

**La Responsabilidad Civil de las entidades bancarias derivada del fraude electrónico
sufrido por los consumidores financieros en Colombia**

Carolina Trujillo Montoya

Trabajo de grado en modalidad de artículo para optar por el título de Magíster en Derecho

Asesor

Esteban Mejía Rico

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Maestría en Derecho

Medellín

2023

Resumen

En Colombia no existe una consagración legal expresa en cuanto al régimen de responsabilidad civil aplicable a las entidades bancarias en supuestos de fraude electrónico sufrido por consumidores financieros, por lo cual se han dado diferentes interpretaciones en la doctrina sobre el régimen aplicable y los criterios que se deben considerar en el análisis, siendo este un tema de suma relevancia y actualidad considerando el contexto de la sociedad colombiana actual en el que se presenta un auge de las nuevas tecnologías en diferentes sectores económicos dentro de los cuales se encuentra la actividad financiera con la creciente digitalización de los servicios bancarios (Asobancaria, 2022, p. 15), así como el incremento de los delitos cibernéticos (Asobancaria, 2023, p. 1).

En virtud de lo anterior, este artículo busca indagar sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil aplicable a las entidades bancarias por fraude electrónico sufrido por los consumidores financieros en Colombia. Para esto, se realizó una búsqueda de doctrina y jurisprudencia relevante en la materia y se adelantó el contacto directo con autoridades judiciales vía Derecho de Petición para determinar y analizar el régimen que aplica la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como las Salas Civiles de los Tribunales Superiores de Medellín y Bogotá y la Delegatura de asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, para imputar Responsabilidad Civil a los bancos en estos supuestos, encontrándose una preferencia de estas autoridades por aplicar un régimen de responsabilidad objetiva.

Así las cosas, para cumplir con el objetivo planteado se procederá con el siguiente plan:

i) Ilustrar los principales tipos de fraude electrónico que se presentan en la actualidad; ii)

identificar el marco regulatorio vigente en Colombia para la responsabilidad civil de entidades bancarias por fraude electrónico en perjuicio de los consumidores financieros, así como los principales aportes de la doctrina frente a si se trata de un régimen de responsabilidad civil objetivo o subjetivo; iii) identificar los principales argumentos que se han esgrimido para imputar responsabilidad civil por parte del Tribunal Superior de Medellín, la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera de Colombia en esta materia; iv) Realizar un análisis crítico de los argumentos que se han esgrimido por parte de las autoridades judiciales para imputar responsabilidad civil en estos supuestos, la aplicación del régimen de la obligación de seguridad en supuestos de fraude electrónico y establecer una crítica a la aplicación analógica del régimen de cheques, para finalmente, v) plantear las conclusiones del presente trabajo.

Palabras clave

Responsabilidad civil bancaria, fraude electrónico, consumidor financiero, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, responsabilidad civil contractual y extracontractual, obligación de seguridad, obligación de medios, obligación de resultado.

Introducción

En Colombia no existe una consagración legal expresa en cuanto al régimen de responsabilidad civil aplicable a las entidades bancarias en supuestos de fraude electrónico sufrido por consumidores financieros, por lo cual han surgido diferentes interpretaciones en la doctrina sobre cuál es el régimen aplicable en la materia así como los criterios que deben considerarse en dichos supuestos, siendo este tema de suma relevancia considerando el auge de las nuevas tecnologías que se presenta actualmente en diferentes sectores económicos,

dentro de los cuales se encuentra la actividad financiera y bancaria, así como el incremento de los delitos cibernéticos en los últimos tres años (Asobancaria, 2023, p. 1).

A raíz de esta situación se han suscitado discusiones teóricas en la doctrina en donde se evidencian posturas que defienden o establecen críticas a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad civil a supuestos de fraude electrónico bancario que se ha planteado por autoridades judiciales. Dentro de las referidas posturas se destacan las planteadas por los autores Camilo Martínez Beltrán y Sergio Rojas Quiñones en su obra *Sin dolo y sin culpa: un nuevo paradigma jurisprudencial para la responsabilidad bancaria* en donde se plantea una crítica a la manera en la que se ha objetivizado la responsabilidad bancaria. Al igual que Juliana Hernández Botero en su obra *La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos*, Paz Sefair (2018) que en *La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. Una mirada a la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia* establece una crítica a la causal de exoneración de la culpa de la víctima atendiendo a que la Superintendencia Financiera no considera el elemento de causalidad cuando valora la culpa de la víctima (p. 261). Alejandro Rodríguez Zárate que plantea críticas al tratamiento objetivo de este tipo de responsabilidad en su obra *Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional* e incluso el mismo doctrinante Javier Tamayo Jaramillo quien ha planteado una crítica a la aplicación del régimen objetivo en la responsabilidad contractual bancaria en general en *La responsabilidad contractual bancaria no se basa en la teoría de las actividades peligrosas o riesgosas*, entre otros.

Por otro lado se traen a colación los análisis planteados por Jorge Armando Corredor Higuera y Daniela Ríos Moreno en su obra *Análisis histórico de la responsabilidad civil de la actividad bancaria y su impacto en Colombia* en donde se dilucida una postura garantista con el consumidor, que propende por un régimen favorable al consumidor financiero encontrándose argumentos para sostener la aplicación de un régimen objetivo, y similares planteamientos de Jorge Alberto Padilla Sánchez y Málory Zafra Sierra en *Responsabilidad de los establecimientos bancarios por el pago de cheques falsos o alterados en Colombia*.

Las anteriores posturas surgen en el marco de la ausencia de una esquematización clara del régimen de responsabilidad de estas instituciones en supuestos de fraude electrónico puesto que en el análisis de responsabilidad que han realizado las autoridades judiciales, destacando la única sentencia en la materia que se conoce a la fecha de la Corte Suprema de Justicia, que ha servido de base para pronunciamientos de la Superintendencia Financiera y el Tribunal Superior de Medellín, no hay unanimidad en los criterios a partir de los cuales se debe analizar la imputación de este tipo de responsabilidad, ya que en la misma sentencia se combinan criterios diferentes como la teoría del riesgo, que se ha aplicado tradicionalmente para imputar responsabilidad civil en materia extracontractual, la aplicación por analogía del régimen de los supuestos de pago de cheques falsos o adulterados y se hacen menciones de paso a la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas, ignorando la relación contractual existente entre la entidad bancaria y el consumidor financiero a partir de la cual es pertinente analizar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

En virtud de lo anterior, del balance actual de la jurisprudencia y doctrina colombiana se extrae que existe una preferencia por aplicar un régimen de responsabilidad objetiva. Esto se constata en la referida sentencia SC- 18614 de 2016, la cual se constituye en la única

sentencia de la Corte Suprema de Justicia que trata específicamente el tema del fraude electrónico cometido en detrimento del consumidor financiero por sustracción de recursos de una cuenta de ahorros mediante canales virtuales.

Así las cosas, se requiere una evaluación sistemática del régimen de responsabilidad por fraude electrónico dentro del ordenamiento jurídico colombiano, que permita acompañar la actividad financiera con las estructuras dogmáticas de la responsabilidad civil que se han construido a partir de la jurisprudencia y doctrina.

En consecuencia, del análisis de responsabilidad que se realice se hace necesario considerar un componente de cumplimiento de obligaciones contractuales de las entidades bancarias y los consumidores financieros, considerando los riesgos que se presentan en el comercio electrónico, que no deberían ser analizados con la aplicación analógica del régimen de responsabilidad bancaria por cheques fraudulentos o de actividades peligrosas, pues con eso se está desconociendo el carácter contractual de la relación existente entre el consumidor financiero y la respectiva entidad bancaria y la ausencia de materialidad en las transacciones electrónicas por canales virtuales.

En virtud de lo expuesto, el propósito del presente trabajo es indagar sobre cuál debe ser el régimen de responsabilidad civil aplicable a las entidades bancarias en Colombia por supuestos de fraude electrónico en perjuicio de los consumidores financieros. Este análisis se hará en el escenario en el que se realicen operaciones bancarias empleando medios electrónicos de pago por canales virtuales, por lo que no es objeto del presente análisis el fraude que sobre medios de pago electrónicos pueda generarse por virtud de acciones físicamente verificables, como por ejemplo el hurto del plástico y su uso posterior mediante presencia física en un

establecimiento de comercio o en un cajero electrónico, o la falsificación del plástico con los mismos fines (Rodríguez Zárate, 2014, p. 290).

Para estos efectos el presente trabajo comprende los siguientes acápite:

I. *Principales tipos de fraudes electrónicos a los que se ven expuestos los consumidores financieros en desarrollo de las transacciones electrónicas del sistema bancario a través de medios virtuales* en donde se identifican los principales tipos de fraude electrónico bancario para luego en II. *Una mirada normativa integrada desde el ordenamiento jurídico colombiano frente a la responsabilidad civil de las entidades bancarias en supuestos de fraude electrónico*, identificar el marco regulatorio vigente en Colombia que define los principales elementos dentro de los cuales se analiza este tipo de responsabilidad civil bancaria con apoyo de planteamientos que se han realizado en la doctrina frente a la aplicación de un régimen objetivo en contraposición a aplicar un régimen subjetivo en el tratamiento de esta materia, para posteriormente en III. *Régimen aplicado por parte de las autoridades judiciales* identificar los principales criterios y argumentos que se han esgrimido por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Medellín y la Superintendencia Financiera de Colombia para imputar responsabilidad civil en supuestos de fraude electrónico bancario y finalmente en IV. *Análisis crítico del régimen de Responsabilidad Civil aplicable* presentar los hallazgos de la investigación realizada, realizar un análisis de los criterios y argumentos que se han esgrimido por parte de las autoridades judiciales para imputar responsabilidad civil en estos supuestos y de la aplicación del régimen de la obligación de seguridad en la materia, proponiendo una crítica a la aplicación analógica que se ha realizado por parte de la Corte Suprema de Justicia del régimen de fraude con cheques y dejando de presente el planteamiento de inquietudes que

surgen para posteriores desarrollos, para finalmente en V. *Conclusiones* presentar las conclusiones del presente trabajo.

I. Principales tipos de fraudes electrónicos a los que se ven expuestos los consumidores financieros en desarrollo de las transacciones electrónicas del sistema bancario a través de medios virtuales

Como consecuencia del desarrollo tecnológico han mutado las formas de interacción entre los consumidores financieros y las entidades bancarias, de tal forma que estas han ofrecido con el tiempo mayores beneficios a los primeros, sin embargo, conlleva ello también múltiples riesgos a los que las entidades bancarias deben hacerle frente y en efecto brindar mayores niveles de cuidado y seguridad a quienes acuden a ellas por sus servicios (Guarnizo & Segura, 2018, p. 7).

De lo anterior se desprende que uno de los principales riesgos a los que se enfrentan los consumidores financieros en sus transacciones electrónicas es el de ser víctimas de fraude en sus transacciones por canales virtuales. En este punto se destaca que según datos que proceden de la red de inteligencia global de TransUnion, así como de un estudio realizado para la misma compañía en 18 países y regiones de todo el mundo que sirvieron de fundamento para el informe presentado sobre el Estado del fraude Omnicanal, los intentos de fraude digital en Colombia crecieron 859% de 2019 a 2022, como producto del aumento del 960% que ha tenido el volumen total de operaciones que se realizan en línea (TransUnion, 2023).

Ahora bien, según cifras de la Superintendencia Financiera de Colombia en los primeros siete meses de 2022 los bancos recibieron más de 221.000 quejas por fraude, reconociendo \$243.000.000.000, de los cuales, \$72.000.000.000 fueron asumidos por incidentes cibernéticos que sufrieron sus clientes (Superintendencia Financiera de Colombia, 2022).

