



Informe de Investigación

Título: Onus probandi del acto administrativo

Subtítulo: La carga de la prueba

| | |
|--|--|
| Rama del Derecho: Derecho administrativo | Descriptor: Acto administrativo |
| Tipo de investigación: Simple | Palabras clave: acto administrativo, carga de la prueba, onus probandi |
| Fuentes: Jurisprudencia | Fecha de elaboración: 07-2009 |

Índice de contenido de la Investigación

| | |
|------------------------------|----------|
| 1 Resumen..... | 1 |
| 2 Jurisprudencia..... | 1 |
| Res: 000735-F-2007 | 1 |
| Res: 12 -1994..... | 5 |
| Res: 000300-F-S1-2009 | 6 |
| Res: 54 -1996..... | 14 |
| Res: 361-2000 | 17 |
| Res: 2008-000351 | 17 |

1 Resumen

En el presente informe se encuentra en términos jurisprudenciales desarrollada la carga de la prueba del acto administrativo (onus probandi).

2 Jurisprudencia

Res: 000735-F-2007 ¹

Nulidad e ineficacia del acto administrativo: concepto y alcances. Carga de la prueba recae en quien pretenda su declaratoria en vía jurisdiccional. Análisis en caso de impugnación jurisdiccional del acto administrativo

Texto del extracto

“ VI .- En aras de una adecuada técnica, se impone resolver primero los cargos en cuanto a la

supuesta violación indirecta de ley. En este particular, el recurrente acusa al Tribunal, de no analizar el expediente administrativo, apartarse de las reglas del correcto entendimiento humano y dejar de lado un cúmulo probatorio de capital importancia. El fondo del asunto es estrictamente laboral, asegura, por lo que se debe aplicar el principio “indubio pro operario” y la carga de la prueba le compete al patrono, a quien le corresponde demostrar que sus acuerdos se adoptaron apegados al Ordenamiento Jurídico. No obstante lo anterior, afirma, aportó suficiente probanza en el sentido de que el acto de despido padece de nulidad absoluta. Cita conculcados los numerales 5, 268, 317, 369 y 370 del Código Procesal Civil, 36 y 40 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como puede observarse, a pesar de indicar algunas normas supuestamente quebrantadas, no precisó la prueba mal valorada, pues se limitó a hacer referencia al expediente administrativo, además de que no citó los cánones sustantivos que se habrían infringido con ese proceder. Tampoco indicó cuál es la prueba que aportó a los autos que evidencian la invalidez de la resolución que lo separó de su cargo. Estas desatenciones evidencian la informalidad del agravio, e imponen sin más, su rechazo. Además de lo expuesto, es dable indicar que, los hechos que tuvo por demostrado el Juzgado, ratificados en su totalidad por el Tribunal, se obtuvieron del expediente administrativo. Tampoco se observa que se hubiera dejado de lado alguna prueba de vital importancia, que conduzca a variar la forma en que se resolvió el asunto. Por otra parte, si bien es cierto que la relación entre las partes de este proceso, es eminentemente de empleo público, y por ende, tienen vigencia, con mayor o menor incidencia, algunos principios del derecho laboral, predominan los del derecho público y administrativo. Así, por ejemplo, el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia, derivados del artículo 39 constitucional, resultan de plena aplicación a todo procedimiento administrativo sancionador, en consecuencia, ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable, mientras no haya en su contra una resolución firme que lo hubiese establecido y demostrado. Por otra parte, el órgano que lo instruye, y por ende, quien recibe la prueba ofrecida por las partes y ordena aquella que estime necesaria, debe comprobar de forma completa y fehaciente los hechos relevantes que constituyen parte del motivo del acto administrativo final. No se puede atener a simples alegatos o argumentaciones de las partes. En este sentido, el numeral 214, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública, establece: “ Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al caso final. ” Sumado a ello, como principio general, todo acto administrativo se presume válido o legítimo, constituyendo esta presunción un privilegio sustancial de las administraciones públicas, y determina que la anulabilidad (nulidad relativa) sea la regla, entendiéndose que el propósito es velar por su conservación, a fin de darle continuidad, regularidad, eficacia y eficiencia a la función administrativa. Ese umbral se desprende del artículo 176 ibídem, que establece esa presunción, única y exclusivamente, para el acto relativamente nulo, excluyendo los que padecen de nulidad absoluta. Por tal motivo, admite que se anule, puesto que ese mismo canon señala que se presume legítimo “ ... mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional...” Sin embargo, a lo expuesto, es dable agregar que, cuando se está en presencia de una nulidad absoluta -falta uno de los elementos constitutivos del acto o existe un defecto en uno que impide la realización del fin-, se producen efectos sustanciales y formales. Los primeros redundan en que, el acto que no se presume legítimo, en tesis de principio, no produce efectos jurídicos, no puede ejecutarse y tampoco se puede convalidar o sanear. Los segundos, consisten en que, la declaratoria de nulidad absoluta es obligatoria para la Administración Pública a instancia de parte o de oficio (artículo 162 y 174, párrafo 1°, ibídem), tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional (preceptos 174 citado y 24 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Tiene efectos declarativos, esto es, que se retrotraen al momento del dictado del acto administrativo anulado, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (numeral 171 ibídem). En esta tesitura, no le corresponde al INCOP, en esta sede, demostrar la validez del acuerdo de despido, ya que por el contrario, la carga de la prueba recae en quien pretende su nulidad (artículo 317 del Código Procesal Civil), lo cual no se acreditó en los autos. Es menester indicar que, si la Administración tuvo por demostrados los hechos en el procedimiento



administrativo, tenía la ineludible tarea de imponer una sanción al infractor. Por lo que si el recurrente la combate, debió desacreditarlos, situación que en el caso concreto, se insiste, no hizo. (...). VII.- "(...) No obstante lo anterior, estima esta Sala hacer las siguientes consideraciones. Con respecto a los hechos que alega que no fueron incorporados en la sentencia, se remite a lo expuesto en el considerando anterior, en vista de que ya se hizo mención sobre el particular. Además, al contrario de lo alegado por el casacionista, los extremos tenidos por demostrados, ratifican la falta incurrida por el señor Medina Martínez mientras ejercía el cargo de Subgerente en el INCOP, y como consecuencia, justificó su despido. Por otra parte, con meridiana claridad se infiere que el procedimiento seguido en su contra fue desde el punto de vista disciplinario, y no, por haber incurrido en responsabilidad civil, por lo cual, resultaba innecesario cuantificar de forma detallada una suma por ese concepto en perjuicio de la Institución. Estaba de más señalar en el acto de apertura un monto líquido por la eventual lesión económica. En este sentido, debe agregarse que, un mismo hecho puede dar cabida al inicio de un procedimiento para sentar responsabilidades de índole disciplinaria o civil por separado. De tal forma que, según lo planteado en el recurso, no se observan elementos que informen que el acto de despido padezca de nulidad, y como ya se ha dicho, por el contrario, existe suficiente prueba y fundamento que motivaron esa decisión. Por último, en cuanto al órgano que acordó la contratación sujeta a investigación, valga indicar que, independientemente de quien tomara esa decisión, ese hecho como tal, no exime de responsabilidad a los funcionarios que hubieran participado a nivel interno, como lo es el caso del Subgerente, quien tuvo contacto directo con los Directores de la Junta Directiva sobre el tema en particular. De todos modos, cuando se inició el procedimiento administrativo no fueron intimados los cargos en función de haber sido el responsable de tomar la decisión de contratar, sino las deficiencias e irregularidades descritas en las conclusiones del Auditor General del INCOP, según informe no. AG-626-98 del 7 de diciembre de 1998 (folios 313-346 del Tomo II del expediente administrativo), a saber: 1) " ...la contratación del remolcador no se realizó con base en una adecuada planificación y por ende de control, lo cual es fundamental en todo acto administrativo para minimizar riesgos y aprovechar las oportunidades en aras del beneficio de la Institución. Esto lo corrobora el hecho de que no obstante se conocía inicialmente que hasta diciembre la Institución podría contar con un remolcador nuevo, no se previó el mejor método de contratación (Licitación Pública), para adquirir los servicios de un remolcador en un lapso mayor y abaratar costos por este concepto, pues lo erogado a la fecha sin incluir la segunda autorización se aproxima a ₡100.000.000.00, producto de periodos cortos y se observa que se incluyó una suma bastante significativa por movilización del remolcador (Puntarenas a Caldera), la cual asciende a \$15.000.00 (₡3.800.550.00), como si viniera del exterior. " 2) " Que al arrendarse un remolcador que no reúne condiciones apropiadas, según los Prácticos Oficiales, repercute en servicios de mala calidad que no satisface adecuadamente las necesidades de la Institución , ni de sus usuarios, pues según los testimonios rendidos por los prácticos oficiales, quienes al no contar con otra alternativa aceptan el remolcador contratado, e indican que éste no reúne ni la mitad de la potencia del remolcador (Don Beto) propiedad del Incop, el cual por motivo de esta situación es el que aporta la mayor fuerza en las maniobras de atraque y desatraque lo que le ocasiona mayor desgaste y deterioro. Incluso al remolcador arrendado se le ha tenido que asistir en ciertos barcos (graneleros) con una lancha de la Institución. " 3) " Que en términos generales la ausencia de planificación y control interno facilitó el desorden en los actos administrativos, para realizar estas contrataciones, iniciados con la presentación de un documento informal como cartel ante la Junta Directiva , cuyos rangos técnicos se disminuyeron sin ningún estudio, amén de los errores subsecuentes comentados en la Sección de Comentarios, producto de la ineficiencia del manejo de este asunto, en los que a raíz de esta situación no mediaron objetivos claros en cuanto a obtener servicios de buena calidad y medición de precios, lo que eventualmente perjudica económicamente a la Institución. " Todos ellos debidamente incorporados en el acto de apertura del procedimiento administrativo (folios 1-29 del Tomo I del expediente administrativo). Circunstancia que en sí misma, y al margen de que la Junta Directiva fuera quién autorizara la contratación, aspecto ajeno al debate, queda claro que el órgano



