

San José, miércoles 22 de mayo de 2024
OFICIO N° 05544-2024-DHR

Para: Señor (a):
Daniela Agüero Bermúdez
Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos
Asamblea Legislativa
mvalladares@asamblea.go.cr, dab@asamblea.go.cr

De: **Licda. Angie Cruickshank Lambert**
Defensora de los Habitantes

ANGIE
CRUICKSHANK
LAMBERT
(FIRMA)

Firmado digitalmente por
ANGIE CRUICKSHANK
LAMBERT (FIRMA)
Fecha: 2024.05.22
18:11:42 -06'00'

Asunto: Criterio al Proyecto de LEY DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CONSUMIDORAS EN LA CUSTODIA DE SU DINERO QUE ADMINISTRA CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA EN COSTA RICA YA SEA PÚBLICA O PRIVADA, AUTORIZADA PARA ESTE FIN, (23908)

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de LEY DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CONSUMIDORAS EN LA CUSTODIA DE SU DINERO QUE ADMINISTRA CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA EN COSTA RICA YA SEA PÚBLICA O PRIVADA, AUTORIZADA PARA ESTE FIN, expediente legislativo No. 23908, y de acuerdo con el estudio realizado por la Dirección Estudios Económicos y Desarrollo, se procede a presentar las siguientes observaciones:

1. Resumen Ejecutivo

Ante el incremento en un 43,6% de las denuncias por estafas bancarias entre el año 2021 y el año 2022, el presente proyecto de ley busca atender una supuesta falta de regulaciones y de normativa para atender la proliferación de delitos cibernéticos o ciberdelitos, los cuales se expresan en la sustracción de dinero de las personas clientes de las instituciones financieras y bancarias, a través de diversas modalidades como estafas en compras por internet, así como la manipulación y uso de falsa información en las plataformas tecnológicas de los bancos, entre otros.

De este modo, se busca obligar a las entidades financieras a procurar la protección de todo riesgo contra la salud, la seguridad o la integridad de quienes utilizan sus servicios derivados propiamente de la intermediación financiera y a realizar acciones ante los riesgos que pueda significar para usuarios y consumidores el simple uso y disfrute de los servicios que ofrece.

2. Competencia del mandato DHR. Observaciones

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos.

Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

Las reformas propuestas se señalan en el siguiente cuadro

Actual	Propuesta
Artículo 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.	ARTÍCULO 1- Se reforma el artículo 35 de la Ley Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N.º 7472, de 20 de diciembre de 1994, a fin de que en adelante se lea de la siguiente manera: Artículo 35- Régimen de responsabilidad El productor, el proveedor, el comerciante <i>o la entidad bancaria o financiera, pública o privada, a cargo de la custodia de ahorros u otros fondos de sus clientes responderá objetiva y solidariamente frente al administrado o consumidor, independientemente de la existencia de culpa, cuando este resulte perjudicado por razón del bien o el servicio o por informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos así como de su utilización y riesgos y por la ineficiente o inadecuada custodia tanto de sus fondos como de sus datos personales.</i>

(Así corrida su numeración por el artículo 80 de la ley de Contingencia Fiscal, N° 8343 del 18 de diciembre de 2002, que lo traspaso del antiguo artículo 32 al 35 actual)	<i>La entidad financiera bancaria, ya sea pública o privada, que tenga bajo custodia los ahorros o cuentas del consumidor, tendrá responsabilidad objetiva solidaria por el daño o las pérdidas materiales o económicas que se le generen a la persona usuaria y deberá indemnizar los daños y perjuicios generados cuando esta se vea perjudicada por la sustracción de dinero o del patrimonio de las cuentas, aunque esto provenga de un tercero ilegítimo siempre que este no se encuentre autorizado por el titular de la cuenta, independientemente del mecanismo utilizado para la sustracción.</i> 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.
Artículo 298.- 1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común. 2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.	ARTÍCULO 2- Se reforma el artículo 298 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227, de 02 de mayo de 1978, a fin de que en adelante se lea de la siguiente manera: Artículo 298- 1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común. 2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica. <i>3. En los casos relacionados con la defensa al consumidor, ambiente, fraudes electrónicos personales o de cualquier tipo de entidades bancarias o similares, tanto a nivel administrativo como judicial, regirá la inversión de la carga de la prueba en favor de las personas afectadas.</i>

