

VIRTUDES Y DESAFÍOS DE UNA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA

***Dr. César Hines Céspedes
Especialista en Derecho Público***

Introducción

Con ocasión de las sustracciones ilegítimas de dinero de las cuentas corrientes o de ahorros, de algunos clientes de los bancos estatales, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia incursionó en algunos temas de alto contenido doctrinal y precisamente por ello, de gran valía para una reformulación de criterios en algunas áreas del ordenamiento jurídico, no ya desde la perspectiva legislativa, sino meramente interpretativa, que podría introducirnos en una etapa de modernización y equiparación de intereses sociales, consolidando muchísimo más el sistema de justicia democrática.

Es propicia la ocasión para ampliar los horizontes jurídicos derivados de esta jurisprudencia, para incorporar también otros elementos y mejorar el desarrollo de los institutos jurídicos, que deben ser analizados, interpretados y aplicados, en función de su finalidad genética, sin ninguna otra inclinación más que la derivada de las propias circunstancias del caso.

La sabiduría y madurez mostrada por la jurisprudencia en cuestión es signo inequívoco de independencia intelectual y política -en el sentido científico del término-, que permite vislumbrar un mejor futuro en la protección de los derechos subjetivos de las personas, con especial énfasis en los conflictos individuales, independientemente de la naturaleza jurídica de las partes.

El proceso de privatización acelerada de los servicios públicos, que han dejado de serlo para convertirse en “productos de mercado”, pareciera disminuir en la misma medida, la actividad del Estado como centro último de imputación, pero siempre se requerirá de la fortaleza de un órgano judicial para poner las cosas en su verdadera dimensión, ya sea a través de la fuerza normativa del Derecho positivo o por la virtud de la jurisprudencia en el proceso de interpretación de las normas, los valores que estas protegen y los principios que le dan estructura.

Los desafíos derivados de esta jurisprudencia son todavía más halagüeños, considerando las nuevas fuerzas del mercado, interno y externo que incorporaron su cuota de influencia en esa interpretación jurídica que realizan nuestros tribunales, con especial énfasis, en los órganos jurisdiccionales que tienen la palabra final en el conflicto.

A.- Virtudes de la jurisprudencia

1.- Los hechos generales

Varios clientes de distintos bancos públicos, presentaron reclamaciones judiciales, por la sustracción de dinero de la que fueron objeto, a través de los servicios en línea -internet-, que las susodichas entidades financieras pusieron a su disposición. Sus pretensiones fueron resueltas favorablemente por los Tribunales Contenciosos Administrativos, y llevadas al

último eslabón de la cadena procesal recursiva, la Sala Primera confirmó las decisiones.

El tema de la responsabilidad en nuestro sistema jurídico ha sido analizado desde distintos ángulos y frente a múltiples supuestos de hecho, que ha dado lugar a su vez, a un gran cantidad de trabajos doctrinales y manifestaciones jurisprudenciales de gran interés académico y práctico.

En el campo específico del Derecho Administrativo, se puede decir que la figura de la responsabilidad se aparece en dos grandes espacios temporales: con anterioridad a la Ley General de la Administración Pública, y posterior a su promulgación en mayo de 1978. No obstante que la fecha de nacimiento de la Ley es históricamente suficiente para imponer una línea jurisprudencial, su verdadera dimensión aplicativa tuvo lugar mucho tiempo después, ante la renuencia de los jueces de darle contenido material¹.

En el caso bajo estudio, hay que reconocer la novedad del tema y su relevancia en las relaciones comerciales en general, bursátiles y de intermediación financiera, sin que haya faltado algunos antecedentes esporádicos sobre la responsabilidad en la actividad

financiera, pero han sido sobre consideraciones fácticas distintas².

En la jurisprudencia que se comenta, señaló la Sala Primera en cuanto al tema de la responsabilidad objetiva y subjetiva en materia de consumo de servicios financieros:³

“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,

1 Alguna de las razones de la tímida aplicación de los institutos de la Ley General de la Administración Pública, fue la composición subjetivas de los más altos tribunales jurisdiccionales, integrados por jueces con una inclinación y vocación civilista difícil de desarraigar, aunado al escaso desarrollo del Derecho Administrativo y la ausencia de especialistas en la materia en el ámbito judicial.

2 Se trata en particular de la sentencia 211-F- de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005, en el que se reclamó la responsabilidad del Banco Central por acciones y omisiones de un banco privado, bajo el supuesto de una falta de fiscalización del primero, que hubiese evitado el daño provocado por el segundo. La Sala Primera de la Corte desestimó la demanda al considerar que la conducta reclamada al ente emisor no podía ser la causa eficiente y adecuada para la producir el daño reclamado, que tuvo origen directo e inmediato en la conducta del banco objeto de la fiscalización. En ese caso a través de un ejercicio de exclusión o inclusión hipotética de elementos, se determinaría ese nexo de causalidad requerido y necesario para la imputación.