director, hizo una debida imputación de los cargos, tal y como lo estimó el Tribunal. VIII.-(...) Por otra parte, tal y como se indicó en el considerando VII de esta resolución, la transgresión de un deber no tiene siempre efectos unívocos, en razón de que puede consistir en el incumplimiento de una norma meramente disciplinaria, sin otras consecuencias, o puede configurar un ilícito penal, o bien, implicar el resarcimiento patrimonial del daño causado. Esta multiplicidad de efectos determina las diferentes clases de responsabilidad del funcionario, la disciplinaria, la penal, la civil o patrimonial por lo que para cada una debe seguirse el procedimiento respectivo y fiel observancia de los requisitos indispensables en cada una de sus etapas. Precisamente, en el de carácter patrimonial, surge como presupuesto esencial que en el acto de apertura se indique la suma líquida que se pretende cobrar o recuperar, entre otras exigencias, elemento que en las demás causas procesales, no es imprescindible. También cuestiona la parte actora el hecho de que en el fallo impugnado no se diera validez a las declaraciones de los Directores de la Junta Directiva del INCOP que constan en el expediente administrativo y que a su juicio, constituyen prueba plena. Comparte la Sala el criterio del Tribunal en el sentido de que: “...aquellas declaraciones u opiniones vertidas sin juramento y sin seguir las reglas del contradictorio, como manifestación del debido proceso, no pueden tener valor de prueba testimonial.” Efectivamente, la transcripción de lo sucedido en esas sesiones, es una simple recopilación de lo manifestado por los integrantes de ese órgano colegiado, pero de ningún modo, puede catalogarse como prueba, en vista de que para ello se requiere, sea en sede administrativa o judicial, cumplir con las formalidades previas a la recepción de una declaración. No pasa en realidad de ser un intercambio de opiniones, propio de una deliberación que conduce a la decisión que en definitiva se adopte. De tal forma que, no obstante el Tribunal utilizara la cita del artículo 82, inciso 5° del Código Procesal Contencioso Administrativo, aún no vigente, lo cierto es que las opiniones brindadas por los Directores no constituyen prueba; independientemente del juramento constitucional otorgado cuando asumieron el cargo, el cual, está referido al respeto al Ordenamiento Jurídico en las actuaciones y funciones en su ejercicio. Aunado a lo anterior, si bien el artículo 369 del Código Procesal Civil, le otorga el carácter de público a los documentos que expidan los funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones, ello no implica que automáticamente su contenido tenga ese valor, como parece entender el recurrente. Por último, debe considerarse lo dispuesto en el numeral 370 ibidem, que establece: “Valor probatorio. Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones.” En el caso bajo examen, el contenido de las actas que se pretende, sean incorporadas como hechos probados, consisten, se reitera, en discusiones, opiniones o comentarios realizados en las sesiones que participaron los señores Directores, específicamente sobre el tema de interés. No se trata por ende, de la existencia material de los hechos que esos funcionarios hubieran afirmado o de la veracidad de sus acotaciones, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones. No constituye prueba idónea para demostrar fehacientemente los extremos pretendidos. Finalmente, en cuanto a las denuncias formuladas en contra del señor Medina Martínez, que fueron desestimadas por los Tribunales de Justicia, y por ello, alega su inocencia en sede administrativa, procede precisar lo siguiente. En el ejercicio de la potestad sancionadora que ostenta el Estado, pueden surgir los diferentes tipos de responsabilidades antes mencionadas, que no son excluyentes entre sí, por lo que un mismo hecho violatorio de un deber jurídico del servidor puede generarle, tres clases diferentes de sanciones. En el caso concreto, el principio de “non bis in idem” es inaplicable, por cuanto se trata de géneros distintos de responsabilidad, cada uno con su dominio propio; las tres tienen una finalidad específica, por lo que el clásico principio sería violado únicamente en el supuesto de tratarse de responsabilidades y sanciones de la misma especie. Debe agregarse que, el hecho de que haya sido desestimada una denuncia en la sede penal, no implica que no haya incurrido en falta laboral, o que deba aplicarse aquí, necesariamente, el principio del in dubio pro operario. Las vías para encausar la responsabilidad penal y disciplinaria son independientes una de

la otra; por cuanto, en aquella, lo que pretende determinarse es si se incurrió en alguna conducta delictiva; es decir, tipificada, antijurídica y culpable. En esta otra, debe establecerse si el comportamiento puede enmarcarse como una falta a sus deberes como funcionario. Para concluir, en vista de que los demás cargos formulados ya fueron resueltos en apartados anteriores, dado la mezcla de argumentos que contiene el recurso, sin más, lo procedente es también rechazarlos por los motivos ya expuestos.”

Res: 12 -1994²

Nulidad e ineficacia del acto administrativo: Violación al debido proceso en cuanto a carga de la prueba

Texto del extracto

"I.- El actor solicita la nulidad del acto administrativo mediante el cual se le calificó su prestación de servicios con un "Bueno" y pide que sea sustituido por un "Excelente". Aduce que no se le dio la audiencia respectiva al manifestar su oposición a ese acto. Reclama indemnización de los daños ocasionados y el daño moral. El Estado se opone a la acción, indicando que se siguieron los procedimientos correspondiente, incluyendo la audiencia. Las sentencias de primera instancia y segunda instancia rechazan la demanda y conoce esta Sala del recurso planteado por [el actor]. En él se aduce la violación al debido proceso, errónea aplicación de los principios de la carga de la prueba por obligarlo a probar un hecho negativo. Indica también que el artículo 88 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil faculta, pero no ordena, la presentación del reclamo ante el Tribunal de Servicio Civil. Manifiesta oposición a la condenatoria en costas. Acusa violación de los numerales 27, 33, 39, 41 y 74 de la Constitución Política, 317 del Código Procesal Civil, 157 del Estatuto de Servicio Civil y 487 del Código de Trabajo [...]. Al contestar la demanda, el Estado manifestó: "Se alega por parte del reclamante, que no se le concedió el derecho de manifestar sus objeciones a la calificación que le fue acordada. Oportunamente con la prueba que se dirá, demostraremos que los superiores jerárquicos del actor sí cumplieron con dicho trámite, todo conforme a las instrucciones contenidas en el Manual de Evaluación y Calificación de Servicios a que se refiere el numeral 42 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.". Sin embargo, en toda la prueba documental y testimonial aportada al juicio, no consta que esa entrevista se haya llevado a cabo. El único documento que se refiere de manera más cercana a ese hecho, es el expediente administrativo que dice textualmente: "Presente en éste Despacho el señor [...] Director Administrativo de la Dirección General de Aduanas, debidamente informado sobre los hechos que se le atribuyen MANIFIESTA: Que el señor [actor] al no estar de acuerdo con la calificación que le hice, con fundamento en lo dispuesto en el Manual de Evaluación y Calificación de Servicios del Servicio Civil, le convoqué a entrevista y desicí (sic) mantener su calificación de BUENO. Quisiera poner énfasis en el hecho de que yo lo convoqué a entrevista por medio de mi secretaria." Pero es una simple manifestación personal del señor [...], superior del actor, presentada ante el Departamento de Personal del Ministerio de Hacienda, según se desprende del sello. De ninguna manera puede tenerse por probado con esa probanza, que la audiencia se llevó a cabo, porque no evidencia que se le haya comunicado al actor la hora y fecha de su celebración, como sí se hizo para la discusión del período 90-91 y se observa en el documento [...] de ese mismo expediente. Por otro lado, la prueba testimonial ofrecida por el Estado, no fue evacuada de manera que tampoco por este medio se probó la convocatoria a la reunión. Lleva razón el recurrente al manifestar que los juzgadores de instancia se equivocan al obligarlo a probar un hecho negativo. El artículo 317 del Código Procesal

Civil dice: "La carga de la prueba incumbe: 1.- A quien formule la pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. 2.- A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho de actor". El numeral transcrito impone el deber probatorio a quien afirma un hecho, o a quien se excepciona. En el caso concreto, [el actor] dijo que no se le había dado la audiencia para manifestar su desacuerdo con la calificación, y el Estado lo negó, aduciendo que lo probaría en su oportunidad. De conformidad con los principios expuestos de la carga de la prueba, el deber recaía sobre el demandado y no sobre el reclamante por lo que al haberlo incumplido, las consecuencias deben recaer sobre él. El artículo 157 del Estatuto de Servicio Civil dispone: "Enterado el servidor de su evaluación y calificación de servicios por el jefe inmediato, si hubiere disconformidad, podrá dejar constancia de ello en el acto de firmar el documento, o manifestarlo por escrito, en el término del día hábil siguiente. En tal caso, el Jefe concederá entrevista al servidor dentro del tercer día; con base en ésta, hará la ratificación o enmienda que estimare procedente, y la consignará en el mismo documento. El superior del jefe inmediato, confirmará la calificación o hará las modificaciones que estime pertinentes, dentro del término indicado en el artículo 153 anterior." Al omitirse la entrevista contenida en este numeral, se violó el debido proceso, dejando al reclamante en estado de indefensión y en razón de ello, no puede considerarse que se dieron las garantías necesarias para que la calificación sea firme y valedera, llevando razón el recurrente al impugnar la omisión. Lo expresado en el considerando anterior, no implica que este Tribunal procederá a realizar la calificación pues, no le consta el desempeño laboral del accionante y además, de conformidad con el artículo 153 del Estatuto de Servicio Civil, es el jefe inmediato del Trabajador el responsable de hacerlo. Por este motivo, debe procederse a efectuar la calificación por el superior designado, cumpliendo con los procedimientos establecidos en la ley."