Dicho lo anterior, se hace necesario precisar que dentro de los mecanismos de fraudes informáticos más destacados se encuentran las modalidades de Phishing, Pharming, Vishing, Malware, entre otras, de las cuales lo que varía es el mecanismo que se emplea para sustraer la información personal de los titulares de los productos financieros para acceder a estos y realizar la sustracción ilegal de recursos sin su autorización, que puede ir desde el envío de correos electrónicos fraudulentos que dirigen a los clientes a páginas web falsas que aparentan ser de la entidad bancaria y llamadas telefónicas fraudulentas con información obtenida desde internet, hasta los mensajes de texto o mensajes por WhatsApp, o la inyección de códigos o archivos maliciosos como se pasará a exponer a continuación (Corredor & Ríos, 2021, p. 17).

El Phishing se conoce como “pesca”, ocurre en internet y lo que busca es obtener todos los datos del usuario como: claves, cuentas bancarias, números de tarjetas de crédito, entre otras, con el ánimo de cometer fraudes electrónicos (Arias, 2014, pp. 18- 28).

Para cometer este tipo de fraude, los agentes se valen de los correos electrónicos de los usuarios de la supuesta entidad bancaria y crean páginas web que imitan la imagen, el logo y el diseño del sitio web de la entidad bancaria y mediante un enlace

descargan las bases de datos más importantes para la extracción del dinero, estos enlaces son sitios falsos o conocidos como “sitios poof” que desaparecen rápidamente (SC -18614, 2016).

Según la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones (2020) para el año 2020 cada 24 horas se reportaron a la Fiscalía General de la Nación en promedio 67 casos nuevos de infracciones a la ley de delitos informáticos, presentando este creciente nivel de afectación una relación directa con el incremento de casos de phishing denunciados durante el primer trimestre de 2020, cuya cifra superó 804 casos registrados y una variación porcentual de más del 240% respecto a los 235 casos reportados en 2019 (p.4).

Otro tipo de fraude es el Pharming que consiste en que las páginas visitadas por los usuarios no son las reales, es decir, que cuando el sujeto entra al supuesto sitio web de la entidad bancaria y digita su información personal, esta se almacena en una cuenta falsa. Todo este proceso se hace mediante los DNS o sistemas de nombres de dominio de una red de ordenadores haciendo que la URL (las direcciones www) apunten hacia un servidor diferente del original de modo que si la DNS se encuentra corrompida apuntará a otra página que será una copia casi exacta de la fidedigna y que al usuario le es difícil distinguir, por lo que inmediatamente después de registrados los datos se proyecta un error al usuario y es así que en ese preciso momento el delincuente cibernético ha cometido su objetivo (SC- 18614, 2016).

En el Vishing, el defraudador acude a mensajes de texto, e-mails o correos de voz para propagar comunicaciones supuestamente provenientes del banco que solicitan

datos confidenciales o piden redireccionarlas a otro número y hablar con alguno de los defraudadores (SC -18614, 2016).

Aunado a lo anterior, frente a los mensajes de datos que se abren en el ordenador del usuario se instala en el mismo un Malware (programa o código malicioso) a través del cual se implementa un “keylogger” encargado de registrar las pulsaciones del teclado, de tal forma que se crea un fichero que es enviado por internet permitiéndole al defraudador acceder a contraseñas, número de cuentas, entre otros (SC- 18614, 2016).

En este punto se precisa que frente a la sentencia que se analiza en el presente trabajo del Tribunal Superior de Medellín del año 2023, se identificó para dicho caso concreto que el fraude cometido se perpetuó gracias a la presencia de un Malware en el sistema de los equipos internos de la compañía demandante que causó un detrimento por valor de \$304.700.000 frente a los cuales la entidad bancaria realizó la restitución de \$101.894.418 discutiéndose en la instancia judicial la suma de \$202.812.882, correspondientes a los valores que no habían sido reintegrados de las transacciones fraudulentas, más los intereses corrientes y la condena en costas procesales; mientras que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia el tipo de fraude que se identificó fue el phishing por haberse realizado transacciones en una página que no era la real de la entidad bancaria y que se concretaron en un detrimento patrimonial de \$124.590.000.

De otro lado, se identificaron menores cuantías en las decisiones analizadas de la Superintendencia Financiera de Colombia destacando a modo de ejemplo la discutida en la acción de protección al consumidor financiero de radicado 2016118159 en donde se sustrajo de una cuenta de ahorros la suma de \$9.596.604.

Ahora, de la exposición de las modalidades reseñadas de fraude se revela que las contraseñas y palabras clave ya no son mecanismos suficientemente seguros, ni podrían considerarse como mecanismos fuertes de autenticación porque pueden ser interceptados durante la transmisión de los datos vía internet y tienen, por tanto, un alto grado de vulnerabilidad sino que también obligan a adoptar herramientas más seguras en la medida en la que los métodos de defraudación son cada vez más sofisticados, de manera que al cliente le es prácticamente imposible detectarlos antes de la sustracción de dinero de su cuenta (SC- 18614, 2016).

Lo anterior aunado al hecho de que ya se encuentran bastante identificados y decantados los tipos de fraudes más comunes y la manera en la que se cometen, lo cual debe servir de pauta para la entidad bancaria a la hora de fortalecer la seguridad en el funcionamiento de sus sistemas.

II. Una mirada normativa integrada desde el ordenamiento jurídico colombiano frente a la responsabilidad civil de las entidades bancarias en supuestos de fraude electrónico

En los últimos años se han incorporado avances tecnológicos a la actividad bancaria para permitir que las operaciones se efectúen con mayor agilidad. En este

sentido se destacan los atinentes a la de la distribución de productos y servicios financieros pasando de las operaciones a través de canales tradicionales como centros físicos de atención a canales transaccionales digitales como internet y las aplicaciones en dispositivos móviles (Bran Guevara et al., 2022, p. 5).

Pese a que la actividad financiera y bancaria en Colombia, como actividad profesional, habitual y lucrativa, se ha considerado de interés público desde la Constitución Política Colombiana de 1991, en su artículo 335, y que desde el artículo 78 del mismo texto se consagró que quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la seguridad y adecuado aprovisionamiento a consumidores serán responsables de acuerdo con la ley, no hay una regulación legal expresa que establezca los criterios y las normas a partir de las cuales se debe analizar la imputación de responsabilidad civil bancaria por fraude electrónico cometido en perjuicio de los consumidores financieros, por lo que ha sido desde la doctrina y jurisprudencia que se han emitido pronunciamientos al respecto para dar luces en cuanto al tratamiento de esta responsabilidad.

La relación entre el banco y el consumidor financiero está mediada generalmente por un contrato de adhesión, que para efectos del presente escrito estará circunscrito a los contratos bancarios de cuenta corriente y ahorros regulados en el Título XVII del Código de Comercio colombiano, por lo que en principio, sin atender a las particularidades de cada relación contractual y del desequilibrio que se puede presentar entre las partes del respectivo contrato, el régimen de responsabilidad civil bancaria estaría determinado bajo el régimen de responsabilidad civil subjetivo, siendo

necesario realizar un análisis del cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las partes de cara a la imputación de responsabilidad civil.

En la doctrina, Broseta y Martínez (2022) definen el contrato de depósito como “aquel por el cual el Banco recibe de sus clientes sumas de dinero, cuya propiedad adquiere, comprometiéndose a restituir otro tanto en la misma moneda y en la forma pactada” (p. 268). En el mismo sentido, el Código de Comercio colombiano en su artículo 1382 define el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria como aquel en virtud del cual “el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.”

Ahora bien, de cara al análisis de responsabilidad de las entidades bancarias, vale la pena señalar que autores como Tamayo Jaramillo (2007) exponen como elementos de la responsabilidad civil la conducta, el daño y el nexo de causalidad entre la primera y el segundo (p. 188).

Es así como, trayendo a colación lo expresado por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de Radicado 05001220301820210031901 (2023), la responsabilidad civil, bien sea la contractual o la aquiliana, requiere que el demandante demuestre tres presupuestos axiológicos: el hecho o conducta, el daño y el nexo de causalidad. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad contractual, es necesario acreditar la relación entre esos supuestos y la ejecución de un contrato válidamente celebrado. En este régimen son cuatro los elementos configurativos de la pretensión

indemnizatoria: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) la ocurrencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas por las partes o impuestas por la ley para el determinado negocio jurídico; (iii) la generación de un daño, entendido como la afectación del patrimonio de la víctima, que en el caso concreto en principio sería una afectación patrimonial; y, (iv) la existencia de un nexo de causalidad, que debe ser precisado por el incumplimiento injustificado de la obligación por una de las partes contratantes.

Ahora bien, el marco regulatorio de responsabilidad en las operaciones virtuales bancarias ha sido objeto de construcción por parte de la jurisprudencia colombiana, con fundamento en los supuestos y normas del Código de Comercio, principalmente los artículos 732, 733 y 1391, sobre responsabilidad bancaria frente al pago de cheques adulterados o falsificados y 1398 en lo atinente al reembolso de sumas depositadas que se haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario en cuentas de ahorro, sin que las referidas normas contemplaran los fraudes cometidos empleando medios electrónicos de pago por canales virtuales (SC - 18614, 2016).

Tomando como fundamento las normas previamente indicadas del Código de Comercio, se encuentra que la actual jurisprudencia colombiana de la Corte Suprema de Justicia, atribuyéndole alcance y contenido a dicha normatividad, adopta la posición de aplicar un régimen objetivo de responsabilidad basado en las doctrinas del riesgo que históricamente han evolucionado pasando por el riesgo creado, provecho y profesional reconociendo que el riesgo de fraude electrónico es inherente a la actividad bancaria materializándose con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por

delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos (SC -18614, 2016).

Ahora, si bien no hay unanimidad en cuanto a los criterios a partir de los cuales se debe analizar la responsabilidad civil bancaria por fraude electrónico, la Superintendencia Financiera de Colombia sí ha emitido directrices y ha regulado las obligaciones de las entidades financieras, dentro de las cuales se encuentran los bancos, frente a sus consumidores financieros, como es el caso de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (Circular Externa 029 de 2014) que en la parte I, título II, capítulo I, numeral 2, sobre canales, medios y seguridad, consagra los requisitos que deben cumplir las entidades para ofrecer a sus clientes mecanismos fuertes de autenticación en el empleo de medios electrónicos para sus transacciones.

En este sentido la autenticación electrónica permite validar a los usuarios por medios electrónicos, en relación con un mensaje de datos, y provee los mecanismos necesarios para firmarlos electrónicamente, en los términos de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.

En el mismo sentido, la referida Circular, en su numeral 2.3.3.1.12, establece como requerimientos generales en materia de seguridad y calidad de la información con los que deben cumplir las entidades bancarias, dentro de otros, los siguientes: i) Disponer de hardware, software y equipos de telecomunicaciones, así como de los procedimientos y controles necesarios, que permitan prestar los servicios y manejar la información en condiciones de seguridad y calidad, ii) establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando

existan situaciones o hechos que lo ameriten, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos, y iii) elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.

En armonía con lo anterior, dentro de los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas que consagra la Ley 1328 de 2009, en su artículo tercero, se encuentran: la debida diligencia, transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, la responsabilidad en el trámite de requerimientos de los consumidores y la educación al consumidor financiero, entre otros (Radicado 2018078853036000, 2019).

En desarrollo del principio de debida diligencia que consagra la Ley 1328 de 2009, los consumidores financieros tienen el derecho a su vez de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por dichas entidades.

En línea con lo anterior, en el artículo quinto de la referida Ley, se consagran de manera enunciativa los derechos de los consumidores financieros, dentro de los cuales se destaca, en el literal a) del mismo artículo, el derecho que tienen los consumidores financieros de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, así como a exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas, máxime cuando se trata de entidades como son los bancos, expertas en la actividad financiera y bancaria.

En este sentido se observa que desde la Ley 1328 de 2009 se hace referencia a una debida diligencia por parte de la entidad bancaria, abriendo la posibilidad así a un análisis bajo un régimen de responsabilidad civil subjetiva.

Adicionalmente, el literal f del mencionado artículo quinto estipula que los demás derechos que se establezcan en la Ley 1328 de 2009 o en otras disposiciones, y los contemplados en las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia cobijarán las relaciones existentes entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, por lo que, ante la existencia de un contrato entre estos, en el mismo se entienden incorporados los derechos consagrados en tales disposiciones normativas (Radicado 2012075021, 2013).

