agota en un "contrato de consumo" porque sería demasiado restringido reservar la cualidad de consumidor solamente a la persona que compra, o más generalmente a la que contrata. En la actualidad, dentro de la noción de consumidor se visualiza su posición más aperturista en que se le considere como **cliente**, incluye a cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situado en la posición de demanda de un vínculo convencional con el titular de la oferta, sin que se encuentre supeditado a la compra efectiva de bienes o servicios. Precisamente en doctrina se distingue lo relativo a la figura del consumidor como contratante y como cliente. En el primer supuesto, se denomina "**consumidor jurídico**" aquellos que adquieren un bien o servicio mediante una relación jurídica, y en la segunda propuesta, corresponde al "**consumidor material**" que sin haber contratado la cosa o el servicio puede utilizarlo o potencialmente adquirirlos. Precisamente corresponde al segundo supuesto -consumidor material- el que ha venido presentando una mayor aceptación como centro de protección jurídica. Esta orientación se ha visto sobre todo recogida en el ámbito de la seguridad de los consumidores, independientemente de que se tenga o no la condición de

consumidores en sentido estricto. Particularmente en el caso que nos ocupa las necesidades específicas de protección del actor..., como usuario de un parqueo que forma parte de un Supermercado, lo hizo en condición de cliente y potencial adquirente de bienes ofrecidos por el establecimiento comercial, de ahí que por razones de justicia y equidad, no podría estar supeditada la responsabilidad por daños por la sustracción del vehículo, a la consecuente adquisición de un producto dentro del establecimiento, como erróneamente lo alega el recurrente.

8. Responsabilidad objetiva. Defecto del servicio. Actividad turística.

8.1 N° 399 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION EXTRAORDINARIA .- San José, a las diez horas cuarenta minutos del quince de diciembre de dos mil seis.-

IV.- Sin dubitación alguna, el Tribunal considera que a la resolución recurrida debe impartírsele confirmatoria.- Cuando la demandada fundamenta parte de la recurrencia en el sentido que **"l a responsabilidad se vuelca en el cliente quien es el que acepta el riesgo de la actividad"**, emite un juicio de valor contrario a los principios rectores de la Teoría de la Responsabilidad Objetiva.- En este supuesto no es necesario demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso (... S.A).- Tribunal Segundo Civil Sección Primera, al respecto ha establecido: "En la responsabilidad objetiva, la fuente de la obligación de resarcir no es la culpa o dolo de quien causó el daño, sino más bien el uso lícito de las cosas o el ejercicio de una actividad que por sus particularidades implica de por sí un riesgo.- En este tipo de responsabilidad, una vez establecido el comportamiento dañoso, la ley admite como únicas cargas eximentes la misma fuerza mayor o el propio hecho de la víctima. Además, la carga de la prueba se invierte y corresponde al demandado probar de manera indubitable la existencia de la causa eximente de responsabilidad alegada.- En este caso resulta irrelevante precisar si medio culpa o dolo en la comisión del hecho dañoso. Más bien correspondía a los demandados probar que la causa determinante del hecho, fue la imprudencia del ahora occiso al cruzar frente a un vehículo de ese tipo sin cerciorarse de que la luz del semáforo podía cambiar rápidamente. Es decir , que los demandados debían demostrar

que el señor ... con su imprudencia contribuyó a la producción del fatal accidente. Sin embargo analizados los autos, se advierte que dicha parte no procuró la recepción de la prueba testimonial admitida y se declaró inevaluable". (voto N 32 de las 9:15 horas del 14 de febrero del año 2003).- Ahora bien, resulta un hecho no controvertido en este proceso que la demandada se dedica a la explotación de una actividad mercantil, concretamente a una empresa que lucra con el negocio de "organización, promoción y realización de grupos para excursión, comercio en general", entre otros, así se desprende de la certificación visible a folio 3 y del documento visible a folio 10 y de las propias manifestaciones de la demandada en los diferentes escritos presentados al proceso.- Situación que la constriñe a los alcances del artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor en lo atinente al régimen de responsabilidad de este tipo de servicios, en cuanto prevé que el productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrentemente e independientemente de la existencia de la culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.- Aclarando que sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.- Situación que como se ha venido desarrollando no ha acreditado la demandada como es su obligación conforme a la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil extracontractual.- En consecuencia de lo anterior, la empresa demandada resulta responsable objetivamente de los daños que se causen con independencia del dolo o la culpa del guía que conduzca la balsa en la que se ocasione un accidente.- Para fundamentar este aserto resulta conveniente citar parte del voto N 148 de las 14:05 horas del 21 de mayo del año 2004 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda que aunque no refiere a una especie fáctica idéntica a la examinada, en lo fundamental puede aplicarse al caso concreto, así: "No hay duda que es una empresa que explota, que lucra, con el alquiler de vehículos. Este es su negocio. Por consiguiente, si como consecuencia de un accidente de tránsito en que ha participado uno de los vehículos por ella rentados, muere o resulta lesionada una persona como sucedió en este caso la sociedad mencionada resulta obligada a reparar los daños y perjuicios que de este accidente se deriven...En este asunto la empresa que lucra con el negocio de alquiler de autos o "empresa explotadora" como la llama el Código Civil es la obligada al resarcimiento, independientemente de si el conductor del