Res: 000300-F-S1-2009³

Teoría del riesgo creado: análisis con respecto a la responsabilidad civil objetiva de la Administración y carga de la prueba

Texto del extracto

"II.- En el primer cargo, aduce, a-) el Tribunal incurrió en una indebida valoración o preterición de la prueba testimonial-pericial, al tener por demostrado que el sistema denominado banca electrónica o "internet banking" no es cien por ciento seguro, y que la actora no se hubiera visto afectada de no ser por las facilidades creadas por dicho sistema. Concomitantemente, afirma, se tuvo por indemostrado que el Banco es ajeno a la producción del daño por ausencia de prueba contundente sobre el particular. Recrimina, se incurrió en un error probatorio, al valorar la deposición del testigo-perito Alejandro Sebiani Serra, del cual considera se desprende que no es posible vulnerar el sistema o plataforma informática que provee y administra el Banco de Costa Rica con el fin de apropiarse de las claves de acceso y el PIN de los clientes, a lo que agrega, esta situación no se presentó en el caso de la actora. Asevera, de la deposición se colige que el sistema es 100% seguro y que las eventuales vulnerabilidades se dan en el foco de riesgo que controlan los proveedores de Internet o los mismos usuarios, debiéndose indicar que el sistema, como un todo, se entiende integrado por la conjunción de un sinnúmero de elementos (personas, bienes y

servicios), muchos de ellos ajenos a la entidad financiera, y respecto de los cuales, también resulta aplicable el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante, Ley de Defensa del Consumidor). Señala, exigir que todo el sistema sea 100% seguro es un contrasentido, ya que en dicho caso, no habría riesgo, y por lo tanto, la teoría del riesgo no tendría ninguna aplicación en el caso concreto. De lo anterior desprende que resulta distinto que terceros puedan obtener los datos personales del cliente, lo que corresponde a un estadio previo al acceso y utilización del sistema del Banco, sobre el cual este no tiene control alguno. En la especie, reclama, siguiendo la línea argumentativa, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, con la finalidad de concluir que la causa del daño fue ajena. Cuestiona que el A quo se haya apartado de los criterios técnicos del testigo-perito con base en su propio conocimiento privado de los hechos, sin que, adicionalmente, se expusieran las razones por las cuales decidieron descartar el testimonio en cuestión. Lo anterior, considera, se ve agravado por la falta de ejercicio, por parte del Tribunal, de la facultad conferida por el Código Procesal Contencioso Administrativo de ser asistido por un especialista en la materia, de conformidad con el precepto 103.1 del Código de rito. b-) Como consecuencia de lo expuesto hasta este punto, en criterio del recurrente se origina una violación indirecta del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor, con base en las siguientes argumentaciones. Acusa, el quebranto referido se da en el tanto no separa el foco de riesgo que controla la parte demandada de aquel que depende del cliente o de los proveedores del servicio público de Internet y, por lo tanto, se hace responsable al Banco de Costa Rica de todo lo que tenga que ver, directa o indirectamente, con el servicio de banca electrónica. Sostiene, no se valoró si es un riesgo atípico que asumen los restantes intervinientes en el sistema, entendido en la forma como se ha venido haciendo referencia. Indica, si las cuentas fueron accedidas con el PIN y clave personal de la señora Arroyo Vargas, y no se sustrajeron de la plataforma electrónica del Banco, se debe concluir que la causa del daño no fue el uso y riesgo del servicio, sino que derivó de una acción u omisión, consciente o no de la víctima, o bien, del acaecimiento del riesgo típico de otro servicio independiente y desligado de la banca electrónica. Realiza una comparación con los criterios jurisprudenciales de esta Sala respecto al citado artículo 35 y concluye que en dichos casos, la causa que originó el hecho dañoso o el perjuicio, se verificó dentro del foco de riesgo que controlan, y asumen, los comerciantes, es decir, en los términos de la norma legal, “ por razón de la utilización del bien o el servicio ”. No obstante, de acuerdo con su planteamiento, en el presente asunto la causa eficiente y adecuada del hecho dañoso se verificó fuera del foco de riesgo que controla el Banco. Expone, para que un hecho dañoso proveniente de una actividad riesgosa resulte indemnizable, este debe constituir un riesgo típico, es decir, se origina de una actividad o situación que el legislador haya sometido a un régimen de responsabilidad objetiva. Afirma, de la exposición del testigo-perito, se desprende que el servicio de banca electrónica que presta el Banco de Costa Rica, específicamente, resulta 100% seguro -aunque el sistema como un todo no lo sea- y que el riesgo típico y restringido sobre el cual aplica la teoría del riesgo creado, se da en cuanto al manejo personal de la clave o en los servicios de proveedores independientes al servicio ofrecido por la entidad bancaria. De esta manera, la causa del daño se verificó, en su opinión, de forma externa y sin la participación activa ni pasiva del servicio que regenta el Banco. En esta línea, refiere, de conformidad con el Reglamento de Servicios de Banca Electrónica, numerales 4 y 14, la custodia del pin y clave son de entera responsabilidad del cliente, por lo que al realizarse una transacción con estos, la operación se tiene por legítima. Complementa, el Banco es ajeno al daño, puesto que no se produjo por razón ni con ocasión del uso del bien o servicio ofrecido. Considera, no existe vínculo causal entre la banca electrónica y el daño, lo que libera de responsabilidad al comerciante. La utilización y riesgos del servicio de banca electrónica no fueron la causa del daño, sino el instrumento para su provocación.

III.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso

(v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: “ el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, e independientemente de la existencia de culpa , si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. ” (la negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se



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

IV.- Sobre la carga de la prueba. Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el “onus probandi” (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad. A manera de síntesis, se puede observar que se

trata de una redistribución del deber probatorio en atención a las circunstancias específicas de cada uno de las partes y su proximidad a las fuentes probatorias, las cuales, en todo caso, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales, los juzgadores deben recurrir, no sólo a las consecuencias que se derivan en forma directa del acervo probatorio, sino también de indicios y su propia experiencia al momento de valorarlo. Ahora bien, en casos como el presente, se da la particularidad de que, para el demandado, la demostración de las causas eximentes presenta la misma complejidad a la que se enfrenta el actor, ya que allegar al proceso prueba de un eventual supuesto de culpa de la víctima, como lo podría ser el que se haya entregado la clave a un tercero, requeriría verificar, entre otros actos, un comportamiento del ámbito personal del actor, respecto del cual resulta absolutamente ajeno. En este sentido, 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.

V.- Sobre la valoración de la prueba y el caso concreto. En su primer agravio, el recurrente reclama una violación indirecta del numeral 35 de la Ley del Consumidor como consecuencia de un error en la valoración del testimonio rendido por el testigo perito evacuado en el juicio oral. Con base en lo expuesto en los anteriores considerandos, en donde se establecen los parámetros jurídicos sobre los cuales se debe analizar la prueba en un caso como el presente, el agravio interpuesto debe ser rechazado por las siguientes razones. De la deposición del señor Sebiani, queda claro que en materia de seguridad los esfuerzos deben ser continuos y acordes con los más altos estándares de seguridad. En el mismo sentido, luego de analizado el testimonio en comentario, quedó demostrado que la plataforma informática del Banco de Costa Rica no fue vulnerada para obtener la clave y el usuario de la señora Arroyo Vargas, aspecto sobre el cual lleva razón el recurrente, y que la seguridad con que cuenta resulta adecuada para proteger la integridad de la base de datos y la plataforma transaccional a lo interno. No obstante lo anterior, debe tomar en cuenta la entidad financiera demandada que su función esencial es la intermediación financiera, que incluye la captación de fondos provenientes del ahorro del público, concepto que lleva implícita su custodia, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico correspondiente. No cabe duda que se encuentra sometida a una ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar, necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismos disponibles que le permitan contar con un mayor grado de certeza en cuanto a la identificación de las personas que se encuentran facultadas para realizar transacciones electrónicas desde las cuentas. La responsabilidad que le fue imputada al Banco se fundamenta, no en la sustracción del dinero por un tercero, sino en la existencia de un riesgo, según lo expuesto en el considerando III, en el funcionamiento propio del servicio que ofrece, lo que permite imputar el origen del daño al funcionamiento del servicio. Lo anterior, a pesar de disponer de mecanismos que permiten mayor seguridad. Esto se extrae del testimonio del señor Sebiani, quien indicó que la Institución se encontraba trabajando en la implementación de sistemas de identificación basados en la firma digital, el cual fue postergado debido a la iniciativa que desarrolla otra institución gubernamental, y