41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba: 1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho. 2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba.	ARTÍCULO 3- Se reforma el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, Ley N.º 9342, de 03 de febrero de 2016, a fin de que en adelante se lea de la siguiente manera: 41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba: 1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho. 2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. 3. <i>En los casos relacionados con la defensa al consumidor, ambiente, fraudes electrónicos personales o de cualquier tipo de entidades bancarias o similares, tanto a nivel administrativo como judicial, regirá la inversión de la carga de la prueba en favor de las personas afectadas.</i> Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba.
---	---

3. Antecedentes al presente proyecto de Ley

Antes de entrar a brindar el criterio de la Defensoría de los Habitantes, se considera oportuno traer a colación la referencia de un proyecto de Ley presentado por la entonces diputada Sra. Clara Zomer Rezler, en el mes de abril del 2008, cuya iniciativa buscaba “que los bancos emprendan todas las acciones necesarias para garantizar seguridad a los clientes en relación con los dineros que estos les confían en depósito. Así las cosas, la carga de la prueba en caso de robo electrónico corresponde a los bancos y no al cliente, toda vez que son precisamente las instituciones financieras las que implementarán y monitorearán los respectivos sistemas de seguridad”.

El proyecto de Ley que se tramitó bajo el Expediente N.º 16.997 consistía incorporar un único artículo el cual señalaba “Agréguese un párrafo segundo al artículo 79 de la Ley orgánica del Sistema Bancario Nacional, para que en adelante se lea así:

“Artículo 79.- [...] En caso de robo electrónico de los dineros depositados en estas cuentas bancarias, los bancos asumirán la totalidad de la pérdida salvo que se demuestre dolo o negligencia de parte del cliente.”

Sobre dicho proyecto, la Procuraduría General de la República mediante el oficio OJ-132-2008, de fecha 11 de diciembre 2008¹, emitió un amplio informe en el cual se abordó el tema de la Responsabilidad Objetiva de los Bancos, concluyendo que el proyecto de ley no presenta problemas de constitucionalidad ni de técnica legislativa; ergo, su aprobación o no es un asunto de política legislativa

Pese a lo anterior, el Departamento de Servicios Técnicos, emite un Informe Jurídico OFICIO N° ST.041-2009 J², el cual concluye.

- La situación de hecho que justificó a la proponente la presentación de esta iniciativa de ley ya no existe. En la actualidad, y haciendo uso de su derecho a la justicia y accediendo a los mecanismos jurisdiccionales, las personas que han sido víctimas de robo o fraude electrónico, están consiguiendo que se responsabilice a la Institución bancaria de dicho daño, en virtud del principio de responsabilidad objetiva.
- Lo anterior ha sido posible, porque existen principios jurídicos y normas actualmente vigentes equivalentes a las que propone el proyecto. En especial el artículo 35 de la Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, contiene una presunción genérica en términos similares.
- Las presunciones jurídicas "iuris tantum", como la que propone introducir el Proyecto, son en esencia un principio de carga de la prueba que busca favorecer a la parte débil de la relación jurídica, pero que no eximen del examen de la situación caso por caso.
- El problema del robo o fraude electrónico está intentando ser atacado por vía de normativa de supervisión, razón por la cual el CONASSIF, tiene en procedimiento de consulta la adopción de un marco de referencia de las mejores prácticas bancarias en esta materia.

4. Principales observaciones al proyecto por parte de la DHR

La seguridad a los recursos económicos, ante los riesgos que se generan por uso de las herramientas tecnológicas que aborda el presente proyecto de Ley, también lo desarrollo la Defensoría de los Habitantes en una investigación que se centró en protección específica los derechos económicos e integración al sistema financiero de la Población la Población Adulta Mayor. En esta oportunidad la Defensoría manifestó su preocupación por la necesidad de que tanto desde el sector financiero privado como desde el público se adopten medidas (debidas diligencias) bajo la coordinación de CONAPAM en favor de la protección de dicha población, ante las amenazas que se señalan en el proyecto, que afectan principalmente el patrimonio de la PAM.