Aunado a lo anterior, se encuentran directrices en materia de requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de la información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios del sector financiero contenidos en la Circular Externa 052 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica Jurídica 029 de 2014, y la Norma Técnica Colombiana ISO IEC 27001.

Las medidas que se adoptan dentro del marco de regulación de la Ley 1328 de 2009, y todos los esfuerzos empleados desde la institucionalidad y la integración con los lineamientos de protección del consumidor financiero, no pueden ser solo de papel, pues es importante que exista una verdadera protección del consumidor en el sentido de que sea visto como un buen sistema financiero (Anaya Saade, 2020, p. 8).

Ahora bien, una vez identificado el marco normativo a partir del cual se estructura la responsabilidad bancaria en su relación con los consumidores financieros es importante destacar que se han suscitado cuestionamientos en la doctrina frente a si el análisis se debe estructurar en el marco de un régimen objetivo de responsabilidad como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC- 18614 de 2016, que a su vez ha sido la postura adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia o si hay lugar para el análisis bajo un régimen subjetivo, sin perder de vista las críticas que se plantean al régimen objetivo.

Es así como Hernández (2020), en su obra *La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos*, presenta críticas a la referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, frente a la que se profundizará más adelante, toda vez que en la misma se alude a la diligencia debida de los bancos, limitando los medios de defensa, excluyendo las causales de exoneración de ese régimen objetivo de responsabilidad, ignorando la naturaleza contractual de la relación, las órbitas de seguridad de cada parte y las regulaciones de comercio electrónico (p. 4).

En este sentido, Hernández (2020) plantea que la responsabilidad por fraudes electrónicos en materia bancaria, por tratarse de una responsabilidad contractual, debe resolverse de acuerdo con el cumplimiento de los deberes de diligencia de ambas partes, con criterios subjetivos y no con los criterios de la responsabilidad objetiva (p. 4). Así, bajo la concepción de un régimen de responsabilidad subjetivo, la relevancia del incumplimiento estaría condicionada al presupuesto de la culpa (Fraga, 1987, p. 40).

Como complemento de lo anterior, Hernández (2020) plantea que a las entidades financieras se les exige el cumplimiento del principio de debida diligencia, para que las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros se desarrollen de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del primero de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas (p. 12).

Lo anterior, es coherente con la postura que, aunque no es pacífica en la doctrina, plantea que la culpa es fundamento de toda responsabilidad contractual, siendo para la mayoría de los autores, válida la teoría que afirma que la culpa es necesaria para que haya responsabilidad contractual (Tamayo Jaramillo, 2007, pp. 399- 400). Ahora bien, el análisis de la culpa en materia contractual se debe circunscribir en el marco del cumplimiento de las obligaciones del respectivo contrato.

Ahora, cuando se plantea la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en materia contractual, este análisis se realiza en el supuesto en el que un deudor debe responder en caso de daños producidos por su incumplimiento, aunque no haya existido culpa de su parte (Tamayo Jaramillo, 2007, pp. 409).

En el régimen de responsabilidad objetiva, surge la obligación de indemnizar aún a pesar de que el responsable haya obrado con la mayor diligencia, en la medida en que en esta modalidad de responsabilidad es indiferente la corrección o incorrección del comportamiento del agente (Martínez & Rojas, 2018).

En este sentido, frente al espectro de la responsabilidad objetiva, la entidad bancaria no se exime de responsabilidad con solo probar la debida diligencia o cuidado con su sistema

de seguridad, sino que, debe, además, garantizar al usuario que su dinero se encuentre a salvo, esto es, se le exige un resultado.

Bajo esta óptica, el fenómeno de la objetivación de la responsabilidad de los bancos se ha caracterizado por ser disimulado en la medida en la que los jueces preservan en sus elaboraciones teóricas referencias constantes a la culpa, las cuales desaparecen por completo a la hora de hacer el análisis fáctico del caso estudiado (Martínez & Rojas, 2018) en el que prima una aplicación de responsabilidad objetiva como ocurre con el caso de la sentencia de 2016, hito en la materia en donde además se trae a colación un argumento de imputación objetiva por riesgo.

En este último punto, autores como Tamayo Jaramillo (2019) plantean que la responsabilidad objetiva por riesgo en la actividad financiera es válida solo en materia extracontractual, si con ella se pone en riesgo el patrimonio de los terceros ajenos al contrato, pero frente a los acreedores contractuales, la responsabilidad será objetiva o culposa dependiendo únicamente del tipo de obligaciones contraídas, según se trate de obligaciones de medios o resultado, como se expondrá en acápite posterior.

Lo anterior, atiende a que según Tamayo Jaramillo (2019) se presenta una confusión en el análisis objetivo de responsabilidad por riesgo, al no diferenciar el riesgo social o alea de causar daño a terceros en materia extracontractual, con el alea o incertidumbre de obtener el beneficio buscado por un acreedor contractual. Destacando que, en realidad, en los dos tipos de responsabilidad se trata de aleas diferentes y expone que es apenas razonable que toda actividad que genere altas posibilidades físicas de causar daño a terceros constituya una responsabilidad extracontractual objetiva por actividades peligrosas, la cual

se encuentra consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, pero destaca que en materia contractual si el riesgo o alea no consiste en la probabilidad de causar daños a terceros ajenos a un contrato, sino en la dificultad que tiene el deudor de obtener el beneficio buscado por el acreedor al contratar, la solución debe ser diferente y por lo tanto, remite al análisis de obligaciones de medio o resultado según la aleatoriedad de obtener el resultado buscado por el acreedor atendiendo a la relación contractual existente.

En este punto se precisa que algunos jueces y doctrinantes que acogen la clasificación de obligaciones entre medios y resultado, al reconocer la culpa como base de nuestro sistema de responsabilidad civil, sostienen que la no obtención del resultado es en sí una culpa si entendemos la culpa como aquella desviación jurídica de la conducta respecto a de un modelo de comportamiento, de modo que el deudor de un resultado, al no proporcionarlo, se desvía de lo debido en la obligación frente al acreedor, de la conducta referente, e incumple un mandato jurídico de conducta, pudiéndose denominar esto como culpa (Flórez Peláez, 2021, p. 16).

Sumado a lo anterior, para Tamayo Jaramillo (2019) acudir a la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas para los contratos financieros significa la aplicación equivocada de la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas, a la responsabilidad contractual financiera, lo que implica una ruptura con el principio de la prohibición de acumular las dos responsabilidades.

En adición a lo expuesto, la aplicación de la responsabilidad objetiva al caso concreto sin partir de un análisis del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes desconoce la interpretación que se ha hecho del artículo 88 de la Constitución Política

colombiana, en virtud de la cual la jurisprudencia tiene establecido con relativa claridad que la regla general en materia de imputación es la culpa (Martínez & Rojas, 2018). El referido artículo declara que es la ley la que debe definir los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Para algunos autores, el régimen subjetivo de responsabilidad contractual bancaria es coherente con el artículo 1604 del referido Código que estructura la responsabilidad del deudor a partir de los criterios de culpa grave, leve y levísima, según el beneficio que el negocio jurídico le genere a las partes. Bajo este entendimiento la valoración subjetiva de la conducta se presenta como criterio general de atribución en materia de responsabilidad contractual, como es la que se predica de la relación que sostienen los bancos con sus clientes (Martínez & Rojas, 2018).

Rodríguez Zárate (2014) por su parte plantea que en temas de fraude electrónico bancario se está frente a una responsabilidad contractual, que debe analizarse de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, bajo el entendido de que dicha normativa se erige como fundamento de este régimen en nuestro país, y en este sentido sería la entidad emisora del medio de pago, es decir el banco, quien estaría en la obligación de probar que actuó en forma diligente, por lo que al titular de dicho medio de pago solo le incumbe afirmar que sus perjuicios derivaron del incumplimiento contractual de parte de la entidad financiera; en otros términos, teniendo en cuenta que la responsabilidad contractual parte de presumir la culpa, se invierte la carga de la prueba y entonces no corresponde al titular del medio de pago probarla, sino al emisor acreditar su diligencia. Esto considerando, además, que la entidad financiera es un profesional en el desarrollo de

su actividad, y en este sentido no está de más indicar que le corresponde un grado máximo de diligencia, por lo que responderá incluso de culpa levísima (p. 292).

De hecho, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2016 incorporó el análisis de la culpa del banco en sus consideraciones, pero, al desarrollarlo, lo borró de tajo al entender configurada la culpa con el mero incumplimiento del resultado prometido (Martínez & Rojas, 2018).

Esto a su vez presenta dificultades en la medida en la que no es explícita la calificación que asigna la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2016 del régimen de responsabilidad aplicable como objetivo, y en este sentido no hay claridad entre los operadores jurídicos evitando la adopción de políticas de aseguramiento adecuadas (Martínez & Rojas, 2018) y afectando el tratamiento de la materia de inseguridad jurídica de cara al juicio de imputación de responsabilidad por la variedad de criterios que se consideran en el mismo.

Así las cosas, bajo el régimen objetivo de responsabilidad, la carga de la prueba de la causal de exoneración radica en cabeza del banco, reduciendo su defensa en materia de fraude electrónico bancario a la culpa exclusiva de la víctima considerando que por regla general, son tres las características esenciales que un evento de causa extraña debe cumplir: (i) Irresistibilidad, entendida como la imposibilidad de evitar los efectos del fenómeno, es decir, que en las mismas condiciones y atendiendo la naturaleza del hecho, ninguna otra persona hubiera podido enfrentar sus efectos; (ii) Imprevisibilidad o sea, que el evento sea súbito, repentino y anormal dentro del desarrollo o cumplimiento del contrato, o de la conducta en general de una persona; y, (iii) Que sea exterior o ajeno a la actividad, o dicho

de otra manera, debe ser extraño de los deberes u obligaciones jurídicas del deudor (Tamayo Jaramillo, 2007, pp. 17-58).

En virtud de lo anterior, bajo el régimen de responsabilidad objetivo, el demandante consumidor financiero, según se expuso en la Sentencia del Tribunal Superior de Medellín del año 2023 de Radicado 05001220301820210031901, tendría la carga de la prueba de la i) existencia del contrato con la entidad bancaria, ii) el hecho generador, es decir aquel que origina el incumplimiento contractual, iii) el daño y iv) el nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño. Bajo esta óptica la carga de la prueba del demandante se satisface con la acreditación de los anteriores elementos, y la culpa del demandado se presume, por lo que este sólo se puede exonerar demostrando una causa extraña.

Bajo este entendimiento, corresponde al banco la carga probatoria de demostrar la negligencia del consumidor financiero en el manejo de sus productos financieros.

Sin embargo, pese a las críticas planteadas al régimen objetivo de responsabilidad algunos defensores de este régimen en la doctrina plantean que:

1. La sola introducción del riesgo es suficiente justificación para que sea el establecimiento bancario quien deba asumir la responsabilidad por la realización de dicho riesgo, máxime cuando se trata de la parte fuerte de la relación asimétrica con el consumidor financiero (Padilla & Zafra, 2017, p. 417).

2. En materia bancaria debería existir un sistema de responsabilidad civil que favorezca a los consumidores financieros, al ser la parte débil de la relación contractual, y ser esencial la confianza en los bancos para la configuración de un mercado financiero sólido, por ser la actividad bancaria una actividad de interés público que debe ser realizada por profesionales en la materia, con estándares altos de diligencia y con una alta carga especial de atención y cuidado (Corredor & Ríos, 2021, p. 92).

En contraste con el régimen objetivo en el cual el elemento subjetivo de la culpa carece de incidencia en la imputación responsabilidad, bastando el daño y la imputabilidad causal del agente para que este comprometa su responsabilidad (Tamayo, 2007, p. 229), en el régimen subjetivo de responsabilidad la carga de la prueba la tendría el consumidor financiero. Considerando que en este régimen se valora la diligencia y cuidado de la entidad bancaria en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es al consumidor financiero a quien le corresponde probar la culpa del banco o en su defecto del banco probar su diligencia y cuidado exigidos para el cumplimiento de sus obligaciones.