que en su lugar, se implementó la “clave dinámica”, la cual constituye un factor adicional para verificar la identificación del cliente. De igual forma, la prueba evacuada tampoco permite acreditar que en el caso concreto se de la concurrencia de alguna causa eximente de responsabilidad de la cual se extraiga la ajenidad del demandado respecto del daño. No puede perderse de vista que el surgimiento de la responsabilidad depende de la existencia de antijuridicidad, sin que la objetiva sea la excepción, debiéndose determinar, en este caso, si el afectado se encontraba en la obligación legal de soportar el daño, tal y como se extrae del principio de indemnidad patrimonial. Esta antijuridicidad de base, se identifica, en la especie, con el riesgo existente en el funcionamiento del servicio, según se desprende del propio acervo probatorio cuya indebida valoración se reclama. El Tribunal fundamentó su fallo en la existencia de un riesgo con base en el cual imputa el daño al Banco, lo cual resulta acorde con lo manifestado, en su conjunto, por el testigo perito en cuanto a la seguridad informática. Por otro lado, en cuanto a las eximentes, el recurrente expone dos argumentaciones que se complementan. Por un lado, afirma, se debió aplicar la figura de la presunción o indicio, y concluir que la causa del daño fue ajena; y por el otro, que este se derivó de una acción u omisión, consciente o inconsciente de la víctima. Como ya se adelantó, no existen elementos que permitan desvirtuar la presunción de que la señora Arroyo Vargas es demandante de buena fe. En virtud de lo expuesto, a pesar de que se desprende del testimonio del señor Sebiani que la plataforma interna del Banco no fue vulnerada y que los sistemas de seguridad son adecuados para garantizar la integridad de las bases de datos, considera esta Sala que no hay casación útil, toda vez que no se acreditó ninguna causa eximente de responsabilidad. En sede jurisdiccional, no se puede afirmar que la actora haya producido, por conducta suya, la lesión a su propio patrimonio; según se ha dicho reiteradamente, no quedó acreditado un uso indebido ni incorrecto de sus mecanismos de seguridad – usuario y claves propias. Asimismo, se plantea en el recurso, como parte de la argumentación relativa al presunto error en la valoración de la prueba, que el Tribunal incurrió en un yerro al afirmar que un tercero no hubiera podido acceder a las cuentas de la actora de no haber sido por las facilidades creadas por el sistema de banca electrónica. En este sentido, debe tomarse en cuenta que el riesgo en el funcionamiento del sistema se da, precisamente, por el mecanismo mediante el cual se comprueba la identidad del cliente, motivo por el cual, no se aprecia el yerro que se imputa a la sentencia del Tribunal. De igual forma, es por esta misma razón, que debe desestimarse la afirmación realizada en el sentido de que el elemento riesgoso se encuentra bajo el control de proveedores de otros servicios. La actividad financiera, específicamente la bancaria, genera por sí misma, un elevado nivel de riesgo, el cual se ve acentuado en el servicio en comentario, que impone a la entidad encargada de aquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos de seguridad en los diferentes niveles, tanto en lo relacionado con sus actividades propias y directamente desplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lo relativo a los medios que sus clientes, necesariamente, deberán utilizar para acceder y recibir el servicio ofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado, promocionado y desplegado por la entidad bancaria, también para su beneficio. Por lo anterior, no es admisible el argumento, para eximirse de responsabilidad, de que internet no es del Banco, cuando bien sabe el demandado que ofrece un servicio altamente riesgoso. En todo caso, la relación existente entre el Banco y un tercero para la prestación de un servicio no excluye la responsabilidad del primero frente a sus clientes. Lo delicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duda, y por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia, seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en el manejo aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su

carácter riesgoso) produjo una lesión importante a quien figura en el proceso como parte actora. En consecuencia, en vez de una indebida interpretación de la norma (como también se alega) se ha dado al artículo el recto y correcto sentido. El medio para acceder a la plataforma del Banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que si bien es accesorio a la actividad del intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente – usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él como parte del servicio. No en vano, el Sistema Financiero se ha abocado, en general, a la implementación de mecanismos de doble identificación, al mejoramiento de las claves y, en general, el uso de sistemas recientes como la utilización de tokens, claves cambiantes, llaves con dispositivos especiales, entre otros. Por todo lo expuesto, no lleva razón el recurrente en sus formulaciones, ya que el Tribunal, basándose en la prueba recabada, determinó, correctamente, la existencia de un riesgo, a partir del cual, consideró que el daño sufrido por la señora Arroyo Vargas era imputable al funcionamiento del servicio (entendido este como un todo, es decir, tanto el sistema de correo como el de Internet) ofrecido por el Banco. Así, en aplicación del numeral 35 de la Ley del Consumidor, apuntó la existencia de una relación de consumo dentro de la cual se produjo un daño como consecuencia de un servicio riesgoso, lo cual conlleva a que se despliegue el régimen de responsabilidad objetivo. Si bien no se comparte lo indicado en cuanto a que la culpa de la víctima o el hecho de tercero no eliminaría la responsabilidad, lo cierto del caso es que estas circunstancias no fueron demostradas, ni que la entidad bancaria hubiese adoptado las máximas y mejores medidas de seguridad en la totalidad del servicio que ofrece y presta, por lo que se debe declarar sin lugar el presente motivo de casación.

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

VII.- Por otra parte, en el tercer reparo endilga, falta de aplicación de los artículos 1022 del Código Civil y 190 de la Ley General de la Administración Pública. Inicia la exposición señalando que la sentencia del Tribunal tuvo por demostrado que la actora suscribió el servicio de banca electrónica, y concluyó, además, que se trata de materia contractual, regido por el derecho mercantil. Asimismo, refiere al acervo probatorio que fue admitido por el juzgado de instancia, en particular, al Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, que en su artículo 4 establece que el usuario asume toda la responsabilidad si por descuido, por su decisión o por acciones de terceros, la clave o PIN fuere de conocimiento de otras personas. De igual forma, menciona el precepto 14, según el cual, todas aquellas transacciones realizadas mediante la plataforma de banca electrónica, y en que se utilice la clave de identificación correcta, se reputan como efectuadas por el cliente. Asimismo, asevera que la propia actora admitió que la aceptación expresa del citado Reglamento es un requisito indispensable para acceder por primera vez a dicho servicio. Manifiesta, las anteriores disposiciones se reputan como cláusulas contractuales, las

cuales fueron desconocidas por el Tribunal en su fallo, sin que hubieren sido anuladas, lo que constituía una condición previa para poder imputar la responsabilidad al Banco. Producto de lo anterior, considera quebrantado el canon 1022 del Código Civil. Reitera lo dicho en el recurso en cuanto a que el cliente se beneficia del servicio por lo que debe asumir con parte de los riesgos inherentes a aquél, lo cual se encuentra plasmado en el Reglamento cuya inaplicación se recrimina, y que por tratarse de un asunto de responsabilidad contractual, las partes pueden reclamarse incumplimientos recíprocos de los compromisos adquiridos en el contrato de marras. Cita dentro de las normas vulneradas el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, y el 1048 del Código Civil, los cuales establecen el hecho o culpa de la víctima como eximente.

VIII.- En cuanto a la falta de aplicación de las normas citadas del Código Civil, así como del Reglamento de Servicios de Banca Electrónica del Banco de Costa Rica, no lleva razón el recurrente según las razones que de seguido se exponen. Si bien el presente proceso es un civil de hacienda, el cual se origina producto de una relación subyacente de naturaleza comercial, el objeto de este no es el cumplimiento o no de las cláusulas contractuales. Por el contrario, se trata de la aplicación de un régimen de responsabilidad cuyo factor de atribución objetivo es el riesgo creado por el demandado al poner a disposición de sus clientes el servicio de banca electrónica, o lo que es lo mismo, por su funcionamiento. Lo determinante es, entonces, valorar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad. En este sentido, es importante aclarar que el numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable tanto a los supuestos de responsabilidad extracontractual como contractual, independientemente, en este último caso, del incumplimiento de los acuerdos inter- partes que regulan la relación específica. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el surgimiento del deber de reparar surge de la existencia, en el caso concreto, de los supuestos exigidos por la disposición correspondiente, y que para los efectos respectivos, se reiteran: el daño, la conducta lesiva, el nexo de causalidad que vincula los dos anteriores y el criterio de imputación determinado por la norma, en este caso, la teoría del riesgo. Ahora bien, las disposiciones reglamentarias citadas, disponen, por un lado, el deber de confidencialidad de la clave, y por el otro, que aquellas transacciones realizadas con dicho mecanismo de identificación se considerarán hechas por el titular de la cuenta. El eje central del argumento del casacionista es afirmar que, producto de lo dispuesto por el artículo 1022 del Código Civil, y el Reglamento citado, es responsabilidad del cliente asumir las consecuencias de cualquier movimiento financiero realizado mediante el uso de su clave. Se pretende derivar que la culpa de la víctima se debe presumir, liberándose de responsabilidad a la entidad bancaria, citando, en apoyo de esta tesis, la falta de aplicación del precepto 190 de la Ley General de la Administración Pública, así como del 1048 del Código Civil. Como primer punto, resulta importante destacar que el precepto 1022 del Código Civil hace referencia a la validez y exigibilidad recíproca de los acuerdos que regulan la relación jurídica que vincula a las partes contratantes. Sin embargo, y según se indicó, lo cierto del caso es que la responsabilidad se da por el funcionamiento del servicio, por lo que el canon de cita no tiene efectos respecto de la aplicación del numeral 35 de la Ley de Defensa del Consumidor. El fallo del Tribunal, en forma alguna, implica el desconocimiento de lo anterior. Por el contrario, el fundamento de la resolución es la existencia de un riesgo que, en los términos de la Ley de Protección al Consumidor, genera el deber de reparar los daños derivados del servicio, salvo la existencia de una causal eximente de responsabilidad, lo que no implica el desconocimiento de los acuerdos –por adhesión– entre las partes. Se trata, por el contrario, de la aplicación directa del régimen de responsabilidad aplicable a la entidad proveniente de la Ley de Protección al Consumidor, en virtud del cual, el proveedor de un servicio solo se libera en caso de que concurra una eximente de responsabilidad que rompa el nexo de causalidad que liga el daño con la actividad desplegada. Dentro de esta lógica, resulta fundamental demostrar la ajenidad –de acuerdo a los parámetros ya reseñados de la carga probatoria–, acreditando las circunstancias constitutivas de las defensas planteadas, lo cual no se logró demostrar mediante la prueba