3 Se trata de la sentencia 300-F-S1 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo del 2009, reiterada en las sentencias 395-F-S1 de las 10 horas 25 minutos, 396-F-S1 de las 10 horas treinta minutos, 398-F-S1 de las 10 horas 40 minutos, todas del 23 de abril del 2009, y la sentencia 516-F-S1 de las 10 horas 20 minutos del 27 de mayo del 2009, entre otras del mismo género.

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.

La sentencia se yergue sobre el principio de la responsabilidad objetiva en materia de consumo -ese es uno de los desafíos que se verá Infra-, estableciendo como eje incriminatorio, la causación simple de un daño al consumidor; simple en su concepción formal, aunque pueda resultar complejo en su facticidad, esto es, que los efectos finales y definitivos, sean la consecuencia de una serie de actos previos y también necesarios que desembocaron en el menoscabo patrimonial⁴.

La simple causación del daño por un agente económico, es razón suficiente para la imputación de una responsabilidad reparativa, donde, como expresamente lo indicó la resolución mencionada, resultan irrelevantes las razones que mediaron en el ánimo del agente provocador, centralizándose el conflicto en la existencia real del daño. De esa

manera se eliminan los elementos subjetivos y se concentra la atención en la consecuencia. En cuanto a su prueba, consistiría en el daño mismo, reconocido e indemnizado cuando su producción sea efecto inmediato de una acción u omisión imputable al comerciante o agente económico.

En materia de consumo, confirmó la sentencia, se está frente a una responsabilidad objetiva, modificándose, sustancialmente, el sistema normativo que regulaba las relaciones de Derecho privado en general. La escisión en los sistemas de valoración de los conflictos originados en relaciones privadas, el principio de la autonomía de la voluntad perdería su supremacía aplicativa, cuya utilización e infravaloración derivó con el paso de los años, en su cuasi sacralización⁵.

Las consecuencias visibles de la sentencia en materia del derecho del consumidor -que bien podrían ser trasladables a otras áreas-, derivan, entre otros factores, de la posición del afectado frente al presunto responsable. Esto es, que la figura del daño, además de ser un elemento, es analizado según la posición jurídica del afectado, sea para evitarlo o para soportarlo.

Se considera relevante subrayar de la sentencia comentada, que la decisión positiva de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de materializar, esto es, aplicar en forma directa, normas de la Constitución Política, aunque no hayan sido expresamente invocadas.

4 El principio de la responsabilidad objetiva en materia de consumidor, había sido desarrollado en la sentencia 295-F de las 10 horas 45 minutos del 26 de abril del 2007, pero sobre una base fáctica distinta.

5 Tal y como lo indica el título, uno de los desafíos que la jurisprudencia tiene por delante, es el control y fiscalización de las relaciones que, aún siendo privadas, están sujetas a reglas especiales, como los contratos de adhesión y otros de similar naturaleza.

Efectivamente, el análisis de la Sala Primera -semejante al del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo-, en relación con la posición del consumidor frente a los bancos, lo ubicó en la correcta posición que tiene en la cadena productiva, como el último eslabón y por supuesto, el más débil frente a una gigantesca estructura empresarial.

Los efectos directos de esas conclusiones jurisprudenciales, analizados y valorados desde una perspectiva macro jurídica, implicará por supuesto, una modificación de las prácticas comerciales -a toda escala-, con respeto hacia los derechos e intereses de las personas. Implica un mayor equilibrio en el proceso de intercambio de bienes y servicios.

La limitación de los presupuestos del Código Civil para la responsabilidad objetiva, tuvo una ampliación mayor por razón de la jurisprudencia, que en un proceso de apertura mental y de abstracción jurídica, adecuó los rígidos preceptos legislativos a las complejas relaciones en la sociedad moderna, que de otra forma, dejaría sin solución múltiples conflictos por los vacíos normativos del ordenamiento.

Extendiendo los argumentos de la tesis jurisprudencial, y en el específico campo del Derecho del Consumidor, está claro que la responsabilidad del comerciante no acabaría con la normal funcionalidad del objeto o del servicio consumido o requerido, sino que incluiría también, las expectativas creadas en el adquirente, que si dejaran de atender, podría generar solamente la denominada

responsabilidad por resultado, también desarrollada por la jurisprudencia⁶.

Sería la aplicación racional de los deberes del comerciante, de dotar al consumidor de información veraz y completa, no limitada a las virtudes del objeto del negocio jurídico, sino en función de los requerimientos del comprador. Implica que los bienes o servicios proveídos no solamente deben atender a las pretensiones del proveedor, sino que en forma paralela deberán satisfacer plenamente al consumidor⁷.