Lo anterior revela diferentes interpretaciones y criterios que se han planteado para sostener la aplicación de un régimen objetivo u subjetivo en la materia y las principales críticas que se han realizado al régimen objetivo por la manera en la que se ha estructurado de cara a la imputación de responsabilidad civil bancaria en estos supuestos por las autoridades judiciales, especialmente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2016, sin embargo en las posturas analizadas no predomina el análisis sobre las directrices emitidas por la Superintendencia Financiera de cara a los deberes y obligaciones de las que

es titular la entidad bancaria y los derechos que le asisten a los consumidores financieros por lo que se advierte la necesidad de incorporar estos elementos en el juicio de responsabilidad aunado al análisis del cumplimiento de obligaciones contractuales.

III. Régimen aplicado por parte de autoridades judiciales

Frente a la jurisprudencia en la materia de la Corte Suprema de Justicia, se destaca que la sentencia SC- 18614 de 2016 es la única sentencia proferida por esta Corte en materia de responsabilidad bancaria por fraude electrónico a través de canales virtuales, en un caso en el cual la demandante persona jurídica quien era titular de una cuenta de ahorros con un banco que le habilitó como medio para la disposición de recursos la banca electrónica, solicitó declarar contractualmente responsable al banco como demandado, por la sustracción no autorizada de sumas de dinero que ascienden a \$124.590.000 de su cuenta de ahorros mediante canales virtuales y conexión a internet identificada bajo la modalidad de fraude de phishing por haber accedido a una página falsa que no se correspondía a la real del banco, luego de que la demandante manifestara haber ingresado a su cuenta a través del portal web del banco y evidenciar que faltaba dinero.

En esta sentencia luego de realizar un recuento normativo y jurisprudencial sobre la regulación de la actividad bancaria en Colombia relacionada con las obligaciones de las entidades del sector financiero en relación con los consumidores, la actividad financiera como actividad de interés público y general, de los fraudes con cheques a partir de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio con fundamento en la teoría del riesgo que ha evolucionado pasando por el riesgo creado,

provecho y profesional, aduciendo la habitualidad, lucro y profesionalidad de la actividad bancaria, trayendo a colación el artículo 1398 del mismo cuerpo normativo, y haciendo referencias constantes a la debida diligencia de las entidades bancarias en la prestación de los servicios a sus clientes, la Corte declaró la responsabilidad civil de la entidad bancaria, por considerar que el banco incumplió con sus deberes de actuar con un grado especial de diligencia aunado al hecho de que el banco no acreditó la culpa del cuentahabiente la cual consideró la Corte era el único mecanismo de exoneración de responsabilidad con que contaba el banco toda vez que si la sustracción de los recursos no fue el resultado de una actuación culposa del consumidor financiero, quiere decir que cualquiera pudo ser víctima, y en este sentido era un deber inexcusable de la entidad bancaria precaverlo (SC -18614, 2016).

Lo interesante de la referida sentencia es que la Corte en sus consideraciones argumenta la imputación de responsabilidad en un régimen objetivo con fundamento en el riesgo profesional, valorando al mismo tiempo la diligencia y cuidado con la que deben obrar los bancos, lo cual en principio sería contradictorio si se parte de un entendimiento del régimen objetivo de responsabilidad civil como aquel en el que no es relevante el análisis de la culpa y/o diligencia y cuidado con la que obre la respectiva entidad bancaria, toda vez que bajo este régimen el análisis de la culpa es, en principio, irrelevante en materia de atribución de responsabilidad y en este sentido, el análisis de la Corte presenta dificultades que ameritan reevaluar el tratamiento propuesto para este tipo de responsabilidad y ofrecer otras propuestas interpretativas para solucionar este tipo de casos.

Para arribar a dicha conclusión, la Corte aplicó extensivamente el régimen de responsabilidad de los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, relativos al pago de cheques falsos o adulterados a los supuestos de fraude electrónico bancario, fundamentándose en el régimen del sector financiero como actividad profesional (Hernández Botero, 2020, p. 13).

A la par del análisis anterior, la Corte Suprema de Justicia (2016), trayendo a colación jurisprudencia de años anteriores, en sus consideraciones expuso que en esta materia impera un modelo particular de responsabilidad profesional del banco ya que en virtud de la actividad económica y social que ejercen los bancos, estos están obligados a llevar un mayor grado de diligencia y profesionalidad, porque la actividad que desarrollan, además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera.

Es así como para la Corte es obligatorio el cumplimiento de tales obligaciones por ser el titular de los productos financieros la parte débil de la relación que sostiene con el banco. Bajo este supuesto se debe proteger al consumidor financiero y a las operaciones efectuadas, en el sentido de que estas últimas deben realizarse en términos de condiciones de seguridad de modo que el sector financiero no pierda la confianza del público. Por esto, para la Corte el riesgo de la pérdida de los recursos por sustracción fraudulenta de una cuenta bancaria recae en cabeza de la entidad financiera.

En la referida sentencia, la Corte Suprema de Justicia (2016) expone que al margen de que se trate del análisis de un fraude cometido en una cuenta de ahorros o corriente, la institución bancaria no solo tiene la obligación de custodia de los dineros recibidos del depositante, sino de garantizar la seguridad de los servicios que ofrece y de las operaciones que permite realizar en relación con tales depósitos, labores en las que, como las demás inherentes a su actividad, debe obrar con la diligencia propia de un profesional, de tal forma que el sector financiero no pierda la confianza del público, por lo que refiere el estándar de diligencia propio de un profesional.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia (2016) hace referencia de paso a la obligación de seguridad que tienen los bancos en relación con los recursos que se encuentran bajo su custodia. Esto es coherente con la institución de depósito, en la medida en la que se le exige a la entidad bancaria responder por las irregularidades en el manejo de los dineros dejados a su cuidado, por el pago de cheques falsificados o alterados en su cantidad tal y como dispone el artículo 1391 del Código de Comercio si se trataba de cuentas corrientes, o por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario si se refería a las de ahorro de conformidad con el artículo 1398 del mismo cuerpo normativo.

En un caso similar, la Corte Suprema de Justicia (2020), tratándose de un supuesto en el que se retiraron de forma fraudulenta dineros de un cuentacorrentista, no en el escenario del fraude electrónico propiamente, expresó que la atribución de responsabilidad al banco no puede depender de un juicio subjetivo de reproche y que si aun a pesar de la extrema probidad, diligencia y profesionalismo que es de esperar de un banco, los dineros depositados por sus clientes sufren mengua, no deben ser estos

quienes soporten la pérdida, pues más allá de su esfera individual de influencia, carecen de las herramientas para enfrentar esa eventualidad.

En este sentido se evidencia un criterio de equidad atendiendo a que el cuentahabiente no custodia el dinero depositado, ni participa de las decisiones operativas del banco. Considerando, además, que el consumidor financiero no tiene acceso a la información necesaria para afrontar peligros como los anotados, ni le resulta económicamente razonable hacerlo, pues los costos serían incluso superiores a la pérdida que pretende prevenir; en cambio, para el banco la situación es exactamente la opuesta, lo que justifica que sea él quien asuma el riesgo de su operación, de manera objetiva (SC - 5176, 2020).

Ahora bien, la Superintendencia Financiera en su delegatura de funciones jurisdiccionales, en ejercicio de la facultad que le fue otorgada por el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral segundo del artículo 24 del Código General del Proceso, ha proferido fallos en acciones de responsabilidad contractual bajo la órbita de la acción de protección al consumidor financiero, señalando que no basta con que la entidad vigilada acredite que cumplió con los requerimientos mínimos de seguridad y calidad a su cargo para exonerarse de responsabilidad, pues también debe acreditar la culpa o negligencia concurrente de su cliente (Superintendencia Financiera, 2017).

En este sentido se pronunció la Superintendencia Financiera en fallo de Radicado 2016118159 (2017) en donde se circunscribió el análisis de responsabilidad del banco por la sustracción de recursos que ascienden a la suma de \$9.596.604 de una cuenta de ahorros, bajo el artículo 1398 del Código de Comercio aduciendo que el

banco es responsable por el reembolso de sumas de dinero que se haga a persona distinta del titular y recalcó que el banco solo cumple su obligación si entrega las sumas depositadas al titular. Así, si no se hace el pago se compromete la Responsabilidad Civil de la entidad financiera toda vez que corresponde al banco acreditar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y que quien realizó las operaciones contaba con autorización del cuentahabiente.

Dicho lo anterior, en el marco de la investigación que promueve el presente artículo, se indagó directamente a la Superintendencia Financiera vía derecho de petición en las modalidades de consulta y solicitud de información que consagra el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, sobre cuál era el régimen de responsabilidad civil bancaria por fraude electrónico aplicable en Colombia y la entidad en su respuesta bajo radicado 2023035341002000 reiteró elementos que ya se identificaron en la Sentencia SC -18614 de 2016 que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

i) En acciones de protección al consumidor de responsabilidad contractual no basta con que el banco acredite que cumplió los requerimientos mínimos de seguridad y calidad a su cargo para exonerarse de responsabilidad, pues también debe acreditar la culpa o negligencia concurrente de su cliente, puesto que cuando no medie dicha demostración las compras realizadas por Internet sin el consentimiento del cliente y que hayan sido probadamente objetadas desde un primer momento por éste, implican la materialización de un riesgo propio de la actividad financiera que profesionalmente ejerce la entidad y por la que recibe retribución por parte de su cliente y, en consecuencia, deberá asumir su importe (Radicado 2015104377, 2016).

ii) Se entiende que el banco cumple las obligaciones a su cargo asegurando al cliente la efectiva disponibilidad de las respectivas sumas de dinero (Radicado 2018078853036000, 2019).

iii) Trae a colación la ya referida sentencia SC- 5176 del 18 de diciembre de 2020 de Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta para indicar que la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva en la actividad financiera no implica per se una responsabilidad automática de las entidades, dado que se requiere demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente, y aquellas pueden exonerarse de la carga indemnizatoria que se les atribuye cuando prueben que las circunstancias que originaron el daño obedecieron a causas que no les resultan imputables, concretamente a la “culpa exclusiva de la víctima”, es decir del depositario.

Aunado a lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia (2019) ha precisado que el banco cumple las obligaciones a su cargo cuando asegura al cliente la efectiva disponibilidad de las sumas acreditadas en los términos y a través de los canales convenidos, para lo cual debe adoptar todas las normas y reglamentos existentes. Eso sin perjuicio del derecho que tienen los consumidores de recibir información oportuna, clara, precisa e idónea frente a los productos y servicios que contratan.

Pese a esto, la Superintendencia Financiera (2019) precisa un aspecto importante y es que lo anterior no significa que los consumidores estén autorizados o les sea permitido, incumplir, descuidar, desatender o desconocer, las obligaciones que paralelamente les asisten.

A este respecto, vale señalar que el artículo 6° de la Ley 1328, prevé como buena práctica de protección propia del consumidor financiero: (i) informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir, indagando sobre las condiciones generales de los mismos, es decir, derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas, (ii) revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus documentos anexos y, (iii) observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones especiales pactadas en el respectivo contrato (Radicado 2018078853036000, 2019).

En virtud de lo expuesto, en este marco de responsabilidad que ha sido delimitado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC-18614 de 2016 y que ha sido incorporado por la Superintendencia Financiera en su Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, la responsabilidad del banco podría exceptuarse, o reducirse únicamente cuando la culpa le sea imputable al titular de la cuenta, lo cual deberá ser probado por parte de la entidad bancaria, lo que equivale a afirmar que el banco solo se exoneraría de responsabilidad si logra demostrar una culpa exclusiva de la víctima, limitándose así las causales de exoneración de la entidad bancaria.

Así las cosas, no es adecuado por parte del banco alegar como fuente de exoneración el hecho de un tercero, cuando precisamente dicha circunstancia es la que debe evitarse, dada la calidad de los medios electrónicos riesgosos utilizados en la prestación de los servicios ofrecidos.