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

Res: 54 -1996⁴

Carga de la prueba: cobro de daños y perjuicios concedidos en abstracto. Responsabilidad civil de la Administración

Texto del extracto

"III. De la relación de los ordinales 317, inciso 1, 693, 694 del Código Procesal Civil, en concordancia con la cláusula supletoria general contenida en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se infiere, con claridad meridiana, que en la etapa de ejecución de sentencia, cuando ha mediado condenatoria en abstracto al pago de los daños y perjuicios irrogados con una restricción ilegítima de la libertad de tránsito, la carga procesal de acreditar los hechos constitutivos del derecho subjetivo al resarcimiento corre por cuenta de quien los afirma. En la especie, el representante del ofendido victorioso en el recurso de hábeas corpus, pretende liquidar, entre otros rubros, el correspondiente al daño moral o extrapatrimonial causado con la denegatoria ilegítima del permiso de salida y de levantamiento del impedimento de salida dictadas por el Juzgado Penal de Cartago, por lo que, en tesis de principio, le corresponde demostrar el an (existencia) y el cuántum (monto) de los mismos. Ahora bien, sobre el particular, esta Sala en la Sentencia No. 112 de las 14:15 hrs del 15 de julio de 1992, estableció el siguiente



precedente: "XIII. En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de 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". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "... basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces de mérito, cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios" (Sentencia N° 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)". En el sub-lite, la constatación del acto ilícito y antijurídico, consistente en denegar el permiso de salida y no acceder al levantamiento del impedimento sin sustento normativo o fáctico suficiente, cuya demostración llevó a la Sala Constitucional a declarar con lugar el recurso de hábeas corpus, permite concluir con facilidad que el recurrente sufrió un daño cierto, efectivo y real en la esfera de su libertad personal, y concretamente, respecto de su derecho de libre permanencia, salida e ingreso al territorio de la República consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política. Evidentemente, una orden de esa naturaleza, le genera a su destinatario una perturbación injusta en su estado anímico (sensación de disgusto, desánimo, frustración, impotencia, etc.). IV. Esta Sala en la resolución citada en el acápite anterior, ha sostenido que la dificultad en la apreciación o prueba del cuántum del daño moral, no determina su inexistencia, incerteza o ineffectividad (Considerando VI). Por consiguiente, al no poder acreditarse su cuantía de forma precisa, su fijación queda librada al prudente arbitrio del órgano jurisdiccional, el cual se apoyará, entre otros parámetros, en las circunstancias concretas del caso, los principios generales del derecho y la equidad (Considerando VIII). Obviamente, el juez al momento de estimar el monto del daño moral, debe guiarse por pautas objetivas, para evitar reparaciones exiguas, irrisorias o bien excesivas, tales como la intensidad de la aflicción sufrida, la gravedad o intensidad de la falta cometida por el agente, las circunstancias personales del damnificado, la repercusión subjetiva del daño; el estado económico del agente, etc. (Considerando XII). En la especie, resulta obvio que el impedimento de salida prolongado le causó al ejecutante un estado de perturbación anímica, al no poder salir al exterior bien a realizar cualquier actividad laboral o bien a visitar a su parentela, o bien por cualquier otro motivo. Bajo esta inteligencia, el Tribunal Sentenciador procedió acertadamente al fijar en la suma de cien mil colones el monto del daño moral. Síguese de lo anteriormente expuesto, que el Tribunal sentenciador no resolvió ningún extremo en contra de lo ejecutoriado, y por ende, no quebrantó la santidad de la cosa juzgada. V. Tampoco incurrieron los Jueces de Grado en el vicio aludido en el considerando precedente, al condenar al Estado al pago de veinte mil colones por concepto de las costas personales del recurso de hábeas corpus, toda vez que la resolución de la Sala Constitucional contiene una condenatoria en abstracto, que el ad-quem pasa a concretar y liquidar de conformidad con las circunstancias de la causa y las normas actuantes. En todo caso, y aunque esto no sea necesariamente de peso para infirmar el fallo, el Tribunal tuvo en consideración que entre las partes existió acuerdo -debidamente acreditado- para no pagar por ese concepto el mínimo previsto en el ordinal 16 del Decreto Ejecutivo N° 20307-J (publicado en la Gaceta N° 64 del jueves 4 de abril de 1991). Al proceder de esa forma no contrarió lo ejecutoriado. Cabe recordar que el recurso de hábeas corpus es inestimable, de ahí que lo garantizado por el numeral 16 del supracitado Decreto es un mínimo que puede excederse cuando el ejecutante acredita, tal y como aconteció en autos, que entre él y su abogado existió un convenio para conceder una suma mayor por ese renglón. VI. No existen, por consiguiente, las violaciones ni los agravios que señala la recurrente, debiendo denegarse el recurso con las costas a cargo de su promotor."





Res: 361-2000 ⁵

Carga de la prueba: responsabilidad civil de la Administración. Ejecución de sentencia constitucional que condena en daños y perjuicios

Texto del extracto

" III.- Como muy bien apunta la representante del señor Uzaga, la Sala Constitucional mediante el voto 941-97, condena a la recurrida al pago de daños y perjuicios; no obstante también es cierto, que a ella correspondía la demostración de aquellos que sirven de base para esta declaratoria. O sea, que la ejecutante, tenía la carga de la prueba respecto de los infortunios que le causó la tardanza en la respuesta de la Empresa indicada y no dedicarse a probar efectos que no son directos de tal omisión (nexo o relación causal). Además, como bien señala el a quo, no puede entenderse, que con la decisión adoptada por la Sala Constitucional, se le esté concediendo el derecho a que se le conecte el servicio de drenaje general en su vivienda, ya que el fallo antes mencionado no entró a dirimir el fondo del asunto. Con respecto a lo alegado por la apoderada de la accionante, en cuanto a la no respuesta de la accionada, ha de señalarse, que dicha situación escapa de los límites competenciales de este Tribunal; pues esta ejecución está limitada a los daños y perjuicios ocasionados y debidamente demostrados. "

Res: 2008-000351 ⁶

Junta de Protección Social de San José: carga de la prueba para acreditar existencia de causa justa recae sobre el patrono

Texto del extracto

" II .- Ha sido un criterio reiterado de esta Sala que el despido debe ser acreditado por la parte que lo invoca, en este caso, por el trabajador (numerales 29, 82, 461 y 464 del Código de Trabajo), correspondiéndole luego a la parte patronal, invocar y acreditar las justas causales que le dan fundamento. Lo anterior se refuerza si acudimos al numeral 317 del Código Procesal Civil, que puede aplicarse a la materia laboral, en atención a lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Trabajo (Votos N°s 553, de las 10:25 horas, del 24 de mayo de 2000 y 1013 de las 9:45 horas, del 24 de noviembre de 2004). Por esa razón, si el empleador no cumple con la carga procesal de demostrar la falta invocada como sustento de su decisión de poner fin a la relación de trabajo sin responsabilidad patronal, debe entenderse que ésta fue infundada. Por otro lado, debe advertirse que esta Sala ha expuesto en reiterados fallos que el despido está regido por un principio fundamental, cual es el de causalidad, el que en su modalidad objetiva, implica la necesaria existencia de una relación de causa a efecto entre los hechos invocados como sustento del rompimiento de la relación y el acto jurídico del despido (entre otros, se puede consultar el Voto número 353, de las 10:40 horas, del 5 de abril del 2000). En el caso concreto se tiene por acreditado que la demandada despidió al actor alegando el incumplimiento de disposiciones de