En atención a esta preocupación, la Defensoría aboga por otorgar mayor educación financiera a la población y de modo específico a la PAM, con el fin de disminuir la brecha en el uso de la tecnología, en todos aquellos aspectos propios del sistema financiero.

¹https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=15648&strTipM=T

² https://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

Sin embargo, en relación con el tema que nos ocupa, al igual que en su momento se señaló por Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en el oficio el ST.041-2009 J, por el que se analiza el proyecto N.º 16.997, se considera que la redacción actual del artículo 35 de la Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, contiene una presunción genérica en términos similares, además de que una eventual aprobación del actual proyecto de Ley no eximen del examen de la situación caso por caso.

Así se desprende también del análisis de las resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Resolución N.º000827-S1-F-2009, del 7 de agosto de 2009, N.º 01126 – 2016, del 27 de Octubre del 2016, N.º 01289 – 2017, del 26 de Octubre del 2017, Resolución N.º 01324 – 2023 del 27 de Julio del 2023) en donde se establece "Sobre la carga de la prueba y la infracción indirecta del ordinal 35 de la Ley de defensa del Consumidor:

"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 el deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el cardinal 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad".

Por lo tanto, tal y como se observa de la Jurisprudencia establecida por la Sala Primera, el artículo 35 conlleva implícito el principio de la Responsabilidad Objetiva de los Bancos, por lo que se concluye que ya el sistema financiero se encuentra incorporado dentro de los sujetos obligados al régimen de responsabilidad que se establece.

Adicionalmente, tal y como se señaló por Servicios Técnicos en el proyecto N.º 16.997, la aplicación de la responsabilidad no exime la participación de la persona usuaria afectada, de proceso administrativo o judicial, en donde, como señala la Sala Primera "no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta el deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad".

Finalmente, llama la atención esta Defensoría que resulta igualmente improcedente la propuesta de la modificación de los artículos artículo 298 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227, de 02 de mayo de 1978 y el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, Ley N.º 9342, de 03 de febrero de 2016

5. Conclusión

Del análisis del proyecto no se encuentran violaciones a aspectos Constitucionales, de Convencionalidad, de Legalidad, Conveniencia y oportunidad, sobre el posible impacto de Derechos Humanos o el funcionamiento del sector público.

Sin embargo y tal como se señaló, el proyecto de ley en discusión busca la incorporación de la responsabilidad objetiva a entidades del sistema financiero, sin tomar en consideración que, desde el ámbito de aplicación jurisprudencial, particularmente de la Sala I, se ha venido atendiendo la problemática planteada.

El tercer aspecto es que ni la Sala I en su jurisprudencia, ni la redacción propuesta para el proyecto de ley, va a eximir a la persona afectada a realizar los trámites administrativos o judiciales, tendientes a la recuperación de los dineros sustraídos, esto debido a que siempre le corresponderá acreditar el daño sufrido y el nexo de causalidad; en razón de ello, no será posible una compensación automática con la mera denuncia.

No se omite reiterar que este Órgano Defensor ha recomendado acciones a CONAPAM, a la Asociación Bancaria Costarricense y al INFOCOOP con las cooperativas de ahorro y crédito. Asimismo, el trabajo que desarrolla el Ministerio de Economía y Comercio, a cargo de la elaboración de la III Guía de Educación Financiera, en cuya comisión se cuenta con la participación de las superintendencias y en la que se ha dispuesto abordar acciones específicas para la Población Adulta Mayor.

Igualmente, los usuarios del sistema financiero deberán asesorarse en relación a qué entidad financiera cuenta con las medidas de seguridad más fiables y accesibles, de modo que la seguridad sea un elemento de valoración entre las diversas entidades.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa su **inconformidad** con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

Agradecida por la deferencia consultiva.