Como complemento de lo anterior, se solicitó vía Derecho de Petición a través de correo electrónico, en el marco de la investigación que da origen al presente artículo, a los Tribunales Superiores de Medellín y Bogotá el envío de los fallos que hayan proferido en materia de fraude electrónico bancario por canales digitales y virtuales para complementar el análisis, al ser Medellín y Bogotá las ciudades con mayores afectaciones por delitos informáticos según las denuncias virtuales reportadas ante el Centro Cibernético virtual de la Policía Nacional de Colombia con actualización hasta el año 2020 (Centro Cibernético Policial, 2020).

La respuesta que emitió el Tribunal Superior de Bogotá fue que no contaban con fallos en esta materia específica, y para el caso del Tribunal Superior de Medellín se encontró el segundo fallo en la materia, luego del fallo del año 2013 que impulsó la sentencia de casación del año 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, se produjo un segundo fallo del Tribunal Superior de Medellín (2023), bajo radicado 05001220301820210031901, siendo una decisión reciente y posterior a los análisis de la doctrina investigada, en un caso en el cual una persona jurídica que indicó que desde el 2016 había celebrado un contrato de cuenta corriente, dentro del cual se puso a su disposición la banca electrónica para la realización de los movimientos concernientes a sus negocios, accionó en contra de una entidad bancaria para que se declarara su responsabilidad civil contractual por el incumplimiento del banco en el marco de una relación contractual de un producto de cuenta corriente, de sus obligaciones de seguridad e información tales como: (i) alertar al usuario de las transacciones que realice; (ii) suspender la transferencia de fondos cuando el cliente lo

solicite; (iii) ofrecer productos con estándares de calidad, seguridad y debida diligencia; (iv) establecer procedimientos para el bloqueo de canales cuando existan hechos que lo ameriten; (v) elaborar el perfil de costumbres del cliente y realizar procedimientos de bloqueo cuando las transacciones no correspondan a sus hábitos al desembolsar recursos del titular de la cuenta bancaria en dieciocho (18) transacciones fraudulentas que no fueron reconocidas por el mismo, en donde se identificó que el fraude cometido se perpetuó gracias a la presencia de un Malware en el sistema de los equipos internos de la compañía demandante que permitió el acceso remoto a estos equipos por agentes malintencionados que sustrajeron recursos por valor de \$304.700.000 frente a los cuales la entidad bancaria realizó la restitución de \$101.894.418 discutiéndose en la instancia judicial la suma de \$202.812.882. El Tribunal consideró entonces que dicha situación era previsible y resistible para el banco en la medida en la que ya se conoce y se tiene identificada dicha modalidad de fraude sin que se haya logrado demostrar una culpa de la víctima con incidencia causal en la generación del daño.

En el referido fallo del Tribunal Superior de Medellín (2023), esta Corporación aborda el análisis de la responsabilidad civil a partir de: i) el incumplimiento de la obligación de seguridad del banco ii) un análisis frente a la necesidad o no de valoración de la culpa en estos supuestos y iii) el análisis de la causal de exoneración del hecho exclusivo de la víctima confirmando el fallo de primera instancia en contra de la entidad bancaria al no encontrar un nexo de causalidad entre el actuar de la víctima y la concreción del daño que permitiera exonerar o atenuar la responsabilidad del banco, al haberse circunscrito el reparo contra el fallo de primera instancia en este último aspecto.

El Tribunal Superior de Medellín en la referida sentencia de 2023 en sus consideraciones trae a colación la clasificación de obligaciones de medios y resultados de cara a realizar el análisis de responsabilidad civil contractual bancaria y trae como fundamento normativo del análisis los artículos 1382 del Código de Comercio en lo atinente a la regulación del contrato de cuenta corriente y el 1391 del mismo código para argumentar que el legislador estableció una responsabilidad objetiva de los bancos en supuestos de fraude con cheques para establecer que la obligación de seguridad inherente al contrato de depósito es de resultado de modo que el régimen aplicable ante el incumplimiento de la misma es el régimen objetivo en virtud de lo cual la entidad bancaria solo se exonera de responsabilidad si prueba la culpa del cuentahabiente.

En este punto se destaca que el Tribunal Superior de Medellín converge con el análisis de la Corte Suprema de justicia en lo atinente a la aplicación analógica de la regulación del Código de Comercio para supuestos de cheques fraudulentos a situaciones que comprometen el incumplimiento de obligaciones a cargo del banco, especialmente el referido a la de seguridad.

De lo anterior, se resalta que en este caso el Tribunal Superior de Medellín construye una estructura argumentativa que aporta mayor claridad frente al análisis de responsabilidad civil bancaria a partir del análisis del incumplimiento de obligaciones contractuales, especialmente de la obligación de seguridad presente en los contratos de depósito bancario, aduciendo que se trata de una obligación de resultado por lo que, frente al incumplimiento, el efecto práctico del tratamiento de esta obligación se equipara a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva.

Adicionalmente, el Tribunal Superior de Medellín (2023) analizó para el caso concreto las obligaciones principales del cliente con la seguridad de la banca electrónica destacando aquellas relativas a la asignación de una clave, el cuidado y protección de sus claves e información personal y evitar que esta información sea conocida por terceras personas; así como no acceder a las plataformas del banco a través de vínculos, correos electrónicos, equipos o sitios no seguros tales como aquellos de acceso público o páginas web con ícono de candado abierto, encontrando que el cliente había cumplido con la diligencia y el cuidado que le era exigido para el caso concreto.

Finalmente, el Tribunal Superior de Medellín (2023) consideró que solo resultaba pertinente referirse al hecho o culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad ateniendo a que el reparo del apelante único se circunscribe a la demostración de la causa extraña culpa exclusiva de la víctima, pese a que tanto en responsabilidad aquiliana como contractual la doctrina y la jurisprudencia han identificado tres eventos que pueden romper el nexo de causalidad a saber (i) Caso fortuito o fuerza mayor; (ii) Hecho exclusivo de la víctima; y, (iii) Hecho exclusivo de un tercero. Siendo la causal de culpa exclusiva de la víctima aquella en la cual el incumplimiento obligacional se produce por una causa eficiente imputable al consumidor financiero, que haya sido irresistible, imprevisible y completamente ajena al deudor banco.

IV. Análisis crítico del régimen de Responsabilidad Civil aplicable

Una vez expuestas las principales consideraciones de las autoridades judiciales consultadas, y puestos de presente los criterios a partir de los cuales se enmarca el juicio de

responsabilidad civil bancaria en supuestos de fraude electrónico vale la pena realizar algunos análisis al respecto.

Sea lo primero indicar que al margen de que se restrinjan como causales de exoneración de responsabilidad la causa extraña y el hecho de un tercero atendiendo a la realidad del fraude electrónico bancario en el que precisamente es el hecho externo e ilegal de un agente el que ocasiona el detrimento patrimonial por la sustracción de recursos de una cuenta bancaria, no se debe excluir del análisis la valoración del elemento del nexo de causalidad inherente al análisis de responsabilidad civil y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del consumidor financiero que permita identificar aquellos casos en los que pueda existir una concurrencia de culpas que pueda dar origen a una reducción del monto de la indemnización a la que haya lugar.

En este punto se precisa que particularmente el Tribunal Superior de Medellín sí considero dentro de su análisis el cumplimiento de las obligaciones de seguridad que se encontraban a cargo del consumidor financiero y fortaleció su argumentación para imputar responsabilidad civil al banco con fundamento en el incumplimiento de la obligación de seguridad del mismo, bajo la óptica de un régimen objetivo, pues si bien se trajeron a colación algunos de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia en lo atinente a la regulación del Código de Comercio frente al pago de cheques fraudulentos, el Tribunal enfocó con mayor claridad el análisis del juicio de responsabilidad en el marco del cumplimiento de obligaciones contractuales aunque se destaca que no hubo mayor referencia a aquellas obligaciones derivadas de la normativa y directrices estipuladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en el marco de la regulación de la relación de consumo del banco con los consumidores financieros, en donde se consagran deberes y

obligaciones especiales de los bancos en materia de seguridad y calidad de los servicios ofertados como se planteó en el acápite II del presente escrito.

En este sentido, se comparte el enfoque que le dio el Tribunal Superior de Medellín al análisis de la responsabilidad civil bancaria en supuestos de fraude electrónico en la sentencia de 2023 analizada, toda vez que el mismo finalmente atendió a la evaluación del cumplimiento o no de las obligaciones contractuales tanto de la entidad bancaria como del consumidor financiero, prestando especial atención a aquellas obligaciones de la entidad bancaria que puedan tratarse bajo el régimen de las obligaciones de resultado, en el cual, la ausencia de un resultado en el cumplimiento de este tipo de obligaciones permite equiparar el efecto práctico de la imputación de responsabilidad que se generaría bajo el régimen objetivo. Este es el caso de la obligación de seguridad, frente a la cual se planteará un análisis posterior.

Dentro de este análisis de cumplimiento de obligaciones contractuales deben considerarse aquellas obligaciones que se encuentran en cabeza del banco relativas al suministro de información al consumidor financiero para el manejo de los productos, canales y medios dispuestos por el banco para la realización de transacciones bancarias, el establecimiento de procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos, la elaboración del perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y a la definición de procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos, pues es dentro del marco del cumplimiento o no de estas obligaciones que se entienden comprendidas dentro de los contratos celebrados que se

deberá realizar la atribución de responsabilidad y en este orden de ideas, realizar el análisis de responsabilidad civil a partir del cumplimiento de obligaciones concretas de las partes soporta de mejor manera el juicio de imputación en materia contractual.

Ahora bien, surgen interrogantes adicionales de los hallazgos presentados en el marco del presente trabajo, que si bien exceden su objeto podrían servir como hipótesis para desarrollos posteriores.

Dentro de las cuestiones que se destacan se encuentran las siguientes:

- Por un lado, se evidencia una escasez importante de decisiones judiciales en la materia en la jurisdicción ordinaria a nivel de Tribunales y Corte Suprema de Justicia, esto puede obedecer a diferentes razones, una de ellas podría ser que las cuantías de fraude por caso concreto son inferiores y no alcanzan a llegar a estas instancias como es ejemplo el caso de la acción de protección al consumidor financiero de radicado 2016118159 en donde se sustrajo de una cuenta de ahorros la suma de \$9.596.604 siendo este un valor muy inferior a aquellos de la sentencia de la Corte Suprema de 2016 y fallo del Tribunal Superior de Medellín del año 2023.
- También puede ocurrir que las entidades bancarias estén reconociendo en la fase de arreglo directo las indemnizaciones lo cual es coherente con las cifras presentadas por la Superintendencia Financiera en cuanto a montos de indemnizaciones otorgadas por entidades bancarias para el año 2022. También puede suceder que los consumidores se estén absteniendo de accionar por este tipo de supuestos y que las controversias se estén ventilando ante la Delegatura de

Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en donde incluso pueden estarse conciliando o transigiendo las controversias lo cual sería coherente con cifras de la Superintendencia Financiera de Colombia (2022) que reveló que entre enero de 2020 y agosto de 2022 se admitieron 2.921 demandas por concepto de fraude siendo la principal forma de terminación de los procesos la conciliación.

Ahora bien, de las decisiones judiciales analizadas se evidencia que en el análisis de responsabilidad civil no cobra un papel relevante el análisis del cumplimiento de obligaciones contractuales pues se distrae el argumento con otros criterios a partir de los cuales se intenta soportar el régimen objetivo. En este sentido no se está dando el foco en las normas de la Superintendencia Financiera que regulan la relación de la prestación de los servicios del banco con sus clientes, tampoco las obligaciones del contrato ni la obligación de seguridad incluso analizada bajo la clasificación de obligaciones de medios o resultado. En este punto se destaca que el análisis que mejor se ha enfocado en el cumplimiento de obligaciones contractuales sin duda es el realizado por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 2023 pero sigue faltando en el mismo la consideración frente a las directrices que se han emitido por la Superintendencia Financiera en la materia y que finalmente entran a integrar la relación contractual del banco con sus clientes.