control interno, así como el manejo incorrecto de las fracciones presentadas en su caja de cambio (folios 82 a 73 del legajo número 2 del expediente administrativo). Esa decisión fue el resultado del procedimiento administrativo seguido por la accionada contra el actor y un grupo de cajeros del Departamento de Tesorería, a raíz de las irregularidades detectadas por la Auditoría Interna de la Junta (Informe de Auditoría Interna AI JPS N° 012-2001), con respecto al pago de premios a vendedores de lotería. En dicho informe se concluyó "... esta Auditoría ha detectado una serie de actos eventualmente irregulares, estrictamente relacionados con el pago de premios a los vendedores de loterías, función que compete realizarla a los Cajeros que laboren en el Departamento de Tesorería. Es importante señalar que la Administración Activa, como órgano competente que es, debe mantener, perfeccionar y actualizar el control interno y es deber de ésta procurar que la administración de los recursos públicos encomendados sean administrados en forma correcta, por lo que le corresponde tomar las medidas pertinentes cuanto se comprueba lo contrario. Por ello, se debe conocer la Verdad Real de los Hechos que se relatan en este informe, siguiendo los principios del Debido Proceso, donde es conveniente que se cumpla con el Principio de Legalidad que rige a la Administración Pública y de esta manera salvaguardar en todo momento los recursos públicos que se le han encomendado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, protegiendo de esta forma la imagen institucional de la Junta de Protección Social de San José ante sus clientes". En razón de lo expuesto, ese informe finaliza recomendando, entre otras medidas la apertura de un procedimiento administrativo para determinar las responsabilidades correspondientes, toda vez que ante los hechos detectados se podría estar generando una afectación patrimonial a los adjudicatarios y un menoscabo a la imagen y credibilidad de la institución; contemplando la posibilidad de imponer medidas disciplinarias a los cajeros que incurrieron en esas actuaciones y con ello incumplieron con las instrucciones giradas mediante circulares números SC-033- 97 del 2 de octubre de 1997 y SC-043-99 emitida el 30 de setiembre de 1999. Del examen de dicho documento puede desprenderse que en la caja de vendedores que ocupó el señor Salazar Solórzano durante el período investigado por la Auditoría Interna (consta a folio 3 del legajo del expediente administrativo donde se contiene el informe de Auditoría, que el período revisado en las cajas de atención a público se extendió del 2 al 11 de enero de 2001 y para las cajas de vendedores de diciembre de 2000 a enero de 2001; siendo que el actor reconoció en su declaración administrativa que de diciembre de 2000 a marzo de 2001 no estuvo en público según se constata a folio 9 del legajo administrativo identificado con el número 3) se presentaron los siguientes hechos: en el caso del adjudicatario Luis Cambroner Rojas, el día 3 de enero de 2001 se reportó un sobrante de ¢900 sin que especificara en el listín el sorteo del cual se originaba el sobrante, al mismo tiempo que apareció una fracción cambiada en la caja de público que estaba relacionada (sello del vendedor, número de sorteo, número de serie, emisión, consecutividad y ubicación física dentro del entero), con lotería cambiada en la caja de vendedores correspondiente al sorteo número 3596 del 24 de diciembre de 2000 (ver folio 58 a 61 del legajo de expediente administrativo que contiene el informe de Auditoría). Ese mismo día, en el caso del adjudicatario Ovidio Chaves Ugalde se verificó un sobrante de ¢700, sin que señalara en el listín el sorteo en que se originó y se detectaron 9 fracciones que pagaban terminación (sorteo 3596) en la caja de público, las cuales guardaban relación con las fracciones cambiadas mediante la caja de vendedores (ver folio 66 a 69 ídem). Sobre el particular, se detalla: " se procedió a revisar la Caja Número 26 de Vendedores del día 3 de enero del 2001 por un monto de ¢12.675.500 asignada al Cajero del Departamento de Tesorería Henry Salazar Solórzano, cédula 1-522-086 y revisada por la funcionaria del Departamento de Revisión y Control Yamileth Vargas Acuña, cédula 3-209-346 y la Caja Número 50 de Público del día 3 de enero del 2001 por un monto de ¢17.646.500 asignada al Cajero de Tesorería Roberto Murillo Cruz...Debe hacerse la aclaración que en la Caja Número 26 el día 3 de enero del 2001 el cajero perforó con el número 26 y con el número 64 y en el reporte de caja no se ha (sic) referencia al cambio de perforadora ...2) Que en la Caja Número 26 de Vendedores del 3 de enero del 2001 se encuentra la fracción 11 de la Serie 191, Número 43 Emisión cuarta del Sorteo de Lotería Nacional Número 3596 con un premio por terminación de



quinientos colones y en la Caja Número 50 de Público del 3 de enero del 2001 se encuentran las fracciones 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la Serie Número 191, Número 43 Emisión cuarta del Sorteo de Lotería Nacional Número 3596 con un premio por terminación de quinientos colones cada una. Todas estas fracciones presentan la secuencia 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 y en su reverso se observa un sello que dice Ovidio Cruz Ugalde Cédula no legible. Tel . 446-55-96 Atenas. En la fracción 11 se observa la perforación “Caja 64 3 1 01” , que corresponde al cajero asignado a la Caja Número 26 como se indicó. En las fracciones 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 se observa la perforación “Caja 50 3 1 01” . Se verificó en el Departamento de Loterías y el señor Chaves Ugalde es adjudicatario de lotería...” -énfasis agregado- (folio 68) . Por otra parte, el día 4 de diciembre de 2001 y en relación con el adjudicatario Luis Cubero Alfaro, se reportó en la caja del actor un sobrante de ¢800 no reportando en el listín el sorteo a que se refiere; constándose además que de las dos fracciones del sorteo 3596 cambiadas en la Caja de Público, una tenía relación con las fracciones cambiadas mediante la caja de vendedores ocupada por el demandante (ver folio 61 a 64 ídem). Asimismo, se reportó un faltante de ¢13.500 y un sobrante de ¢200 que don Henry no especificó en el listín en que sorteo se originaron, aunado a que de las 18 fracciones de la adjudicataria Matilde Román Fernández correspondiente al sorteo 3595 que fueron cambiadas en la caja de público, 7 tenían relación con las fracciones cambiadas por el actor (ver folio 64 a 66). Al respecto, a folio 63 se establece: “ ...se procedió a revisar la Caja Número 50 de Público del día 4 de enero de 2001 por un monto de ¢14.644.750,00 asignada al Cajero del Departamento de Tesorería Roberto Murillo Cruz, cédula 7-059-108 y revisada por la funcionaria del Departamento de Revisión y Control Guiselle Ortiz Calvo, cédula 1- 613-127 y la Caja Número 64 de Vendedores del día 4 de enero del 2001 por un monto de ¢10.645.950 asignada al Cajero de Tesorería Henry Salazar Solórzano cédula 1-522-086 y revisada por la funcionaria del Departamento de Revisión y Control Geannina Hidalgo Corrales cédula 1-547-251. De la revisión indicada se desprende: A) Que en la Caja Número 50 de Vendedores del 4 de enero del 2001 se encuentran la fracción 17 de la Serie 053, Número 69, Segunda Emisión del Sorteo de Lotería Nacional Número 3595 del 17 de diciembre del 2000 con un premio correspondiente a terminación de ¢600,00 y en la Caja Número 64 de Vendedores del 4 de enero del 2001 se encuentran las fracciones 1,5,9,13,2,6 y 10 de la Serie 053 Número 69, Segunda Emisión del Sorteo de Lotería Nacional Número 3595 del 17 de diciembre del 2000 con un precio correspondiente a terminación de ¢600,00 cada una. Estas fracciones presentan secuencia en su ubicación física dentro del entero y en su reverso se observa un sello que dice Matilde Román Fernández C 9-068-746 Junta de Protección Social. En la fracción 17 se observa la perforación 4 1 01 Caja 50 y en las fracciones 1, 5, 9, 13, 2, 6 y 10 se observa la perforación 4 1 01 Caja 64. Por su parte en las fracciones encontradas en la Caja de Público el día 4 de enero del 2001 no se observa el visto bueno de la Jefatura o Subjefatura de la Sección de Cajas para efectuar el movimiento. B) Que en la Caja Número 50 de Público del 4 de enero del 2001 se encuentran las fracciones 30, 34, 31 y 35 de la Serie 545, Número 39, Quinta Emisión del Sorteo de Lotería Nacional Número 3595 del 17 de diciembre del 2000

con un premio correspondiente a terminación de ¢600,00 cada una y en la Caja Número 64 de Vendedores el 4 de enero del 2001 se encuentran la fracción 33 de la Serie 545, Número 39, Quinta Emisión del Sorteo de Lotería Nacional Número 3595 del 17 de diciembre del 2000 con un premio correspondiente a terminación de ¢600,00. Estas fracciones presentan secuencia en su ubicación física dentro del entero y en su reverso se observa el sello que dice Matilde Román Fernández C 9-068- 746 Junta de Protección Social. En las fracciones 30, 34, 31 y 35 se observa la perforación 4 1 01 Caja 50 y en las fracciones 1, 5, 9, 13, 2, 6 y 10 se observa la perforación 4 1 01 Caja 64. Por su parte en las fracciones encontradas en la Caja de Público el día 4 de enero del 2001 no se observa el visto bueno de la Jefatura o Subjefatura de la Sección de Cajas para efectuar el movimiento...”. Finalmente, el 8 de enero de 2001 sin que se reportara ninguna diferencia en la caja del actor se presentó el caso de que de las 3 fracciones del adjudicatario José