Otra de las virtudes esencialmente de carácter procesal de la jurisprudencia comentada, es la transformación aplicativa que sufre el concepto de nexo de causalidad. Se señaló en la jurisprudencia sujeta a análisis:

“...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 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...”

Si bien el tema del nexo de causalidad no es completamente nuevo⁸, la Sala consolida, como una condición para la atribución de responsabilidad, la teoría de la “**causalidad adecuada**”, cuya diferencia -a nuestro modo de analizarlo-, con la tesis del “**nexo de causalidad**” -que simplificado se venía manejando-, estriba en la mayor capacidad de apreciación del juez.

No es una atribución de discrecionalidad judicial para determinar su existencia, porque la valoración de la conducta productora del daño siempre se daría sobre la base de elementos objetivos incorporados al expediente, pero brinda un margen de apreciación mayor de la conducta dañosa, para ser analizada y concretada sobre una base cierta en relación con sus efectos reales. Es la humanización de la justicia.

La aplicación simplista de la tesis del “*nexo causal*”, como cordón umbilical que sostenía la potencial responsabilidad, descartaba conductas que, aunque productoras de daños, no se les otorgaba la jerarquía procesal suficiente para considerarlas atributivas de responsabilidad, quedando impunes, aún cuando sí eran causas eficientes y

adecuadas para fundamentar la reclamación indemnizatoria.

En otro apartado de la sentencia, se alude a la teoría del riesgo creado, esquematizado en la Ley de Protección al Consumidor en forma distinta a la misma figura señera del Código Civil.

En el Código Civil la responsabilidad por riesgo asume una línea objetiva en relación con el titular del establecimiento, y subjetiva en relación con el causante directo del daño, así expresamente se indica en el artículo 1048 del Código Civil, al señalar que, quienes exploten establecimientos mineros o de electricidad, fábricas o cualquier industria, incluía la construcción, serán responsables cuando alguno de los encargados causare “**con culpa**”, la muerte o lesión de un individuo.

El texto de la norma deja espacio para considerar que el daño producido por el agente, representante del dueño o este mismo, que no haya sido o actuado con “**culpa**”, no sería causa suficiente y adecuada para reclamar la indemnización, aún cuando la víctima no tenga el deber de soportar el menoscabo sufrido.

Distinto es el texto en la Ley de Protección al Consumidor, que excluye el elemento “culpa” como criterio de imputación para la responsabilidad del titular del negocio, donde el único ingrediente para la imputación, sería el daño. Señala el artículo 35 de la mencionada ley:

“El productor, el proveedor y el comerciante deben responder,

⁶ Véase la ya citada sentencia 211-F- de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005.

⁷ Ofrecer un bien o servicio de una determinada forma porque le facilita el negocio al proveedor, por reducción de costos, implicará una mayor rigurosidad en la calificación del daño, cuando se produzca. Sobre el tema más adelante se analiza concretamente.

⁸ Pueden verse entre otras, las sentencias: 252-F- de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001 y la 211-F de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005

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.”

No obstante que la norma expresamente descarta el elemento subjetivo de la culpa, hay sobradas razones para considerar que se mantienen las eximentes que también aplican en el Derecho Administrativo puro, como lo es, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, aunque no la fuerza mayor, porque, como bien se indica en la sentencia, en materia del consumidor se está frente a conductas humanas y no a hechos de la naturaleza.

El **“hecho de un tercero”**, como causa eximente, estaría referido a los actos dañosos de un agente productor “ajeno a la relación jurídica entre el comerciante y el consumidor”, sin que se pueda calificar como tercero, al dependiente, vendedor, o representante del titular, o alguna otra persona que por cualquier título haga presumir su vinculación con el proveedor del bien o servicio, quienes para

todos los efectos, tendrían la misma condición de éste.

En el caso específico que originó la sentencia, es relevante señalar que la jurisprudencia hace acopio de un principio de vieja data como lo es el **ubi emolumentum, ubi onus**, que significa, que **donde está el emolumento está la carga**, y con ello estableció una línea de valoración normativa.

Es importante la introducción de este componente en la jurisprudencia comentada, porque en materia financiera, las facilidades informáticas que los bancos disponen para los clientes, en realidad no constituyen un valor agregado a favor de los cuentacorrentistas -en sentido genérico del término referido a las personas que mantienen vínculos permanentes con los bancos a través de un contrato, y como los únicos que pueden realizar operaciones en línea-, sino que tiende a la producción de un beneficio adicional, y principalmente a favor del banco, que no lo implementó pensando en el usuario o cliente.

Los costos de las operaciones financieras en línea son sustancialmente menores que el de las operaciones realizadas en **“ventanilla”**, siendo que una mayor intermediación por medios informáticos representa un menor costo de operación que incrementa el rubro de las ganancias.