IV.I. Crítica a la aplicación analógica del régimen de fraude con cheques al régimen de responsabilidad civil de entidades bancarias por fraude electrónico a partir de la diferenciación de los tipos de fraude en uno y otro supuesto

Aunque la analogía es un principio general del derecho, en la legislación colombiana le dan un tratamiento especial y separado (Tamayo Jaramillo, 2013, p. 222).

En este sentido, el artículo 30 del Código Civil consagra que “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

La consagración positiva de la analogía encuentra su justificación en el principio de igualdad, en virtud del cual, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual, así cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis (C-083, 1995).

Bajo esta perspectiva, la analogía se debe entender como aquella aplicación de la ley a situaciones que no se contemplan expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están, en aspectos jurídicamente irrelevantes, o lo que equivale a afirmar, que se trata de aspectos ajenos a aquellos que explican y fundamentan la razón de ser de la norma (C-083, 1995).

A partir del análisis del artículo 1391 del Código de Comercio, es posible colegir que el legislador estableció una responsabilidad “objetiva” de los bancos, quienes deben reconocer al cuentacorrentista por el pago que se haga con un cheque falso, siempre que no medie culpa de este último. Es decir, la ley exige a la entidad bancaria responder frente a su cliente cuando han fallado los sistemas de verificación,

dada su capacidad técnica y científica para confirmar la autenticidad de los métodos transaccionales, sin que pueda justificarse su vulneración (Radicado 05001220301820210031901, 2023).

Ahora bien, dentro de los elementos que se han considerado para imputar responsabilidad objetiva a los bancos en supuestos de fraude electrónico principalmente por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2016, se encuentra la aplicación analógica del régimen contemplado en el Código de Comercio (Art. 1391) para el caso en el que se compromete la responsabilidad del banco por el desembolso de recursos cuando se presentan cheques con una falsedad notoria.

Dicho lo anterior, si bien en un intento por justificar la aplicación de un régimen objetivo en supuestos de fraude electrónico, la Corte trae a colación la regulación especial que trae el Código de Comercio para el caso de cheques falsos, lo cierto es que no se evidencia la necesidad de acudir a dicha aplicación analógica en la medida en la que la analogía parte de situaciones semejantes que ameritan un tratamiento igual (Atienza, 2001, p. 228) y esto encuentra su razón en la medida en la que uno de los presupuestos que permite que se acuda al razonamiento analógico es la existencia de un vacío o laguna (Calderón & López, 2016, p. 24) pero para el caso concreto se evidencia que se encuentran otras normas en el ordenamiento jurídico que desde una mirada integrada permiten la solución de este tipo de casos particulares aunado al hecho de que el mismo contrato regula la relación jurídica entre el banco y sus clientes y sirve de pauta para analizar los incumplimientos contractuales que se puedan presentar de cara a un juicio de imputación de responsabilidad que es además integrado por todas aquellas directrices de la autoridad en la materia encargada de la vigilancia de esas

relaciones de consumo particulares como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia que ha expedido lineamientos en materia de seguridad, deberes y obligaciones de las entidades financieras e incluso de los consumidores financieros para el buen desarrollo de la actividad bancaria como de interés general.

En este punto se precisa que las decisiones judiciales analizadas no ahondan en el análisis de las directrices que ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia, ni en el análisis de los presupuestos necesarios para acudir a una aplicación analógica del régimen de fraude con cheques considerando que la analogía procede en aquellos casos en los cuales a) en el sistema formal de fuentes no exista norma que regule de modo específico el supuesto o dicho en otras palabras que exista una laguna o un vacío, b) que el ordenamiento jurídico se ocupe de disciplinar una hipótesis semejante, c) que la razón que explique la regla en el supuesto regulado también pueda preverse de aquel que no lo está y d) que la norma que pretende ser aplicada no revista la condición de taxativa, exceptiva o sancionatoria (Calderón & López, 2016, pp. 23-24).

Como complemento de lo anterior, existe una diferencia fundamental entre el caso de los cheques y el evento del fraude electrónico, toda vez que una de las particularidades del régimen especial del Código de Comercio es que atiende a una situación fáctica en la que se presenta un cheque como elemento físico, corpóreo, material, perceptible por los sentidos, en el cual se pueden validar datos, la grafología, la firma que se presenta con el cheque falso en contraposición con firmas previas de cheques presentados por el mismo titular del recurso en ocasiones anteriores a fin de dilucidar la falsedad del cheque.

En uno y otro supuesto son diferentes los riesgos a los que se enfrenta el cuentahabiente, toda vez que los riesgos del comercio electrónico y la banca electrónica son diferentes a aquellos riesgos inherentes a las transacciones físicamente verificables existiendo rasgos particulares en uno y otro supuesto, tan es así que la misma Circular Básica Jurídica trae una regulación especial para el manejo de medios electrónicos y canales transaccionales virtuales en virtud de la cual se debe analizar ese tipo de casos concretos.

Como complemento de lo anterior, no se puede perder de vista que el atributo de la literalidad del cheque como un título valor, es una de sus características principales de conformidad con el artículo 619 del Código de Comercio, y la misma codificación en el artículo 733 habla de falsedad notoria de los mismos y extravío del elemento corporal de los formularios, elementos que brillan por su ausencia en el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2016 a la hora de aplicar analógicamente, al caso del fraude electrónico, la regulación que trae el Código de Comercio para los supuestos de extravío de formularios. Así pues, se está omitiendo por completo la referencia al análisis que se realiza cuando es el dueño de la chequera quien extravía su formulario, evento en el cual el banco solo responde si se trata de cheques que tuviesen una falsedad notoria, es decir, que el banco de manera negligente haya girado recursos con fundamento en un cheque en el que saltaba a la vista su dudosa procedencia.

No es equiparable dicha circunstancia con la realidad del fraude electrónico que se caracteriza por la ausencia de materialidad, por sistemas electrónicos en los que ya no hay una impronta personal del titular de la cuenta, porque ni siquiera las claves son

elementos personalísimos del mismo, ya que son combinaciones de caracteres numéricos y/o alfabéticos que no necesariamente se asocian a un determinado individuo como sí sucede con los cheques que son diligenciados por el titular de los recursos, que contienen su firma, que es una expresión personalísima, que tiene una grafía única que se diferencia de la de las demás personas y que permiten su extravío en su corporalidad.

De otro lado para el caso de los canales virtuales y medios electrónicos de pago no se puede hablar del extravío del medio electrónico cuando en el tipo de fraude que analizamos en el caso concreto, no se tienen elementos corpóreos como un formulario, token o tarjeta, o que incluso teniéndolos, se comete el fraude sin siquiera requerir de su empleo, sino que se trata de un determinado producto financiero que está contenido en un medio digital o virtual que puede ser vulnerado sin el empleo de dichas herramientas, hablamos de productos que se encuentran en una plataforma habilitada por el mismo banco, quien tiene en su custodia el recurso y que es quien maneja y dispone las plataformas virtuales para realizar transacciones a diferencia de los cheques en donde es el mismo titular quien los tiene en su custodia y que puede extraviar.

Pese a lo anterior, se reconoce que se podría intentar contraargumentar que el equivalente a la falsedad notoria de los cheques, para el caso del fraude electrónico bancario cometido por canales virtuales, podría identificarse a partir del análisis de las condiciones en las que se da la transacción fraudulenta, en contraste con el perfil transaccional del cliente que haya generado el banco, los topes establecidos para montos de disposición de recursos, medios y canales a través de los cuales se realizan las transacciones (app móvil, sucursal virtual personas, etc.), número de transacciones realizadas en un mismo día, frecuencia de las transacciones, comercios o cuentas a las

que habitualmente se transfieren recursos, entre otros criterios que puedan servir para complementar el análisis extensivo de la falsedad notoria de cheques al evento del fraude electrónico bancario.

Lo anterior resulta coherente si se reconoce la postura según la cual, no existe una prohibición para que en la práctica una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra norma del sistema (Atienza, 2001, p. 226).

Sin embargo, no se comparte dicha postura en la medida en la que como se expuso previamente, no sería adecuado acudir a la analogía para extender el tratamiento que consagró la ley para imputar responsabilidad civil a la banca en supuestos en los que se giren recursos con fundamento en una orden de pago contenida en un cheque al no existir una laguna o vacío normativo en la medida en la que existen disposiciones normativas y un contrato que permite construir el marco a partir del cual se debe analizar la responsabilidad bancaria contractual al cual debería acudirse en primera medida para dar solución a este tipo de casos, particularmente atendiendo al incumplimiento de las obligaciones que se encuentran en cabeza de cada una de las partes.

IV.II. Análisis de la obligación o deber de seguridad

El comercio entendido como la realización de transacciones comerciales entre las que se encuentran operaciones de tipo financiero, implica para la entidad bancaria implementar todo un sistema tecnológico y de información con un grado alto de

seguridad que dé al cliente la confianza para ejecutar sus operaciones y que estén dirigidas a la protección del consumidor financiero de cara a lo estipulado en la Ley 1328 de 2009, que consagra la obligación para las entidades financieras de brindar productos y servicios en esquemas de seguridad que garanticen la tutela jurídica de los derechos de los consumidores (Anaya Saade, 2020, p. 3).

En virtud del marco regulatorio colombiano es importante destacar los esfuerzos dirigidos a la protección contractual. Al respecto se ha indicado que el uso de los entornos electrónicos se hace para maximizar las utilidades de las entidades bancarias, y en tal sentido deben existir esquemas encaminados a garantizar la seguridad en el uso de los mismos. Se trata entonces de riesgos que son propios de la actividad asumida por los bancos (Anaya Saade, 2020, p. 3).

Así las cosas, tal y como lo expone el Tribunal Superior de Medellín (2023) la captación de dinero por parte de los bancos suele desarrollarse a través de los contratos de depósito, que tienen inmersa la obligación de seguridad en relación con el dinero entregado. En ese sentido, se ha indicado que la seguridad es una de las obligaciones significativas en la relación del banco con su cliente.

Ahora bien, se reconocen las discusiones doctrinarias frente a este tipo de obligación y a si en realidad se trata de un deber o de una obligación contractual, cuando nos referimos a la obligación de seguridad. Sin embargo, dicha discusión excede el alcance del objeto del presente trabajo y para efectos del mismo se tratará como una obligación a cargo de la entidad financiera.

Así las cosas, la obligación de seguridad puede considerarse como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, ser impuesta por la ley, o surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración sobre la base del principio de buena fe (SC- 18614, 2016).

Como lo expone Tamayo Jaramillo (2007), en las obligaciones de seguridad, “el deudor se obliga a garantizar la integridad de las personas o las cosas que en virtud del contrato quedan bajo su cuidado” (p. 81).

Ahora bien, Tamayo Jaramillo (2007) plantea que una vez admitida la existencia de una obligación de seguridad:

(...) ante la ausencia de textos legales expuestos, la dificultad mayor consiste en averiguar si la obligación es de medio o de resultado, es decir, si la víctima debe probar la culpa del deudor o si éste se presume responsable y solo se exonera mediante la prueba de una causa extraña (p. 91).

En este sentido Tamayo Jaramillo (2007) expresa que cuando ni las partes ni el legislador han señalado el régimen probatorio, la obligación será de medio o resultado según la probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último perseguido por el acreedor al celebrar el contrato y afirma que:

Si el deudor solo cuenta con un limitado número de probabilidades de lograr el objetivo buscado por el acreedor, entonces su obligación será de medio (...), pero si conforme al curso normal de las cosas, el deudor, salvo una causa extraña, no tiene inconveniente para lograr el objetivo perseguido por su acreedor entonces la obligación es de resultado (p. 539).

En este sentido, aplicando el análisis anterior al caso concreto del fraude electrónico, la obligación de seguridad a cargo de la entidad bancaria es de resultado toda vez que, conforme al curso normal de las cosas, el banco no tiene inconveniente para lograr el objetivo perseguido por su acreedor consumidor financiero que es restituir una determinada suma de dinero en la forma pactada en el respectivo contrato salvo una causa extraña.