Corrales Jiménez que pagaban terminación del sorteo 3597 y que fueron cambiadas el 10 de enero de ese año en la caja de público, dos estaban relacionadas con las fracciones cambiadas en la caja de vendedores por parte del actor (ver folio 88 a 91). En todas estas situaciones los adjudicatarios refieren no haber cambiado lotería esos días o no haberse presentado a hacerlo en la caja de público (ver folios 6 a 10 del expediente administrativo que contiene el informe de la Auditoría Interna de la demandada). Asimismo, de la prueba testimonial se desprende que, si bien existían prácticas viciadas en la institución, de no solicitar los requisitos que establecían las circulares y disposiciones giradas por la jefatura de cajas, ello no implicaba que estas no existieran. En este sentido, el testigo Víctor Manuel Campos Miranda señaló: "... cuando los vendedores llegan a cambiar llevan un listín, que es un documento donde el vendedor hace más o menos un desglose de la lotería que va a cambiar. Lo que aquí sucede es que el vendedor que iba a público con instrucciones del jefe, para cambiar sus premios en esos casos ellos no llenaban esos documentos y es precisamente para esto que pedían la autorización para ir a público, por eso iba lotería del vendedor sin el documento que ahora están pidiendo... En cuanto a los listines en la fecha en que estaba el actor laborando, debo decir que el listín nació como una hoja de trabajo, para que el cajero se pudiera guiar, no tenía exigencias de trabajo, con esto había más orden y el trabajo rendía más, porque iba ordenada la lotería. Años después más adelante no recuerdo si para esta fecha o después si había que echar los listines, porque nos pedían que los echáramos con los premios... En la Junta hay Reglamentos y Circulares que se han ido variando y cuando esto ocurre nos dan una copia a cada uno. No recuerdo que hubiera ninguna circular específica sobre los listines y sobre la lotería que cambiaba en público o vendedores" (folios 66 a 67). Además agregó: "Nunca ni el actor ni yo fuimos amonestados, ni se nos llamó la atención por no incluir los listines cuando cambiábamos premios vendedores y estábamos en público" (folios 67 a 68). Por su parte, Lourdes Zarate Esquivel a folio 71 expresó: "...Que yo pueda precisar en este momento no había algo que nos diera instrucciones respecto de los listines. En público no eran necesarios los listines en vendedores si... Cuando estuvo Henry lo referente a listín funcionaba de las dos maneras. A veces los vendedores traían un original y una copia, entonces uno se dejaba la copia. A veces si veían (sic) sin listín pero era pequeño entonces era cuando se mandaba a público... En el reporte de caja no se tenía que dejar constancia de si se habían atendido vendedores en las cajas de público o viceversa". En esa misma dirección Óscar Eduardo Ugarte Chevez manifestó: "El listín es una hoja en la que el vendedor especificaba los premios que traía, sin embargo a mí me parece que el listín no era del todo indispensable, porque si por ejemplo se perdía, el jefe lo mandaba a público y ahí se cambiaba sin listín. El público corriente no tenía que presentarlo. El listín se incluía en una bolsa de papel donde se echaba toda la lotería cambiada y el informe que uno hacía. Nunca me llamaron del Departamento de Revisión y Control, para preguntarme por algún listín que faltara. Que yo sepa ni a mí, ni al actor ningún superior nos llamó la atención en ningún momento porque (sic) faltar listines" (folios 78 a 79). Además, en la declaración del actor que se recoge en las actas levantadas en las audiencias celebradas por el Órgano Director designado al efecto por la Junta de Protección Social de San José, éste aceptó expresamente haber recibido una circular en la que se había reformado la política de cambio en las cajas de atención al público, señalando "... El vendedor llegaba y uno le cambiaba, luego vino el control de los sellos y firmas, mandaron una circular que tenía que restringir el cambio a vendedores, por el público, solo con un visto bueno, con una señal, por teléfono o verbalmente... Cuando no estaba este nuevo procedimiento sí se hacía, porque uno tenía el vendedor al frente, le mostraba donde estaba el faltante o el sobrante, anteriormente, ahora no, ahora el procedimiento es diferente. Si existe o no faltante está bien, porque a quien le voy a decir yo si no tengo a nadie, el vendedor no está. Entonces que es lo que hago yo: yo termino la cuenta me voy para la caja receptora y ahí le digo al encargado que detecté un sobrante o faltante para que le comunique al vendedor" (ver folios 1 a 12 del legajo número 3 del expediente administrativo). Con ello quedó comprobada la existencia de circulares que fueron puestas en conocimiento de los cajeros y, por ende, del actor; las cuales eran de acatamiento obligatorio para el momento en que se dieron los hechos indicados en la demanda. En su estudio la



Auditoría hizo referencia a la circular número SC-033-97 del 2 de octubre de 1997, suscrita por el señor Luis Alberto Redondo Escalante, Jefe de Sección de Cajas, que en lo que interesa disponía: “Les recuerdo que es estrictamente prohibido el CAMBIO DE PREMIOS a los Vendedores en las Cajas de Público, solamente cuando cuente con el Visto Bueno de las Jefaturas. / De no cumplirse con lo anterior, se tomarán las medidas disciplinarias correspondientes...” (folio 32 ídem) y a la circular número SC-043-99, emitida el 30 de septiembre de 1999 por el señor Guillermo Vindas Rodríguez, Jefe a.i. de la Sección de Cajas, en la que se solicitaba la inclusión de detalles de premios cambiados a vendedores así como la firma tanto del adjudicatario como del cajero (folio 32 ídem). Así las cosas, el análisis de la prueba constante en los autos según las reglas del correcto entendimiento humano permite concluir que la conducta del actor contravino lo ahí estipulado, pues se tuvo por acreditado que no incluyó los listines (ver declaración de Víctor Campos Miranda, visible a folios 66 a 67. En igual sentido, véase testimonio de Oscar Eduardo Ugarte a folios 78 a 80), pese a que se exigía incluir el detalle de los premios cambiados a los vendedores así como el requerimiento de estar firmados tanto por el adjudicatario como por el cajero (ver circular número SC 043-99); admitiendo el propio actor su conocimiento sobre la existencia de estos controles (ver declaración del actor en sede administrativa, visible a folio 4 a 12 del legajo número 3 del expediente administrativo). Así, la tesis esgrimida por el actor acerca de que los superiores daban autorizaciones verbales, por medio de señas o por teléfono para cambiar lotería en cajas de atención al público, resulta irrelevante pues no desdice el contenido de las referidas circulares y no se constituye en una eximente para los cajeros amén de que para el período correspondiente el actor -conforme quedó demostrado- se desempeñó en la caja de vendedores, supuesto en el cual no se daban las referidas autorizaciones. Por otra parte, en relación con las situaciones irregulares detectadas no logra el actor desvirtuar su responsabilidad, toda vez que no mostró una actitud diligente en la custodia de los bienes e intereses de su patrono, pese a la experiencia acumulada después de haber laborado para éste desde 1978. Sobre el particular, aun cuando le eran evidentes las debilidades del sistema de control interno del Departamento de Tesorería, así como las condiciones inadecuadas y poco seguras en que los cajeros prestaban el servicio (ver folio 1 del legajo número 3 del expediente administrativo), el actor no tomó las previsiones para propiciar un clima de confianza en su trabajo que le permitiera protegerse de responsabilidades así como resguardar los intereses de su empleador. Por el contrario, quedó evidenciado como el actor hacía un uso indiscriminado de la perforadora -máquina que utilizaban los cajeros para marcar o identificar la lotería pagada y cambiada-, pues durante el período de investigación se determinó como en un mismo día y en una misma caja utilizó dos perforadoras distintas sin que en el reporte de caja hiciera referencia al cambio. Dicha actitud es una muestra del comportamiento negligente del actor, que contribuyó al clima de “anarquía administrativa” (ver folio 2 del legajo número 3 del expediente administrativo) que tanto reprochó pero que como quedó demostrado no combatió y por el contrario más bien propició. Corolario de lo expuesto, con sus actuaciones contravino el artículo 43 incisos b), ñ) y v) del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Junta de Protección Social en cuanto a los deberes y obligaciones de los servidores en general (folios 25 a 26 del legajo que contiene el informe de la Auditoría). Tal y como se indicó, las faltas atribuidas en el informe de Auditoría mencionado, no pueden justificarse en la costumbre o en la práctica común de infringir lo dispuesto en los reglamentos y circulares de la institución por parte de los cajeros ya que es deber del funcionario público observar lo dispuesto por la institución. Tampoco constituye una excusa el clima de pocos controles e inseguridad que imperaban en la Institución pues por su condición de funcionario público amén del cargo que ocupaba era requerida una conducta donde los deberes de buena fe y diligencia fueran más estrictos y el nivel de responsabilidad mayor, ya que su deber era custodiar y manejar fondos públicos de una institución como la Junta de Protección Social cuya función principal es destinar dichos fondos a la promoción de proyectos en los cuales el bien social está de por medio. De esta manera, no es posible admitir excusas como las planteadas en torno al ambiente de poca seguridad que imperaban en la accionada, que, como se indicó, no contribuyó a paliar sino que por el contrario, a raíz de sus actuaciones negligentes