Como la teoría postula que quien crea, ejerza o se aproveche de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes⁹, la carga de tal riesgo debe recaer sobre quien obtiene los

9 Véase cualquiera de las sentencias citadas supra.

mayores beneficios. La sentencia es afirmativa sobre este punto en concreto, al señalar:

“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, como sucede con los 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,

10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 295-F de las 10 horas 45 minutos del 26 de abril del 2007.

circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el sub iudice”. (Resaltado es suplido)

En materia de consumo, en términos genéricos, el ofrecimiento de facilidades para el consumidor, no tiende, como en principio podría interpretarse, a incrementar un valor a favor del cliente sino como un medio de atracción de beneficios, de los que el consumidor se beneficia parcial o indirectamente. Así fue expresamente considerado por la Sala Primera, al condenar a un supermercado a indemnizar a un consumidor -aunque no haya sido comprador-, al que se le sustrajo su vehículo del parqueo, ofrecido como una facilidad para el consumo.¹⁰

B.- Desafíos de la sentencia

Han existido figuras en el Derecho que se han dogmatizado, cuya consecuencia directa e inmediata es la aplicación automática, sin cuestionamientos. El principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito privado era una de ellas, ensalzada y exaltada como una conquista histórica para el patrimonio jurídico de la persona.

Sin embargo a través de los años, ha ido perdiendo esa automatización con el florecimiento de novedosos métodos negociales, como es el caso de los contratos de adhesión, y por la intervención del Estado para evitar -en algunos casos-, la elusión de obligaciones fiscales, parafiscales o de contribuciones sociales.

Varios ejemplos se impone señalar. La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social no distingue ni aplica el principio de la autonomía de la voluntad y califica relaciones obrero-patronales, aún frente a contratos que señalan lo contrario.

La misma situación se presenta con el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que se desmarca de lo que las partes hayan podido negociar, es decir, hace caso omiso a esa autonomía entre partes, y le otorga al Estado la posibilidad de valorar la situación bajo un criterio fáctico, con aplicación del principio de la realidad económica¹¹, y una situación muy similar se presenta en el Derecho laboral con la primacía del contrato realidad.

En algún momento, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte tendrá que incursionar con mayor rigor en temas como tarjetas de crédito, desde una perspectiva distinta a como hasta ahora se ha pronunciado, considerando las marcadas tendencias mundiales a la regulación de los emisores y sus potestades frente al tarjetahabiente.

En esta materia -el dinero plástico como también se le conoce-, varios países han adoptado normativa que descarta la voluntad

individual como el componente mayor, tal es el caso de Panamá, Guatemala y recientemente los Estados Unidos, que han impuesto, límites máximos a las tasas de interés cobradas, así también como, la exclusión o regulación explícita de lo que eran una serie de prácticas perniciosas, tales como la imposición de intereses sobre intereses y el cobro de sumas por concepto de gastos administrativos desconocidos o no justificados.

Sin embargo, el desafío mayor que tiene la justicia, es el de lograr la plena indemnización de los daños y perjuicios causados a los consumidores con prácticas desleales de los comerciantes, o bien, que aún no siendo desleales, le causan un desmedro en su patrimonio globalmente considerado¹².

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no le otorgó al Estado, representado en ese campo por las Comisión de Protección al Consumidor, las facultades suficientes para imponerle a los marchantes de bienes y servicios, la satisfacción indemnizatoria plena, no comparables con las restitutivas de presente aplicación.

El artículo 53 de la citada ley, expresamente establece: *“La Comisión nacional del*

11 El artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios dispone: “Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria. Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien puede atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador de la respectiva obligación fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas”.

12 Conforme al texto del artículo 41 de la Constitución Política en relación con el 45 ibídem, el patrimonio está conformado por los bienes materiales y morales que ostenta una persona, en unos casos por el simple hecho de serlo, y en otros, en función de su posición en una determinada relación jurídica.

consumidor no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 39 de esta Ley, ni del resarcimiento de daños y perjuicios. Estos casos deben ser conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes”.

Esa disposición no es sana en un ordenamiento jurídico de avanzada, donde se busca la celeridad y el equilibrio en las relaciones. Limitar a la Comisión de Protección del Consumidor a un papel de “buen componedor” -sin perjuicio de las multas que pueda imponer-, no es saludable para la economía de una sociedad, donde el consumo interno es parte importante del Producto Interno Bruto (PIB), de ahí la necesidad de una reforma legal para darle a estas oficinas la posibilidad de imponer no solamente sanciones, sino también la indemnización plenaria con la posibilidad del condenado de acudir a estrados judiciales a impugnar la decisión.

El desafío de la jurisprudencia al que se hace referencia, estará centrado en dos elementos: a) la protección del consumidor ante una entidad con mayor musculatura jurídica y económica, y; b) el reconocimiento pleno de los daños y perjuicios, que no se satisfacen ni con el cambio o reposición del bien o servicio, ni con el reintegro del dinero pagado.