vehículo incurrió o no en culpa. No interesa aquí el tema de la responsabilidad subjetiva. Es más bien la demandada quien debió probar que el accidente se produjo por fuerza mayor o por la propia falta de la persona lesionada, en este caso la actora".- Y en el presente asunto no se hizo llegar a los autos ni un solo elemento probatorio por parte de la sociedad accionada para acreditar que la fuerza mayor o el propio hecho de la víctima, fueron las causas del accidente, el único elemento probatorio que proporcionaron fue la deposición del testigo..., que más bien reafirma que el actor en todo momento acató las directrices dadas en la charla preliminar a la navegación y no facilitó con su actuar que se diera el vuelco de la balsa ni que se le ocasionara la lesión en el dedo.- En efecto, de modo literal declaró: "Si cayeran fuera del bote, lo primero que van a tratar de hacer, es agarrar la cuerda que está alrededor del mismo, en el perímetro exterior, de esta forma se mantienen agarrados a la balsa.-" (folio 20).- Y eso fue lo que hizo el actor, siendo precisamente con esa maniobra que se fracturó el dedo.- La propia demandada lo reconoce cuando afirma de modo espontáneo a folio 34: "Que dicho señor se cayó de la balsa y que fue la acción de éste al sujetarse de la cuerda de dónde se produjo la lesión".- La prueba para mejor proveer ofrecida en primera instancia no requiere un pronunciamiento especial para su no admisión por lo que el agravio en ese particular no es de recibo.-

V.- Teniendo por sentado lo anterior procede analizar el agravio de la recurrente en cuanto a que la lesión del dedo del actor no sanó correctamente y dejó secuelas, por la propia inercia de éste al no acudir a una cirugía puntual, y además por no acatar el tratamiento médico y las pautas del galeno.- Sobre este particular debe resaltarse que hay un reconocimiento evidente de la lesión que no sanó y dejó secuelas, afirmación que la demandada enuncia en sendas ocasiones.- (confesión espontánea de la demandada a folio 33 (pretensión) y a folio 169 (en escrito de apelación).- Y por otro lado no se aportó prueba alguna que sea capaz de ratificar que fue por el propio hecho del actor que se generó la lesión.- Por lo que es evidente, a diferencia de lo que el impugnante acusa, que sí existe un nexo de causalidad directo entre el hecho generador del daño y la actividad de la demandada.- Siendo así y al no quedar duda de que el dedo del actor fue lesionado a raíz del vuelco de la balsa en la travesía contratada a la demandada y que amerita ser tratado por

las secuelas que padece, la condena en daños y perjuicios que efectúa el a quo está ajustada a derecho.- Si bien es cierto durante el proceso no fue posible determinar su magnitud, será en la fase de ejecución de fallo, que se tasará la trascendencia del daño.-

9. Responsabilidad objetiva. Defecto del producto. Botella que explota.

9.1 RES: 000646-F-2001 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del año dos mil uno.

V.- Habiéndose probado plenamente, y no estando ya en discusión que el actor resultó lesionado de un ojo al estallar una botella de vidrio que contenía el producto elaborado por la demandada, la cuestión de fondo verdaderamente controvertida ante esta Sala consiste en determinar si la pretensión de resarcimiento exige que el actor pruebe la culpa o negligencia de la demandada, tal y como parecen afirmar los recurrentes, o, por el contrario, es la demandada quien, para exonerarse de responsabilidad, debe probar que la explosión se debió a culpa del propio lesionado o fuerza mayor, tal y como fue resuelto por los juzgadores de instancia.

VI.- Para resolver dicha cuestión interesa hacer algunas consideraciones en torno a los derechos y defensa de los consumidores y usuarios. El descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los medios de comunicación, la ampliación y liberación de mercados, la aparición de nuevos métodos de ventas, la contratación masiva, las nuevas modalidades de contratación, entre otros factores, han provocado cambios sustanciales en el mercado. Los mercados locales de escasas dimensiones han desaparecido para dar cabida a un mercado de masas, en donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano, mediante diversificación de productos y manipulación de la información, al consumo en una forma indiscriminada e irracional, situación que produce verdaderas situaciones de superioridad de aquéllos frente a éstos, que conducen a un abuso en su situación para el logro de sus fines. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: "II...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena

formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia..." (Voto N°1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:45 hrs. del 2 de junio de 1992). Ante esta situación de desequilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales resultan poco satisfactorios para proteger los intereses de los consumidores, por lo que el legislador, para evitar o al menos paliar en la medida de lo posible esa situación desventajosa del ciudadano-consumidor, ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa tratando de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores, supliendo así, en cierto modo, determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía. En ese orden de ideas, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996 se reformó el artículo 46 de la Constitución Política, introduciéndose en él un nuevo derecho económico justo al lado de la libertad de empresa y como delimitador de ésta: la protección del consumidor. Reza este artículo en su párrafo quinto:

"Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información

adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias". Como desarrollo de este nuevo derecho económico y en cumplimiento de éste mandato constitucional, tenemos la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, que contiene una serie de derechos sustanciales y procesales a favor de los consumidores y usuarios. Señala el artículo 29 de dicha normativa:

"Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

- a)- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.
- b)- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.
- c)- El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, como especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.
- d)- La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.
- e)- La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.
- f)- Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.
- g)- Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

En esta enumeración las cinco últimas categorías de derechos son instrumentales, destinadas a conseguir la efectividad de los derechos enunciados en las dos primeras, que son las verdaderamente fundamentales. Entre estos derechos, y en lo que importa para resolver el presente asunto, interesa destacar los derechos de los consumidores o usuarios a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y medio ambiente, y a la reparación del daño producidos por la lesión de estos bienes jurídicos (incisos a y f). Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con el claro interés de evitar que por dificultades probatorias prácticamente insalvables puedan quedar desamparadas las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio, actividades per se generadoras de riesgos para la integridad física o el patrimonio ajenos:

*"El productor, el proveedor y el comerciante **deben responder concurrente 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 demuestra que ha sido ajeno al daño.** Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, lo encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (Artículo 32, Ley N° 7472 citada. La negrita no es del original).*

VII.- La responsabilidad objetiva, ha dicho esta Sala: "Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás,

debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. Esta teoría es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini, "... estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo... ella, agrega, "... prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales..." (Alterini, Atilio. Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, III Edic., Buenos Aires, 1987, pág 106). Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc., del agente. Por eso para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto" (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 61, de las 14:50 horas del 19 de junio de 1997. Sobre este tipo de responsabilidad pueden consultarse las sentencias de la antigua Sala de Casación número 97 de las 16 horas del 20 de agosto de 1976; y de la Sala, entre otras, las números 26 de las 15:10 horas del 10 de mayo de 1989; 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990; 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990; 138 de las 15:05 horas del 23 de agosto de 1991; 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992; 112 de las 15:30 horas del 11 de octubre de 1995; 113 de las 16 horas del 11 de octubre de 1995; 26 de las 14 horas del 28 de febrero de 1996 y 38 de las 15 horas del 19 de abril de 1996). En la responsabilidad objetiva o por riesgo creado "...se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad..." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado. Tres son los elementos que conforman de éste tipo

de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Resumiendo "...en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causa entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente y el daño ocasionado" (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990). Desde el punto de vista práctico -dice el jurista costarricense Victor Pérez Vargas- "...la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la (sic) de la prueba, en el sentido de que ésta queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa..." (Pérez Vargas, Victor, Derecho Privado, I Edición, Editorial Publitex, San José, Costa Rica, 1988, pag. 417). Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima (doctrina que informa los numerales 32 párrafo segundo de la Ley No.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil).

VIII.- En la especie se han demostrado plenamente, como ya se dijo, los caracteres necesarios para achacar responsabilidad, es decir, se utilizó un bien creador de peligro o riesgo producido por la demandada; se generó un daño que se determina con las lesiones que sufrió el actor; y la relación de causa efecto entre el hecho y el daño, porque en definitiva, como quedó demostrado en autos, aquellas lesiones fueron producto del estallido de la botella. Superado esto, de lo antes indicado se desprende que, en el caso aquí examinado, no era el actor quien debía probar la culpa o negligencia de la demandada en la producción del daño, aspecto que en todo caso carece de interés, según lo dicho, sino ésta quien debía demostrar que el daño fue causado por fuerza mayor o por la propia falta del lesionado. Y como lo cierto es que la demandada ni siquiera intentó levantar esa carga probatoria, resulta indiscutible su obligación de indemnizar al actor por el daño irrogado.

10. Responsabilidad objetiva. Aplicación de la Ley 7472.

10.1 Res: 2006-00759 **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas del dieciocho de agosto de dos mil seis.

III. ... El hecho de que ... vendiera, como un acto propio de su actividad comercial, el vehículo aludido en las condiciones dichas al afectado, es un hecho generador de responsabilidad civil porque le ha causado un daño. Además, aún cuando el cuerpo sentenciador no explica claramente por qué ese hecho se enmarca dentro de los supuestos previstos en el artículo 1045 del Código Civil, lo cierto es que, según lo que se describe en el fallo de mérito, ... debe responder en su calidad de comerciante, conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, pues ha perjudicado al comprador del bien (...) al venderle un bien que no es objeto de comercialización por ser ilícito y que el afectado ha perdido en manos del Estado por haberse dispuesto el comiso del mismo.