más bien favoreció. De igual forma, tampoco podía por su condición -tal y como lo hizo- aplicar costumbres contrarias al contenido expreso de una norma -circular- cuando la empleadora es una entidad sujeta al Derecho Público y, por ende, al principio de legalidad. (Sentencias 619, de las 10:00 horas del 30 de julio del 2004; 12, de las 9:30 horas del 24 de enero del 2003.) Al respecto es claro que todo funcionario público debe subordinar sus actuaciones al ordenamiento jurídico y acatar todas aquellas instrucciones que sus superiores emitan, para brindar un mejor y más eficiente servicio público. Además, en virtud del puesto que ocupaba el accionante, es obvio que debía seguir y cumplir sus funciones con el más estricto apego a las disposiciones reglamentarias y legales, en tanto se desempeñaba como encargado de una de las cajas del Departamento de Tesorería de la Junta de Protección Social, cargo que, por su naturaleza, implica una gran diligencia y responsabilidad por parte del funcionario, así como una clara observancia de las disposiciones emanadas por los órganos jerárquicos de la institución para la cual laboraba, teniendo por consiguiente un deber de salvaguardar la seguridad económica de dicha entidad, así como también un deber de observar una conducta de absoluta transparencia para con los usuarios de esta, máxime que su puesto viene a ser un punto de enlace entre la institución y el público, integrado este último por vendedores y demás particulares, siendo pues necesario un absoluto ambiente de confianza entre ambas partes de la relación de servicio, que al romperse, puede y debe, perfectamente, dar base al despido. Aun y cuando no se hubiese comprobado una actitud dolosa del trabajador que le reportara a este un beneficio económico en detrimento de la Junta, el solo hecho de que hubiese realizado actos que implicaran un divorcio con el deber de custodia de los intereses de la institución accionada por una cuestión de mera negligencia, hace pensar que ello es suficiente para que los representantes de aquella perdieran la confianza y procedieran a despedirlo, sin la obligación de cubrir ningún tipo de indemnización laboral a su favor. En este sentido, Garate Castro apunta: “La diligencia, a través de sus diversas manifestaciones contractuales, marca cuál ha de ser el comportamiento del trabajador al ejecutar la prestación de trabajo, persiguiendo, en último término, su cumplimiento satisfactorio. Se comprende por tanto, que este obrar diligente, que impone al trabajador el hacer todo lo necesario para que el empresario obtenga un resultado útil de la prestación, preserva la obtención del rendimiento debido, ...” (El rendimiento en la prestación de trabajo . Madrid, Editorial Civitas S.A., 1984, p. 107.) Por su parte, Barreiro se refiere al tema de la diligencia desde el punto de vista laboral al indicar: “La actividad que desempeña el trabajador determina ya la prestación de aquella diligencia que se corresponda con la que de manera ordenada y satisfactoria observan los miembros pertenecientes a su mismo círculo profesional, debiendo así poseer la medida de aptitudes y conocimientos de sus restantes compañeros de trabajo, pudiendo por lo demás serle exigida una diligencia diferente más elevada en razón de sus conocimientos especiales. / El crecimiento continuo de la tecnificación en la vida profesional ha tenido, como una de sus muchas consecuencias, el nacimiento y la potenciación de actividades que encierran un fuerte grado de tecnicidad, riesgo o peligrosidad en su ejercicio, que con anterioridad pasaba prácticamente desapercibido. Han surgido de esta manera los trabajadores altamente cualificados o especializados, de los que se requiere una capacidad no común, o de otra manera dicho, una aptitud para la ejecución ordenada y satisfactoria de su trabajo, distinta a la de cualquier otro trabajador.” (Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador . Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 132.) De lo anterior se desprende que la responsabilidad del funcionario no solo es procedente cuando ha tenido conocimiento de que su actitud no era lícita y aún así tuvo la voluntad de ejecutarla, elementos necesarios para que se configure el dolo, sino también cuando, sin recibir ningún tipo de beneficio personal, ha actuado en forma negligente sin importarle que se comprometieran los intereses económicos de la parte empleadora. Sobre el tema de la pérdida de confianza, la jurisprudencia de esta Sala también ha sido clara. Así, en la sentencia número 967 de las 10:35 horas, del 10 de noviembre de 2004 se dispuso:

“De manera reiterada se ha indicado que las condiciones personales que se valoran en un



determinado trabajador, para ser contratado, así como la transparencia en el ejercicio de las labores conexas o directamente relacionadas con su trabajo, por su naturaleza de “ intuitu personae ”, deben mantenerse a lo largo de toda la contratación, además de tomarse en cuenta el tipo de trabajo que despliega el o la servidora; y, en el caso presente, justificadamente, la entidad demandada perdió objetivamente la confianza en la funcionaria, por las graves anomalías que se descubrieron en el trámite de la liquidación de las pólizas, que se recalcularon en montos, por mucho, menores a los que realmente correspondían y que inicialmente habían sido fijados de manera correcta por otro funcionario. En cuanto a este tema, Cabanellas ha señalado que “Cuando los actos que el trabajador provoca justifican la pérdida de la confianza, es evidente que desaparece la armonía que debe predominar en el contrato de trabajo, por lo que se justifica el despido, principalmente si el conjunto de los actos del subordinado crea insuperable recelo. Tal es el caso de las conductas que, sin constituir delito, originan la pérdida de ese elemento que es básico en la relación laboral; aun cuando la deslealtad sancionada no constituya delito criminal ni falta de tal carácter y razón suficiente para imposibilitar la continuidad del contrato de trabajo. Debido a esa naturaleza del vínculo laboral, el trabajador debe mantener una conducta intachable dentro y fuera del trabajo; cuando no es así, desaparece el elemento de confianza en él depositado, y puede ser despedido con justa causa... En conclusión, todo hecho que sea susceptible de sembrar la desconfianza del empresario y que impida la prosecución de la relación laboral -dentro de un ambiente sin recelos- puede servir para fundar la ruptura del contrato de trabajo.” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L ., tercera edición, 1.992, pp. 973-974).” Sobre este mismo tema otra resolución de esta Sala indicó: “De lo que se trata, entonces, en estos casos, es de una pérdida de confianza objetiva; esto es, de una situación fáctica que, razonablemente, lleva a desconfiar del servidor o de la servidora, como persona idónea para atender los intereses de la parte empleadora. La ² pérdida objetiva de confianza ² , como falta grave genérica, tiene connotaciones especiales y propias que la diferencian de otras causales de despido...” figura que apunta más a que se den circunstancias que generen un peligro potencial para el empleador. (El subrayado no es del original). (Sentencia N° 353, de las 10:40 horas, del 5 de abril de 2000). Sobre el tema en particular, también pueden ser consultadas las sentencias números 37 de las 10:00 horas, del 5 de febrero de 2003; 102 de las 10:35 horas, del 16 de febrero, y 316 de las 9:00 horas, del 11 de mayo, ambas de 2005. Por otra parte, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala ha sido especialmente estricta con los funcionarios que se desempeñan como cajeros. De esta manera se ha resuelto: “ Por la especial y delicada naturaleza de su función, el servidor bancario en general debe ser un trabajador probo, intachable, leal y, fundamentalmente, confiable; siendo todas éstas, características y obligaciones inherentes a su contrato de trabajo -artículo 19 del Código de Trabajo-. En el momento en que un servidor de un Banco, estatal o privado, comprendidos todos, a su vez, dentro del concepto de Sistema Bancario Nacional, contraría alguna de esas obligaciones que le impone el vínculo contractual, en provecho de un tercero o para favorecerse en lo personal, no cabe la menor duda de que pone en entredicho la estructura y la organización internas de la entidad, desmejorando, en ese tanto, el buen servicio que están obligados a prestar, para la puesta en marcha de programas o de proyectos de beneficio colectivo, en tanto contribuyen al mejoramiento y a la reactivación económica del país, con dineros públicos o privados, en el contexto de la banca mixta. En esas condiciones, cuando el funcionario bancario atenta contra la estructura interna de la Institución , quebrantando el marco jurídico allí vigente, que regula su proceder actuará, a su vez, contrariamente a la buena fe, probidad, lealtad y confianza, que inspiran su contrato de trabajo y, por ello, se hará acreedor a la máxima sanción a imponer, a saber, su destitución sin responsabilidad patronal. Valga poner de relieve que, el proceder censurable del servidor, no necesariamente debe causar un perjuicio económico, real y efectivo al patrono; puede ser inclusive potencial, pero no por ello deja de ser sancionable, a raíz del deterioro al prestigio que puede deparar a la imagen del Banco, tanto interna como externamente .” (Resolución n° 202 de las 16:05 horas, del 3 de julio de 1996.) En igual sentido se ha indicado:

“Con relación a las faltas cometidas por el empleado bancario, la Sala ha reiterado el criterio de que basta con determinar hechos, que razonablemente, hagan perder la confianza en el servidor; como lo es una conducta negligente grave, que ponga en peligro los bienes del empleador; para que, justificadamente, éste pueda ponerle fin a la relación, pues de esa manera la idoneidad del empleado, para cumplir con sus obligaciones, resulta en entredicho. Este tipo de funcionarios, por el hecho de realizar actividades relacionadas con el manejo de sumas considerables de dinero, están obligados aún más que cualquier otro trabajador a actuar en forma sumamente cuidadosa, poniendo la mayor diligencia en el desempeño de sus tareas; pues, de no hacerlo, se pueden afectar seriamente los intereses de la entidad bancaria, su empleadora, como sucedió en el asunto del cual se conoce (ver Votos de esta Sala números 79, de las 9:10 horas, del 17 de agosto de 1988 y 40, de las 9:50 horas, del 12 de marzo de 1993). En consecuencia, sus faltas deben ser valoradas con mayor rigor, pues, un mal funcionamiento del sistema no sólo puede lesionar a la entidad desde el punto de vista económico sino también puede afectar su prestigio e imagen, en relación con terceros que ocupan sus servicios, para el manejo y custodia de dineros y de títulos” (énfasis agregado). (Sentencia número 416 de las 11:00 horas, del 27 de julio de 2001) También consúltense las sentencias n° 958 de las 9:50 horas, del 10 de noviembre de 2004 y n° 721 de las 9:15 horas, del 1 de septiembre de 2004. Con fundamento en lo anterior, se debe concluir que los hechos imputados al demandante deben calificarse suficientemente graves, y como para haber hecho imposible la continuación de la relación de servicio, lo cual justificó claramente el despido sin responsabilidad al amparo de lo dispuesto por el artículo 81 inciso I del Código de Trabajo; pues no se puede obligar a la entidad accionada, en este caso la Junta de Protección Social, a mantener a un servidor que no ha demostrado una actitud celosa y diligente en procura de proteger la imagen y los intereses de la institución, así como los recursos y fondos que le han sido confiados en virtud de su cargo, el cual debió ejercer con apego a los más estrictos controles dispuestos para tal finalidad, o a aquellos que la experiencia y la lógica demandan. Por esa razón lo resuelto por el Tribunal es correcto y debe mantenerse.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del ocho de octubre de dos mil siete.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas del siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro.-
- 3 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas veinticinco minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve.
- 4 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las quince horas diez minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y seis.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. San José, a las once horas treinta minutos del diecisiete de noviembre del año dos mil.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las diez horas cinco minutos del veintitrés de abril del dos mil ocho.