Esto considerando que en obligaciones de género, como aquellas obligaciones dinerarias, el deudor no tienen posibilidad de exoneración toda vez que en principio los géneros no perecen y por tanto el deudor siempre tendrá la posibilidad de cumplir a no ser que todos los individuos del género perezcan, de modo que la única circunstancia que justifica la no obtención del beneficio pretendido por el acreedor es una causa extraña, de modo que si la causa extraña no existe, el incumplimiento es imputable al deudor (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 539).

En este sentido, en el caso concreto, estamos ante una obligación de género, al encontrarse a cargo del banco la obligación de restituir una determinada suma de dinero al consumidor financiero en la forma pactada en el determinado contrato, lo que se

enmarca a su vez dentro de la definición de obligación de resultado que presenta Flórez Peláez (2021) según la cual, esta obligación consiste en desplegar una conducta precisa brindando al acreedor un resultado concreto (p. 10).

Sin embargo, la misma doctrina ha planteado otros criterios para determinar si una determinada obligación, en este caso de seguridad, es de medios o de resultado, destacándose los que se presentan a continuación.

Tamayo Jaramillo (2007) dentro de otros argumentos, expone que:

A fin de proteger a las víctimas, lo más lógico es que los riesgos o peligros creados por el mismo deudor en los locales donde se cumple el contrato hagan que éste responda mediante una presunción de responsabilidad, es decir, que la obligación de seguridad sea de resultado (p. 95).

Lo anterior es aplicable al caso concreto en la medida en la que al ser el riesgo o peligro de fraude electrónico creado por el mismo deudor banco, en los canales donde se cumple el contrato celebrado con el consumidor financiero, el banco es responsable mediante una presunción de responsabilidad por la materialización de ese riesgo, o lo que equivale a afirmar que la obligación de seguridad para este caso es de resultado.

No obstante, bajo otra interpretación se plantea que cuando la víctima, en este caso, consumidor financiero, asume un papel activo, al deudor le queda prácticamente imposible controlar sus movimientos y, en consecuencia, la garantía de seguridad es menos probable por el propio comportamiento del acreedor, de modo que cuando la

víctima asume un papel pasivo, la obligación es de resultado, mientras que si está en movimiento la obligación sería de medio (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 95).

Bajo dicha óptica sería razonable sostener que la obligación de seguridad a cargo del banco sería de medios en la medida en que el acreedor, consumidor financiero, en realidad asume un papel activo durante la ejecución del contrato al ser este quién de la forma convenida en el respectivo contrato da las órdenes a la entidad bancaria para la destinación de los recursos entregados a esta última, y es quien emplea los medios electrónicos de pago por canales virtuales.

Sin embargo, la anterior postura no es la que se comparte y tampoco es la que acoge la jurisprudencia en la medida en la que no se realiza un análisis detallado del tipo de obligación de seguridad inmersa en el contrato celebrado por el consumidor financiero con el banco para determinar si se le otorga un tratamiento como obligación de medios o de resultado, sino que sin mayor elaboración, como lo plantea el Tribunal Superior de Medellín (2023) se entiende que dicha obligación de seguridad a su vez se enmarca dentro del concepto de obligación de resultado, entendida como aquella en la que la parte pasiva se obliga a materializar un fin específico. Trayendo como ejemplo de esto, el obligarse a guardar un monto de dinero y entregarlo cuando el acreedor lo solicite como sucede en el caso concreto de la relación del banco con el cliente.

En este sentido, con la obligación de seguridad se logra para el caso concreto una presunción de responsabilidad en favor de la víctima consumidor financiero y es al deudor entidad bancaria a quien le corresponde demostrar una causa extraña para poderse liberar de responsabilidad.

Tratándose de obligaciones de resultado, el deudor entonces sólo puede alegar que se vio limitado a cumplir por la ocurrencia de una causa extraña, que de forma imprevisible e irresistible le impidió ejecutar su prestación. No podría defenderse invocando diligencia y cuidado, pues su obligación no se limitaría al ejercicio cuidadoso de la prestación, sino a la realización exitosa del resultado esperado (Radicado 05001220301820210031901, 2023).

La obligación de seguridad inherente al contrato de depósito es entonces a su vez una obligación de resultado y esta posición ha sido pacífica en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, considerando que el régimen a aplicar ante el incumplimiento de esta es el de la responsabilidad “objetiva”. Es decir que, la culpa de la entidad financiera no es un presupuesto axiológico de la pretensión resarcitoria. El banco entonces no se puede exonerar alegando diligencia y cuidado, pues su reproche no se da en el ámbito de la culpabilidad, sino en el de la causalidad, y por esto este solo se exime demostrando una causa extraña determinante del daño (SC- 5176, 2020).

En este sentido, surge el cuestionamiento frente a las diversas teorías que emplean la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera de Colombia para justificar la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad a los bancos, cuando el análisis podría circunscribirse y encontrar mayor soporte en el marco del incumplimiento de una obligación contractual a cargo de la entidad bancaria como lo es la obligación de seguridad, en virtud de la cual, el banco debe velar por la protección de los recursos del consumidor financiero a tal punto que se convierte en garante de los

mismos en virtud del contrato celebrado que como se indicó en la sección II de este artículo se complementa con las disposiciones de la Ley 1328 de 2009 que lo integran.

En virtud de lo expuesto, el banco está obligado a garantizar los máximos estándares de seguridad en todos sus canales de intermediación, no sólo como una obligación contractual, sino por un mandato legal (Radicado 05001220301820210031901, 2023).

En este sentido, el análisis de responsabilidad del banco en supuestos de fraude electrónico sin entrar a incurrir en una mezcla de criterios doctrinarios de responsabilidad extracontractual y contractual y la aplicación analógica de supuestos que sí contempla la ley, en un intento por justificar la aplicación de un régimen objetivo, se podría estructurar de mejor manera a partir del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales y en especial de la obligación de seguridad que para efectos prácticos traería la misma consecuencia que la aplicación del régimen objetivo que predomina actualmente, pero sin las elaboraciones conceptuales que restan claridad al tratamiento en la materia que realiza la jurisprudencia, considerando además la integración del respectivo contrato a partir de las directrices y regulación impartida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así las cosas, bastaría con que el consumidor financiero plantee el incumplimiento de la obligación de seguridad del banco en el evento de ocurrido un fraude electrónico por medios virtuales y digitales para que surja a cargo de la entidad bancaria la carga de la prueba de demostrar una circunstancia de exoneración de responsabilidad que se enmarcaría en la culpa exclusiva de la víctima por el

incumplimiento del consumidor financiero de las obligaciones contractuales que se encuentran a su cargo, toda vez que el tratamiento que se le ha dado a la obligación de seguridad es el de una obligación de resultado.

La culpa del banco bajo esta perspectiva no constituye un presupuesto axiológico de la pretensión, ella se presume y al actor le basta con acreditar el hecho, el daño y el nexo de causalidad ocasionado en el marco de la ejecución de un contrato válidamente celebrado. Por su parte, el banco sólo podrá exonerarse demostrando un evento de causa extraña, particularmente de una culpa exclusiva de la víctima y excluyendo el hecho de un tercero por ser esta circunstancia la que da lugar al fraude (Radicado 05001220301820210031901, 2023).

En consecuencia, sería adecuado por parte del juzgador en un determinado caso concreto de fraude electrónico bancario abordar el análisis de imputación de responsabilidad civil a partir del cumplimiento o no de obligaciones contractuales del banco y del consumidor financiero, siendo necesario abordar con especial relevancia el análisis de la obligación de seguridad, como de manera clara lo hizo el Tribunal Superior de Medellín (2023) al circunscribir su decisión en el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la entidad bancaria para imputar responsabilidad.

Lo anterior, no obsta para que se analice también el cumplimiento de obligaciones contractuales del consumidor financiero en la medida en la que podría haber una concurrencia de culpas que dé lugar a una reducción del monto de la indemnización a cargo del banco.

Así las cosas, de lo expuesto hasta este punto cabe señalar si bien se identifica una postura unánime en cuanto a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad civil a los supuestos de fraude electrónico bancario por parte de las autoridades judiciales, lo cierto es que no hay unanimidad en cuanto a los criterios que prevalecen a la hora de hacer el juicio de responsabilidad, en la medida en la que por un lado la Corte Suprema se vale de diferentes criterios como lo son la aplicación analógica del régimen de cheques, las teorías del riesgo, la actividad bancaria como actividad de interés general, y no enfoca el análisis por ejemplo en el cumplimiento de obligaciones contractuales como si lo precisa de mejor manera el Tribunal Superior de Medellín.

Adicionalmente se establece una crítica a la pertinencia de acudir al razonamiento por analogía y se encuentra un mejor soporte para la imputación de responsabilidad en el análisis del cumplimiento de obligaciones contractuales y especialmente de la obligación de seguridad como una obligación de resultado que al margen de si se califica el régimen como objetivo expresamente o si se califica bajo un régimen subjetivo en el entendido de que la culpa en el incumplimiento contractual de cara a la obligación de resultado sería el incumplimiento de dicha obligación en sí misma, el resultado es el mismo de cara a la exoneración de responsabilidad del banco, que únicamente podría establecerse a partir de la culpa exclusiva de la víctima, sin que sea válido argumentar diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad civil.

El análisis entonces de esta responsabilidad debe partir desde una perspectiva contractual para lo cual se deberán considerar las estipulaciones contractuales y las directrices y normativas expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1328 de 2009, especialmente a la hora de valorar la

conducta de la entidad financiera en el marco del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Así las cosas, dentro de los criterios que podría considerar el juez a la hora de fallar estos casos se encuentran i) El cumplimiento de las obligaciones contractuales ii) la exigencia de los conocimientos divulgados en la materia en Colombia en cuanto al nivel de exigencia técnica de las entidades bancarias, iii) los reglamentos de la profesión y el negocio jurídico iv) normas de precaución fijadas por la costumbre, v) obligaciones y deberes de información, seguridad, confidencialidad, vigilancia y transparencia (Ariza, 2010, pp. 335-337), siendo particularmente relevante el análisis de la obligación de seguridad que es a partir de la cual se debería encaminar la imputación de responsabilidad civil de los bancos ya que es en el marco del incumplimiento de dicha obligación que en principio se cometen las vulneraciones a los sistemas electrónicos bancarios en lugar de elaborar análisis engorrosos para justificar una imputación objetiva de responsabilidad que trae los mismos efectos prácticos a la solución del caso del fraude electrónico bancario.

Ahora bien, lo anterior no pretende negar la posibilidad de establecer un régimen objetivo de responsabilidad civil para estos supuestos, ni mucho menos desproteger a las víctimas del fraude electrónico, ni desconocer su calidad de consumidores financieros en su relación contractual con el banco, con las particularidades propias de una relación de consumo en donde se evidencian asimetrías de la información y desequilibrios al ostentar las entidades financieras posiciones contractuales dominantes y al estar reguladas dichas relaciones contractuales bajo contratos de adhesión impuestos por las entidades bancarias, sino que lo que se busca es encontrar un mejor soporte del régimen que permita tanto a los consumidores financieros como a las entidades bancarias adoptar las medidas necesarias para enfrentar este tipo de situaciones que cada vez se presentan más.

Así las cosas, existen razones adicionales a las planteadas por la Corte para justificar el régimen objetivo y pretender su aplicación encontrándose dentro de las opciones un adecuado planteamiento de un sistema objetivo de responsabilidad a partir del análisis de obligaciones contractuales como de medios o de resultado (Corredor & Ríos, 2021, p. 92).

V. Conclusiones

Con fundamento en lo expuesto a lo largo del presente texto se puede concluir que sin lugar a dudas los intentos de fraude digital en Colombia han venido incrementando desde el año 2019 como un aumento del 960% del volumen total de operaciones que se realizan en línea (TransUnion, 2023), identificándose más de 221.000 quejas por fraude en los primeros siete meses de 2022 y reconociéndose por parte de las entidades bancarias cifras de incluso \$72.000.000.000 asumidas por incidentes cibernéticos que sufrieron sus clientes Superintendencia Financiera de Colombia, 2022).