1. La incorporación del concepto de daños punitivos.

Hace poco más de un lustro, una gran cantidad de personas tuvieron pérdidas con los denominados “fondos de inversión” de diferentes entidades bancarias en los que habían depositado su confianza y atendido los consejos financieros de los ejecutivos de esas organizaciones.

Con ocasión de la debacle, ninguna de las entidades se hizo responsable de las pérdidas provocadas, a pesar de que las decisiones de inversión fueron diseñadas y ejecutadas por ellas¹³. La culpa es del mercado, se dijo en aquella oportunidad, sin identificar que el mercado no acciona ni reacciona por sí mismo, sino que sus movimientos oscilatorios dependen de los agentes económicos que participan.

Esos vacíos con gran repercusión en el sistema económico del Estado, deberán ser cubiertos con mayor rigurosidad jurisprudencial sin la timidez característica en la cuantificación de las condenatorias¹⁴, lo que ha dado al traste con el correcto entendimiento de lo que es la protección plenaria a los justiciables, donde la internacionalización del comercio y la invisibilización de los productores del daño, posiblemente sea el momento para introducir la figura de los “daños punitivos”, muy propia del Derecho anglosajón.

13 En sentido inverso, la BBC News de Londres, del 25 de febrero del 2010 daba cuenta de la imposición de una multa de 7.8 millones de Libras Esterlinas por parte de la Autoridad de Servicios Financieros (Financial Services Authority, FSA por sus siglas en inglés), por malos consejos financieros otorgados a sus clientes. Si bien no se espera que esas sean las sumas que se manejen en nuestro sistema, al menos deben ser de tal entidad que sirvan de disuasivo a las malas prácticas comerciales y financieras.

14 Ante una avalancha de demandas laborales contra una empresa transnacional por la esterilidad provocada por un producto para fumigar las plantaciones de banano, los tribunales patrios estaban otorgando indemnizaciones máximas de dos millones de colones, mientras que llevado el asunto a estrados judiciales norteamericanos, la media de cada condenatoria era aproximadamente de dos millones de dólares.

Los daños punitivos como instituto jurídico, no se encuentran expresamente regulados por nuestra legislación, sin embargo, alejados del ineficiente esquema de la magia verbal en el ordenamiento jurídico¹⁵, resulta aplicable a través de una extensión interpretativa del artículo 41 de la Constitución Política.

Dispone dicho numeral en lo que interesa: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...”*

Por su parte el artículo 190 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, establece sobre lo que es de interés: *“La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero...”*

Acompaña a la norma anterior, el ordinal 191 en su primera parte que establece que: *“La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores...”*, y finalmente -sin que se acaben las normas atributivas de responsabilidad-, el numeral 197 determina que la responsabilidad administrativa, comprende los daños puramente morales.

Las normas anteriormente expuestas indican expresamente que la reparación comprende *“todos”*, los daños, es decir, no excluye ningún menoscabo sufrido por el justiciable, salvo el caso del artículo 194 de la misma Ley General de repetida cita. que no incorpora el lucro cesante ante la responsabilidad por conducta lícita o funcionamiento normal de la Administración.

En el ámbito del Derecho Civil, el artículo 1045 del Código Civil es explícito en indicar que la reparación deberá ser integral, pues además del daño, el responsable de su causación deberá de cubrir los perjuicios, contenidos que la Sala Primera en su amplia jurisprudencia, se ha encargado de identificar, como los de naturaleza patrimonial y moral.

Si llevamos la interpretación sistemática al ámbito del consumidor, es evidente que la participación activa del juzgador para valorar las conductas reprochadas en relación con las partes involucradas es fundamental para generar verdadera justicia retributiva.

En el Derecho Alemán el principio de la reparación total implica que el deudor debe reparar todo el daño ocasionado, incluidas las consecuencias lejanas de la acción¹⁶, no limitándose a los efectos inmediatos, sino a todo lo que alrededor de su acción se produjo, situaciones que son comunes en materia de consumo¹⁷.

15 Pedro Enrique Haba denomina magia verbal a la consolidada idea que con la sola promulgación de la ley, los conflictos que se busca regular, desaparecen. Véase del señalado autor: Axiología Jurídica fundamental, editorial Universidad de Costa Rica, 2004.

16 Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil, tomo II, biblioteca jurídica Diké, segunda edición, 2001, página 131.

17 Piénsese que además del daño propiamente dicho, tales como el artefacto o producto en mal estado, constituye parte del daño, el tiempo dedicado a buscar la solución al problema, los días que no tuvo el producto ni el dinero a su disposición, los costos adicionales por concepto de viáticos para acudir ante el comerciante a presentar la reclamación, el costo de oportunidad que significó el no uso del bien o servicio, y otros de similar naturaleza.

Desde este ámbito, el estilo jurisdiccional de limitarse a los elementos que casuísticamente se introducen al debate y la costumbre procesal llevada al paroxismo normativo, de no admitir ninguna evidencia que no este relacionada directamente con la discusión inter partes, ha derivado en una solución parcial pero injusta.

Como lo señalara con propiedad un autor, la creación de métodos de producción y comercialización encadenados y en múltiples centros de distribución¹⁸ modifica la estructura del proceso a efectos de determinar el nivel de responsabilidad y de indemnización imputable.

Empresas que tienen un sistema de comercialización múltiple, generan una enorme cantidad de ganancias fuera del sistema ordinario de compra. No entregarle al cliente una moneda de veinticinco céntimos como cambio de una compra, podrá no significar materialmente nada desde la perspectiva individual, pero un millón de clientes a los que se les omite la entrega de esa moneda significan sumas astronómicas mensuales o anuales.

La misma situación se presenta con los débitos insignificantes en las cuentas bancarias, que pasan desapercibidos para el cuenta correntista, pero que en gran escala numérica, le aparejan escandalosas ganancias a los bancos. Es sobre la base general, amplia que el juzgador debe entonces, tomar su decisión, porque una pírrica indemnización por el daño individual solamente sería un acicate para estimular las malas prácticas comerciales.

En los procesos de protección al consumidor, frente a las denominadas por Rivero Sánchez, como *“redes contractuales económicamente eficientes”*, deriva en que la magnitud del daño no siempre debe ser el parámetro para la cuantificación de la indemnización, porque deben considerar otros factores, que como bien se regula en el Código Civil alemán, debería incluirse los *“efectos lejanos”* derivados de la acción dañosa.

No solamente debe considerarse la ecuación matemática relacionada con la medida del daño, sino también incorporarse el beneficio que ese daño le genera a su productor. El nivel socioeconómico del afectado, es, por ejemplo, un factor suficiente para una mayor protección del juzgador al momento de valorar el daño, pero más importante es cuantificar el beneficio que recibe el comerciante, industrial o distribuidor con la práctica acusada.

Las fronteras interpretativas en esta materia deben abrirse sustancialmente, en aras de una verdadera justicia, cuya metodología de valoración fáctica trasciende el mero bien o servicio, para allegar hasta los confines psicológicos del afectado, que se siente impotente ante la fuerza del comerciante o distribuidor.

De ahí que la figura de la indemnización punitiva, donde la condenatoria no está en estrecha vinculación con la cuantía específica del daño, resulta adecuada y eficiente para el cumplimiento del deber del Estado en la protección de los derechos e intereses del consumidor. De otra manera, la diferencia entre las ganancias del comerciante en

18 Rivero Sánchez, op cit, página 181.

relación con las indemnizaciones a los que son condenados, es demasiado tentadora para dejarlas de lado¹⁹.

Es claro que a pesar de las buenas intenciones que pueda tener un legislador al momento de considerar las situaciones sociales necesitadas de regulación, ciertas normas pecan de bondad, con sanciones tan leves que no disuaden a quienes se tientan a obrar mal.

Esa afirmación es particularmente cierta en materia de consumidor, cuando los beneficios de una mala práctica resultan mayores al eventual castigo que pudiera acreditarse, y precisamente ese juego de riesgo-beneficio, es donde la figura de los daños punitivos resulta ser sustancialmente disuasoria.

La traducción literal del daño punitivo o "punitive damages", podría ser confusa, porque lo que es punitivo no es el daño sino la cuantía de la pena que se fijará a quien resulte responsable. Lo de punitivo es porque su constitución tiene la configuración de una sanción, es una pena por el incumplimiento de un deber de no causar daño a otro.

Un caso ilustrativo sobre lo expuesto, es el resuelto por la jurisdicción norteamericana en el caso de Grimshaw versus Ford Motor Company de 1981, en relación con el caso del vehículo *Ford Pinto*.

El vehículo tenía un defecto de fabricación por el cual se prendía fuego si era chocado por detrás, incluso a baja velocidad. La compañía lo detectó y estimó que los costos de llamar a todos los adquirentes de ese modelo, tendría costos mucho mayores que si procedía a indemnizar a cada uno de aquellos que tuviesen la desgracia de ser golpeados por detrás. La empresa hizo una valoración de probabilidades frente al costo beneficio de su silencio.

En una situación con la señalada, la Corte estimó que hubo una intencionalidad desaprensiva en el actuar de la empresa, con una doble reprochabilidad, pues no solamente vendió vehículos defectuosos, sino que conociendo del defecto, no intentó repararlo sino obtener un beneficio de la situación. Como consecuencia de esa conducta, le impuso la indemnización de los daños y perjuicios, pero también una penalidad proporcional al beneficio obtenido con su silencio doloso.