Las cifras son llamativas si se considera que además se tiene el antecedente de un detrimento patrimonial que alcanza los \$304.700.000 como es el supuesto analizado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en donde la entidad bancaria reconoció solamente \$101.894.418 y se discutieron \$202.812.882 en la instancia judicial.

En la jurisdicción ordinaria a nivel de tribunales y Corte Suprema de Justicia son pocos los casos que se han analizado probablemente por un tema de cuantías que son insuficientes para llegar a dichas instancias, sin embargo se encuentran elementos para identificar soluciones directas con sus clientes por parte de la banca y una preponderancia por acudir a la acción de protección del consumidor financiero ante la Superintendencia Financiera de Colombia en

donde la principal forma de terminación de los procesos ha sido la conciliación con cifras del año 2022 (Superintendencia Financiera de Colombia, 2022).

Ahora bien, en la solución de estos casos por parte de las autoridades judiciales, se encuentran en la jurisprudencia más argumentos a favor que en contra de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva a los supuestos de fraude electrónico, atendiendo principalmente a los siguientes criterios: i) Al ser la actividad bancaria una actividad de relevante trascendencia social, por el interés público que comporta, ii) Al ser el consumidor financiero la parte débil de los contratos celebrados con los bancos, iii) Al ser el banco un profesional en la materia y ser quien pone a disposición de los consumidores los canales virtuales para realizar transacciones con fundamento en las doctrinas del riesgo, iv) por un tema de equidad, v) por aplicación analógica del supuesto de pago de cheques falsos que consagra el Código de Comercio e incluso vi) con fundamento en las teorías del riesgo.

No obstante, pese a que los intentos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez se han replicado en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, y que no han sido ignorados por el Tribunal Superior de Medellín, se han encaminado a justificar una aplicación del régimen objetivo de responsabilidad civil a supuestos de fraude electrónico bancario, lo cierto es que en los análisis de imputación de responsabilidad se han combinado diferentes criterios que desconocen la relación contractual existente entre el banco con su cliente al dejar de lado el análisis de obligaciones contractuales, de las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia y la regulación especial que se ha creado para regular las operaciones bancarias por canales digitales y virtuales.

Sin embargo, a nivel de tribunales superiores de Distrito, con el fallo de 2023 del Tribunal Superior de Medellín se evidencia un tratamiento que soporta de mejor manera la imputación de responsabilidad contractual al estructurar el mismo de manera concreta en el incumplimiento de la obligación contractual de seguridad lo cual es relevante considerando que están bastante conocidas y decantadas las principales modalidades de fraude a saber Phishing, Pharming, Vishing, Malware.

Aunado a lo anterior, se tiene que, con la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad civil a supuestos de fraude electrónico bancario, corresponde al banco la carga probatoria de demostrar la negligencia del consumidor financiero en el manejo de sus productos financieros, correspondiendo a este último únicamente alegar y probar el incumplimiento de la entidad bancaria, el nexo de causalidad y el daño materializado en la sustracción de los recursos de una determinada cuenta bancaria.

Pese a las diferentes posturas doctrinarias frente a si es razonable aplicar un régimen de responsabilidad subjetiva u objetiva lo cierto es que la imputación de responsabilidad civil se fundamenta de mejor manera a partir del análisis de obligaciones contractuales de las partes aplicando la clasificación de medios o de resultado, reconociendo para esta última categoría el tratamiento que como obligación de resultado se le ha dado a la obligación de seguridad en virtud de la cual, de concretarse el incumplimiento de la misma, sería la entidad emisora del medio de pago, es decir el banco, quien estaría en la obligación de probar que actuó en forma diligente, por lo que al titular de dicho medio de pago solo le incumbe afirmar que sus perjuicios derivaron del incumplimiento contractual de parte de la entidad financiera.

En el análisis de responsabilidad civil contractual, en el que se analice el cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del banco, como una obligación de resultado, el efecto práctico sería equiparable a aquel resultante del análisis bajo la óptica del régimen objetivo de responsabilidad, siendo la causal de exoneración de responsabilidad del banco la culpa exclusiva de la víctima y no la del hecho de un tercero por ser precisamente esta circunstancia la que da lugar a la comisión del fraude electrónico. Esto sin perjuicio de que pueda haber lugar a una concurrencia de culpas que permita una reducción del monto de la indemnización que se pueda generar a cargo del banco en donde será fundamental analizar el elemento del nexo de causalidad en relación con el incumplimiento que de sus obligaciones contractuales pueda tener el consumidor financiero.

Así las cosas, no se evidencia una necesidad de acudir a una aplicación analógica de los supuestos consagrados por el Código de Comercio para atribuir responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos, al no encontrarse un verdadero vacío o laguna toda vez que existen directrices en la materia impartidas por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia como lo es la Circular Básica Jurídica, presentarse diferentes elementos fácticos esenciales en uno y otro supuesto y la omisión en el análisis del tratamiento consagrado en el artículo 733 del Código de Comercio, en la medida en la cual se encuentran otros elementos del ordenamiento jurídico para atribuir responsabilidad bancaria en supuestos de fraude electrónico a través de la integración contractual de los contratos celebrados por el banco con sus clientes, con las normas y directrices que se han emitido para la regulación de la oferta de productos y servicios del sector financiero.

Referencias

Anaya Saade, C.P. (2020). Protección del consumidor financiero en Colombia en el uso de canales electrónicos bancarios. *Vniversitas*, 69, 1-12. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.pcms>

Arias, A. (2014). *Las Estafas Digitales*. IT Campus Academy.

Ariza Fortich, A. (2010). El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (34), 306-342. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>

Asobancaria. (2022). *La reinención financiera en la era digital*. https://asobancaria.com/wp-content/uploads/La_reinencion_financiera_en_la_era_digital-2022.pdf

Asobancaria. (2023). Comportamiento del Cibercrimen: una comparación internacional. *Banca & Economía*, (1367), 1-10. <https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/2023/03/1367-BE.pdf>

Atienza, M. (2001). Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. *Cuadernos de filosofía del derecho*, (2), 223-229. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/n-2---1985/>

Bran Guevara, J., Hernández Ávila, L.F. & McAllister Harker, D. (2022) Servicios Financieros Digitales en Colombia: Una caracterización y análisis de riesgos potenciales. *Borradores de Economía*, (1193), 1-42. <https://doi.org/10.32468/be.1193>

Calderón Villegas, J.J. & López Castro, Y. (2016). *La analogía en asuntos de Derecho Privado*. Legis.

Cámara Colombiana de Informática y telecomunicaciones. (2020). *Tendencias del Cibercrimen en Colombia; primer trimestre de 2020*. (2), 1-14.

<https://www.ccit.org.co/wp-content/uploads/informe-tendencias-abril-2020-final.pdf>

Centro Cibernético Policial. (2020). *Tendencias Cibercrimen Colombia 2019-2020*. (1), 1-36.

<https://caivirtual.policia.gov.co/ciberseguridad/cartillas>

Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Parte I- Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10083444>

Constitución Política de la República de Colombia. Arts. 78, 88 y 335. Julio 20 de 1991.

Corredor Higuera, J. A., & Ríos Moreno, D. (2021). Análisis histórico de la responsabilidad civil de la actividad bancaria y su impacto en Colombia. *Prolegómenos*, 24(47), 79–98.

<https://ezproxy.eafit.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=152195718&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Diaz; Marzo 1 de 1995).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC - 18614 de 2016 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Diciembre 19 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC- 5176 de 2020 (M.P. Luis Alonso Rico Puerta; Diciembre 18 de 2020).

Decreto 410 de 1971. [Presidente de la República de Colombia]. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. (1971, marzo 27).

Flórez Pelaéz, J. (2021). El incumplimiento imputable. Estudio a partir de las obligaciones de medios y de resultado. *Revista de Derecho Privado*, (41), 21- 51.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n41.02>

Fraga, J. F. (1987). *La Responsabilidad Contractual*. Civitas S.A.

Guarnizo Muñoz, P. N., & Segura Contreras, M. C. (2018). Responsabilidad de las entidades financieras en eventos de fraudes electrónicos. *Revista Nueva Época*, (49), 99–126.
https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/3630/3026

Hernández Botero, J. (2020). *La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos* [Tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional UPB. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/6161>

Ley 1328 de 2009. De materia financiera, de seguros y del mercado de valores. Julio 15 de 2009. D.O. 47411.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. N° 47.956.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. D.O. N° 48.220.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. D.O. N° 48.489.

Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Junio 30 de 2015. D.O. N° 49.559.

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 18 de 1999. D.O. 43673.

Ley 84 de 1873. Por medio de la cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Mayo 26 de 1873. D.O. N° 2.867.

Marínez Sanz, F. & Broseta Pont, M. (2022). *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos.

Padilla, Sánchez, J. A., y Zafra Sierra, M. (2017). Responsabilidad de los establecimientos bancarios por el pago de cheques falsos o alterados en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (32), 383- 420. <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.13>.

Paz Sefair, A. (2018). La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. Una mirada a la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (35), 261–289. <https://doi.org/10.18601/01234366.N35.10>

Rodríguez Martínez, C.A. (2017). Las paradojas en la protección al consumidor financiero, en especial en casos de fraude electrónico. *Anuario de Derecho Privado*, (02), 47-109. [dx.doi.org/10.15425/2017.351](https://doi.org/10.15425/2017.351)

Rodríguez Zárate, A. (2014). Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Vniversitas*, 63(128), 285–314. <https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.VJ128.AERB>

Rojas Quiñones, S., & Martínez Beltrán, C. (2018). Sin dolo y sin culpa: un nuevo paradigma jurisprudencial para la responsabilidad bancaria. *Revista Foro Derecho Mercantil*, (60), 7-47. [https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_a4c4fe07d98c4840a2d0379549e30ed6/revista-foro-de-derecho-mercantil/sin-dolo-y-sin-culpa%3a-un-nuevo-paradigma-jurisprudencial-para-la-responsabilidad-bancaria\)](https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_a4c4fe07d98c4840a2d0379549e30ed6/revista-foro-de-derecho-mercantil/sin-dolo-y-sin-culpa%3a-un-nuevo-paradigma-jurisprudencial-para-la-responsabilidad-bancaria)

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura Funciones Jurisdiccionales. Radicado 2016118159. (2017).

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

Radicado 2012075021 (S.D. Claudia Patricia Grillo Trujillo; Enero 24 de 2013).

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

Radicado 2015104377 (Agosto 11 de 2016).

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

Radicado 2018078853036000 (Abril 10 de 2019).

Superintendencia Financiera de Colombia. (2022, Octubre 27). *Asegurando la resiliencia operativa ante amenazas emergentes* [Diapositivas de PowerPoint].

<https://www.superfinanciera.gov.co/loader.php?!Servicio=Tools2&ITipo=descargas&IFuncion=descargar&idFile=1062843>

Superintendencia Financiera de Colombia. Radicado 2023035341002000 (Roberto Camilo

Andrés Suárez Echeverry; Abril 25 de 2023).

Tamayo, Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civi, Tomo I*. Legis Editores S.A.

Tamayo, Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civi, Tomo II*. Legis Editores S.A.

Tamayo, Jaramillo, J. (2013). *Manual de Hermenéutica Jurídica*. Dike.

Tamayo Jaramillo, J. (2019). La responsabilidad contractual bancaria no se basa en la teoría de

las actividades peligrosas o riesgosas. *Opinión Ámbito Jurídico*.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/la-responsabilidad-contractual-bancaria>

TransUnion. (2023, Abril 18). *859% aumentaron intentos de fraude digital en Colombia durante los últimos tres años.* <https://noticias.transunion.co/859-aumentaron-intentos-de-fraude-digital-en-colombia-durante-los-ultimos-tres-anos/#:~:text=La%20pandemia%20increment%C3%B3%20el%20n%C3%BAmero,v%C3%ADctima%20de%20intento%20de%20fraude>.

Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. Radicado 05001220301820210031901 (M.P. Martín Agudelo Ramírez; Marzo 24 de 2023).