Si bien es cierto que en el Derecho norteamericano los daños punitivos suelen involucrar sumas millonarias, no necesariamente deberá serlo en todos los regímenes, que deberán sujetarse a sus propias condiciones socioeconómicas, porque la realidad es que la figura punitiva, como su nombre lo señala, tiende a la disuasión por el castigo y no al enriquecimiento.

19 Puede verse como un ejemplo de lo señalado, las resoluciones 255-08 de las 17 horas 45 minutos del 2 de junio del 2008 y la 683- 08 de las 17 horas 25 minutos del 11 de diciembre del 2008, ambas de la Comisión Nacional del Consumidor. Una empresa de venta de vehículos, comercializó uno "nuevo", en mal estado y ante la denuncia del comprador, procedió a "repararlo", cuando lo correcto era cambiarlo por otro, dado que el vehículo venía con defectos. Más de un año después de la compra, sin el dinero y sin el vehículo, la Comisión Nacional del Consumidor, imposibilitada por el artículo 53 de la Ley de la materia, resolvió que la empresa debía reintegrarle el dinero al comprador, sin ningún otro aditamento indemnizatorio.

Las sumas casi obscenas que en algunas circunstancias imponen los tribunales norteamericano, son calificadas razonables -con las excepciones del caso-, al percatarse que la proporción y el importe de los veredictos condenatorios por daños punitivos son bajos, cuando normalmente sancionan conductas antisociales sin que se concedan por casos de simple negligencia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha tenido la suficiente claridad para desarrollar la tesis –que es una realidad-, de que el consumo resulta ser un elemento sustancial en la sociedad, sobre todo, en la norteamericana, que es esencialmente consumista, por lo que jurisprudencialmente ha fijado pautas generales para ordenar el sistema, refiriéndose, con la intención de clarificar, entre daños compensatorios y los punitivos²⁰.

Está dispuesta a aceptar la constitucionalidad en ratios de punición que dupliquen, tripliquen o cuadripliquen la suma indemnizatoria "*normal*". Estableció una zona aceptable para ratios que no excedan el 10 a 1, insinuando que los que resulten mayores podrían ser invalidados por irrazonabilidad o *substantive due process*, declarándolo incluso, como violadores a los límites de constitucionalidad²¹.

En los casos reseñados, la corte norteamericana se apartó de la posibilidad de adoptar formulas matemáticas rígidas y en abstracto, dejando en los Tribunales de cada

Estado, disponer, en ausencia de regulación expresa, la medida exacta de la penalidad atendiendo los límites de la razonabilidad del daño en relación con la conducta desplegada por el productor del mismo para provocarlo. En este caso, se castiga pecuniariamente con mayor dureza al comerciante, productor, industrial o distribuidor doloso²².

2.- Problema del daño punitivo en el ordenamiento costarricense

El primer, sería la falta de tipificación de esa categoría jurídica, porque en cuanto el Derecho Civil -rama en la que se podría instaurar con mayor facilidad en relación con la Administrativa-, se diría que funciona basado en la idea de indemnización o reparación, considerándose ese deber de reparación, como el castigo en si mismo.

Es claro que la idea del *daño punitivo* trasciende la indemnización e incorpora un rubro que es de naturaleza punitiva estricto sensu, traducido a "*multa*". Implica que el responsable pagaría una suma que conceptualmente excedería la necesaria para reparar el daño que causó. La víctima recibiría una suma que bajo las bases conceptuales del nuestro Derecho Civil, sería calificada como un enriquecimiento sin causa.

Parece una oposición lógica y razonable en su estructura general, pero matizable en materia del consumidor, porque uno de sus componentes distintivos es que no está concebida desde una percepción individual

20 BMW of North América versus Ira Gore, 517 U.S. 559, 1996, y State Farm versus Campbell, 538-U.S., 408, 2003. En: Cornell University Law School, Legal Information Institute.

21 Puede verse también en ese mismo sentido, los casos de Newport versus Fact concerts Incorporation, 418 U.S., 323-350, 1974.

22 Caso BMW of Norteamerica versus Ira Gore, citado.

sino colectiva. DE ahí la potestad del Estado, en cumplimiento del artículo 46 de la Constitución Política, de imponer restricciones al libre comercio de bienes y servicios, cuando puedan ser dañinos para las personas o las cosas, aún, sin afectación individual²³.

Estando de por medio la intervención del Estado, obligatoria en algunos casos y facultativa en otros, el Derecho del Consumidor trasciende el Derecho Civil, es una ramificación del Derecho Público -como lo es el penal-, y en ese sentido, hay lo que novedosamente se ha calificado en algunos casos como “*daño social*”²⁴ , solamente que identificado directamente con la víctima y no con la sociedad.

Se podría entender que las multas que la Comisión Nacional de Consumidor impone, conforme al artículo 57 ²⁵, constituirían una indemnización por el daño social, pero la satisfacción particular de los consumidores no se logra a su través.

La introducción de la figura de los daños punitivos, debe partir de la experiencia alarmante, de que nuestro sistema normativo de responsabilidad civil, tal y como está estructurado, carece de suficientes herramientas disuasivas frente a cierta clase de daños, donde no basta con indemnizar a la víctima, sino que además, se requiere generar mecanismos que signifiquen para el causante una erogación sustancialmente superior a la necesaria para repararlo, de modo que no se obtenga ganancia alguna del ilícito cometido.

Piénsese en el caso de una empresa vendedora de automotores que vende uno en mal estado por la suma de Quince millones de colones. Con un procedimiento administrativo ante la Comisión Nacional de Consumidor, cuyo plazo de duración ordinario es de ocho meses, y una resolución final que ordena a la empresa la devolución del dinero, no se logra la finalidad de la protección²⁶.

La empresa obtiene mayores beneficios económicos con una práctica desleal en perjuicio

del consumidor, sin verse afectada en lo más mínimo, teniendo presente que los intereses que potencialmente se vea compelida a pagar saldrían de los mismos réditos producidos con el dinero del consumidor afectado. ¿Dónde está la sanción? O lo que es peor ¿Quién pagó finalmente la indemnización?

La justicia no sería lo suficientemente equitativa aunque lo aparente, porque un elemento nuclear del ordenamiento jurídico -diríase que es su génesis espiritual-, es establecer modelos de conducta para la sociedad, que tienden a la convivencia, con criterios más o menos equitativos, dada la imposible en la sociedad humana, de la igualdad absoluta.

3.- Por qué resulta un desafío para la Sala Primera su propia jurisprudencia?

Siendo un Tribunal jurídica y jurisprudencialmente más estable, se espera que la resolución reiterada en materia de responsabilidad, permita un acrecentamiento del marco de valoración e interpretación, siempre en protección de los derechos fundamentales -de todos-, pero con especial énfasis a favor del eslabón más débil de la cadena -se sigue en la línea del Derecho del Consumidor-.

Al carecerse de un marco normativo mínimo para condenar bajo la figura de los

daños punitivos, la Sala Primera de la Corte tiene la posibilidad jurisprudencial, de ampliar los límites de las condenatorias contra los infractores a las buenas prácticas comerciales, allende las sumas de los daños y perjuicios -cuando los hubiere-, estrictu sensu.

Habría imposición de sanción que técnicamente podría calificarse como “*daños punitivos*” sin que normativa ni lingüísticamente se denominen como tal, a partir de una condenatoria mayor a la “*normal*”, trazando así una línea de comportamiento a los agentes económicos, cuando estos, con conocimiento de causa, persistan en mantener conductas comerciales dañinas.

Surgirían las preguntas: ¿Cómo determinar los casos en los que el hecho o acto dañoso sea por pura negligencia frente a otros no tan negligentes? Y; ¿Cómo determinar el monto de la indemnización?

Evidentemente no hay una respuesta única a las interrogantes, porque cada caso tendrá su propia identidad fáctica y causal, pero en cuanto a la cuantificación de la indemnización -que sea mayor a la normal-, los jueces al igual que en la cuantificación del daño moral subjetivo, deberán recurrir a su ciencia, experiencia conocimiento y sobre todo, a la equidad, considerando la totalidad de los elementos a su alcance, debiéndose inclinar por las cuestiones de fondo.

23 A manera de ejemplo puede verse la Ley General de Salud y los reglamentos para la inscripción de medicamentos, alimentos y vestimentas destinadas al consumo humano.

24 En Costa Rica fue insertado en el Código Penal, con gran suceso en recientes conflictos judiciales relacionados con la corrupción en la función pública..

25 El artículo 57 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala: Sanciones. La Comisión Nacional del Consumidor debe conocer y sancionar las infracciones administrativas cometidas en materia de consumo, estipuladas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil correspondiente. Según la gravedad del hecho, las infracciones cometidas en perjuicio de los consumidores deben sancionarse con multa del siguiente modo:

a) De una a diez veces el menor salario mínimo mensual establecido en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, por las infracciones indicadas en los incisos d), e), f), j) y n) del artículo 31 y en el artículo 35 de esta ley.

b) De diez a cuarenta veces el menor salario mínimo mensual fijado en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, por las infracciones mencionadas en los incisos b), h), i), k), l) y m) del artículo 31 de la presente ley.

Debe aplicarse el máximo de la sanción administrativa indicada en el párrafo anterior cuando, de la infracción contra esta ley, se deriven daños para la salud, la seguridad o el medio ambiente, que ejerzan un efecto adverso sobre los consumidores”.

26 En esos ocho meses la vendedora de vehículos que los vende financiados a una tasa con diez o quince puntos mayores a la tasa básica pasiva del Banco Nacional, obtuvo un rédito financiero que nunca será igual -es muchísimo mayor-, a los que eventualmente resultaría condenada a pagarle al afectado.